



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
20 October 2010
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Сорок четвертая сессия

Вена, 27 июня – 15 июля 2011 года

Доклад Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная процедура) о работе ее пятьдесят третьей сессии (Вена, 4-8 октября 2010 года)

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-4	3
II. Организация работы сессии	5-12	5
III. Ход обсуждения и принятые решения	13	7
IV. Подготовка правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров	14-100	7
A. Общие замечания	16-21	7
B. Форма правового стандарта прозрачности	22-30	9
1. На уровне многосторонних или двусторонних инвестиционных договоров	24-29	10
2. На уровне отношений между принимающим государством и инвестором	30	11
C. Возможное содержание правового стандарта прозрачности	31-75	11
1. Публичность в вопросе возбуждения арбитражного разбирательства	32-39	12
2. Документы, подлежащие опубликованию	40-45	14



3.	Представления третьих сторон в ходе арбитражного разбирательства ("amicus curiae")	46-51	15
4.	Слушания	52-60	17
	а) Публичные слушания	52-57	17
	б) Протоколы слушаний	58-59	18
	с) Участие третьих сторон ("amicus curiae") в слушаниях.	60	19
5.	Публикация арбитражных решений	61-66	19
6.	Возможные исключения из правил прозрачности.	67-72	21
7.	Хранилище опубликованной информации ("реестр")	73-75	22
D.	Форма правового стандарта прозрачности	76-100	23
1.	На уровне многосторонних или двусторонних инвестиционных договоров	78-94	23
	а) Будущие многосторонние или двусторонние инвестиционные договоры	79-84	24
	б) Существующие многосторонние или двусторонние инвестиционные договоры	85-94	25
2.	На уровне отношений между принимающим государством и инвестором	95-100	27
V.	Прочие вопросы	101-103	29
A.	Подготовка следующей сессии Рабочей группы`	101	29
B.	Вопросы для рассмотрения Комиссией в качестве возможной работы в области арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров	102-103	29

I. Введение

1. Комиссия рассмотрела вопрос о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров на своей сорок первой сессии (Нью-Йорк, 16 июня – 3 июля 2008 года). На этой сессии Комиссия решила, что было бы нежелательно на тот момент включать непосредственно в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ ("Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ" или "Регламент") специальные положения об арбитражных разбирательствах, проводимых на основе международных договоров, и что любая работа по вопросу об арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, которой Рабочая группа, возможно, займется в будущем, не должна задерживать завершения пересмотра Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в том, что касается обычного арбитража. В отношении расписания работы Комиссия решила, что тема прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров заслуживает рассмотрения в будущем и что ею следует заняться в первоочередном порядке сразу же после завершения нынешнего пересмотра Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Что касается содержания такой будущей работы, то Комиссия достигла консенсуса в отношении важности обеспечения прозрачности в арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Одна из делегаций представила письменные замечания по этому вопросу (A/CN.9/662), а также было сделано заявление от имени Специального представителя Генерального секретаря по правам человека и транснациональным корпорациям и другим коммерческим предприятиям. Комиссия пришла к выводу, что, как это было отмечено Рабочей группой на ее сорок восьмой сессии (A/CN.9/646, пункт 57), вопрос обеспечения прозрачности является желательной целью в арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и его следует рассмотреть в рамках будущей работы. Что касается формы, которую могут принять результаты такой будущей работы, то Комиссия отметила различные возможности, предусмотренные Рабочей группой (там же, пункт 69) в области арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, включая подготовку таких документов, как типовые положения, особые правила или руководящие принципы, приложение к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, относящемуся к обычному арбитражу, отдельные арбитражные правила или факультативные договорные положения для включения в конкретные международные договоры. Комиссия постановила, что еще слишком рано принимать решение о форме будущего документа об арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, и что в целом этот вопрос следует оставить на усмотрение Рабочей группы. В целях содействия рассмотрению Рабочей группой на одной из будущих сессий вопросов прозрачности в контексте арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров Комиссия просила Секретариат провести, если позволят ресурсы, предварительное исследование

и собрать информацию о нынешней практике. Комиссия настоятельно призвала государства-члены представлять Секретариату обстоятельную информацию о своей практике в области обеспечения прозрачности при проведении арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Было подчеркнуто, что государствам-членам и наблюдателям при определении состава делегаций для работы на сессиях Рабочей группы, которые будут посвящены этому проекту, следует попытаться обеспечить присутствие самых опытных специалистов в области права международных договоров и арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров¹.

2. На своей сорок третьей сессии (Нью-Йорк, 21 июня – 9 июля 2010 года) Комиссия рассмотрела вопрос о будущей деятельности в области урегулирования коммерческих споров и сослалась на принятое на ее сорок первой сессии решение о том, что вопрос о прозрачности применительно к спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров должен быть рассмотрен в первоочередном порядке сразу же после завершения нынешнего пересмотра Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Комиссия поручила Рабочей группе II подготовку правового стандарта по этой теме. Комиссия была информирована о том, что в соответствии с просьбой Комиссии, высказанной на ее сорок первой сессии, Секретариат распространил среди государств вопросник по их видам практики, касающимся прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, и что полученные на него ответы будут переданы Рабочей группе². Ответы на этот вопросник воспроизведены в документе A/CN.9/WG.II/WP.159 и добавлениях к нему.

3. На сорок третьей сессии Комиссии получило поддержку мнение о том, что Рабочая группа могла бы также рассмотреть возможность проработки тех вопросов, которые более часто возникают в ходе арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и которые заслуживают проведения дополнительной работы. Возобладало мнение, что, согласно решению, принятому ранее Комиссией, сейчас еще слишком рано определять конкретную форму и содержание будущего документа об арбитражных разбирательствах на основе международных договоров и что мандат Рабочей группы следует ограничить подготовкой единообразных правовых норм, касающихся прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. В то же время было решено, что Рабочая группа, действуя в рамках этого мандата, может выявить любые другие темы в контексте арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, которые могут также потребовать в будущем изучения Комиссией. Было

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/63/17), пункт 314.*

² Там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/65/17), пункт 190.*

решено, что любая такая тема может быть доведена до сведения Комиссии на ее следующей сессии в 2011 году³.

4. Самая последняя подборка ссылок, касающихся рассмотрения Комиссией результатов работы Рабочей группы, содержится в документе A/CN.9/WG.II/ WP.158, пункты 5-11.

II. Организация работы сессии

5. Рабочая группа, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою пятьдесят третью сессию в Вене с 4 по 8 октября 2010 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств – членов Рабочей группы⁴: Австралия (2016 год), Австрия (2016 год), Аргентина (2016 год), Армения (2013 год), Беларусь (2011 год), Боливия (Многонациональное Государство) (2013 год), Ботсвана (2016 год), Бразилия (2016 год), Венесуэла (Боливарианская Республика) (2016 год), Германия (2013 год), Греция (2013 год), Египет (2013 год), Израиль (2016 год), Индия (2016 год), Иран (Исламская Республика) (2016 год), Испания (2016 год), Италия (2016 год), Канада (2013 год), Китай (2013 год), Колумбия (2016 год), Маврикий (2016 год), Малайзия (2013 год), Мексика (2013 год), Норвегия (2013 год), Парагвай (2016 год), Польша (2012 год), Республика Корея (2013 год), Российская Федерация (2013 год), Сенегал (2013 год), Сингапур (2013 год), Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии (2013 год), Соединенные Штаты Америки (2016 год), Таиланд (2016 год), Турция (2016 год), Уганда (2016 год), Украина (2014 год), Филиппины (2016 год), Франция (2013 год), Чешская Республика (2013 год), Чили (2013 год), Шри-Ланка (2013 год), Южная Африка (2013 год) и Япония (2013 год).

6. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Бельгия, Венгрия, Демократическая Республика Конго, Доминиканская Республика, Индонезия, Ирак, Йемен, Нидерланды, Португалия, Румыния, Словакия, Словения, Того, Финляндия, Хорватия, Швейцария, Швеция и Эквадор.

7. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих организаций системы Организации Объединенных Наций: Всемирный банк, Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) и Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО).

³ Там же, пункт 191.

⁴ Следующие шесть государств-членов, избранные Генеральной Ассамблеей 3 ноября 2009 года, договорились о том, что свои места в членском составе Комиссии в период до 2016 года они будут замещать в следующем порядке ротации: Беларусь (2010-2011 годы, 2013-2016 годы), Грузия (2011-2015 годы), Польша (2010-2012 годы, 2014-2016 годы), Украина (2010-2014 годы), Хорватия (2012-2016 годы) и Чешская Республика (2010-2013 годы, 2015-2016 годы).

8. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных межправительственных организаций, приглашенных Комиссией: Афро-азиатская консультативно-правовая организация (ААКПО), Европейский союз, Постоянная палата третейского суда (ППТС), Управление Постоянного наблюдателя Лиги арабских государств в Вене и Центр международной торговли (ЮНКТАД/ВТО).

9. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих международных неправительственных организаций, приглашенных Комиссией: Адвокатская коллегия Парижа, Азиатско-тихоокеанская региональная группа по арбитражу (АТРГА), Американская арбитражная ассоциация (ААА), Американская ассоциация адвокатов (ААА), Арабская ассоциация международного арбитража (ААМА), Арбитражный совет строительной промышленности (АССП), Ассоциация бывших участников Учебного международного торгового арбитражного разбирательства памяти Виллема К. Виса (МАА), Ассоциация содействия арбитражу в Африке (АСАА), Бельгийский центр арбитража и посредничества (СЕПАНИ), Венский международный арбитражный центр при Федеральной экономической палате Австрии (ВМАЦ), Европейская ассоциация студентов-юристов (ЕЛСА), Институт арбитража при Стокгольмской торговой палате, Институт международного арбитража (ИМА), Китайская международная экономическая торговая арбитражная комиссия (КМЭТАК), Лагосский региональный центр по международному торговому арбитражу (ЛРЦМТА), Лондонский суд международного арбитража (ЛСМА), Межамериканская ассоциация юристов (МАЮ), Межамериканская комиссия по торговому арбитражу (МКТА), Международная арбитражная группа корпоративных адвокатов (МАГКА), Международная ассоциация адвокатов (МАА), Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН), Международный институт по вопросам устойчивого развития (МИУР), Международный юридический институт (МЮИ), Миланский клуб арбитров, Совет адвокатов и адвокатских объединений Европейского союза (СААЕС), Факультет международного арбитража Университета королевы Мэри, Лондон, Форум для международной согласительной и арбитражной процедуры (ФМСАП), Французский комитет по арбитражу (ФКА), Центр международного права окружающей среды (ЦИЕЛ) и Швейцарская арбитражная ассоциация (АСА).

10. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Салим Муллан (Маврикий)

Докладчик: г-жа Исабель Соарес да Коста (Бразилия).

11. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: а) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.158); б) записки Секретариата о подготовке правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров (A/CN.9/WG.II/WP.159 и добавления к нему; A/CN.9/WG.II/WP.160 и добавление к нему).

12. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц

3. Утверждение повестки дня
4. Подготовка правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

III. Ход обсуждения и принятые решения

13. Рабочая группа приступила к работе по пункту 4 повестки дня на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.II/ WP.159 и добавления к нему; и A/CN.9/WG.II/ WP.160 и добавление к нему). Обсуждения и решения Рабочей группы по этому пункту отражены в главе IV. Обсуждения и решения Рабочей группы по пункту 5 повестки дня, касающемуся прочих вопросов, отражены в главе V.

IV. Подготовка правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров

14. Рабочая группа напомнила о том, что на сорок первой сессии Комиссии в ходе состоявшихся обсуждений консенсусом была признана важность обеспечения прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров⁵. Рабочая группа также напомнила о том, что в соответствии с мандатом, сформулированным Комиссией на ее сорок третьей сессии и изложенным в пунктах 2 и 3 выше, ей было поручено сконцентрировать внимание на подготовке правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров⁶.

15. На своей нынешней сессии Рабочая группа провела предварительные обсуждения общего характера, не предпринимая в настоящее время попыток достичь консенсуса. Цель при этом заключалась в определении вопросов для обсуждения на следующей сессии Рабочей группы.

A. Общие замечания

16. Были высказаны общие замечания по поводу политического контекста, в связи с которым возникает вопрос о прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Было отмечено, что вопрос о необходимости

⁵ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/63/17), пункт 314.

⁶ Там же, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/65/17), пункты 190 и 191.

обеспечения прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров следует рассматривать в контексте прямых иностранных инвестиций как средства обеспечения долгосрочного устойчивого роста развивающихся стран. Среди прочего было отмечено, что прямые иностранные инвестиции способствуют наращиванию производительного потенциала и улучшают инфраструктуру стран, расширяют доступ к таким основным услугам, как водоснабжение, образование и здравоохранение, в том числе для малоимущих и маргинальных слоев населения, а также могут иметь побочные результаты за счет повышения спроса и поощрения внутреннего предпринимательства. Это, как было далее отмечено, может создавать благоприятные условия для циклического увеличения внутренней занятости и внутреннего спроса и, в конечном итоге, для устойчивого экономического роста.

17. Помимо более широкой задачи содействия устойчивому развитию при помощи международного инвестиционного права, обеспечение прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и реальной возможности участия общественности в этом процессе было также признано средством поощрения принципов верховенства права, благого управления, надлежащего отправления правосудия, добросовестности, справедливости и прав на доступ к информации. Обеспечение этой прозрачности было также признано важным шагом в ответ на растущие проблемы, связанные с легитимностью международного инвестиционного права и арбитража как такового. К этим проблемам, как было отмечено, относятся, в частности, следующие: увеличение числа арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, в том числе увеличение числа необоснованных претензий; увеличение стоимости удовлетворенных исков о возмещении ущерба; растущая непоследовательность арбитражных решений и опасения в отношении отсутствия предсказуемости и правовой стабильности; и неопределенность в отношении того, каким образом система урегулирования споров между инвесторами и государствами учитывает важные соображения публичного порядка. Было отмечено, что правовые стандарты, направленные на повышение прозрачности, улучшат понимание общественностью этого процесса и укрепят всеобщее доверие к нему.

18. Было отмечено, что сам факт участия органов, учреждений и подразделений Организации Объединенных Наций, в том числе Специального представителя Генерального секретаря Организации Объединенных Наций по вопросу о правах человека и транснациональным корпорациям и другим коммерческим предприятиям в работе по поощрению прозрачности и устранению опасений в отношении легитимности системы урегулирования инвестиционных споров, служит подтверждением того, что принципы прозрачности и широкого участия являются выражением таких основных ценностей Организации Объединенных Наций, как права человека, благое управление и верховенство права.

19. В рамках Рабочей группы было выражено общее согласие с желательностью поощрения прозрачности в рамках арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, отличающихся от разбирательств по чисто

частным делам, одной из важнейших особенностей которых является конфиденциальность. Согласно принципам благого управления деятельность правительственных органов может обуславливаться базовыми требованиями прозрачности и публичного доступа. Было высказано мнение о том, что в случае арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров могут затрагиваться соображения публичного порядка и может возникать значительная потенциальная финансовая ответственность государственных казначейств. В этой связи было отмечено, что некоторые международные инвестиционные договоры уже содержат положения о прозрачности.

20. Было указано на то, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ является вторым наиболее часто используемым сводом норм для урегулирования споров между инвесторами и государствами на основе международных договоров (после регламента Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)). Было отмечено, что в 2006 году в положения и правила МЦУИС были внесены поправки, направленные на обеспечение большей прозрачности и создание возможностей для доступа общественности к арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров.

21. Были высказаны мнения о том, что главной особенностью арбитража является его консенсуальный характер и что это следует иметь в виду при обсуждении формы и содержания стандарта прозрачности. Были высказаны оговорки в отношении принятия любого стандарта, направленного на придание прозрачности характера императивной нормы, в частности, учитывая специальный характер арбитража согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ. Ряд делегаций также отметили, что при обсуждении по существу вопросов о прозрачности в рамках арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров не следует забывать о том, что процесс урегулирования споров должен быть эффективным и действенным.

В. Форма правового стандарта прозрачности

22. Рабочая группа продолжила общее обсуждение возможного характера правового стандарта прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и его возможных форм. Обсуждение этого вопроса было продолжено на более позднем этапе сессии (см. ниже пункты 76-100).

23. Было отмечено, что урегулирование споров, возникающих в контексте многосторонних или двусторонних инвестиционных договоров ("инвестиционных договоров"), имеет свои особенности, которые могут побуждать третейские суды к тщательному изучению законодательной, административной и даже судебной деятельности государства. Кроме того, обжалование решений третейского суда, как правило, не допускается. Помимо арбитража в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств ("Конвенция МЦУИС"), приведение арбитражных решений в исполнение осуществляется на условиях, изложенных в Нью-Йоркской

конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений ("Нью-Йоркская конвенция"). Было указано на то, что арбитражные разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров имеют далеко идущие последствия и поэтому их характер отличается от других примеров международного коммерческого арбитража. Было также отмечено, что при рассмотрении вопроса о форме правового стандарта прозрачности следует помнить о том, что необходимо учитывать существование двух разных уровней согласия: согласие между государствами – участниками инвестиционного договора и согласие между принимающим государством и инвестором, являющимися сторонами арбитража.

1. На уровне многосторонних или двусторонних инвестиционных договоров

24. Одна из упомянутых возможностей заключалась в том, что Рабочая группа может рассмотреть вопрос об определении свода нормообразующих положений о прозрачности для их включения в межгосударственные инвестиционные договоры. Было отмечено, что на этом уровне, как показывает опыт, положения согласовываются в каждом конкретном случае, невзирая на существование типовых инвестиционных договоров, и, как правило, отличаются от первоначальных типовых положений. В этой связи было отмечено, что, возможно, следует разработать проект типовых положений для включения государствами в их инвестиционные соглашения. При таком подходе любой стандарт прозрачности будет применяться только в случае согласия с ним государств. Таким образом, государства будут сами решать, изменять ли им свои действующие инвестиционные договоры, включая в них эти стандарты, или включать соответствующие положения в свои будущие инвестиционные договоры.

25. Одни делегации предложили ограничить рассмотрение правовых стандартов прозрачности обсуждением свода правил или типовых положений для возможного включения в инвестиционные договоры, а другие сочли, что этот вариант следует заменить или дополнить принятием такого правового стандарта, например в форме руководящих принципов, которые были бы применимы после возникновения спора между инвестором и государством.

26. Одно из предложений заключалось в подготовке приложения к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, которое будет применяться в случае согласия на это инвестора и принимающего государства, являющегося стороной арбитража, или включения соответствующих положений в инвестиционный договор. Было отмечено, что правовые стандарты прозрачности будут более действенными, если они будут связаны с Регламентом. Рабочая группа заслушала различные мнения в отношении того, должно ли это приложение носить факультативный или обязательный характер и следует ли предусмотреть возможность выбора вариантов. Было решено, что эти вопросы потребуют дальнейшего рассмотрения.

27. Были заданы вопросы относительно обязывающих последствий правовых стандартов прозрачности, которые они могут иметь для положений об арбитраже, отсылающих к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, в существующих инвестиционных договорах, в частности для тех положений об арбитраже, в которых применимый вариант Регламента не указан. Было

отмечено, что в большинстве инвестиционных договоров говорится о применении Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ без какого-либо дополнительного уточнения. В этой связи было отмечено, что автоматическое применение любых правовых стандартов прозрачности к инвестиционным договорам, заключенным до принятия этих стандартов, может противоречить принципам международного публичного права и основополагающему принципу согласия в международном арбитраже.

28. Согласно другому мнению, важно обеспечить применение любых правовых стандартов прозрачности ко всем существующим инвестиционным договорам и разработать творческие решения для универсального применения этого стандарта. В этой связи было отмечено, что в статье 1 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, пересмотренного в 2010 году, предполагается, что Регламент 2010 года применяется к арбитражному соглашению, заключенному после 15 августа 2010 года, однако эта презумпция не применяется, если это арбитражное соглашение было заключено посредством принятия после 15 августа 2010 года предложения, сделанного до этой даты. Было также отмечено, что это изменение было включено в статью 1 (2) с учетом вероятности непреднамеренного ретроактивного применения (см. документ A/CN.9/646, пункт 76), и в связи с этим Рабочая группа указала на необходимость нахождения соответствующих решений.

29. Было отмечено, что разработка приложения к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, применимого только к инвестиционному арбитражу, может создать сложные проблемы с определением инвестиционного арбитража (подпадающего под действие этого приложения), отличающегося от других видов арбитража (не подпадающих под действие этого приложения), и что этот вопрос также нуждается в дальнейшем рассмотрении.

2. На уровне отношений между принимающим государством и инвестором

30. В том, что касается отношений между принимающим государством и инвестором, Рабочая группа сочла, что на одном из дальнейших этапов необходимо принять принципиальное решение относительно того, следует ли предоставлять инвестору возможность отказаться от предложения относительно проведения арбитражного разбирательства в соответствии с правовыми стандартами прозрачности.

С. Возможное содержание правового стандарта прозрачности

31. Рабочая группа приступила к обсуждению возможного содержания предполагаемых правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. В целом было выражено согласие с тем, что в этой связи необходимо рассмотреть следующие вопросы существа: публичность в вопросе возбуждения арбитражного разбирательства; документы, подлежащие публикации (такие как исковые заявления, процессуальные постановления, доказательства в обоснование); представления третьих сторон в ходе разбирательства ("amicus curiae"); публичные слушания; публикация

арбитражных решений; возможные исключения из правил прозрачности; хранилище опубликованной информации ("реестр").

1. Публичность в вопросе возбуждения арбитражного разбирательства

32. Ряд делегаций отметили, что важным шагом в деле обеспечения прозрачности и придания значимости другим положениям о прозрачности является опубликование информации о возбуждении арбитражного разбирательства. Рабочая группа заслушала предварительный обмен мнениями об условиях обеспечения публичности возбуждения разбирательства.

33. По вопросу о публикации информации на столь ранней стадии производства, в частности о том, должна ли она быть ограничена фактом существования спора или должна также включать уведомление об арбитраже, были высказаны разные мнения. Было заявлено, что уведомление об арбитраже, приводящее к началу арбитражного разбирательства в соответствии со статьей 3 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, должно публиковаться. Было высказано опасение относительно того, что опубликованное уведомление об арбитраже, возможно, не будет содержать сбалансированную информацию по делу, что, в свою очередь, может привести к возникновению таких вопросов, как защита конфиденциальной или особо важной информации и опасность необоснованных претензий. Было высказано мнение, что, возможно, было бы достаточным представлять лишь предварительную информацию об участвующих сторонах, их гражданстве и соответствующем секторе экономики. Был приведен пример опубликования информации Секретариатом МЦУИС. Было подчеркнуто, что в связи с арбитражным разбирательством в соответствии с Конвенцией МЦУИС Секретариат не опубликовывал уведомления об арбитраже, а размещал на своем веб-сайте после регистрации название и существо дела, а также дату регистрации дела согласно положениям Конвенции МЦУИС.

34. По вопросу о времени опубликования информации – после начала арбитражного разбирательства на основании полученного уведомления об арбитраже или после образования третейского суда – были высказаны разные мнения. Было заявлено, что доведение информации о наличии разбирательства до сведения общественности на ранней стадии имеет важное значение, поскольку обеспечивает осведомленность общественности о процессуальных действиях, предпринятых в рамках арбитража. Было высказано замечание практического характера о нецелесообразности преждевременного опубликования информации, поскольку, например, при получении уведомления об арбитраже третейский суд еще не образован и существует вероятность того, что арбитражное разбирательство не состоится. Были также высказаны мнения о том, что, возможно, было бы целесообразно требовать опубликования информации с момента образования третейского суда, чтобы обеспечить надежность публикуемой информации.

35. Что касается лица, которое должно выступать с инициативой в вопросе опубликования информации, касающейся возбуждения разбирательства, то были высказаны разные мнения относительно того, кто должен отвечать за публикацию такой информации – принимающее государство или инвестор. Были высказаны мнения, что публикация информации могла бы осуществляться общими усилиями сторон на основе их согласия.

36. Рабочая группа постановила продолжить рассмотрение вопроса о том, следует ли сделать обязательной публикацию информации на этой стадии и, если это так, должны ли быть предусмотрены какие-либо санкции на случай несоблюдения этого требования. Прозвучало предложение о том, что в случае возложения обязанности публиковать информацию на стороны в споре и невыполнения сторонами этого обязательства такая функция может быть передана третейскому суду. В ответ на это предложение было заявлено, что третейский суд не будет располагать для этого практическими средствами. Другой рассматривавшийся вопрос был связан с урегулированием ситуации, когда стороны соглашаются воздерживаться от раскрытия информации, несмотря на их обязательство делать это в соответствии с применимыми положениями.

37. Что касается возможного способа опубликования информации, то были внесены разные предложения, например, позволить государствам публиковать информацию на веб-сайтах своих соответствующих министерств или через соответствующие каналы в заинтересованных странах либо создать центральный реестр. В связи с первым предложением было заявлено, что государства обладают разным опытом в вопросах арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Располагающие большим опытом государства будут иметь необходимые каналы для опубликования такой информации, в то время как для государств, не обладающих таким опытом, этот вариант вызовет практические трудности. В связи с вариантом создания центрального реестра было замечено, что эту функцию могли бы выполнять такие учреждения, как Секретариат ЮНСИТРАЛ, Постоянная палата третейского суда в Гааге или соответствующие компетентные органы. Рабочая группа постановила продолжить рассмотрение этого вопроса, при обсуждении вопроса о хранилище опубликованной информации (см. ниже пункты 73-75).

38. Было подчеркнуто также, что опубликования информации на веб-сайтах международных организаций не всегда достаточно для обеспечения необходимого уровня осведомленности общественности и что может потребоваться прибегнуть к другим способам распространения информации.

39. Было высказано общее замечание относительно формулировки положений, касающихся опубликования информации о возбуждении арбитражного разбирательства. В Рабочей группе было высказано предостережение относительно чрезмерно подробного описания процедур, поскольку их несоблюдение может открыть возможности для отводов на том основании, что арбитражная процедура не соответствует положениям соглашения сторон. Было высказано предположение о том, что Рабочей группе следует рассмотреть вопрос об использовании лишь общих формулировок в положениях о публикации, с тем чтобы информация могла быть опубликована любым соответствующим и эффективным способом. Было отмечено также, что в положения о прозрачности следует включить субсидиарное правило на случай возникновения разногласий между сторонами, для того чтобы можно было избежать продолжительных прений по этому вопросу в ходе арбитражного разбирательства.

2. Документы, подлежащие опубликованию

40. Рабочая группа рассмотрела вопрос о документах, которые могут быть опубликованы. По вопросам о том, следует ли опубликовывать документы и, если да, то какие именно документы, и кто должен нести ответственность за их опубликование, были выражены различные мнения.

41. Была высказана точка зрения о том, что следует обеспечить открытый доступ ко всем документам, представленным в третейский суд и выданным им, для того чтобы общественность была информирована о ходе арбитражного разбирательства и чтобы упростить для третьих сторон представление записок *amicus curiae*. В качестве примеров документов, содержащих положения об опубликовании, были упомянуты постановление в деле "Кемтура корпорейшн против правительства Канады"⁷ и Канадское типовое соглашение о защите иностранных инвестиций. Было отмечено, что можно было бы разработать механизмы для обеспечения защиты конфиденциальной или особо важной информации и для разрешения любого спора, который может возникнуть между сторонами в связи с информацией, которая подлежит защите от опубликования. Назначение таких механизмов – обеспечить, чтобы прозрачность не причиняла необоснованного ущерба одной из сторон. В плане приведения примера таких механизмов было разъяснено, что там, где обычно разрешается полное опубликование документов, за 20 дней соответствующая сторона направляет другой стороне уведомление о намерении предать гласности определенный документ. Этот документ предается гласности только в том случае, если обе стороны приходят к соглашению относительно решения вопросов, связанных с информацией, подлежащей защите, или если этот вопрос урегулировал третейский суд. Рабочая группа постановила на более позднем этапе продолжить рассмотрение вопроса о защите конфиденциальной или особо важной информации, а также вопроса о закрытой информации, которая не может быть опубликована в соответствии с применимым законодательством (см. ниже пункты 67-72).

42. Было заявлено, что публиковать требуется не всякую документацию, в частности с учетом необходимости найти правильное соотношение между требованиями, связанными с защитой публичных интересов, и законной необходимостью обеспечить управляемость и эффективность арбитражного процесса. В этой связи опубликование записок рассматривалось как обременительная, но все же поддающаяся управлению процедура, в то время как опубликование свидетельских показаний и докладов экспертов расценивалось как потенциально дорогостоящая процедура. Поэтому было предложено отделить записки сторон и постановления третейских судов, которые могут быть опубликованы, от других доказательственных материалов или доказательств, которые могут быть исключены из числа публикуемых материалов. Было отмечено, что стороны или третейский суд в ходе разбирательства готовят и другие документы. Как следствие этого, представляется также возможным предложить следующую классификацию соответствующих документов: а) официальные представления в третейский суд; б) доказательства, письменные заявления, доклады экспертов и документы, представляемые в поддержку официальных представлений;

⁷ *Chemtura Corporation v. Government Canada, Confidentiality Order, January 21, 2008.*

с) решения и постановления третейского суда; d) протоколы дачи свидетельских показаний и представления; и e) сообщения между сторонами. Так было отмечено, что, возможно, следует воздержаться от составления перечня документов, подлежащих опубликованию, и вместо этого предусмотреть возможность полного раскрытия документов, при том что третейский суд будет располагать полномочиями определять по своему усмотрению, какие документы не подлежат опубликованию, с учетом таких факторов, как возложенное на стороны бремя по рассмотрению всех таких документов в целях выявления информации, не подлежащей раскрытию.

43. По вопросу о том, кто должен принимать решение об опубликовании документов – стороны или третейский суд, – были высказаны разные мнения. Было заявлено, что стороны могут лучше всего оценить целесообразность опубликования документов, поэтому именно они должны решать этот вопрос. В этой связи было отмечено также, что согласие сторон должно быть одним из условий опубликования документов. Вместе с тем было указано, что, как следует из документа A/CN.9/WG.II/WP.159 и добавлений к нему, ряд государств не обладают опытом в этой области, и это обстоятельство следует учитывать при разработке положений о прозрачности.

44. По мнению других участников обсуждения, третейский суд должен решать вопрос об опубликовании документов на индивидуальной основе. Поэтому в любом положении по этому вопросу может быть предусмотрено, что все материалы, представляемые третейскому суду или выдаваемые им, должны публиковаться в соответствии с указаниями третейского суда. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что передача этого вопроса в исключительное ведение третейского суда наделяет его слишком широкими полномочиями и свободой усмотрения в условиях отсутствия каких-либо руководящих принципов. Обеспокоенность была высказана также в связи с тем, что выполнение такой функции может быть слишком обременительным для третейского суда. Согласно другому предложению, стороны могли бы помогать третейскому суду определять документы, подлежащие опубликованию, и информацию, требующую защиты.

45. Другой затронутый вопрос касался практических аспектов опубликования документов, таких как язык публикации.

3. Представления третьих сторон в ходе арбитражного разбирательства ("amicus curiae")

46. Многие делегации решительно поддержали предложение разрешить представления третьих сторон, именуемые также представлениями *amicus curiae*, в ходе арбитражного разбирательства между инвестором и государством. Было заявлено, что представления *amicus curiae* способны облегчить третейскому суду задачу разрешения споров и содействуют повышению степени легитимности арбитражного процесса.

47. Широкую поддержку получило мнение о том, что следует установить определенные ограничительные критерии для таких представлений, включая существо представления, компетентность *amicus curiae*, актуальность представлений для разбирательства и надлежащий объем и допустимое время для таких представлений. В этой связи было предложено оставить на

усмотрение сторон принятия решения о том, разрешать ли такие представления, поскольку они могут вызвать дополнительные расходы и задержку разбирательства. В ответ на это было заявлено, что было бы нежелательно оставлять решение этого вопроса на усмотрение сторон, поскольку представления *amicus curiae* часто делаются в интересах какой-то одной стороны или, как уже случалось на практике, таким образом, чтобы это не отвечало интересам ни одной из сторон. Было отмечено, что представления *amicus curiae* призваны способствовать процессу принятия решений третейским судом путем повышения его информированности. В силу этого получило поддержку мнение о том, что третейский суд сам должен играть решающую роль в этом отношении на основе определенных критериев, определять, следует ли допускать представление записок *amicus curiae*. Было заявлено, что уже имеется достаточный опыт в применении таких критериев, в том числе в контексте Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) в связи с заявлением Комиссии по свободной торговле относительно участия не участвующей в споре стороны и в контексте различных типовых двусторонних инвестиционных договоров.

48. Рабочая группа оставила открытым вопрос о том, будет ли третейский суд обладать всеми полномочиями в отношении решения вопроса о представлениях *amicus curiae* или же он должен будет консультироваться со сторонами в соответствии с консенсуальной природой арбитражного разбирательства.

49. Было отмечено, что следует различать и, может быть, даже по-разному рассматривать два возможных вида *amicus curiae*. К первому может быть отнесена любая третья сторона, которая будет заинтересована в том, чтобы содействовать разрешению спора. Ко второму может относиться другое государство – участник рассматриваемого инвестиционного договора, но не являющееся стороной спора. Отмечалось, что такое государство часто располагает важной информацией, например информацией о подготовительной работе, которую оно может представить, предотвратив тем самым одностороннее толкование договора. В ответ на это было заявлено, что вмешательство не участвующего в споре государства, гражданином которого является инвестор, может стать причиной возникновения вопросов дипломатической защиты, и поэтому к нему следует относиться очень внимательно. Было высказано предположение о том, что третейский суд мог бы выяснять, существуют ли третьи стороны, которые могли бы способствовать урегулированию спора, и приглашать такие стороны для оказания ему помощи. Одной из таких третьих сторон могло бы быть государство, гражданином которого является инвестор.

50. Было отмечено также, что роль *amicus curiae* следует рассмотреть с точки зрения внутренних правовых систем, не знакомых с концепцией *amicus curiae*. В этой связи был задан вопрос о том, может ли *amicus curiae* считаться экспертом, что, в свою очередь, вызывает вопросы о возможности перекрестного опроса *amicus curiae*. В ответ на это было заявлено, что *amicus curiae* и эксперт выполняют разные роли, поскольку эксперты обычно назначаются третейским судом на определенных условиях, таких как беспристрастность и независимость. Рабочая группа приняла к сведению предложение определить термин "*amicus curiae*" и отводящуюся *amicus curiae*

роль, включая рассмотрение вопросов о том, кто мог бы выступать в качестве *amicus curiae*, должно ли им быть физическое или юридическое лицо, о критериях участия, о том, должно ли такое участие обуславливаться решением третейского суда или соглашением между сторонами, о форме записок *amicus curiae* и других практических вопросов, в частности об определении и покрытии расходов на участие *amicus*.

51. В общем контексте разрешения представлений *amicus curiae* подчеркивалась важность наличия доступа к документам, поскольку от разрешенного уровня доступа к ним будет зависеть качество представлений *amicus curiae*. Что касается роли *amicus curiae*, то был задан вопрос о том, следует ли предусмотреть разные уровни доступа к документам, с одной стороны, для широкой публики, а с другой стороны, для *amicus curiae*.

4. Слушания

а) Публичные слушания

52. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должны ли слушания быть публичными. Было разъяснено, что Рабочая группа понимает понятие "открытых" или "публичных" слушаний как разрешение общественности присутствовать на слушаниях, а не активно участвовать в них.

53. Многие делегации поддержали проведение публичных слушаний в силу различных соображений. Было отмечено, что публичные слушания являются одной из основных особенностей транспарентной системы и их проведение следует поощрять в рамках международного инвестиционного арбитража. Кроме того, было отмечено, что в отношении слушаний должны применяться те же аргументы, которые могут служить обоснованием публичного доступа к документам. Проведение публичных слушаний было признано важнейшим элементом повышения осведомленности и доверия общественности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров.

54. Было высказано мнение, что положение об открытых слушаниях в любом подлежащем разработке правовом стандарте прозрачности должно изменить на обратное содержание субсидиарной нормы, изложенной в статье 25 (4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 года и статье 28 (3) Регламента, пересмотренного в 2010 году, и предусматривать, что слушания являются открытыми, если стороны не договорились об ином. Рабочая группа решила, что вопрос о согласии сторон на открытые слушания нуждается в дальнейшем рассмотрении на более позднем этапе.

55. Был затронут вопрос о том, предполагают ли публичные слушания присутствие средств массовой информации и возможность международной трансляции арбитражного разбирательства. Было отмечено, что возможность присутствия на публичных слушаниях будет зависеть от географического местоположения заинтересованной общественности и что трансляция должна обеспечить максимально широкий публичный доступ. Было высказано и другое мнение, согласно которому в случае, если представителям средств массовой информации разрешается присутствовать на слушаниях, то они, как и при обычных судебных заседаниях, не должны иметь права записывать или транслировать слушания.

56. Было отмечено, что слушания могут также касаться конфиденциальной или особо важной информации, в связи с чем публичная открытость как общее правило нежелательна и не должна считаться приемлемой во всех случаях. В этой связи было отмечено, что в некоторых случаях должны быть задействованы механизмы, ограничивающие публичный доступ к слушаниям, и приняты меры материально-технического обеспечения, позволяющие проводить слушания при закрытых дверях, когда речь идет о конфиденциальной или особо важной информации. Было выражено общее согласие с тем, что решение о проведении в исключительных случаях закрытых слушаний должен принимать сам третейский суд, руководствуясь конкретными обстоятельствами дела. В поддержку этого мнения было подчеркнуто, что третейский суд располагает наилучшими возможностями для нахождения равновесия между публичными интересами и такими противостоящими интересами как необходимость обеспечения управляемости слушаниями и недопущения обострения спора. Было высказано мнение о том, что решения третейского суда о проведении открытых или закрытых слушаний должны приниматься в консультации со сторонами. Было отмечено, что основания для проведения закрытых слушаний должны рассматриваться как возможные исключения из правил, касающихся прозрачности (см. ниже пункты 67-72).

57. В отношении публичных слушаний были высказаны общие оговорки, согласно которым концепция публичных слушаний противоречит самой сути арбитража, который, как было отмечено, имеет конфиденциальный характер, запрещающий доступ третьих сторон к слушаниям. Было указано на то, что арбитражные разбирательства по спорам между инвесторами и государством на основе международных договоров нередко затрагивают вопросы политического характера и что поэтому открытые слушания могут оказывать дополнительное давление на участвующее государство, тем самым создавая риск того, что участие широкой общественности не облегчит, а окажет отрицательное воздействие на урегулирование спора. Был высказан ряд мнений в пользу изложенного в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ общего субсидиарного правила, которое предусматривает, что слушания "проходят при закрытых дверях, если стороны не договорились об ином". Согласно иному мнению, слушания должны быть закрытыми для публичного доступа, однако протоколы таких слушаний должны предаваться гласности после соответствующего редактирования конфиденциальной или особо важной информации.

b) Протоколы слушаний

58. Было достигнуто общее согласие с тем, что решение, принимаемое в отношении протоколов, должно зависеть от решения, принимаемого в отношении публичного доступа к слушаниям. Было высказано мнение, что предание протоколов гласности в тех случаях, если слушания проводились при закрытых дверях, допустимо только в исключительных обстоятельствах, когда закрытие слушаний имело место по причинам материально-технического обеспечения, а не по причинам защиты конфиденциальной или особо важной информации. В таких обстоятельствах публикация протоколов позволит общественности, которая не смогла присутствовать на слушаниях, тем не менее ознакомиться с их содержанием. Было отмечено, что предание

протоколов гласности усилит положительное воздействие проведения публичных слушаний. В этой связи одна делегация пояснила, что в одном известном случае проведения публичных слушаний протоколы этих слушаний были опубликованы в Интернете.

59. Рабочая группа была проинформирована о том, что при проведении арбитражных разбирательств в соответствии с регламентом МЦУИС решение о проведении открытых слушаний принимает третейский суд, если ни одна из сторон не выступает против. Однако для предания протоколам гласности требуется согласие сторон. Было также отмечено, что решение вопроса о публикации протоколов, как правило, относится к компетенции государства-ответчика, по крайней мере в отношении дел, связанных с НАФТА, и что МЦУИС до сих пор не опубликовал на своем веб-сайте ни одного протокола.

с) Участие третьих сторон ("*amicus curiae*") в слушаниях

60. Было отмечено, что согласно общепринятой практике *amicus curiae* разрешается подавать представления, но не присутствовать или активно участвовать в слушаниях. Вместе с тем было высказано мнение, что не следует создавать препятствий для участия *amicus curiae*, поскольку в некоторых случаях третейский суд может пожелать задать вопросы *amicus* в ходе слушаний, и в этой связи любое положение по этому вопросу должно предусматривать определенную степень свободы усмотрения. В числе причин разрешения участия *amicus curiae* в слушаниях было указано на то, что *amicus curiae* нередко обладают специальными знаниями по вопросам, являющимся предметом спора. Было также отмечено, что в некоторых случаях письменные представления могут нуждаться в дополнении устными пояснениями. Кроме того, было указано на то, что участие *amicus curiae* в слушаниях придаст больше веса таким формам посредничества в процессе и тем самым окажет благотворное воздействие на восприятие арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. С другой стороны, было отмечено, что в ходе разбирательств, связанных с НАФТА, когда третейский суд допускает письменные представления *amicus*, в таком участии в слушаниях нет необходимости.

5. Публикация арбитражных решений

61. Рабочая группа рассмотрела вопрос о публикации арбитражных решений и приняла к сведению положения по этому вопросу, содержащиеся в статье 32 (5) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 года и статье 34 (5) Регламента, пересмотренного в 2010 году. Оба варианта Регламента требуют по существу согласия всех сторон на публикацию арбитражного решения.

62. Многие делегации поддержали предложение о разработке общего положения, согласно которому арбитражное решение, выносимое третейскими судами в рамках арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, должны публиковаться, что является отступлением от принципа, изложенного в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ. Было отмечено, что если другие документы подлежат раскрытию, то, очевидно, и арбитражные решения также должны публиковаться. Даже если другие документы не публикуются, публикация арбитражных решений будет, как было отмечено, представлять собой

решительный шаг вперед в деле повышения легитимности процесса и накопления доступных и согласованных данных судебной практики. Публикация арбитражных решений будет также способствовать ознакомлению с толкованием положений международных договоров, что может быть полезным для участников конкретного международного договора, не являющихся сторонами спора, или даже для участников других международных договоров.

63. Было высказано мнение, что положение по этому вопросу может также предусматривать, что арбитражные решения должны предаваться гласности, если только все стороны арбитражного разбирательства не договорились об ином. Было высказано мнение о том, что в таком случае все же остается возможность опубликовать выдержки из арбитражных решений, содержащих соответствующее правовое обоснование, как это делает Секретариат МЦУИС. Было указано на то, что любая договоренность между сторонами о сохранении конфиденциальности арбитражных решений вызовет подозрения у общественности и поэтому отказ от публикации арбитражных решений является нежелательным, если только речь не идет о соображениях государственной безопасности.

64. Было отмечено, что положение о публикации арбитражных решений должно также содержать правила о защите конфиденциальной или особо важной информации. Было разъяснено, что могут возникнуть сложности, если третейский суд будет вынужден консультироваться со сторонами в отношении информации конфиденциального характера, которую следует исключить из арбитражного решения, и что поэтому требование об опубликовании может оказать воздействие на порядок составления арбитражных решений и их содержание. Было отмечено, что основания для редактирования или неопубликования арбитражного решения могли бы рассматриваться как возможные исключения из правил, касающихся прозрачности (см. ниже пункты 67-72).

65. Было предложено проводить различие между решениями, выносимыми третейским судом на разных этапах арбитражного разбирательства, и опубликовывать в обязательном порядке только последнее решение, оставляя опубликование других арбитражных решений как факультативное на усмотрение третейского суда или сторон. В ответ на это было заявлено, что третейский суд нередко выносит решения по различным вопросам в разное время и общественность может проявлять интерес к некоторым или всем таким решениям. Кроме того, было предложено предусмотреть, чтобы положения по этому вопросу разрешали публикацию не только решений, но и документов, упоминаемых в этих решениях, особенно если такие документы не предавались гласности на более раннем этапе или утратили свой конфиденциальный характер.

66. В порядке редакционного замечания было отмечено, что в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ имеется целый ряд положений, касающихся арбитражных решений, и следует обеспечить согласованность правового стандарта с этими положениями.

6. Возможные исключения из правил прозрачности

67. Рабочая группа сосредоточила внимание на возможных исключениях из правил прозрачности для защиты конфиденциальной и особо важной информации (которые в ходе дискуссии именовались "изъятиями"). Было высказано мнение, что любое положение по этому вопросу должно быть сформулировано в общих чертах, что позволит избежать необходимости перечисления всех возможных обстоятельств и наделить вместо этого третейский суд значительной свободой усмотрения. Было отмечено также, что общие определения термина "конфиденциальная информация" можно найти в ряде существующих инвестиционных договоров. Например, "конфиденциальная информация" может быть определена как "любая важная фактическая информация, закрытая для публичного доступа". Такое определение будет охватывать информацию, которая может быть определена как "особо важная" любой из сторон в споре. Было заявлено, что может потребоваться обеспечить защиту и других категорий информации, не охватываемых таким определением понятия "конфиденциальная информация", например информации, использование которой может препятствовать приведению в исполнение арбитражного решения, и информации, иным образом охраняемой от разглашения законодательством одной из сторон. Было высказано мнение о том, что выработать всеобъемлющее определение понятия "конфиденциальная информация" довольно сложно, при том, однако, что было бы полезным дать третейским судам некоторые руководящие указания в виде примеров.

68. Другой моделью, которая, по мнению участников обсуждения, может служить полезным ориентиром в вопросах арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государством, являются Правила МАЮ о принятии доказательств в международном коммерческом арбитраже (2010 год), в которых содержатся положения о конфиденциальности в пунктах 3 и 4 статьи 9, касающейся допустимости и оценки доказательств.

69. Было высказано мнение, что задача квалификации той или иной информации в качестве конфиденциальной или особо важной должна быть возложена на третейский суд. Было разъяснено, что согласно практике некоторых государств ответственность за определение конфиденциальной или другой особо важной информации для арбитражного разбирательства лежит на стороне, участвующей в споре, и получение третейским судом такого заключения служит сигналом для рассмотрения этого вопроса и принятия решения.

70. Были высказаны общие замечания о том, что, несмотря на необходимость наличия исключений, связанных с защитой конфиденциальной или особо важной информации, такие исключения не должны быть слишком широкими и не должны наносить ущерба основным положениям о прозрачности. Было отмечено также, что исключения из правил прозрачности для защиты конфиденциальной или особо важной информации должны обеспечивать ясность и служить руководящими указаниями, с тем чтобы по этому вопросу между сторонами не возникало споров.

71. Был задан вопрос об условиях обеспечения применения этих исключений и о том, следует ли предусмотреть санкции на случай несоблюдения

какой-либо стороной обязательств, касающихся конфиденциальности. Было высказано предположение о том, что в качестве средства защиты могут быть использованы механизмы государственного иммунитета. Одна из упомянутых возможных санкций касалась издержек. В качестве примера положения, предусматривающего такую санкцию, была отмечена статья 9 (7) Правил МАЮ о принятии доказательств в международном коммерческом арбитраже (2010 год). В ней предусмотрено, что "если третейский суд находит, что одна из сторон недобросовестно относится к принятию доказательств, третейский суд, наряду с принятием любых других мер, предусмотренных настоящими Правилами, может принять такое отношение во внимание при расчете издержек, связанных с арбитражным разбирательством, включая издержки, вытекающие из принятия доказательств или связанные с ним".

72. Был задан вопрос о том, не следует ли предусмотреть отдельное исключение для вопроса о защите целостности арбитражного процесса. В целом было признано, что этот вопрос важно учитывать при обсуждении проблем прозрачности, но он по сути может не относиться к вопросу об исключениях для защиты конфиденциальной или особо важной информации. Было выражено общее мнение, что проблемой защиты целостности арбитражного процесса следует заниматься третейскому суду, который в любом случае уже располагает широкой свободой усмотрения в этом отношении согласно статье 15 Арбитражного регламента 1976 года и статье 17 Регламента в редакции 2010 года. Было отмечено, что общий вопрос ведения дела имеет важное значение и его следует продолжать рассматривать применительно к каждому вопросу существа.

7. Хранилище опубликованной информации ("реестр")

73. Рабочая группа напомнила, что был внесен целый ряд предложений относительно создания механизмов предоставления публичного доступа к информации, которая может быть опубликована, для обеспечения прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государством на основе международных договоров. Участникам напомнили, что в ходе обсуждения вопросов существа в Рабочей группе прозвучали предложения о том, что информация может быть опубликована любой из сторон (принимающим государством или инвестором) либо с использованием нейтрального регистра. Было отмечено, что информация, касающаяся проведения арбитражных разбирательств в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, могла бы публиковаться Секретариатом ЮНСИТРАЛ и размещаться на его веб-сайте. В качестве учреждения, которое также могло бы предоставлять эту услугу, в частности была названа Постоянная палата третейского суда в Гааге (ППТС) (см. выше пункт 37).

74. Было выражено общее мнение, что прежде чем решать, следует ли возлагать эту задачу на стороны в споре или на других субъектов, необходимо прежде всего более четко определить роль такого регистра. Был задан вопрос о том, необходимо ли будет также регистру – в связи с опубликованием информации о возбуждении арбитражного разбирательства – производить анализ *prima facie* полученной информации, особенно если в правовом стандарте по этому вопросу будет предусмотрено, что такая информация

должна опубликовываться до образования третейского суда. В этом случае регистру необходимо будет принимать решение о том, относится ли рассматриваемое дело к сфере применения правового стандарта прозрачности, который предстоит разработать, и, например, имеется ли в действительности арбитражное соглашение. Предстоит также решить вопрос о том, относятся ли также к сфере компетенции регистра помимо дел, вытекающих из арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государством на основе международных договоров, дела, вытекающие из соглашений между государствами и инвесторами, дела, вытекающие из законодательства об инвестиционной деятельности, и другие дела. В этой связи был задан также вопрос о том, будет ли предусмотрена возможность отказа регистра в публикации информации о таких делах.

75. Рабочая группа была проинформирована о том, что, поскольку Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ является документом Организации Объединенных Наций, функцию предоставления таких услуг государствам было бы логично выполнять Секретариату Организации Объединенных Наций. Далее отмечалось, что Управление по правовым вопросам Организации Объединенных Наций, к которому организационно относится ЮНСИТРАЛ, обладает обширным опытом предоставления аналогичных услуг, включая опубликование документов о сдаче на хранение ратификационных грамот, а также документов о присоединении к международным конвенциям или их принятии. ППТС подтвердила свою готовность предоставлять такие услуги, если это не сможет сделать Секретариат ЮНСИТРАЛ.

D. Форма правового стандарта прозрачности

76. Рабочая группа сослалась на состоявшееся ранее обсуждение возможного характера правового стандарта прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государством на основе международных договоров и его возможных форм (см. выше пункты 22-30). Что касается формы, то многие делегации поддержали предложение включить в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ правовые стандарты прозрачности в качестве дополнения к нему либо в качестве приложения, либо, с учетом того, что в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ не содержится упоминаний о каких-либо приложениях, в качестве отдельных правил прозрачности. Предлагалось также сформулировать положения о прозрачности в виде рекомендаций или типовых договорных положений.

77. Для содействия обсуждению вопроса о применимости правил прозрачности было предложено провести разграничение между предложением о проведении арбитражного разбирательства, сделанным государством – участником договора, и последующим согласием инвестора на арбитражное разбирательство на уровне спора между инвестором и государством.

1. На уровне многосторонних или двусторонних инвестиционных договоров

78. Применительно к первому уровню согласия (договорный уровень) было предложено проводить также различие между будущими и существующими инвестиционными договорами.

а) Будущие многосторонние или двусторонние инвестиционные договоры

79. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, необходимо ли включать в будущие инвестиционные договоры прямую ссылку на правила прозрачности в дополнение к ссылке на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, с тем чтобы обеспечить применение таких положений. Были высказаны мнения, что во избежание правовой неопределенности и противоположных толкований, которые могут возникнуть в результате отсутствия ссылки на положения о прозрачности, было бы предпочтительно предусмотреть получение прямого согласия сторон. Было заявлено, что государствам должно быть известно о существовании новых правил прозрачности и что отсутствие прямой ссылки на такие положения в инвестиционном договоре следует расценивать как решение не применять такие положения. В частности, подчеркивалось, что в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ отсутствуют положения о публикации документов, открытых слушаниях и участии третьих сторон и что поэтому, исходя из ссылки на Регламент, вряд ли можно будет делать вывод о подразумеваемом согласии применять также дополнительные положения о прозрачности.

80. Тем не менее было отмечено, что требование о применении конкретной ссылки на правила прозрачности в контексте будущих инвестиционных договоров умаляет значение работы, проводимой в настоящее время Рабочей группой. Было также высказано мнение, что включение в правила прозрачности положений об их применимости обеспечит ясность в вопросе их применения и использования. Например, может быть предусмотрено, что правила прозрачности применяются, если имеется ссылка на пересмотренный Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года.

81. Было заявлено, что для примирения различных мнений, высказанных в ходе обсуждения, можно было бы сформулировать эти правила таким образом, чтобы они предусматривали высокий уровень прозрачности, но применялись только в тех случаях, когда стороны прямо выразили свое согласие с прозрачностью арбитражного разбирательства. Было высказано общее мнение, что изучение этих вопросов следует продолжить на одной из будущих сессий.

82. Было обращено внимание на тот факт, что на своей сорок третьей сессии Комиссия поручила Рабочей группе разработать документ, который обеспечивал бы прозрачность в области арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров (см. выше, пункт 2), оставив на усмотрение Рабочей группы вопрос о том, как достичь этой цели. Было отмечено также, что, если разработанный документ будет применен только в случае наличия прямой ссылки в инвестиционном договоре, это будет свидетельствовать о существенном невыполнении возложенного на Рабочую группу мандата. Кроме того, было указано, что необходимо обратить внимание на критические замечания, согласно которым существующая система арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами иногда описывается как закрытая и не отвечающая публичным интересам. Было заявлено также, что, возможно, настало время отреагировать на эти критические замечания и принять положения о прозрачности, которые самым широким образом применялись бы в контексте арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. В этой связи было высказано мнение, что Рабочей группе следует отразить в документе о

прозрачности, который она разработает, презумпцию того, что положения о прозрачности будут применяться в будущем в рамках арбитражных разбирательств по инвестиционным спорам. Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос о том, как наилучшим образом сформулировать эту презумпцию.

83. В поддержку этого мнения было заявлено, что презумпция применения правил прозрачности может быть построена таким образом, чтобы обеспечивать необходимый уровень определенности для сторон независимо от того, применяются ли в рамках данного арбитражного разбирательства эти правила. Например, было предложено включить в раздел положений о прозрачности, касающийся их применимости, следующую формулировку: "настоящие правила являются частью Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ для любого арбитражного разбирательства, возбужденного на основании этих правил в соответствии с ратифицированным в дальнейшем инвестиционным договором, если только в этом договоре прямо не предусмотрено, что эти правила не применяются". Было заявлено, что такая формулировка позволит создать презумпцию прозрачности в рамках Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

84. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что положения о применении будущих правил прозрачности в отношении будущих международных договоров, должны быть ясными и предусматривать необходимый уровень определенности в вопросе наличия согласия сторон принять такие правила в рамках арбитражного процесса согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ. Было высказано также мнение, что формулировку, которую предстоит принять в отношении будущих договоров, следует рассматривать в свете ее воздействия на уже заключенные инвестиционные договоры.

b) Существующие многосторонние или двусторонние инвестиционные договоры

85. В связи с существующими договорами Рабочая группа рассмотрела вопрос о применении любых новых стандартов к уже существующим инвестиционным договорам. Было заявлено, что этот вопрос имеет важное практическое значение, поскольку уже насчитывается более 2 500 действующих инвестиционных договоров⁸, в то время как в 2010 году было заключено менее 10 инвестиционных договоров.

86. Многие делегации выразили мнение о желательности применения правил прозрачности также и к существующим инвестиционным договорам. Была высказана точка зрения о том, что такое применение будет способствовать укреплению мандата Комиссии повышать уровень прозрачности в области арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Вместе с тем было высказано сомнение в отношении того, что такое применение является практически осуществимым, в частности ввиду широкого разнообразия договорных положений, ссылающихся

⁸ Для ознакомления с онлайн-сборником всех инвестиционных договоров см. базу данных Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), размещенную 28 июля 2010 года по адресу www.unctadxi.org/templates/Startpage_718.aspx.

на арбитражное разбирательство в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, и что оно может быть обеспечено за счет какого-либо документа, подготовленного Рабочей группой и принятого Комиссией.

87. Внимание Рабочей группы было обращено на значение статьи 1 (2) пересмотренного Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года, которая гласит следующее: "Предполагается, что стороны арбитражного соглашения, заключенного после 15 августа 2010 года, сослались на Регламент, действующий на дату начала арбитражного разбирательства, если только стороны не договорились о применении конкретного варианта Регламента. Это предположение не применяется, если арбитражное соглашение заключено посредством принятия после 15 августа 2010 года предложения, сделанного до этой даты". Было также указано, что в Регламенте в редакции 1976 года не содержалось каких-либо предположений о том, что в Регламент будут вноситься поправки.

88. Рабочая группа обсудила различные возможные способы обеспечить определенность в вопросе о применении правил прозрачности в отношении существующих инвестиционных договоров. Было отмечено, что применение правил прозрачности в отношении уже существующих инвестиционных договоров не должно подразумевать какого-либо ретроактивного применения этих стандартов.

89. Было указано, что закрепление в инвестиционном договоре согласия государств-участников на арбитражное разбирательство по спорам между инвесторами и государством в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ может быть истолковано как согласие с системой арбитражного разбирательства, которая будет изменяться со временем. Согласно этому мнению, правила прозрачности будут применяться автоматически, поскольку они будут частью этой развивающейся системы арбитражного разбирательства ЮНСИТРАЛ. Согласно другой точке зрения, остается неясным, можно ли исходя из простой ссылки на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в инвестиционных договорах делать вывод о том, что стороны автоматически соглашались на то, чтобы быть связанными любыми поправками к Регламенту. Далее было указано, что автоматическое применение положений о прозрачности в отношении существующих инвестиционных договоров, содержащих ссылку на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, будет невозможным, если только не будут сделаны совместные заявления государств-участников в соответствии со статьей 31 Венской конвенции о праве международных договоров (1969 год). В этой связи было также отмечено, что в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ не содержится ссылок на какое-либо приложение или какой-либо международно-правовой документ, которые следует читать вместе с Регламентом.

90. Рабочая группа изучила вопрос о том, в какой форме государства должны выражать прямое согласие. Было отмечено, что порядок внесения поправок в существующие инвестиционные договоры обременителен и занимает много времени.

91. Было указано, что мандат ЮНСИТРАЛ включает подготовку или поощрение принятия новых международных конвенций, а также типовых и

единообразных законов⁹, однако сама ЮНСИТРАЛ не уполномочена создавать законодательные обязательства для государств без их согласия. В этой связи было отмечено, что единственная возможность, которая имеется у Рабочей группы для повышения прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, заключается в разработке положений и поощрении государств к их использованию.

92. Было высказано мнение, что в случае разработки правового стандарта о прозрачности в форме юридически не обязывающего документа, например в форме руководящих принципов, вопрос о применимости не возникает. Рабочая группа сочла, что на данной стадии обсуждения было бы преждевременно принимать окончательное решение о форме подлежащего разработке правового стандарта.

93. В отношении повышения определенности по поводу применимости правил прозрачности к существующим международным договорам были высказаны различные мнения, в том числе о необходимости односторонних заявлений правительств, совместного толкования правительств или открытого для подписания или ратификации документа, посредством которых государства могли бы напрямую заявить о согласии с применением правил прозрачности в соответствии с существующими договорами или договориться об их применении. Было также отмечено, что, хотя односторонние заявления возможны, совместные заявления были бы более предпочтительными для обеспечения равного режима и в большей мере соответствовали бы существующей практике международных договоров. Что касается толковательных документов, то, как было отмечено, их правовое значение имеет ограниченный характер.

94. Рабочая группа согласилась с тем, что все эти мнения потребуют дальнейшего правового анализа и что следует продолжить обсуждение этих вопросов на будущей сессии.

2. На уровне отношений между принимающим государством и инвестором

95. В отношении второго уровня согласия (уровень инвестор – государство) было отмечено, что необходимо принять политическое решение о том, будет ли инвестор юридически связан предложением государства о проведении арбитража в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, включая правила прозрачности, или он будет иметь право отказаться от предложения о проведении прозрачного арбитражного разбирательства.

96. Было отмечено, что в арбитражной практике предусматривается возможность согласования применимого арбитражного регламента. Вместе с тем было высказано получившее широкую поддержку мнение, что наделение инвестора правом последнего слова в отношении применения правил прозрачности поставит инвестора в неоправданно привилегированное положение и приведет к уменьшению прозрачности. Было указано, что такой подход будет противоречить мандату Комиссии о повышении прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и

⁹ См. резолюцию 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи, раздел II, пункт 8.

государствами на основе международных договоров. Было также отмечено, что в отличие от коммерческого арбитража арбитражные разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров проводятся на основании соответствующего международного договора между государствами-участниками, что ограничивает способность инвестора отступать от предложений, сделанных принимающим государством. Вместе с тем было указано, что в целях обеспечения равенства сторон в рамках арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государством было бы, возможно, целесообразно предусмотреть для инвестора право на выражение своего мнения в отношении предложения принимающего государства принять участие в прозрачном арбитражном разбирательстве.

97. Был задан вопрос о допустимых пределах, в которых стороны спора имеют право отступать от некоторых условий правил прозрачности, и о возможных правовых способах недопущения такого отступления. Было высказано мнение, что соответствующий международный договор между государствами-участниками не позволит государству-участнику и инвестору отступить от правил прозрачности. Согласно другому мнению, стороны спора всегда могут на законных основаниях внести изменения в свои арбитражные соглашения (включая содержащуюся в них ссылку на правила прозрачности) и в силу этого в правила прозрачности невозможно включить какие-либо положения, запрещающие отступления. Согласно еще одному мнению, официальное решение об отступлении от правил прозрачности должно приниматься третейским судом по просьбе сторон. В ответ было указано на то, что такой подход поставит третейский суд в затруднительное положение на раннем этапе производства.

98. Было предложено придать некоторым положениям правил прозрачности характер, не допускающий отступлений, например, путем исключения из правил прозрачности любых ссылок на право сторон вносить изменения в правила прозрачности на основе последующей договоренности, в частности подобной той, которая предусмотрена в статье 1 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. В поддержку этого предложения было указано на то, что в самом Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ также содержатся положения, не допускающие отступлений. Было предложено оговорить по каждому положению правил прозрачности, какое из них допускает отступления, с учетом того, что в отношении определенных положений можно утверждать, что они наделяют правами третьи стороны.

99. Было вновь высказано мнение о том, что этих трудностей можно избежать путем подготовки юридически не обязывающих рекомендаций или руководящих принципов.

100. Рабочая группа согласилась с тем, что все эти предложения потребуют дальнейшего правового анализа и что следует продолжить обсуждение этих вопросов на будущей сессии.

V. Прочие вопросы

A. Подготовка следующей сессии Рабочей группы

101. Рабочая группа просила Секретариат подготовить для ее следующей сессии рабочие документы, в которых будет представлен анализ обсуждавшихся на ее текущей сессии вопросов, касающихся формы и существа, включая примеры положений о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Рабочая группа просила также Секретариат подготовить, насколько это практически выполнимо и целесообразно, типовые положения для их обсуждения. Делегациям было предложено представить Секретариату уместную, по их мнению, информацию по вопросам, которые обсуждались на текущей сессии, включая письменные материалы или предложения.

B. Вопросы для рассмотрения Комиссией в качестве возможной работы в области арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров

102. В соответствии с решением Комиссии на ее сорок третьей сессии (см. выше пункт 3) Рабочая группа продолжила обсуждения в целях выявления других вопросов, которые более часто возникают в ходе арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и которые заслуживают проведения дополнительной работы и, соответственно, могут быть доведены до сведения Комиссии на будущей сессии.

103. Было предложено довести до сведения Комиссии на ее будущей сессии вопрос о возможном участии государства-участника, не являющегося стороной спора, о чем говорится в пункте 49 выше. После обсуждения Рабочая группа решила запросить рекомендации Комиссии относительно того, следует ли Рабочей группе рассматривать этот вопрос в контексте ее текущей работы. Также было предложено довести до сведения Комиссии вопрос о беспристрастности и независимости арбитров. Это предложение не получило поддержки.