



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
16 February 2012
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Сорок пятая сессия
Нью-Йорк, 25 июня – 6 июля 2012 года

**Доклад Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная
процедура) о работе ее пятьдесят шестой сессии
(Нью-Йорк, 6-10 февраля 2012 года)**

Содержание

<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-3	2
II. Организация работы сессии	4-10	2
III. Ход обсуждения и принятые решения	11	4
IV. Подготовка правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров	12-116	4
A. Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров	13-116	5
1. Статья 1 (1) – Применимость правил о прозрачности	13-59	5
2. Статья 1 (2) – Применение правил о прозрачности сторонами в споре	60-81	16
3. Статья 1 (3) – Свобода усмотрения третейского суда	82-85	21
4. Статья 1 (4) – Взаимосвязь между правилами о прозрачности и любыми положениями международного инвестиционного договора, касающимися прозрачности	86-94	21
5. Статья 1 (5) – Взаимосвязь между правилами о прозрачности и применимым сводом арбитражных правил	95-97	23
6. Сноски к статье 1	98-102	23
7. Статья 2 – Опубликование информации при открытии арбитражного разбирательства	103-110	24
8. Статья 3 – Опубликование документов	111-116	26



I. Введение

1. На своей сорок третьей сессии (Нью-Йорк, 21 июня – 9 июля 2010 года) Комиссия в связи с вопросом о будущей деятельности в области урегулирования споров сослалась на принятое на ее сорок первой сессии (Нью-Йорк, 16 июня – 3 июля 2008 года)¹ решение о том, что вопрос о прозрачности применительно к арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров должен быть рассмотрен в первоочередном порядке сразу же после завершения пересмотра Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Комиссия поручила Рабочей группе II подготовку правового стандарта по этой теме².

2. На своей сорок четвертой сессии (Вена, 27 июня – 8 июля 2011 года) Комиссия напомнила о своем понимании, выраженном на ее сорок первой сессии в отношении важности обеспечения прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров. Комиссия подтвердила, что вопрос о применимости правового стандарта прозрачности к существующим международным инвестиционным договорам является частью мандата Рабочей группы и что этот вопрос имеет огромное практическое значение, учитывая большое число уже заключенных международных договоров³. Кроме того, Комиссия согласилась с тем, что вопрос о возможном вмешательстве в арбитражное разбирательство не являющегося стороной спора государства – участника международного инвестиционного договора следует рассматривать как вопрос, относящийся к мандату Рабочей группы. Вопрос о целесообразности рассмотрения в правовом стандарте прозрачности такого права на вмешательство и, если это будет признано необходимым, об определении объема и условий такого вмешательства был оставлен на дальнейшее рассмотрение Рабочей группы⁴.

3. Самая последняя подборка ссылок, касающихся истории рассмотрения Комиссией результатов работы Рабочей группы, содержится в документе A/CN.9/WG.II/WP.168, пункты 5-12.

II. Организация работы сессии

4. Рабочая группа, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою пятьдесят шестую сессию в Нью-Йорке 6-10 февраля 2012 года. В работе сессии принимали участие следующие государства – члены Рабочей группы: Австралия, Австрия, Алжир, Аргентина, Болгария, Бразилия, Венесуэла (Боливарианская Республика), Германия, Гондурас, Греция, Египет, Израиль, Индия, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Канада, Кения, Китай, Колумбия, Маврикий, Малайзия, Мексика, Нигерия, Норвегия, Пакистан, Польша, Республика Корея, Российская Федерация,

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

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

³ Там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/66/17), пункт 200.*

⁴ Там же, пункт 202.

Сальвадор, Сенегал, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Турция, Уганда, Украина, Филиппины, Франция, Чешская Республика, Чили, Южная Африка и Япония.

5. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Бангладеш, Беларусь, Бельгия, Демократическая Республика Конго, Куба, Кувейт, Индонезия, Ирак, Куба, Кувейт, Люксембург, Мозамбик, Мьянма, Нидерланды, Никарагуа, Панама, Перу, Румыния, Словакия, Финляндия, Хорватия, Швейцария, Швеция и Эквадор.

6. На сессии также присутствовали наблюдатели от Палестины и Европейского союза.

7. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций:

а) *система Организации Объединенных Наций*: Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС);

б) *межправительственные организации*: Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Постоянная палата третейского суда (ППТС) и Секретариат Энергетической хартии;

в) *приглашенные международные неправительственные организации*: Американская арбитражная ассоциация (ААА), Американская ассоциация адвокатов (ААА), Арабская ассоциация международного арбитража (ААМА), Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты (СТП), Арбитражный совет строительной промышленности (АССП), Ассоциация адвокатов города Нью-Йорк (ААГНЙ), Ассоциация адвокатов штата Нью-Йорк (ААШНЙ), Ассоциация бывших участников Учебного международного торгового арбитражного разбирательства памяти Виллема К. Виса, Бельгийский центр арбитража и посредничества (СЕПАНИ), Высший институт арбитров (ВИА), Европейская ассоциация студентов-юристов (ЕАСЮ), Европейский союз юристов (ЕСЮ), Институт международного арбитража (ИМА), Институт международного коммерческого права (ИМКП), Лондонский суд международного арбитража (ЛСМА), Мадридский арбитражный суд, Межамериканская ассоциация юристов (МАЮ), Межамериканская комиссия по торговому арбитражу (МКТП), Международная арбитражная группа корпоративных адвокатов (МАГКА), Международная ассоциация юристов (МАЮ), Международная федерация учреждений торгового арбитража (МФУТА), Международный арбитражный суд (МАС), Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН), Международный институт по вопросам устойчивого развития (МИУР), Международный совет по торговому арбитражу (МСТП), Миланский клуб арбитров, Общество международного арбитража Майами (ОММ), Пакистанский коммерческий совет (ПКС), Парижская коллегия адвокатов, Правовая ассоциация стран Средиземноморья (Юримед), Тегеранский региональный арбитражный центр (ТРАЦ), Факультет международного арбитража Лондонского университета королевы Марии, Форум для международной согласительной и арбитражной процедуры (ФМСАП), Центр международного экологического права (ЦМЭП), Центр международных исследований в области права (ЦМИП), Шведская

арбитражная ассоциация (ШАА) и Швейцарская арбитражная ассоциация (АСА).

8. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Салим Муллан (Маврикий)

Докладчик: г-н Шотаро Хамамото (Япония).

9. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: а) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.168); б) записка Секретариата о подготовке правового стандарта прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров (A/CN.9/WG.II/WP.169 и добавление); с) записка Секретариата, в которой воспроизводятся замечания арбитражных учреждений относительно создания хранилища публикуемой информации ("регистра") (A/CN.9/WG.II/WP.170 и добавление).

10. 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. Организация будущей работы
6. Прочие вопросы
7. Утверждение доклада.

III. Ход обсуждения и принятые решения

11. Рабочая группа возобновила свою работу по пункту 4 повестки дня на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.169 и добавление; и A/CN.9/WG.II/WP.170 и добавление). Ход обсуждения и решения Рабочей группы по этому пункту отражены в главе IV.

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

12. Рабочая группа напомнила о мандате, предоставленном Комиссией на ее сорок третьей сессии, как он изложен в пункте I выше, и вновь заявила о важном значении обеспечения прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Рабочая группа возобновила обсуждение вопроса о

подготовке правовых стандартов прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров с учетом документа A/CN.9/WG.II/WP.169 и добавления к нему, а также предлагаемых проектов правил о прозрачности, которые в них содержатся.

А. Проекты правил о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров

1. Статья 1 (1) – Применимость правил о прозрачности

13. Рабочая группа рассмотрела статью 1 (1), содержащуюся в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169.

Статья 1 (1), содержащаяся в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169

14. В статье 1 (1) содержатся два варианта и альтернативы. Согласно варианту 1 (решение о неприменении) правила о прозрачности будут применяться в качестве добавления к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ согласно международным инвестиционным договорам, предусматривающим проведение арбитражного разбирательства на основе Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, если только в международном инвестиционном договоре не будет оговорено, что правила о прозрачности не применяются. В этом варианте содержатся две альтернативы. Альтернатива 1 предусматривает применение правил о прозрачности в отношении международных договоров, заключенных после даты принятия правил (используется термин "будущие международные инвестиционные договоры"). Альтернатива 2 предусматривает применение правил о прозрачности как к будущим международным договорам, так и, в некоторых случаях, к международным договорам, заключенным до даты принятия правил (используется термин "действующие международные инвестиционные договоры"). Согласно варианту 2 (решение о применении) правила о прозрачности будут применяться тогда, когда высокие договаривающиеся стороны международного инвестиционного договора (используется термин "стороны") выразили прямое согласие с их применением. Вариант 2 содержит две альтернативы. Альтернатива 1 предусматривает применение правил о прозрачности к арбитражному разбирательству независимо от применимого арбитражного регламента. Альтернатива 2 ограничивает сферу применения правил о прозрачности арбитражным разбирательством, проводимым согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

15. Было подчеркнуто, что в вариантах 1 и 2 используются различные принципиальные подходы. Вариант 1 в принципе предусматривает применение правил о прозрачности, если только стороны международного инвестиционного договора не договорились об ином, возлагая тем самым бремя проведения переговоров об исключении применения правил о прозрачности на сторону, выступающую за такое исключение. Вариант 2, напротив, предусматривает применение правил о прозрачности только в случае наличия прямого согласия сторон международного инвестиционного договора,

возлагая тем самым бремя проведения переговоров по вопросу о применении правил о прозрачности на сторону, выступающую за их применение.

16. Широкую поддержку получило мнение о том, что с учетом мандата, предоставленного Рабочей группе Комиссией, статья 1 (1) должна быть сформулирована таким образом, чтобы создавать возможности для широкого применения правил о прозрачности. Была высказана точка зрения о том, что вопрос о применении должен решаться с учетом принципов международного права, предусматривающих, что обязательства могут возлагаться на государства только в том случае, если они дают на то свое согласие. По вопросу о способах выражения согласия были высказаны различные мнения.

Решение о неприменении, будущие международные договоры (вариант 1, альтернатива 1)

17. Были высказаны мнения в поддержку альтернативы 1 варианта 1. Было разъяснено, что согласие на применение правил о прозрачности будет явно выраженным тогда, когда стороны будут включать в будущие международные инвестиционные договоры ссылку на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, будучи осведомлены о том, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ содержит правила о прозрачности (A/CN.9/736, пункт 20). Было заявлено, что такое решение представляет собой наилучший способ осуществления мандата, предоставленного Комиссией Рабочей группе и предусматривающего содействие прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Далее было указано, что, хотя правила о прозрачности будут применяться совместно с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, ничто не будет препятствовать сторонам международного инвестиционного договора широко использовать эти правила, независимо от применимого свода арбитражных норм.

18. Было разъяснено, что альтернатива 1 варианта 1 не преследует цели предусмотреть применение правил о прозрачности к международным инвестиционным договорам, заключенным до даты принятия правил о прозрачности. Для разъяснения того, что альтернатива 1 варианта 1 не будет применяться к действующим международным инвестиционным договорам, было предложено заменить заключенную в квадратные скобки формулировку "[применимым вариантом]" ссылкой на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года.

Решение о неприменении, будущие и некоторые действующие международные договоры (вариант 1, альтернатива 2)

19. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что альтернатива 1 варианта 1 не содержит правила по вопросу о применимости правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам. Было подчеркнуто, что альтернатива 2 варианта 1 содержит дополнительное предложение текста, предусматривающее, что "[Правила о прозрачности применяются также (...), если этот международный договор предусматривает применение того варианта Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, который действует на момент начала арбитражного разбирательства]". Те члены Рабочей группы, которые подчеркивали важное значение ссылки на

действующие международные инвестиционные договоры, указали, что в настоящее время действуют приблизительно три тысячи международных инвестиционных договоров и что большинство арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами в предстоящие годы возникнет именно на основании этих договоров. Было отмечено, что альтернатива 2 обеспечивает достижение цели более широкого применения правил о прозрачности и что она отвечает мандату, предоставленному Комиссией Рабочей группе. Было также указано, что, поскольку правила о прозрачности будут применяться только тогда, когда действующий международный инвестиционный договор предусматривает это, альтернатива 2 варианта 1 не будет иметь какой-либо обратной силы.

20. Было высказано предположение о том, что ссылка в международных инвестиционных договорах на "Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ" без какого-либо дополнительного указания на вариант Регламента может толковаться как "динамичная ссылка", охватывающая дополнительные возможные изменения в Регламенте. Было указано, что лишь очень незначительное число международных инвестиционных договоров включают формулировку, предложенную в альтернативе 2 варианта 1. В связи с этим, в качестве редакционного вопроса и для обеспечения более широкого применения правил о прозрачности к арбитражным разбирательствам, проводимым на основании действующих международных договоров, было предложено предусмотреть в альтернативе 2 варианта 1, что правила о прозрачности будут применяться в тех случаях, когда международный инвестиционный договор не содержит прямой ссылки на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 1976 года.

21. Вместе с тем в отношении альтернативы 2 варианта 1 были высказаны некоторые оговорки. Было указано, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 1976 года не содержит положения о его возможном изменении. В этом контексте было отмечено, что статья 1 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года предусматривает презумпцию того, что Регламент 2010 года будет применяться к арбитражному соглашению, заключенному после 15 августа 2010 года, при том, что данная презумпция не будет применяться тогда, когда арбитражное соглашение было заключено путем акцепта после 15 августа 2010 года оферты, сделанной до этой даты.

22. Кроме того, было указано, что для обеспечения применения правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам потребуется, возможно, включить ссылку на правила о прозрачности, содержащиеся в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ. Нет никакой уверенности в том, что третейские суды будут применять правила о прозрачности, в частности, в тех случаях, когда действующие международные договоры будут содержать ссылку на "Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 года", поскольку они могут счесть, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 года отличается от Арбитражного регламента 1976 года поправками, внесенными, например, в 2013 году с целью включения правил о прозрачности.

23. С учетом этого применительно к действующим международным инвестиционным договорам было высказано предположение о том, что следует

дополнительно рассмотреть решения, аналогичные тем, которые изложены в пунктах 15-23 документа A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1.

Решение о применении

24. Были высказаны мнения в поддержку варианта 2 по той причине, что использование такого подхода будет обеспечивать, чтобы государства принимали осознанное решение о применении данных правил. Было вновь указано на то, что члены Рабочей группы, первоначально выступавшие за подготовку правового стандарта в форме руководящих принципов, согласились с проведением дальнейшей работы на основе правил при том понимании, что правила о прозрачности будут применяться только в том случае, когда на них сделана ясная и конкретная ссылка (решение о применении) (см. A/CN.9/717, пункты 26 и 58).

25. Было также указано, что подход, предусматривающий согласие на применение, согласуется с публичным международным правом и практикой. Было подчеркнуто, что заключение международных инвестиционных договоров ведет к возложению на государства соответствующих обязательств при соблюдении необходимых внутренних процедур. Эти обязательства не могут быть впоследствии изменены путем простого принятия дополнения к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

Решение о применении: применимость независимо от избранного свода арбитражных правил (вариант 2, альтернатива 1)

26. В поддержку альтернативы 1 варианта 2 было указано, что применение правил о прозрачности независимо от избранного свода арбитражных норм будет вести к более широкому применению правил и в связи с этим будет в большей мере способствовать выполнению возложенного на Рабочую группу мандата по содействию обеспечению прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров.

Решение о применении: ограничение применимости Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (вариант 2, альтернатива 2)

27. Были высказаны мнения в поддержку альтернативы 2 варианта 2 на том основании, что правила о прозрачности должны быть составлены таким образом, чтобы соответствовать основополагающему принципу международного публичного права, состоящему в том, что обязательства могут быть возложены на государств – участников международных инвестиционных договоров только в том случае, если они дали на то свое прямо выраженное согласие в таком договоре. С точки зрения этих делегаций, альтернатива 2 варианта 2 также позволит обеспечить последовательность и предсказуемость.

Предложения

28. После обсуждения Рабочая группа отметила, что на ее нынешней сессии вариант 1 получил более широкую поддержку, чем на ее пятьдесят пятой сессии (A/CN.9/736, пункт 30), и что вариант 2 также получил определенную поддержку. С целью согласования этих двух подходов были внесены различные предложения.

29. Было предложено подготовить как добавление к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, так и самостоятельный текст правил о прозрачности. Сторонники этого подхода указали, что он будет способствовать широкому применению правил о прозрачности. Было разъяснено, что Комиссия предоставила Рабочей группе широкую свободу усмотрения касательно формы, которую могли бы принять правовые стандарты прозрачности, включая форму приложения к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ⁵. В поддержку формы самостоятельного текста далее было указано на то, что арбитражные учреждения, о которых говорится в документе A/CN.9/WG.II/WP.170 и Add.1, высказали мнение, согласно которому правила о прозрачности в их нынешней форме могли бы применяться в сочетании с собственными правилами этих учреждений. Был задан вопрос о том, является ли необходимой подготовка двух отдельных документов, поскольку стороны всегда смогут свободно дать свое согласие на применение режима прозрачности, независимо от того, закреплен ли он в самостоятельных правилах или в приложении к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

30. Было предложено включить в правила о прозрачности положение, поощряющее третейские суды использовать их в качестве руководящих принципов при проведении арбитражных разбирательств. Были заданы вопросы о необходимости включения такого положения.

31. Было внесено еще одно предложение, предусматривающее объединение обоих вариантов следующим образом: "Правила о прозрачности применяются к арбитражному разбирательству между инвесторами и государствами, возбуждаемому согласно международному договору, предусматривающему защиту инвестиций или инвесторов, если стороны договорились о применении Правил о прозрачности, либо непосредственно в самом международном договоре, будь то в первоначальном тексте или в тексте поправки к этому договору, либо во взаимных заявлениях сторон этого международного договора, либо каким-либо иным образом с такими изменениями, которые могут быть согласованы или были согласованы сторонами. Если арбитражное разбирательство проводится согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ и стороны договорились о том, что применяется Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года, эта договоренность будет рассматриваться как включающая также Правила о прозрачности".

32. После обсуждения сформировался следующий подход: статья 1 (1) могла бы содержать положение, в котором, в первую очередь, будет подчеркиваться консенсуальное применение правил о прозрачности и предусматриваться, что они будут применяться по договоренности между сторонами международного инвестиционного договора или по договоренности между сторонами в споре. Кроме того, в отношении будущих международных инвестиционных договоров правила о прозрачности будут применяться тогда, когда такие договоры содержат ссылку на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, если только стороны договора не договорились об ином. Далее было выражено понимание, согласно которому прямая ссылка на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 1976 или 2010 года не будет сопряжена с какой-либо презумпцией применения правил о прозрачности. В отношении действующих

⁵ Там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/63/17)*, пункт 314.

международных инвестиционных договоров мнения членов Рабочей группы разделились по вопросу о том, должна ли статья 1 (1) содержать формулировку, сохраняющую возможность применения правил о прозрачности в случае, когда международный инвестиционный договор допускает применение самого последнего варианта Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, или же включать в статью 1 (1) каких-либо положений по этому вопросу не следует.

Пересмотренный проект статьи 1 (1) ("пересмотренное предложение")

33. Для того чтобы отразить итоги обсуждения в Рабочей группе, был предложен следующий пересмотренный проект статьи 1 (1): "С учетом применимых международно-правовых норм, касающихся толкования международных договоров: 1) настоящие Правила применяются к арбитражным разбирательствам между инвесторами и государствами, возбуждаемым согласно международному договору, предусматривающему защиту инвестиций или инвесторов ("международный договор"), в тех случаях, когда а) стороны этого международного договора согласились с их применением; или б) стороны в споре согласились с их применением. 2) В частности, содержащаяся в международном договоре, заключенном после [даты принятия Правил о прозрачности], ссылка на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ считается включающей Правила о прозрачности, если только стороны этого международного договора не договорились об ином, например, посредством ссылки на какой-либо конкретный вариант Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, который не включает Правила о прозрачности".

34. Рабочая группа рассмотрела содержание предложения, изложенного в пункте 33 выше ("пересмотренное предложение").

Пункт 1 пересмотренного предложения – Договоренность сторон международного инвестиционного договора или сторон в споре

35. Пункт 1 пересмотренного предложения предусматривает, что правила о прозрачности применяются тогда, когда стороны международного инвестиционного договора или стороны в споре договорились об их применении. Он допускает широкое применение правил о прозрачности к арбитражу, поскольку он не ограничивает применение правил о прозрачности лишь арбитражными разбирательствами, проводимыми согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

36. Было предложено внести в пункт 1 (а) пересмотренного предложения поправку, с тем чтобы упомянуть о "прямо выраженном согласии сторон международного инвестиционного договора", а не просто о "согласии", с целью установить недвусмысленное правило относительно того, каким образом должно быть выражено согласие сторон. В этом контексте было высказано мнение о незначительности включения вступительной части текста пересмотренного предложения, в которой содержится формулировка "с учетом применимых международно-правовых норм, касающихся толкования международных договоров:", поскольку она может дать третейскому суду основание для вынесения толкования, согласно которому будет считаться, что стороны международного инвестиционного договора свое согласие предоставили, хотя в действительности этого не было. Было предложено исключить эту вступительную формулировку текста.

37. Было предложено исключить пункт 1 (b) пересмотренного предложения, который предусматривает возможность применения правил о прозрачности по договоренности сторон в споре, по той причине, что такой порядок может привести к возникновению неясности в отношении сферы применения правил о прозрачности. Кроме того, был поставлен вопрос о том, могут ли стороны в споре принимать решение о применении правил о прозрачности, если стороны международного инвестиционного договора не дали согласия на их применение.

38. Было также отмечено, что пункт 1 пересмотренного предложения не предусматривает каких-либо сроков, и были заданы вопросы относительно последствий этого положения для действующих международных инвестиционных договоров (см. пункты 47-53 ниже).

Пункт 2 пересмотренного предложения – Применение к будущим международным инвестиционным договорам

39. Пункт 2 пересмотренного предложения предусматривает, что в отношении будущих международных инвестиционных договоров ссылка на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в таких договорах будет пониматься как включающая ссылку на правила о прозрачности. Было разъяснено, что если стороны сделают ссылку на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года, то правила о прозрачности применяться не будут.

40. Было указано, что в связи с устанавливаемой в пункте 2 презумпцией, согласно которой правила о прозрачности будут применяться, если международный инвестиционный договор содержит ссылку на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, возникают вопросы в отношении формы, в которой будут составлены правила о прозрачности. Было заявлено, что такая презумпция подразумевает, что в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ должны быть внесены поправки, с тем чтобы включить в него правила о прозрачности. Было поставлено под сомнение то, является ли внесение поправок в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ частью мандата Рабочей группы. В ответ было разъяснено, что Комиссия, принимая решение о включении вопроса о прозрачности в программу будущей работы, указала, что подготовка соответствующего документа может включать подготовку приложения к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ⁶.

41. Было высказано предположение о том, что вопрос о форме, которую примут правила о прозрачности, т.е. самостоятельные правила или дополнение к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, следует в первоочередном порядке рассмотреть в качестве отдельного вопроса до начала работы на сессии на основе той предпосылки, что правила о прозрачности будут включены в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. В ответ было высказано мнение о том, что этот момент неразрывно связан с общим вопросом, рассматриваемым в статье 1 (1).

⁶ Там же, пункты 313 и 314.

Ссылка на действующие международные инвестиционные договоры, содержащаяся в статье 1 (1)

42. Рабочая группа приступила к рассмотрению вопроса о том, следует ли урегулировать в статье 1 (1) вопрос о применении правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам. Внимание членов Рабочей группы было вновь обращено на то, что в отношении действующих международных инвестиционных договоров мнения разделились по вопросу о том, должна ли статья 1 (1) содержать формулировку, сохраняющую возможность применения правил о прозрачности в случаях, когда международный инвестиционный договор допускает применение самого последнего варианта Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в ходе обсуждения использовался термин "динамичное толкование международных инвестиционных договоров"), или же включать в статью 1 (1) каких-либо положений по этому вопросу не следует (см. пункт 3 выше). Были высказаны различные мнения, которые можно подразделить на три категории: мнения в поддержку включения положения о том, что правила о прозрачности не будут применяться к действующим международным инвестиционным договорам на основании динамичного толкования таких договоров; мнения, отдающие предпочтение разрешению применять правила о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам, если это допускается, посредством динамичного толкования таких договоров; и, наконец, мнения в поддержку невключения каких-либо правил по этому вопросу.

– Применение только к будущим международным инвестиционным договорам

43. Были высказаны мнения в поддержку ограничения сферы применения правил о прозрачности только будущими международными инвестиционными договорами. Было вновь указано на то, что в отношении действующих международных инвестиционных договоров Рабочая группа решила изучить вопрос о ряде возможных решений, включая подготовку рекомендаций или конвенции, и что правила о прозрачности не должны применяться к действующим международным инвестиционным договорам, если только с этим прямо не согласились стороны соответствующего договора. Те, кто выступал за решение, предусматривающее согласие на применение, заявили, что они согласились рассматривать пункт 2 пересмотренного предложения только исходя из того, что сфера применения правил о прозрачности будет ограничена будущими международными инвестиционными договорами.

44. В поддержку предложения об ограничении применения правил о прозрачности будущими международными инвестиционными договорами было указано на невозможность создания такого положения, когда государства будут вынуждены возобновлять переговоры или делать заявления о толковании каждого из их действующих международных инвестиционных договоров, с тем чтобы указать, будут ли применяться к ним правила о прозрачности.

45. В этом контексте было сочтено важным указать в положении о сфере применения правил о прозрачности на то, каким образом эти правила будут действовать. Было отмечено, что если правила о прозрачности будут использоваться в сочетании с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, то будет применяться статья 1 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ

(в редакции 2010 года). Было высказано предположение о том, что положение, аналогичное статье 1 (2), следует также включить в правила о прозрачности во избежание того, чтобы оба этих текста содержали разные правила о применении во времени. Если правила о прозрачности будут составлены в форме самостоятельных правил, то это может ограничивать возможность их применения в контексте действующих международных инвестиционных договоров. В то же время было указано, что, даже если правила будут подготовлены в форме самостоятельного текста, они могут рассматриваться арбитражными судами в качестве части самого последнего режима арбитража ЮНСИТРАЛ и быть применены как таковые.

46. Во избежание применения правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам в отсутствие прямого согласия сторон было предложено предусмотреть, что правила о прозрачности не будут применяться, если только после даты их вступления в силу стороны прямо не договорились об их применении.

– *Будущие и действующие международные инвестиционные договоры*

47. Были высказаны разные мнения относительно точки зрения о том, что, с учетом числа уже заключенных международных инвестиционных договоров, правила о прозрачности должны применяться к действующим международным инвестиционным договорам, если эти договоры допускают их применение.

48. В отношении пересмотренного предложения было отмечено, что пункт 1 не исключает динамичного толкования ссылки на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в действующих международных инвестиционных договорах, поскольку в нем упоминается только о согласии сторон применять правила о прозрачности. Вместе с тем было заявлено, что второй пункт пересмотренного предложения может рассматриваться как исключающий такое динамичное толкование в результате исключения возможности применения правил о прозрачности в случае, когда ссылка сделана на какой-либо конкретный вариант Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, не содержащий правил о прозрачности. Было также заявлено о том, что динамичное толкование получило широкое признание в публичном международном праве, и был приведен пример решения Международного Суда по делу о континентальном шельфе. Далее было указано, что возможность такого динамичного толкования является принципиальным решением и что запрет на такое динамичное толкование, которое оптимальным образом способствовало бы осуществлению мандата Рабочей группы, может вызвать лишь сожаление.

49. Для учета моментов, вызвавших обеспокоенность, было указано, что подразумеваемое согласие признается в публичном международном праве, и были приведены примеры *forum prorogatum* в отношении юрисдикции и статьи 20 Венской конвенции о праве международных договоров (1969 год)⁷. В ответ было указано, что эти примеры не имеют отношения к вопросам, обсуждаемым Рабочей группой.

⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

- *Отказ от включения конкретных положений, касающихся действующих международных инвестиционных договоров*

50. Рабочей группе было предложено придерживаться осторожного подхода и не включать каких-либо правил толкования относительно сферы применения правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам. Было указано, что этот вопрос более целесообразно решать с помощью таких средств, как те, которые упоминаются в пунктах 15-23 документа A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. Было отмечено, что включение в правила о прозрачности положения, касающегося их применения к действующим международным инвестиционным договорам, будет лишено какого-либо юридического смысла, поскольку этот вопрос относится к сфере толкования международных договоров, которое зависит от конкретных положений каждого международного договора.

51. Было высказано предположение о том, что в тексте правил о прозрачности внимание следует сконцентрировать только на будущих международных инвестиционных договорах, однако ни одно положение этого текста не должно толковаться как исключающее применение правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам, если стороны этих договоров пришли к согласию о применимости правил о прозрачности. С учетом этого далее было предложено не затрагивать этот вопрос в правилах о прозрачности.

52. В ответ было заявлено, что в рамки мандата Рабочей группы входит установление ясной сферы применения, с тем чтобы избежать создания неопределенности, ведущей к возникновению споров о толковании. Определение сферы применения правил о прозрачности должно быть осуществлено таким образом, чтобы не оставалось неясностей, и при этом было разъяснено, что усилия Рабочей группы должны быть направлены на выявление наиболее широко приемлемого правила о применении с учетом расхождений во мнениях относительно желаемого воздействия правил о прозрачности на действующие международные инвестиционные договоры.

53. Было указано, что при работе над решением этого вопроса следует избегать использования терминологии, позволяющей предположить, что государства могут быть связаны какими-либо правилами, если они не совершили конкретных действий по отказу от их применения, поскольку это может стать ненужной причиной беспокойности со стороны государств и поляризовать обсуждения.

Общие замечания в отношении статьи 1 (1)

54. После обсуждения было отмечено, что многие делегации отошли от своих первоначальных позиций в интересах отыскания решения и указали на свою готовность вести дальнейшую работу над его поиском на основе компромисса. С учетом этого Рабочей группе было предложено рассмотреть возможность использования нижеследующего подхода. В отношении международных инвестиционных договоров, заключенных после даты вступления в силу правил о прозрачности (будущие международные договоры), ссылка на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ будет включать ссылку на правила о прозрачности, если только государства-участники не договорились об ином,

что они смогут сделать путем выбора предыдущего варианта Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (например, Регламента в редакции 2010 года). В отношении действующих международных инвестиционных договоров правила о прозрачности будут применяться только тогда, когда стороны прямо выразили согласие с этим; при этом должна быть использована формулировка, разъясняющая, что действующие международные инвестиционные договоры не могут толковаться динамично таким образом, который обусловил бы применимость к ним правил о прозрачности.

55. Затем делегации тщательно рассмотрели изложенное в пункте 1 выше предложение, которое было сочтено отражающим мнение большинства. Было заявлено, что в ходе сессии были в полной мере высказаны мнения в отношении сферы применения правил о прозрачности, что представляет собой сложный вопрос, имеющий важные принципиальные последствия. Было отмечено, что наблюдается эволюция прямо противоположных позиций по этому вопросу, расходившихся в отношении того, i) является ли предпочтительным подход, предполагающий согласие на применение, или подход, предполагающий отказ от применения, и в отношении того, ii) следует ли оставить открытой возможность динамичного толкования действующих международных договоров в направлении достижения компромисса, согласно которому делегации, решительно придерживающиеся мнения, противоречащего мнению большинства, пойдут на уступки в ответ на получение предпочитаемых ими решений по другим вопросам. Именно в этом заключается основа предложения, изложенного в пункте 54 выше.

56. Были вновь высказаны расходящиеся мнения по ряду аспектов: с одной стороны, что в статье 1 (1) следует оставить открытой законную возможность применения правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам или что ничто в этих правилах не должно запрещать такое применение и, с другой стороны, что предпочтительным является подход, предполагающий необходимость согласия на применение, при том, что правила о прозрачности будут составлены в форме самостоятельного текста.

57. Рабочая группа поручила Секретариату подготовить единый пересмотренный вариант статьи 1 (1), который будет учитывать предложение, изложенное в пункте 54. Тем делегациям, которые не смогли согласиться с этим предложением, было предложено до начала следующей сессии Рабочей группы подумать о том, не сочтут ли они этот компромисс приемлемым. Было также отмечено, что некоторые делегации выразили обеспокоенность в связи с тем, что если правила о прозрачности будут представлены в качестве добавления к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, то исключить возможность любого динамичного толкования (а эта цель была поставлена) будет, по всей вероятности, трудно. Соответственно Секретариату было предложено провести анализ последствий составления правил о прозрачности в форме добавления к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ или в форме самостоятельного текста.

58. В то же время ряд делегаций по-прежнему возражали против объединения правил о прозрачности с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ и настаивали на том, что их составление в форме самостоятельного документа будет гарантировать получение осознанного и прямо выраженного согласия

сторон на применение правил о прозрачности. По мнению этих делегаций, такой подход позволит избежать того, чтобы правила о прозрачности, посредством динамичного толкования, считались применимыми к действующим международным инвестиционным договорам без прямо выраженного согласия на то сторон договора. Ряд делегаций вновь заявили о том, что динамичное толкование является допустимым с юридической точки зрения и что они не готовы согласиться с его "общим запретом", который исключит возможность эффективного применения содержащихся в международных инвестиционных договорах положений, предусматривающих, что в рамках арбитражных разбирательств на основе этих договоров стороны могут воспользоваться самыми новыми положениями Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, каковыми в данном случае будут являться правила о прозрачности.

59. Было разъяснено, что те делегации, которым трудно согласиться с предложением, изложенным в пункте 54, и которые по-прежнему желают предложить другое решение (будь то в поддержку согласия на применение, будь то в поддержку динамичного толкования), могут сделать это на следующей сессии Рабочей группы на основе предложений, содержащихся в документе A/CN.9/WG.II/WP.169. Было отмечено, что некоторые делегации указали на возможность отыскания такой формулировки, которая обеспечит для тех государств, которые желают исключить любую возможность динамичного толкования своих международных договоров, определенность в этом отношении, сохраняя при этом возможность такого динамичного толкования для других государств. Этим делегациям было предложено скоординировать свои усилия и представить соответствующие редакционные предложения Секретариату для их рассмотрения Рабочей группой.

2. Статья 1 (2) – Применение правил о прозрачности сторонами в споре

60. Рабочая группа рассмотрела содержащуюся в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169 статью 1 (2), которая запрещает сторонам в споре принимать решение о неприменении правил о прозрачности или об отступлении от них после принятия этих правил сторонами международного инвестиционного договора (A/CN.9/736, пункты 32-36). Внимание Рабочей группы было вновь обращено на то, что при арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров существуют два уровня правовых отношений: первый уровень касается правовых отношений между сторонами международного инвестиционного договора, а второй – правовых отношений между сторонами в споре, т.е. между инвестором и государством.

Статья 1 (2), как она содержится в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169

61. Было разъяснено, что цель пункта 2 заключается в запрещении отступления сторонами в споре от предложения о проведении прозрачного арбитражного разбирательства, исходя из принципиального соображения о неуместности такого порядка, при котором стороны в споре смогут отменить решение, принятое по этому вопросу сторонами международного инвестиционного договора. Кроме того, цель правил о прозрачности состоит в

том, чтобы служить интересам не только инвестора и принимающего государства, но и общественности в целом, в силу чего может быть сделан вывод о том, что стороны в споре не должны иметь права отказываться от положений о прозрачности, принятых сторонами международного инвестиционного договора.

62. Были высказаны замечания в отношении взаимосвязи пункта 2 с положениями международных договоров и с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

63. Было высказано предположение о том, что пункт 2 следует исключить на том основании, что он является излишним, поскольку затрагиваемый в нем вопрос обычно регулируется международным инвестиционным договором. В ответ было указано, что если правила о прозрачности будут действовать в сочетании с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, то будет применяться статья 1 (1) Регламента, которая разрешает сторонам изменять любые положения. В связи с этим будет необходимо указать, что правила о прозрачности не могут быть изменены сторонами в споре, поскольку они призваны учитывать необходимость защиты публичной заинтересованности.

64. Было внесено другое предложение о включении в пункт 2 слов "если только международный договор не предусматривает иное", с тем чтобы разъяснить, что положения международного инвестиционного договора будут иметь преимущественную силу в случае коллизии и что правило, содержащееся в пункте 2, может быть отменено положением договора. Необходимость такого добавления была поставлена под сомнение.

65. Был поставлен вопрос о том, каким образом правила о прозрачности будут функционировать в связи со статьей 1 (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в редакции 2010 года), которая предусматривает, что преимущественную силу имеют императивные положения применимого права. Далее был задан вопрос о том, каким образом стороны в споре могут быть принуждены к соблюдению правил о прозрачности в тех случаях, когда эти правила будут противоречить применимому праву. Было указано, что одним возможным последствием может быть то, что стороны могут выбирать в качестве места проведения арбитражного разбирательства те правовые системы, в которых императивные положения законодательства не поощряют обеспечение прозрачности.

66. В редакционном плане было указано, что пункт 2 касается сторон в споре, но не содержит ссылки на третейский суд. Было обращено внимание на статью 17 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года, которая предусматривает, что третейский суд может проводить арбитражное разбирательство таким образом, какой он считает целесообразным. Было предложено разъяснить, будет ли третейским судам разрешено – и в какой мере – отступать от правил о прозрачности или смягчать их действие тогда, когда такие правила будут применяться в сочетании с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

67. Далее было заявлено, что пункт 2 не предоставляет значительных возможностей для проявления гибкости, что, возможно, является нежелательным с точки зрения необходимости обеспечивать эффективность арбитражного разбирательства. В этом отношении было предложено разрешить

третейскому суду отступать от этих правил в связи с такими практическими вопросами, как корректировка срока. Что касается порядка, в котором третейскому суду может быть разрешено вносить такие изменения, то было предложено либо включить такую норму в пункт 2, либо адаптировать каждое положение этих правил соответствующим образом. Было внесено предложение добавить в конце текста пункта 2 следующее предложение: "По просьбе [сторон в споре] [какой-либо стороны в споре], арбитражный суд может осуществлять свою свободу усмотрения для принятия решения о неприменении конкретных положений настоящих Правил о прозрачности или их применении с изменениями, если он определяет, что строгое их применение будет вести к чрезмерным издержкам по сравнению с суммой спора, или нарушит ход арбитражного разбирательства или ненадлежащим образом обременений его, или понесет несправедливый ущерб интересам любой стороны в споре".

68. Было высказано замечание о том, что необходимость отступления от правил о прозрачности может возникнуть по другим причинам, например по соображениям публичного порядка. В силу этого способность третейского суда отступать от правил о прозрачности ограничивать не следует. В ответ на это мнение и во избежание эрозии правил о прозрачности, к которой может привести использование такого широкого подхода, было предложено вместо этого определить вопросы, в связи с которыми отступления от правил о прозрачности допускаться не будут. Был поставлен вопрос о том, является ли исчерпывающее определение всех вопросов, в связи с которыми отступления от правил о прозрачности не будут допускаться, практически возможным.

69. Было также внесено другое предложение, предусматривающее сохранение пункта 2 и решение вопроса об отступлении от правил согласно статье 1 (3) правил о прозрачности, которая содержит рекомендации относительно того, каким образом третейский суд должен осуществлять свою свободу усмотрения. В ответ было заявлено, что отступление от правил о прозрачности будет требовать наличия более высокого порога, чем простое осуществление свободы усмотрения, когда это разрешено согласно правилам. Цель статьи 1 (3) заключается в определении того, каким образом третейский суд будет осуществлять дискреционные полномочия, прямо предусмотренные в этих правилах, а этот вопрос следует рассматривать как отличающийся от вопроса определения условий для отступления от правил.

70. Было внесено еще одно предложение, предусматривающее разрешение отступать от правил самим сторонам в споре, а не третейскому суду при условии согласия всех сторон в споре. В этом контексте было высказано мнение о том, что роль третейского суда заключается в разрешении разногласий, возникших между сторонами в споре. Согласно этой точке зрения, третейский суд не может выполнять каких-либо функций в случаях, когда разногласий между сторонами в споре не имеется, например в случае, когда они обе согласились изменить правила о прозрачности или отступить от них. Согласно этому предложению пункт 2 можно было бы исключить.

71. Было высказано предположение о том, что вместо установления дискреционных полномочий третейского суда отступать от правил о прозрачности ему следует предоставить свободу усмотрения в вопросе об адаптации этих правил с учетом потребностей каждого конкретного случая.

72. Было высказано мнение о том, что предложения, направленные на допущение отступлений от правил, сопряжены с риском эрозии правил в результате создания возможностей для отхода от них. Было заявлено, что, хотя, возможно, было бы целесообразно предоставить третейскому суду полномочия, например на корректировку срока, когда это необходимо. Предоставление в общих выражениях третейскому суду полной свободы усмотрения изменять правила не будет способствовать прозрачности.

73. После обсуждения сформировался следующий возможный подход. Статья 1 (2) должна быть сохранена, при том что могла бы быть обеспечена некоторая гибкость на основе принципа, согласно которому это положение будет допускать не отступление от правил, а их адаптацию третейским судом при обстоятельствах, которые потребуются дополнительно рассмотреть Рабочей группе.

Пересмотренный проект предложения относительно статьи 1 (2)

74. С учетом этого было предложено пересмотреть текст статьи 1 (2) следующим образом: "В любом арбитражном разбирательстве, к которому настоящие Правила о прозрачности применяются согласно международному договору или по договоренности сторон этого договора, а) стороны в споре не могут отступать от настоящих Правил по договоренности или иным образом, если только им это не разрешено международным договором; б) арбитражный суд располагает полномочиями, помимо своих дискреционных полномочий, предусмотренных согласно определенным положениям настоящих Правил о прозрачности, адаптировать требования любых конкретных положений настоящих Правил к конкретным обстоятельствам дела, если это необходимо для достижения цели настоящих Правил в отношении прозрачности каким-либо практическим образом". Рабочая группа рассмотрела этот пересмотренный проект предложения относительно статьи 1 (2).

Вступительная часть

75. В ответ на вопрос о том, необходимы ли слова "согласно международному договору или по договоренности сторон этого договора", было разъяснено, что обращаться к правилам можно будет как в контексте арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, так и в контексте коммерческого арбитража. Было сочтено необходимым разъяснить, что стороны в споре не должны иметь права отступать от правил только в контексте арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров.

76. Было указано, что ссылка на применение правил о прозрачности "по договоренности сторон [этого] договора", содержащаяся во вступительной части текста, является излишней и что ее следует исключить. В ответ было разъяснено, что эта ссылка была включена, с тем чтобы охватить последующие договоренности сторон международного инвестиционного договора о применении правил о прозрачности к спорам, возникающим в связи с этим договором. Кроме того, в ответ на мнение о том, что такая последующая договоренность будет представлять собой изменение договора и что, поскольку она станет его частью, необходимости в данной ссылке не имеется, было

заявлено, что в статье 31 (3) (а) Венской конвенции о праве международных договоров проводится различие между договором и последующей договоренностью в отношении его толкования. Поэтому было предложено сохранить вступительную часть текста.

Подпункт (а)

77. Было указано, что подпункт (а) пересмотренного проекта предложения относительно статьи 1 (2) разрешает отступать от правил о прозрачности только в том случае, если это разрешает международный инвестиционный договор. В интересах согласованности с подпунктом (b) было предложено добавить в конце текста подпункта (а) следующие слова: "или если это утверждено арбитражным судом". Было отмечено, что если подпункт (а) не будет включать этой формулировки, то в подпункте (b) должно быть в таком случае разъяснено, что стороны в споре вправе отступать от правил о прозрачности, если это разрешает третейский суд. Для снятия этой обеспокоенности было предложено предусмотреть в подпункте (b), что третейский суд должен располагать полномочиями адаптировать правила либо по своей собственной инициативе, либо по просьбе сторон.

Подпункт (b)

78. Что касается подпункта (b) пересмотренного проекта предложения относительно статьи 1 (2), то было предложено разъяснить, что именно третейский суд несет ответственность за обеспечение применения правил о прозрачности. С этой целью было предложено включить в начало текста подпункта (b) формулировку примерно следующего содержания: "Арбитражный суд обеспечивает применение Правил о прозрачности. При этом...". В редакционном плане было предложено упомянуть в подпункте (b) о целях прозрачности, закрепляемых в правилах. Это редакционное предложение получило поддержку.

79. Было внесено еще одно предложение о включении формулировки, аналогичной формулировке, содержащейся в статье 1 (3) правил о прозрачности, с тем чтобы указать на то, что третейский суд должен осуществлять свою свободу усмотрения применительно к адаптации правил в целях обеспечения справедливого и действенного урегулирования споров. Это предложение поддержки не получило.

80. Ряд делегаций не поддержали включение положения об обязательном характере правил о прозрачности и предложили исключить пункт 2 на том основании, что правила о прозрачности являются процессуальными правилами и, с учетом этого, в соответствии со сложившимися принципами арбитража сторонам в споре должна быть предоставлена возможность отступать от них без какого-либо разрешения третейского суда. Одна делегация отметила, что отказ от включения предпосылки, состоящей в том, что обе стороны в споре могут обратиться к третейскому суду с просьбой об адаптации правил и что третейский суд не может отказать сторонам в споре в этой просьбе, был бы контрпродуктивным.

81. После обсуждения предложение, изложенное в пункте 74, с изменениями, предложенными в пункте 78, было сочтено приемлемым некоторыми

делегациями, которые сохранили свою позицию в поддержку предложения об исключении пункта 2 или зарезервировали свою позицию до тех пор, пока все материально-правовые вопросы, которых касаются правила о прозрачности, не будут обсуждены.

3. Статья 1 (3) – Свобода усмотрения третейского суда

82. Рабочая группа рассмотрела содержащуюся в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169 статью 1 (3), которая предусматривает, что третейский суд должен осуществлять свободу усмотрения, когда это разрешено согласно правилам о прозрачности, с учетом необходимости обеспечения сбалансированности между а) публичной заинтересованностью в прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основании международных договоров и конкретных арбитражных разбирательств и б) заинтересованностью сторон в споре в справедливом и эффективном урегулировании их спора (A/CN.9/736, пункты 38-40).

83. Предложение включить в подпункт (а) конкретную ссылку на право человека на получение информации не встретило поддержки.

84. Были внесены несколько предложений редакционного характера. Было предложено исключить запятую после слова "discretion" в тексте на английском языке. Были внесены различные предложения, предусматривающие замену вступительных слов текста пункта 3 одной из следующих формулировок: "В тех случаях, когда Правила о прозрачности предусматривают свободу усмотрения арбитражного суда, при осуществлении этой свободы усмотрения принимается во внимание"; "В тех случаях, когда Правила о прозрачности предусматривают свободу усмотрения арбитражного суда, арбитражный суд при осуществлении такой свободы усмотрения принимает во внимание"; или "В случаях осуществления свободы усмотрения, предоставленной согласно настоящим Правилам, арбитражный суд принимает во внимание".

85. После обсуждения Рабочая группа решила одобрить содержание пункта 3 и просила Секретариат подготовить пересмотренный проект пункта 3 с учетом вышеупомянутых предложений.

4. Статья 1 (4) – Взаимосвязь между правилами о прозрачности и любыми положениями международного инвестиционного договора, касающимися прозрачности

86. В статье 1 (4), как она содержится в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169, разъясняется, что правила о прозрачности не будут превалировать над каким-либо положением соответствующего международного инвестиционного договора, которое фактически предусматривает более высокий уровень прозрачности (A/CN.9/736, пункт 31).

87. Был поставлен вопрос о том, каким образом будет оцениваться уровень прозрачности согласно пункту 4 для определения того, какие положения международного договора или правила о прозрачности будут применяться. Вместо оценки уровня прозрачности было предложено предусмотреть в пункте 4, что в случае коллизии с правилами о прозрачности преимущественную силу имеют положения договора. В поддержку этого предложения было указано, что аналогичный подход использован в статье 1 (3)

Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года (или в статье 1 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 года). Было разъяснено, что, как предусматривает это предложение, если международный инвестиционный договор устанавливает менее благоприятный режим прозрачности, чем правила о прозрачности, то тем не менее преимущественную силу будут иметь положения договора.

88. В этом контексте были внесены различные предложения редакционного характера. Было предложено включить положение примерно следующего содержания: "Если какое-либо положение международного договора вступает в коллизию с Правилами, то преимущественную силу имеет положение договора". Было внесено еще одно предложение примерно следующего содержания: "В той мере, в какой вопрос содержания регулируется в международном договоре, преимущественную силу имеет договор". С использованием этого же подхода было также предложено сформулировать статью 1 (4) следующим образом: "Положения о прозрачности, содержащиеся в международном договоре, имеют преимущественную силу по отношению к другим положениям в случае коллизии с ними".

89. После обсуждения возобладало мнение о том, что, независимо от уровня прозрачности, в случае коллизии между правилами о прозрачности и положениями международного договора, касающимися того же вопроса, преимущественную силу имеют положения договора. В то же время остался открытым вопрос о необходимости включения соответствующего положения в правила о прозрачности, поскольку этот вопрос является предметом толкования международного договора и необязательно предметом, который должен быть рассмотрен в правилах о прозрачности. В связи с этим вопросом были высказаны различные мнения.

90. Была выражена поддержка включению положения, аналогичного предложенным в пункте 88, с тем чтобы обеспечить ясность не только для третейского суда, но и для сторон. Далее было отмечено, что этот вопрос касается не толкования договорных положений, а того, какую процедуру следует использовать.

91. Вместе с тем было указано, что статья 1 (4) правил о прозрачности направлена на установление правила о толковании, и внимание Рабочей группы было обращено на трудности, связанные с решением этого вопроса. Было указано, что проведение аналогии со статьей 1 (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в редакции 2010 года) вызывает сомнение, поскольку статья 1 (3) касается проблемы коллизии между Регламентом и нормами применимого права, тогда как статья 1 (4) правил о прозрачности касается взаимосвязи между этими правилами, как на них сделана ссылка в соответствующем международном договоре, и другими содержащимися в нем положениями. Эта взаимосвязь представляет собой вопрос толкования, регулируемый Венской конвенцией о праве международных договоров (1969 год). Положения международного договора и правила о прозрачности должен будет толковать третейский суд, который будет их применять.

92. Были высказаны различные мнения относительно того, будут ли толковаться одним и тем же образом положения международного договора, составленные сторонами, с одной стороны, и правила о прозрачности,

включенные в международный договор посредством ссылки, с другой стороны. Согласно одной из точек зрения, предпосылка, согласно которой правила о прозрачности будут включаться в международный договор посредством ссылки, является некорректной. Кроме того, были высказаны различные мнения в отношении того, являются ли эти вопросы вопросами принципа или же скорее техническими правовыми вопросами и вопросами толкования международных договоров.

93. Было отмечено, что существуют разные подходы к толкованию международных договоров и что попытка предусмотреть правило о толковании в правилах о прозрачности вряд ли является уместной.

94. Рабочая группа после обсуждения пришла к согласию об исключении статьи 1 (4).

5. Статья 1 (5) – Взаимосвязь между правилами о прозрачности и применимым сводом арбитражных правил

95. Рабочая группа рассмотрела содержащуюся в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169 статью 1 (5), которая касается взаимосвязи между правилами о прозрачности и арбитражными регламентами.

96. Было предложено включить в конце текста пункта 5 положение, аналогичное статье 1 (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года, с тем чтобы разъяснить, что если любое из правил о прозрачности вступает в коллизию с любой применимой к арбитражу нормой права, от которой стороны не могут отступить, то эта норма должна иметь преимущественную силу. Это предложение получило поддержку.

97. После обсуждения было отмечено, что значительное большинство членов Рабочей группы выступают в поддержку статьи 1 (5), как она содержится в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.169 и дополняется положением, аналогичным статье 1 (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года (см. выше, пункт 96). Несколько делегаций зарезервировали свои позиции в отношении пункта 5, поскольку, по их мнению, этот пункт следует дополнительно рассмотреть с учетом сферы применения правил.

6. Сноски к статье 1

- "арбитражное разбирательство между инвесторами и государствами"

98. Рабочая группа рассмотрела первую сноску к статье 1, которая направлена на разъяснение того, что правила о прозрачности будут применяться только к урегулированию споров, возникающих в связи с международными инвестиционными договорами между инвестором и стороной договора, а не к урегулированию споров между сторонами договора (A/CN.9/736, пункт 37).

99. Было указано, что содержащаяся в сноске ссылка на "одну или более сторон" является необычной. В ответ было разъяснено, что эта формулировка включена с тем, чтобы учесть ситуацию многосторонних международных договоров, и что ее следует сохранить.

100. Было предложено исключить первую сноску, поскольку из положений статьи 1 вполне ясно, что арбитражное разбирательство по спорам между инвестором и государством будет открываться "согласно международному договору", определение которого содержится во второй сноске. Это предложение было принято Рабочей группой.

- "международный договор, предусматривающий защиту инвестиций или инвесторов"

101. Целью второй сноски к статье 1 является уточнение понимания, согласно которому международные договоры, к которым будут применяться правила о прозрачности, следует понимать в широком смысле.

102. В качестве редакционного вопроса было предложено исключить слово "межправительственные" перед словами "организации региональной интеграции". Кроме того, было предложено более последовательно употреблять в данной сноске слова "защита инвестиций и инвесторов". Вторая сноска была принята Рабочей группой с предложенными изменениями.

7. Статья 2 – Опубликование информации при открытии арбитражного разбирательства

103. Рабочая группа рассмотрела содержащуюся в пункте 25 документа A/CN.9/WG.II/WP.169 статью 2, которая касается опубликования информации на раннем этапе арбитражного разбирательства до образования третейского суда. Статья 2 содержит два варианта. Согласно варианту 1 общая информация будет предаваться гласности, а порядок опубликования уведомления об арбитраже (и ответа на него) будет регулироваться согласно статье 3 после образования третейского суда. В варианте 2 устанавливается процедура опубликования уведомления об арбитраже и ответа на него до образования третейского суда.

104. Рабочая группа также рассмотрела следующее предложение о внесении изменений в вариант 2: "1. После получения ответчиком уведомления об арбитраже стороны в споре незамедлительно направляют копию уведомления об арбитраже в хранилище, упомянутое в статье 9. После получения уведомления об арбитраже от любой стороны в споре хранилище затем незамедлительно передает гласности информацию, касающуюся наименований сторон в споре, соответствующего экономического сектора и международного договора, в связи с которым заявляется исковое требование. 2. В течение [45] дней после получения ответчиком уведомления об арбитраже каждая сторона в споре указывает хранилищу, упомянутому в статье 9, на любые части уведомления об арбитраже, которые, по ее утверждению, представляют собой [конфиденциальную или закрытую] [защищаемую] информацию в соответствии с тем, как она определяется в пункте 2 статьи 8. [Хранилище, упомянутое в статье 9, затем своевременно передает гласности те части уведомления об арбитраже, которые не указаны любой стороной в споре в соответствии с вышеизложенным предложением текста.] 3. В течение [45] дней с момента получения истцом ответа на уведомление об арбитраже каждая сторона в споре указывает хранилищу, упомянутому в статье 9, на любые части ответа на уведомление об арбитраже, которые, по ее утверждению,

представляют собой [конфиденциальную или закрытую] [защищаемую] информацию в соответствии с тем, как она определяется в пункте 2 статьи 8. [Хранилище, упомянутое в статье 9, затем своевременно передает гласности те части ответа на уведомление об арбитраже, которые не указаны любой стороной в споре в соответствии с вышеизложенным предложением текста.] [Или в качестве альтернативы формулировке последнего предложения текста пунктов 2 и 3, заключенного в квадратные скобки: Хранилище, упомянутое в статье 9, одновременно передает гласности те части уведомления об арбитраже и ответа на него, которые не указаны любой стороной в споре как содержащие [конфиденциальную или закрытую] [защищаемую] информацию в соответствии с тем, как она определяется в пункте 2 статьи 8.] 4. После учреждения арбитражного суда суд выносит решение в отношении любых споров, касающихся объема информации, не передаваемой гласности согласно пунктам 2 и 3. Если арбитражный суд выносит решение о том, что любые такие материалы не являются [конфиденциальной или закрытой] [защищаемой] информацией в соответствии с тем, как она определяется в пункте 2 статьи 8, то арбитражный суд направляет такие материалы в хранилище, упомянутое в статье 9, которое своевременно передает гласности такие материалы".

105. Изложенное в пункте 104 предложение получило поддержку, поскольку в нем разъясняется, что третейский суд будет рассматривать любой спор, касающийся опубликования уведомления об арбитраже и ответа на него, и поскольку в нем устанавливается процедура редактирования сторонами этой информации. Было предложено, чтобы в данном варианте разъяснялось, что опубликование уведомления об арбитраже и ответа на него производится одновременно. Кроме того, было указано, что пункт 4 этого предложения предусматривает надлежащую правовую защиту учреждений, которые будут выполнять функции регистра.

106. В то же время в связи с вариантом 2 было указано на ряд моментов, вызывающих беспокойство. Срок, предусматриваемый для опубликования уведомления об арбитраже и ответа на него, был сочтен слишком коротким. Было подчеркнуто, что такое опубликование на ранних этапах разбирательства может препятствовать урегулированию спора. В ответ на эту обеспокоенность было указано, что в тех случаях, когда аналогичное положение включалось в международные инвестиционные договоры, оно не порождало каких-либо трудностей.

107. Был задан вопрос о том, каким образом следует урегулировать ситуацию, когда уведомление об арбитраже направляется истцом в хранилище до возбуждения арбитражных процедур, например, до получения ответчиком уведомления об арбитраже. Рабочая группа решила дополнительно рассмотреть этот вопрос.

108. Большинство членов Рабочей группы высказались в поддержку варианта 1, который откладывает решение вопроса об опубликовании уведомления об арбитраже и ответа на период после образования третейского суда.

109. После обсуждения делегации, которые давно выступали в поддержку варианта 2, решили в духе компромисса согласиться с вариантом 1. Рабочая

группа приняла вариант 1 с нижеизложенными редакционными изменениями. В тексте варианта 1 следует разъяснить, что все стороны в споре должны нести обязательство направлять уведомление об арбитраже в регистр. Регистр должен публиковать эту информацию после того, как уведомление об арбитраже будет получено от любой из сторон. Регистр должен публиковать наименования сторон в споре, а также информацию, касающуюся соответствующего экономического сектора и международного договора, в связи с которым заявляется исковое требование.

110. В качестве общего замечания редакционного плана было предложено согласовать формулировки, используемые в правилах в отношении опубликования информации или документов, поскольку, например, используются слова "опубликована" или "предана гласности". Рабочая группа просила Секретариат изучить вопрос о том, имеет ли использование различных терминов, касающихся опубликования, разный смысл, и дополнительно изучить вопрос о том, каким образом может быть обеспечено использование последовательного подхода.

8. Статья 3 – Опубликование документов

111. Рабочая группа рассмотрела содержащуюся в пункте 29 документа A/CN.9/WG.II/WP.169 статью 3, которая отражает внесенное на ее пятьдесят пятой сессии предложение о том, что положение об опубликовании документов должно предусматривать: i) перечень документов, предаваемых гласности; ii) дискреционные полномочия третейского суда предписывать опубликование дополнительных документов; и iii) право третьих лиц просить о предоставлении доступа к дополнительным документам (A/CN.9/736, пункты 54-66). Было сочтено, что такое положение обеспечивает надлежащую сбалансированность между документами, подлежащими опубликованию, и осуществлением третейским судом его свободы усмотрения при урегулировании этого процесса (A/CN.9/736, пункт 58).

112. Было предложено исключить ссылку на "вещественные доказательства" и на "перечень всех вещественных доказательств" из списка документов, которые должны предаваться гласности, поскольку доказательственная информация может быть весьма значительной по объему для того, чтобы быть опубликованной, при том что – в той мере, в которой в силу второй ссылки от стороны может потребоваться составление таблицы с перечислением всех документов, – на нее будет накладываться дополнительное излишнее бремя. Предложению о таком исключении была выражена поддержка, поскольку требование об опубликовании вещественных доказательств и, возможно, составлении перечней всех вещественных доказательств было сочтено излишне обременительным. Хотя и было признано, что это положение создает определенное дополнительное бремя, было отдано предпочтение сохранению ссылки на вещественные доказательства в статье 3 (1), поскольку их опубликование будет отвечать интересам прозрачности.

113. Было отмечено, что вступительная часть текста статьи 3 (1)-(3) содержит ссылку на исключения, предусмотренные в статье 8, и что, в свою очередь, в статье 8 (1) указывается, что она применяется к статьям 2-7. Было отмечено, что такая повторяемость носит излишний характер, и было предложено исключить ссылку на статью 8 из этих статей. Было указано, что, хотя эти

ссылки и повторяют друг друга, их сохранение может быть предпочтительным, поскольку оно обеспечивает ясность.

114. Далее было предложено предусмотреть одновременное опубликование уведомления об арбитраже и ответа на него.

115. Было также предложено предусмотреть более широкие возможности для проявления гибкости в отношении опубликования документов согласно статье 3, поскольку статья 3 (1) требует автоматического опубликования, тогда как статья 3 (2) разрешает третейскому суду предписывать опубликование, по собственной инициативе или по просьбе одной из сторон в споре, любого другого документа. С учетом этого было предложено исключить из статьи 3 (1) ссылку на "любые дальнейшие письменные заявления или письменные представления", "вещественные доказательства" и "постановления и решения арбитражного суда".

116. По причине нехватки времени Рабочая группа не смогла завершить рассмотрение статьи 3; было достигнуто согласие продолжить обсуждение этой статьи на одной из будущих сессий Рабочей группы.
