



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
17 October 2011
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных
Наций по праву международной торговли**

Сорок пятая сессия

Нью-Йорк, 18 июня – 6 июля 2012 года

[или Вена, 9-27 июля 2012 года]

**Доклад Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная
процедура) о работе ее пятьдесят пятой сессии
(Вена, 3-7 октября 2011 года)**

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-3	3
II. Организация работы сессии	4-10	3
III. Ход обсуждения и принятые решения	11	5
IV. Подготовка правового стандарта прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров	12-135	5
A. Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров	13-133	5
1. Общие замечания по структуре правил о прозрачности	13	5
2. Преамбула – Цели правил о прозрачности	14-17	6
3. Статья 1 – Сфера применения и структура правил	18-40	7
4. Статья 2 – Возбуждение арбитражного разбирательства	41-53	13
5. Статья 3 – Опубликование документов	54-66	16
6. Статья 4 – Опубликование арбитражных решений	67	19
7. Статья 5 – Представления третьих сторон и не являющихся сторонами спора государств – участников	68-98	19



8.	Статья 6 – Слушания и опубликование протоколов слушаний	99-109	26
9.	Статья 7 – Исключения из принципа прозрачности	110-130	28
10.	Статья 8 – Хранилище публикуемой информации ("реестр")	131-133	33
В.	Применимость к урегулированию споров на основе действующих международных договоров	134-135	34

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 коммерческих 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 арбитражному разбирательству 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 необходимости 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 рассмотрения Комиссией результатов работы Рабочей группы, содержится в документе A/CN.9/WG.II/ WP.165, пункты 5-12.

II. Организация работы сессии

4. Рабочая группа, в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою пятьдесят пятую сессию в Вене с 3 по 7 октября 2011 года. В работе сессии принимали участие следующие государства – члены Рабочей группы: Австралия, Австрия, Аргентина, Болгария, Бразилия, Венесуэла (Боливарианская Республика), Германия, Греция, Израиль, Индия, Испания, Италия, Камерун, Канада, Китай, Колумбия, Маврикий, Мексика, Нигерия, Норвегия, Польша, Республика Корея, Российская Федерация, Сальвадор, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной

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.*

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

⁴ Там же, пункт 202.

Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Турция, Украина, Филиппины, Франция, Чешская Республика, Чили и Япония.

5. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Беларусь, Бельгия, Демократическая Республика Конго, Доминиканская Республика, Индонезия, Нидерланды, Новая Зеландия, Панама, Румыния, Словакия, Финляндия, Хорватия, Швейцария 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*: Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС);

б) *межправительственные организации*: Организация по унификации коммерческого права в Африке (ОУКПА) и Постоянная палата третейского суда (ППТС);

в) *приглашенные международные неправительственные организации*: Адвокатская коллегия Парижа, Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты (СТП), Арбитражный совет строительной промышленности (АССП), Ассоциация адвокатов штата Нью-Йорк (ААНЙ), Ассоциация бывших участников Учебного международного торгового арбитражного разбирательства памяти Виллема К. Виса, Ассоциация содействия арбитражу в Африке (АСАА), Бельгийский центр арбитража и посредничества (СЕПАНИ), Гонконгский международный арбитражный центр (ГМАЦ), Институт международного арбитража (ИМА), Китайская международная экономическая торговая арбитражная комиссия (КМЭТАК), Мадридский арбитражный суд, Межамериканская ассоциация юристов (МАЮ), Международная арбитражная группа корпоративных адвокатов (МАГКА), Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН), Международный институт по вопросам устойчивого развития (МИУР), Международный арбитражный суд (МАС), Международный арбитражный центр Австрийской федеральной экономической палаты (ВМАЦ), Международный союз адвокатов (МСА), Миланский клуб арбитров, Пакистанский коммерческий совет (ПКС), Совет адвокатов и адвокатских объединений Европейского союза (СААЕС), Тегеранский региональный арбитражный центр (ТРАЦ), Форум для международной согласительной и арбитражной процедуры (ФМСАП), Французский комитет по арбитражу (ФКА), Центр международного права окружающей среды (ЦИЕЛ), 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 Маркус Маурер (Германия).

9. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: а) предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/ WP.165); 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.166 и добавления); с) записка Секретариата, в которой воспроизводятся замечания Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (A/CN.9/WG.II/WP.167).

10. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Подготовка правового стандарта 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

11. Рабочая группа возобновила свою работу по пункту 4 повестки дня на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.II/WP.166 и добавления; и A/CN.9/WG.II/WP.167). Ход обсуждения и решения Рабочей группы по этому пункту отражены в главе IV. К Секретариату была обращена просьба подготовить проект пересмотренных правил о прозрачности на основе результатов обсуждений и решений Рабочей группы.

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

12. Рабочая группа возобновила обсуждения по подготовке правового стандарта прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, опираясь на документы A/CN.9/WG.II/WP.166 и A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 и содержащийся в них предложенный проект правил о прозрачности ("правила о прозрачности").

A. Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров

1. Общие замечания по структуре правил о прозрачности

13. Рабочая группа напомнила о своем решении о том, что правовой стандарт прозрачности должен быть оформлен в виде правил, а не руководящих

принципов (A/CN.9/717, пункты 26 и 58). До начала первого чтения правил о прозрачности Рабочей группе была представлена структура проекта правил (см. также пункт 38 ниже). Статья 1(1) касается сферы применения правил прозрачности и, в частности, вопроса о том, как будет выражаться согласие государств – участников инвестиционного договора с тем, чтобы к спорам между инвесторами и государствами на основании этого договора применялись правила о прозрачности. Статья 1 (2) служит цели разъяснения того, что в тех случаях, когда в правилах о прозрачности предусматривается осуществление третейским судом свободы усмотрения, эта свобода должна им осуществляться с учетом законной публичной заинтересованности в прозрачности в области арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и в ходе самого арбитражного разбирательства, а также собственная законная заинтересованность сторон арбитражного разбирательства в эффективном урегулировании их спора. Статьи 2-6 касаются материально-правовых вопросов прозрачности. В статье 7 рассматриваются исключения из принципа прозрачности, которые ограничиваются защитой конфиденциальной и закрытой информации и целостности арбитражного процесса. Целью статьи 8 является определение того, кто будет нести ответственность за предоставление информации в распоряжение общественности.

2. Преамбула – Цели правил о прозрачности

14. Рабочей группе было напомнено, что преамбула к правилам о прозрачности, как она содержится в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.166, подготовлена в ответ на внесенное в Рабочей группе предложение о том, что во вступлении к документу, содержащему правила о прозрачности, следует разъяснить цели, для достижения которых они предназначаются (A/CN.9/717, пункт 112). Преамбула посвящена наметенной цели правил, состоящей в отыскании сбалансированного решения, позволяющего обеспечить возможности как для значимого участия общества, так и для справедливого и эффективного разрешения спора между сторонами. В мнениях, высказанных против включения преамбулы в правила о прозрачности, прозвучали аргументы о том, что включение преамбулы будет весьма необычным для такого рода документа и что обязывающий характер преамбулы будет вызывать сомнения. В качестве альтернативы было предложено отразить существо преамбулы в решении Комиссии, в котором она примет эти правила, а также в тексте резолюции Генеральной Ассамблеи, в которой будет рекомендоваться их использование. В качестве другой альтернативы было отмечено, что аналогичное положение, обеспечивающее баланс между целями прозрачности и эффективного урегулирования, уже содержится в статье 1 (2). Было указано, что этот текст может заменить преамбулу.

15. В редакционном плане было предложено заменить слово "быстром", перед словами "и эффективным" в первом предложении преамбулы словом "справедливым" в целях обеспечения соответствия со статьей 17 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года (Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года) (см. также пункт 39 ниже).

16. Было высказано мнение о том, что было бы предпочтительно отложить принятие решения о необходимости во включении преамбулы до завершения рассмотрения содержания правил о прозрачности.

17. После обсуждения Рабочая группа согласилась продолжить рассмотрение этого вопроса на одной из будущих сессий.

3. Статья 1 – Сфера применения и структура правил

а) Статья 1 (1) – Сфера применения

Решение, предполагающее согласие на применение и отказ от него

18. Рабочая группа рассмотрела статью 1 (1) проекта правил, как она содержится в пункте 10 документа A/CN.9/WG.II/WP.166. В статье 1 (1) рассматривается сфера применения правил прозрачности и предусматриваются два варианта и возможные альтернативы. Рабочая группа выразила согласие с тем, что обсуждение статьи 1 (1) сыграет полезную роль в определении существующих среди государств-членов предпочтений в том, что касается сферы применения правил о прозрачности. Было выражено общее понимание, что на нынешнем этапе никакого решения принято быть не может и что этот вопрос потребует дальнейшего рассмотрения на одной из будущих сессий Рабочей группы.

19. Было высказано мнение о возможности вычленения различных аспектов вопроса о сфере применения правил. Было указано, что материальная сфера применения связана с вопросом о том, будут ли правила о прозрачности применяться только в контексте арбитражных разбирательств, возбужденных в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, или же также в отношении арбитражных разбирательств, проводимых в соответствии с другими регламентами, если стороны сделают такой выбор. Материальную сферу применения следует отличать от сферы применения во времени, связанной с вопросом о том, будут ли правила о прозрачности применяться только к арбитражным разбирательствам на основе международных инвестиционных договоров, заключенных после вступления правил в силу, или же также к разбирательствам на основе договоров, заключенных до этой даты.

Решение о неприменении: материальная сфера применения

20. Один вариант – "решение о неприменении" – предусматривает, что "Правила о прозрачности применяются к любому арбитражному разбирательству, возбуждаемому в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ согласно международному договору, предусматривающему защиту инвестиций ("международный договор") [, который вступил в силу] после [даты принятия Правил о прозрачности], если только этот международный договор не предусматривает, что Правила о прозрачности не применяются". Согласно этому варианту правила о прозрачности будут применяться в качестве добавления к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ на основе международных инвестиционных договоров, прямо предусматривающих проведение арбитражного разбирательства в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, если только государства в инвестиционном договоре не предусмотрят иное, отказавшись от применения правил о прозрачности. Согласие на применение правил о прозрачности будет

выражаться в тех случаях, когда стороны включают в международный инвестиционный договор ссылку на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, будучи осведомлены о том, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ включает правила о прозрачности. Применение правил о прозрачности в этом случае будет рассматриваться как норма, притом что стороны сохраняют возможность прямо исключить их применение.

21. Было указано, что этот вариант может быть применен только в отношении арбитражного разбирательства, возбуждаемого в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, но не в контексте разбирательства, проводимого согласно другим международным арбитражным правилам. Было подчеркнуто, что если правила о прозрачности будут применяться только к арбитражным разбирательствам в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, то это предоставит инвестору выбор, позволяющий обращаться к арбитражу в соответствии с иными сводами арбитражных правил, не включающими положения о прозрачности. Были высказаны сомнения в отношении желательности такого результата. Было указано, что решение о неприменении, в принципе, совместимо с применением правил о прозрачности в отношении арбитражного разбирательства, возбуждаемого в соответствии с другими международными арбитражными правилами, поскольку стороны международного инвестиционного договора могут также договориться применить их к таким другим арбитражным разбирательствам.

Решение о неприменении: сфера применения во времени – ["который вступил в силу"]

22. Делегации, высказавшиеся в поддержку варианта 1, выразили различные мнения по вопросу о желательности сохранения слов "который вступил в силу", которые приведены в варианте 1 в квадратных скобках.

23. Если слова "который вступил в силу" будут сохранены, то правила о прозрачности будут применяться без ретроактивной силы к международным инвестиционным договорам, вступившим в силу после даты принятия правил. В поддержку этого варианта было указано, что государства – участники инвестиционного договора будут осведомлены о том, что применение Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ повлечет за собой применение правил о прозрачности к инвестиционным договорам, заключенным после даты принятия этих правил. Что касается международных инвестиционных договоров, заключенных до этой даты, то применительно к ним следует продолжить изучение решений, подобных тем, которые описаны в пунктах 15-23 документа A/CN.9/GWG.II/ WP.166/Add.1.

24. Если слова "который вступил в силу" будут исключены, то правила о прозрачности можно будет применять к любым арбитражным разбирательствам, возбужденным в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ после даты принятия этих правил, даже если международный договор вступил в силу до этой даты (при условии, что в самом договоре не предусмотрено применение более раннего варианта Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ). Делегации, высказавшиеся за применение правил о прозрачности к международным инвестиционным договорам, вступившим в силу до даты принятия правил о прозрачности, подчеркнули, что некоторые договоры могут толковаться как допускающие такое применение. Например,

это будет уместно в случае действующих на момент возбуждения арбитражного разбирательства инвестиционных договоров, в которых говорится о применении Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Было указано, что, согласно этому варианту, в определенных случаях, когда государства – участники действующего договора не желают применения правил о прозрачности, им потребуется внести соответствующие поправки или изменения в свой инвестиционный договор.

Решение о применении: материальная сфера применения и сфера применения во времени

25. Согласно второму варианту, именуемому "решение о применении", для применения правил о прозрачности потребуется прямое принятие государствами таких правил. На рассмотрение Рабочей группы были предложены две альтернативы: альтернатива 1 предусматривает, что правила о прозрачности применяются в отношении арбитражного разбирательства, возбуждаемого в соответствии с любым сводом арбитражных правил, а альтернатива 2 ограничивает применение правил арбитражными разбирательствами, проводимыми в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. В обоих случаях согласие государств на применение правил о прозрачности может быть дано в связи с арбитражными разбирательствами, которые были возбуждены на основании международных инвестиционных договоров, заключенных либо до, либо после даты принятия этих правил. Правила о прозрачности будут применяться в качестве самостоятельного текста.

26. Большинство делегаций отдали предпочтение варианту 2 по тем причинам, что они выступают за прямое принятие государствами правил о прозрачности и что это решение позволит обеспечить принятие государствами осознанного решения о применении этих правил.

27. В отношении альтернативы 1 варианта 2 было высказано мнение о том, что ограничение применения правил о прозрачности арбитражными разбирательствами в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ представляло бы собой, возможно, более простое решение, поскольку было сочтено, что применение правил о прозрачности в сочетании с другими арбитражными правилами может вызвать правовую неопределенность и трудности.

28. Представить свои замечания по вопросу о том, можно ли предусмотреть применение правил о прозрачности к арбитражным разбирательствам, проводимым в соответствии с их собственными регламентами, было предложено арбитражным учреждениям. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты (СТП), Международный арбитражный суд МТП и Постоянная палата третейского суда в Гааге подтвердили, что, в принципе, применение правил о прозрачности в сочетании с регламентами их учреждений вряд ли создаст какие-либо трудности. Все эти учреждения выразили заинтересованность в участии в проводимой работе, с тем чтобы выяснить возможности практического применения правил о прозрачности к арбитражным разбирательствам, проводимым в соответствии с их арбитражными регламентами. Кроме того, МЦУИС проинформировал Рабочую

группу о том, что Центр уже накопил определенный опыт применения трансграничного стандарта прозрачности в контексте арбитражных разбирательств, проводившихся им в соответствии с Соглашением о свободной торговле между Доминиканской Республикой, Центральной Америкой и Соединенными Штатами (КАФТА-ДР). Арбитражный институт СТП разъяснил, что Регламент СТП равно применим как к коммерческим, так и к инвестиционным арбитражным разбирательствам и что, хотя в него включен принцип конфиденциальности, стороны могут отходить от этого принципа, если они о том согласятся.

29. Заслушав комментарии арбитражных учреждений, ряд делегаций высказали мнение о том, что альтернатива 1 варианта 2 может представлять собой вполне реализуемое решение, позволяющее обеспечить более широкое применение правил о прозрачности, что, как отмечалось, соответствует предоставленному Комиссией мандату Рабочей группы.

30. После обсуждения Рабочая группа отметила, что большинство делегаций выразили предпочтение варианту 2, при том понимании, что рассмотрение двух содержащихся в нем альтернатив следует продолжить на одной из будущих сессий Рабочей группы. Несколько делегаций выразили поддержку варианту 1, причем были высказаны различные мнения о том, следует ли вопрос о применении правил о прозрачности к действующим международным инвестиционным договорам урегулировать в статье 1 (1) или же его следует урегулировать иным способом. Было отмечено, что вариант 1, в котором говорится только об Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, можно было бы ограничить будущими инвестиционными договорами и объединить с альтернативой 1 варианта 2, которая охватывает все другие ситуации (например, применение к действующим договорам, а также независимо от того, какие арбитражные правила будут выбраны сторонами). Рабочая группа пришла к согласию о том, что рассмотрение обоих вариантов с содержащимися в них двумя альтернативами будет продолжено на одной из будущих сессий Рабочей группы. Она обратилась к Секретариату с просьбой представить анализ вопросов, которые могут возникнуть при применении правил о прозрачности к арбитражным разбирательствам в соответствии как с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ 1976 года, так и его пересмотренной редакцией 2010 года, причем провести такой анализ и в связи с различными вариантами, предусмотренными в статье 1, и в связи с другими материально-правовыми положениями правил о прозрачности.

Правила о прозрачности и положения о прозрачности в международном инвестиционном договоре

31. Рабочая группа рассмотрела связь между правилами о прозрачности и любыми положениями о прозрачности в международном инвестиционном договоре, на основании которого может быть возбуждено арбитражное разбирательство. В этом контексте было внесено предложение включить в правила о прозрачности формулировку о том, что эти правила не будут заменять собой любые положения соответствующего международного инвестиционного договора, которые требуют более высоких уровней прозрачности. Рабочая группа сочла эту принципиальную установку приемлемой и обратилась к Секретариату с просьбой составить, на основе

этого предложения, проект положения для рассмотрения на одной из будущих сессий.

Применение правил о прозрачности сторонами в споре

32. Затем Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности включения в статью 1 положения относительно применения правил о прозрачности сторонами в споре, с тем чтобы отразить обсуждения, состоявшиеся на ее пятьдесят четвертой сессии (A/CN.9/717, пункты 47-55). Цель такого положения заключалась бы в разъяснении того, что после выражения государствами – участниками инвестиционного договора согласия на применение правил о прозрачности в соответствии со статьей 1 (1), стороны в споре не имеют права исключать или изменять применение этих правил.

33. Широкую поддержку получило мнение о том, что включать положение, разрешающее сторонам в споре изменять предлагаемый порядок проведения прозрачного арбитражного разбирательства, не следует в силу того принципиального соображения, что предоставление сторонам в споре возможности обращаться вспять решение по этому вопросу было бы неуместно. Кроме того, целью правового стандарта прозрачности является удовлетворение интересов не только инвестора и принимающего государства, но также и общества в целом, из чего следует, что отказ от применения правил о прозрачности, принятых государствами, выходит за рамки компетенции сторон в споре.

34. Затем Рабочая группа рассмотрела предложение о редакции подобного положения, содержащееся в пункте 21 документа A/CN.9/WG.II/WP.166. Было указано, что формулировка "Правила о прозрачности предназначены для обеспечения прав и интересов широкой общественности" должна быть либо уточнена, либо исключена. В качестве альтернативы она может быть заменена формулировкой примерно следующего содержания: "Правила о прозрачности принимаются в публичных интересах (...)". Поддержка была выражена исключению этой формулировки, поскольку ее содержание носит слишком описательный характер и является излишним.

35. Было также предложено исключить слова "в ходе арбитражного разбирательства", поскольку в данном положении следует четко установить, что стороны в споре ни в какой момент – будь то до или в ходе арбитражного разбирательства – не имеют права принимать решений об отказе или отходе от правил о прозрачности.

36. Возобладало мнение о целесообразности включения предложения, содержащегося в пункте 21 документа A/CN.9/WG.II/WP.166, с учетом редакционных изменений, и Рабочая группа пришла к согласию о необходимости дальнейшего рассмотрения этого вопроса на одной из будущих сессий. Несколько делегаций высказали мнение, что в соответствии с принципом автономии сторон, стороны в споре должны иметь возможность договориться о неприменении правил о прозрачности.

"международный договор, предусматривающий защиту инвестиций"

37. Рабочая группа пришла к согласию о необходимости разъяснения термина "международный договор, предусматривающий защиту инвестиций",

используемого в статье 1 (1), с тем чтобы сфера его охвата была четко определена. Было указано, что понятие "международный договор, предусматривающий защиту инвестиций" имеет важное значение в контексте правил о прозрачности, поскольку оно открывает возможности для их применения. Было достигнуто согласие о необходимости широкого толкования этого понятия как включающего соглашения о свободной торговле и двусторонние и многосторонние инвестиционные договоры в той мере, в которой они содержат положения о защите инвестора или инвестиций и праве обращаться к арбитражу в случае возникновения спора между ним и государством. Кроме того, было отмечено, что многие международные инвестиционные договоры предусматривают урегулирование споров как между договаривающимися государствами-участниками, так и между инвесторами и государствами. В этом контексте было указано на необходимость разъяснения того, что правила о прозрачности будут применяться к урегулированию споров только в связи с защитой инвестиций и инвесторов, но не к спорам между государствами, возникающим на основе международного договора. Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой включить в пересмотренный вариант правил формулировку, разъясняющую этот термин.

b) Статья 1 (2) – Структура правил о прозрачности

38. Рабочая группа рассмотрела статью 1 (2) проекта правил, как она содержится в пункте 10 документа A/CN.9/WG.II/ WP.166. Было отмечено, что статья 1 (2) касается структуры правил о прозрачности (см. Также пункт 13 выше). Было пояснено, что каждое из материальных правил, устанавливаемых в статьях 2-6, оговаривается ограниченным рядом исключений, изложенных в статье 7. Кроме того, в статье 1 (2) отражены результаты обсуждений в Рабочей группе в том смысле, что с учетом необходимости в поддержании баланса между законной публичной заинтересованностью в прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и собственной законной заинтересованностью участвующих в арбитражном разбирательстве сторон в быстром и эффективном разрешении их спора исключения в статье 7 должны подлежать строгому применению и являются единственными ограничениями действия правил о прозрачности, устанавливаемых в статьях 2-6 (A/CN.9/717, пункты 129-143).

39. Принцип, изложенный в статье 1 (2), встретил широкую поддержку. Был внесен ряд предложений редакционного характера. С тем чтобы согласовать эту формулировку со статьей 17 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года, было предложено заменить слово "быстром" в последней строке статьи 1 (2) словом "справедливым" (см. также пункт 15 выше). Кроме того, было предложено исключить первые два предложения этого пункта, поскольку они были сочтены носящими слишком описательный характер, повторяющими содержание статьи 7 (1) и, в силу этого, излишними. Было отмечено, что пункт 2 (i) может затрагивать вопросы прав человека. В редакционном плане было также предложено разъяснить, что в пункте 2 (i) речь идет о двух вопросах, представляющих публичный интерес: арбитраж по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров в целом и собственно арбитражное разбирательство.

40. После обсуждения Рабочая группа пришла к согласию о том, что текст пункта 2 должен быть пересмотрен с учетом предложений, изложенных в пункте 39 выше, для дальнейшего рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий.

4. Статья 2 – Возбуждение арбитражного разбирательства

41. При обсуждении касающихся прозрачности материально-правовых положений, которые содержатся в статьях 2-6 правил о прозрачности, Рабочей группе было напомнено о том, что ее мандат состоит в подготовке правового стандарта прозрачности, который будет отражать наилучшие виды практики в области прозрачности в контексте арбитража по спорам между инвесторами и государствами. На своей пятьдесят четвертой сессии Рабочая группа приняла решение приступить к обсуждению вопроса о разработке содержания наиболее высоких стандартов прозрачности исходя из того, что правовой стандарт прозрачности будет оформлен в виде правил. Это решение было принято при том понимании, что делегации, которые ранее предлагали оформить правовой стандарт прозрачности в виде руководящих принципов, согласились с подготовкой проекта правил при том условии, что эти правила будут применяться только в случае наличия прямой ссылки на них (согласие на применение). Было указано, что, если Рабочая группа на более позднем этапе примет решение о том, что применение правил о прозрачности будет основываться на подходе, предусматривающем согласие на применение, содержание этих правил потребует, возможно, пересмотреть, при том что оно будет, по всей вероятности, размыто (A/CN.9/717, пункты 26 и 58).

42. Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению содержащейся в пункте 24 документа A/CN.9/WG.II/WP.166 статьи 2, касающейся информации, которая должна предаваться гласности на этапе возбуждения арбитражного разбирательства. В статье 2 содержатся различные варианты редакции, отражающие разные мнения, высказанные в ходе пятьдесят четвертой сессии (A/CN.9/717, пункты 60-74). В варианте 1 предусматривается, что некоторая информация должна предаваться гласности при возбуждении арбитражного разбирательства, при том что вопрос об опубликовании уведомления об арбитраже в нем не рассматривается. Согласно этому варианту вопрос об опубликовании уведомления об арбитраже будет решаться в соответствии со статьей 3 правил о прозрачности после образования третейского суда. Вопрос об опубликовании уведомления об арбитраже при возбуждении разбирательства и до образования третейского суда регулируется в варианте 2, который включает две альтернативы.

Опубликование общей информации

43. В рамках Рабочей группы было выражено общее понимание, что некоторая информация должна быть предана гласности до образования третейского суда, с тем чтобы общество в целом было проинформировано о начале разбирательства. Рабочая группа пришла к согласию о том, что статья 2 должна, как минимум, предусматривать публикацию наименований сторон и общего указания на соответствующую сферу деятельности до образования третейского суда. Было отмечено, что это предложение соответствует нынешней практике МЦУИС (см. A/CN.9/WG.II/WP.167, пункты 5-7) и, таким

образом, отражает процедуру, уже знакомую многим государствам. Было решено включить в статью 2 ссылку на международный инвестиционный договор, на основании которого заявляются иски, поскольку было сочтено, что этот вопрос факта вряд ли вызовет споры. Рабочая группа пришла к согласию о том, что указание государственной принадлежности сторон и краткое описание предмета искового требования, о которых говорится в варианте 1 статьи 2, не должны включаться в информацию, передаваемую гласности на раннем этапе производства, поскольку эта информация может вызвать споры.

Средства опубликования

44. Что касается вопроса о средствах опубликования, то предпочтение было выражено использованию услуг хранилища опубликованной информации ("регистра"), поскольку участие нейтрального учреждения в обеспечении опубликования, особенно на этом этапе процедуры, было сочтено наилучшим решением. Рабочая группа пришла к согласию о том, что любая сторона, а не только ответчик, должна обладать правом передать уведомление об арбитраже в регистр, который в свою очередь извлечет из него соответствующую информацию, указанную в пункте 43 выше, для цели опубликования.

45. Был задан вопрос о том, должно ли требование об опубликовании информации на этом этапе носить обязательный характер и, в этом случае, следует ли предусмотреть какую-либо санкцию на случай невыполнения сторонами их обязанности передать соответствующую информацию в регистр. Было указано, что вопрос о санкциях представляет собой вопрос, трудно поддающийся урегулированию в документе такого характера, каковыми являются правила.

46. К Секретариату была обращена просьба предложить новый проект варианта 1 статьи 2, основывающийся на обсуждениях, которые отражены в пунктах 43 и 44 выше.

Опубликование уведомления об арбитраже (и ответа на него)

47. Рабочая группа перенесла свое внимание на вопрос о том, следует ли, в дополнение к опубликованию общей информации, о которой говорилось в пункте 43 выше, также предавать гласности уведомление об арбитраже до образования третейского суда, как это предусматривается согласно варианту 2.

48. По мнению тех делегаций, которые высказывались в поддержку опубликования уведомления об арбитраже до образования третейского суда, раннее раскрытие содержания уведомления об арбитраже позволит не только информировать о начале разбирательства общество в целом, но также предоставить ему возможность изложить свои взгляды на этом раннем этапе производства. Было указано, что незамедлительное опубликование уведомления об арбитраже наилучшим образом отвечает интересам прозрачности и что такое опубликование допускает защиту закрытой и конфиденциальной информации, как это предлагается в соответствии с альтернативой 1 варианта 2.

49. В то же время опубликование уведомления об арбитраже до образования третейского суда встретило и оговорки. Было высказано мнение о том, что

потребуется разъяснить тот аспект, что информация должна передаваться "незамедлительно", как это предлагается согласно варианту 2. Было указано, что отнюдь не все государства будут обязательно готовы решить вопрос о своевременном опубликовании уведомления об арбитраже и что государству-ответчику потребуется время для организации своей защиты и подготовки своего ответа на уведомление об арбитраже. Было напомнено о том, что согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ третейский суд может быть назначен в течение двух-трех месяцев после даты направления уведомления об арбитраже. Кроме того, было указано, что в период после направления уведомления об арбитраже и до подачи ответа на него имеются возможности для урегулирования спора, которые будут подорваны после опубликования позиций сторон, выраженных в уведомлении об арбитраже и ответе на него.

50. Были заданы вопросы о способах опубликования и связанных с опубликованием расходах, таких как расходы на поддержание защищенного веб-сайта и исключение из уведомления об арбитраже и, возможно, ответа на него конфиденциальной и закрытой информации. Было также указано, что вопрос об опубликовании уведомления об арбитраже было бы лучше урегулировать в статье 3, которая касается опубликования документов, поскольку было отмечено, что надзор за решением вопросов, связанных с конфиденциальной и закрытой информацией, которая может содержаться в уведомлении об арбитраже, было бы наиболее уместно осуществлять третейскому суду и что проверка уведомления об арбитраже выходит за рамки функций регистра.

51. В ответ сторонники опубликования уведомления об арбитраже до образования третейского суда указали, что вопрос о расходах, связанных с опубликованием уведомления, должен решаться с учетом ценностных соображений прозрачности и подотчетности, которые должны иметь преимущественную силу. Было высказано мнение о том, что опубликование уведомления об арбитраже не повлечет за собой каких-либо расходов для регистра, поскольку бремя представления отредактированного варианта уведомления возлагается на стороны. Далее было указано, что, как показывает опыт, раскрытие содержания уведомления об арбитраже на раннем этапе производства не создает препятствий для дружественного урегулирования спора. С тем чтобы снять обеспокоенность применительно к возможным спорам между сторонами относительно исключаемой из опубликования информации, было предложено наделить третейский суд, после его образования, полномочиями выносить решения по любым таким спорам, а также разъяснить этот вопрос в рамках варианта 2.

52. Была выражена поддержка предложению о том, что в случае, если будет предусмотрено требование об опубликовании уведомления об арбитраже, публиковаться также должен и ответ на него. В интересах обеспечения справедливости по отношению к сторонам было высказано предположение о том, что детальная информация о споре, содержащаяся в уведомлении об арбитраже, должна предаваться гласности только в том случае, когда у государства-ответчика имеется возможность изложить свою собственную позицию в ответе на уведомление.

53. После обсуждения возобладало мнение о том, что предусматривать требование об опубликовании уведомления об арбитраже до образования

третейского суда не следует, при этом меньшинство высказалось за незамедлительное опубликование уведомления об арбитраже. К Секретариату была обращена просьба предложить пересмотренный проект альтернативы 1 варианта 2, учитывающий состоявшиеся обсуждения.

5. Статья 3 – Опубликование документов

54. Рабочая группа напомнила о состоявшемся на ее пятьдесят третьей сессии обсуждении, в ходе которого были высказаны различные мнения по вопросам о том, следует ли предусмотреть требование об опубликовании документов и, если да, то каких из них (A/CN.9/712, пункты 40-42). На пятьдесят четвертой сессии Рабочей группы в результате рассмотрения этого вопроса выкристаллизовался ряд различных подходов (A/CN.9/717, пункты 87-92). Эти подходы были отражены в статье 3, как она содержится в пункте 32 документа A/CN.9/WG.II/WP.166.

Вариант 1 – Опубликование всех документов

55. Согласно варианту 1 опубликованию подлежат, с учетом требований статьи 7, все документы, представленные третейскому суду или выданные им. Если некоторые подлежащие опубликованию документы не могут быть преданы гласности, третьим сторонам должно быть предоставлено право на доступ к соответствующей информации. Этот вариант поддержки не получил.

Вариант 2 – Опубликование документов по усмотрению арбитражного суда

56. Согласно варианту 2 решение о том, какие документы будут опубликованы, если стороны в споре не возражают против опубликования, должен принимать третейский суд. Ряду делегаций, которые отдали предпочтение варианту 2, было напомнено о том, что этот вариант будет даже более жестким, чем арбитражные регламенты ЮНСИТРАЛ 1976 и 2010 годов, поскольку сторонам будет предоставлено право вето, что не будет, таким образом, способствовать прозрачности. Далее было указано, что принятие решений о том, какие документы должны быть преданы гласности, возложит дополнительное бремя на третейский суд и что эта процедура, как было отмечено, может подорвать эффективность арбитражного разбирательства. Этот вариант получил незначительную поддержку.

Вариант 3 – Перечень документов, подлежащих опубликованию

57. Согласно третьему варианту предусматривается, что в положение об опубликовании документов будет включен первый пункт с перечислением документов, которые будут предоставлены в распоряжение общественности либо автоматически, либо по решению третейского суда. Согласно пункту 2 третейский суд наделяется свободой усмотрения в принятии решения об опубликовании любых документов, представленных ему или выданных им. Согласно пункту 3 третьим сторонам разрешается ходатайствовать о получении доступа к любым документам, представленным третейскому суду или выданным им, а третейский суд наделяется свободой усмотрения в вопросе о предоставлении такого доступа.

58. Вариант 3 получил решительную поддержку. Было указано, что структура данного положения является ясной, поскольку в первом его пункте указывается, какие документы будут предаваться гласности; затем во втором пункте третейскому суду предоставляется возможность принять решение об опубликовании дополнительных документов; и, в заключение, последний пункт охватывает любые другие документы, которые могут быть запрошены третьими сторонами и которые не охвачены первыми двумя пунктами. Это предложение было сочтено устанавливающим надлежащий баланс в вопросах о документах, которые подлежат опубликованию, и о свободе усмотрения третейского суда в управлении процедурами опубликования.

Пункт 1

59. В связи с документами, которые следует перечислить в пункте 1, прозвучали различные мнения. Некоторые выступавшие отдали предпочтение опубликованию всех документов, представляемых в ходе разбирательства, что даст возможность для исключения пунктов 2 и 3, в то время как согласно другим прозвучавшим мнениям необходим ограниченный перечень, с тем чтобы создать практическую возможность для проявления третейским судом свободы усмотрения в том, что касается опубликования дополнительных документов согласно пунктам 2 и 3. Сторонники составления всеобъемлющего перечня документов, подлежащих опубликованию в автоматическом порядке, предложили включить в число документов, уже перечисленных в пункте 1, следующие дополнительные документы: ответ на уведомление об арбитраже, представления экспертов, назначенных третейским судом, и все решения третейского суда.

60. Были высказаны различные мнения по вопросу о том, следует ли включать в этот перечень подтверждающие документы, которые могут быть весьма значительными по объему. Для того чтобы поставить стороны в известность о тех документах, которые будут представлены в ходе разбирательства, было предложено включить в перечень таблицу с указанием содержания подтверждающих документов, которые не будут представлены. Было также указано, что термин "представления" сторон является весьма расплывчатым. В редакционном плане было предложено включить слово "письменные" перед словами "представления" и "приказы" в пункте 1.

61. Кроме того, было указано, что при перечислении документов использована юридическая терминология, которая может пониматься по-разному. С тем чтобы снять эту обеспокоенность, было предложено согласовать формулировку пункта 1 с терминологией Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года и указать на уведомление об арбитраже, ответ на уведомление об арбитраже, исковое заявление, возражения по иску, любые заключения экспертов, представления amicus и государств-участников, не являющихся стороной спора, и другие письменные заявления.

62. Решительная поддержка была высказана в пользу автоматического опубликования перечисленных документов без наделения третейского суда какой-либо свободой усмотрения согласно пункту 1.

Пункты 2 и 3

63. Поскольку в пунктах 2 и 3 третейскому суду разрешается осуществлять свободу усмотрения в вопросе о предписании опубликования дополнительных документов, в пункт 2 было предложено добавить формулировку "при осуществлении своей свободы усмотрения", с тем чтобы использовать терминологию, согласующуюся с терминологией статьи 1 (2).

64. Широкая поддержка была выражена сохранению в обоих пунктах формулировок в квадратных скобках, предусматривающих проведение третейским судом консультаций со сторонами.

Пересмотренный проект варианта 3

65. После обсуждения возобладало мнение в поддержку варианта 3, который ляжет в основу продолжения обсуждения вопросов, связанных с опубликованием документов, на одной из будущих сессий. Рабочая группа обратилась к Секретариату с нижеследующей просьбой о подготовке пересмотренного проекта варианта 3. Вводная часть пункта 1 будет гласить следующее: "1. С учетом прямых исключений, изложенных в статье 7, гласности предаются следующие документы:". Затем в перечне документов будут указаны различные категории, например: i) уведомление об арбитраже и ответ на него; ii) памятные записки; iii) заявления свидетелей и заключения экспертов; iv) протоколы; v) представления третьих сторон и государств-участников, не являющихся стороной спора; и vi) решения и постановления арбитражного суда. Было указано, что перечень документов, которые подлежат преданию гласности согласно пункту 1, должен быть рассмотрен дополнительно, равно как и вопрос о сроках опубликования. К Секретариату была обращена просьба подготовить перечень документов для включения в вышеупомянутые категории при использовании четкой терминологии с учетом терминологии Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Текст пунктов 2 и 3 будет звучать следующим образом: "2. С учетом прямых исключений, изложенных в статье 7, арбитражный суд может, при осуществлении своей свободы усмотрения и в консультации со сторонами в споре, распорядиться об опубликовании любых документов, представленных ему или выданных им. 3. С учетом прямых исключений, изложенных в статье 7, третьи стороны могут ходатайствовать о доступе к любым документам, представленным арбитражному суду или выданным им, и арбитражный суд принимает решение о предоставлении такого доступа после консультаций со сторонами в споре".

Форма и средства опубликования

66. Затем Рабочая группа рассмотрела два касающихся формы и средств опубликования варианта, содержащиеся в пункте 32 документа A/CN.9/WG.II/ WP.166. Предпочтение было отдано варианту 1, в котором предусматривается, что документы, подлежащие опубликованию, должны направляться третейским судом в хранилище. Рабочая группа решила рассмотреть вопрос о сроках опубликования в контексте своих обсуждений по статье 7.

6. Статья 4 – Опубликование арбитражных решений

67. Рабочая группа рассмотрела статью 4, как она содержится в пункте 41 документа A/CN.9/WG.II/WP.166. Широкая поддержка была выражена пункту 1, в котором предусматривается, что, с учетом статьи 7, арбитражные решения будут предаваться гласности. Пункт 2 содержит два варианта, касающиеся вопроса о форме и средствах опубликования. В свете решения, принятого относительно формы и средств опубликования применительно к статье 3 (см. пункт 66 выше), Рабочая группа согласилась рассматривать вариант 1 как предпочтительный.

7. Статья 5 – Представления третьих сторон и не являющихся сторонами спора государств-участников

а) Статья 5 (1)-(5) – Представления третьих сторон

68. Рабочая группа рассмотрела статью 5, как она содержится в пункте 43 документа A/CN.9/WG.II/WP.166. Было пояснено, что в центре внимания обсуждения пунктов 1-5 статьи 5 будут стоять представления третьих сторон, а не представления государств – участников международного договора, не являющихся сторонами в споре. Этот вопрос будет рассмотрен отдельно (см. ниже пункты 78-98).

Вариант 1

69. Вариант 1 основывается на включенном в некоторые международные инвестиционные договоры положении, в котором закрепляется принцип, допускающий представления третьих сторон, однако никаких подробных условий не оговаривается. Согласно одному из высказанных мнений, поддержать вариант 1 следует на том основании, что в этом положении отражено развитие практики и что третейским судам будет обычно известен порядок обращения с представлениями третьих сторон, без какой-либо необходимости в конкретных руководящих указаниях. В то же время была высказана обеспокоенность в связи с тем, что многим государствам, возможно, не знакома практика подачи третьими сторонами представлений в контексте арбитражного разбирательства, и широкую поддержку получило мнение о том, что в правилах необходимо предусмотреть более подробные рекомендации по этому вопросу.

Вариант 2

70. Рабочая группа решила продолжить обсуждения на основе варианта 2, поскольку было сочтено, что он позволяет устранить обеспокоенность, связанную с необходимостью включения рекомендаций относительно представлений третьих сторон. В варианте 2 отражено предложение подготовить проект положения на основе правила 37 (2) Арбитражного регламента МЦУИС с учетом дополнительных элементов, содержащихся в пункте В.2 документа Комиссии по свободной торговле НАФТА под названием "Заявление Комиссии по свободной торговле относительно участия сторон, не являющихся сторонами в споре, от 7 октября 2004 года" (A/CN.9/717, пункт 121). В варианте 2 подробно описана процедура, касающаяся информации, подлежащей представлению в отношении третьей стороны,

желающей сделать представление (пункт 2), вопросов, подлежащих рассмотрению третейским судом (пункты 3 и 5), и самого представления (пункт 4).

"amicus curiae" – "третья сторона"

71. Был поднят вопрос о целесообразности использования термина "amicus curiae". Было указано, что это понятие хорошо известно в ряде правовых систем, где оно используется в контексте судебных процедур. Участие amicus curiae в арбитражных процедурах представляет собой, как было указано, более недавнее новшество. С тем чтобы подготовить правила, которые будут единообразно пониматься во всех правовых системах, было рекомендовано избегать каких-либо упоминаний термина "amicus curiae" и использовать вместо этого такие слова, как "представление третьей стороны", "участие третьей стороны" или другую терминологию аналогичного содержания. Это предложение получило поддержку.

72. Еще один вопрос касался уместности использования термина "третья сторона" с учетом возможных различий в его толковании в разных контекстах и в разных правовых системах. Внимание Рабочей группы было обращено на статью 17 (5) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года, где содержится ссылка на "третьи стороны". Рабочая группа приняла к сведению предложение рассмотреть на предмет использования в данном положении вместо термина "третьи стороны" таких формулировок, как "стороны, не являющиеся участниками спора" или "третьи лица", и обратилась к Секретариату с просьбой предложить надлежащую формулировку в этом отношении.

73. Был также задан вопрос об уместности термина "представление", поскольку этот термин также использован в отношении представлений, подаваемых сторонами в споре третейскому суду. В качестве альтернативы было предложено использовать термин "сообщение".

74. После обсуждения Рабочая группа решила не использовать термин "amicus curiae" в названии данного положения и его тексте и обратилась к Секретариату с просьбой предложить надлежащую формулировку в этом отношении.

Пункты 2 и 4 – ограничение количества страниц

75. Было отмечено, что в пункте 2 устанавливается ограничение количества страниц применительно к ходатайству, подаваемому третейскому суду третьей стороной, а в пункте 4 – применительно к самому представлению. Было указано, что установление конкретного ограничения количества страниц будет, возможно, уместным не для всех случаев и что этот вопрос было бы лучше оставить на решение по усмотрению третейского суда. В этом контексте было предложено заменить в пункте 2 слова "не превышающую по объему [5 машинописных страниц]" словами "изложенную кратко в пределах, которые могут быть установлены арбитражным судом" и исключить слова "[20 машинописных страниц, включая любые приложения]" из пункта 4. Это предложение получило широкую поддержку.

Пункт 3 – "в том числе"

76. Было отмечено, что в пункте 3 перед перечислением критериев для принятия представления отсутствуют слова "в том числе", которые содержатся в правиле 37 (2) МЦУИС, на основе которого сформулирован вариант 2. Рабочая группа согласилась включить эти слова в пересмотренный вариант пункта 3 в силу того соображения, что эта формулировка наделяет третейский суд свободой усмотрения в вопросе о том, какие критерии он будет считать относящимися к делу.

Пункт 5

77. Было высказано мнение о том, что в пункте 5 рассматриваются два вопроса, которые, возможно, необходимо разделить. Применительно к первой части этого пункта, в которой предусматривается, что третейский суд "обеспечивает, чтобы представление не нарушало ход разбирательства, не налагало чрезмерного бремени ни на одну из сторон и не приводило к несправедливому ущемлению интересов какой-либо из них", было указано, что такая задача окажется, возможно, слишком трудной для третейского суда. Было предложено провести различие между воздействием, которое представление может оказать с процедурной точки зрения и с точки зрения существа дела. В процедурном разрезе третейский суд должен обеспечивать, чтобы представления третьих сторон не отягчали ход арбитражного производства и чтобы, например, соблюдались установленные сроки. Было предложено рассмотреть возможность урегулирования этого вопроса в пересмотренном варианте пункта 5. Применительно ко второй части пункта 5, в которой говорится о том, чтобы обеим сторонам была предоставлена возможность высказать свои замечания по представлению третьей стороны, общую поддержку получило мнение о том, что данное положение играет важную роль и что его следует сохранить.

b) Статья 5 (6) – Представление не являющегося стороной спора государства – участника международного договора

78. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группой было отмечено, что не являющееся стороной спора государство – участник международного инвестиционного договора может также выразить желание сделать представление, быть приглашено его сделать или обладать этим правом по договору. Было указано, что такие государства часто располагают важной информацией, например информацией о подготовительной работе, которую они могут представить, предотвратив тем самым одностороннее толкование договора (A/CN.9/712, пункт 49). Рабочая группа решила довести этот вопрос до сведения Комиссии и запросить ее рекомендации относительно целесообразности его включения в сферу своей нынешней работы (A/CN.9/712, пункт 103, и A/CN.9/717, пункт 124). После принятия Комиссией на ее сорок четвертой сессии соответствующего решения (см. пункт 2 выше) Рабочая группа провела рассмотрение этого вопроса на основе проекта, содержащегося в пункте 43 документа A/CN.9/WG.II/WP.166.

79. Статья 5 (6) преследует цель ограничить вмешательство в дело государства, не являющегося стороной спора, вопросами права и вопросами толкования. Такая ограниченная сфера вмешательства устанавливается с тем,

чтобы снять высказанную обеспокоенность в вопросе о том, что вмешательство не являющегося стороной спора государства, гражданином которого является инвестор, может поднять вопросы дипломатической защиты.

Отдельное положение о не являющихся сторонами спора государствах – участниках международного договора

80. Было указано, что ряд международных инвестиционных договоров разрешают участие в деле государств, не являющихся сторонами спора. Речь идет, например, о Североамериканском соглашении о свободной торговле (НАФТА), которое содержит статью 1128 под названием "Участие Участника". В число других международных договоров, содержащих аналогичные положения, входят Центральноамериканское соглашение о свободной торговле (КАФТА) и канадская Модель ВІТ (2004).

81. Были высказаны сомнения относительно необходимости включения подобного положения в правила, поскольку, как было указано, участники международного договора, не являющиеся сторонами спора, уже обладают правом комментировать договор или же третейские суды могут запросить представления – ситуация, которая, как было указано, иногда возникает на практике. Так, государство – участник международного договора может представлять заявления по его толкованию или односторонние декларации с изложением своего понимания того или иного положения договора.

82. Согласно другому мнению, необходимость в положении о представлениях государств – участников международного договора, не являющихся сторонами в споре, отсутствует по той причине, что государство должно пользоваться в этом отношении теми же правами, что и третьи стороны, и в силу этого было предложено включить ссылку на государство – участник договора, не являющееся стороной в споре, в статью 5 (1) и исключить пункт 6.

83. В то же время широкая поддержка была выражена включению отдельного положения, посвященного вопросу о представлениях не являющегося стороной спора государства – участника международного договора, по той причине, что это будет способствовать разъяснению правового режима, примененного к этой категории представлений, и позволит провести различие между представлениями третьих сторон и представлениями не являющихся сторонами спора государств – участников международного договора. Было разъяснено, что участие государств-участников, не являющихся сторонами в споре, может вызвать риск новой постановки вопросов о дипломатической защите, который не возникает применительно к участию третьих сторон. С учетом этого поддержка была выражена исключению из пункта 1 статьи 5 упоминания о государствах-участниках, не являющихся сторонами в споре, и сохранению пункта 6.

84. Было высказано мнение о том, что некоторые положения статьи 5, например пункты 3 и 5, могут быть также применимы в контексте пункта 6. В силу этого было предложено подготовить отдельную статью для рассмотрения на одной из будущих сессий.

Объем участия: толкование договора, вопросы права и факта

85. Пункт 6 ограничивает вступление в дело государства – участника международного договора, не являющегося стороной в споре, вопросами права и толкования договора и исключает представления по фактическим аспектам спора.

86. Что касается толкования международного договора, то широкую поддержку получило мнение о том, что государство – участник договора, не являющееся стороной в споре, может дать новый взгляд на толкование договора, в том числе обеспечив доступ к подготовительным документам, которые в противном случае могут быть недоступными для третейского суда, что позволит избежать односторонних толкований, ограничивающихся утверждениями государства-ответчика.

87. Согласно ряду прозвучавших мнений, если государству пребывания инвестора будет разрешено подавать представления, выходящие за рамки толкования международного договора, и затрагивать вопросы права, то это приведет к возникновению риска того, что представление государства – участника договора, не являющегося стороной спора, будет играть роль, весьма близкую предоставлению дипломатической защиты. По этой причине было предложено исключить из пункта 6 слова "права и" перед словами "толкования международного договора".

88. Противоположная точка зрения заключалась в том, что государствам не следует препятствовать во внесении представлений по вопросам факта или представлений по вопросам права, и было предложено сформулировать пункт 6 таким образом, чтобы государство – участник международного договора, не являющееся стороной в споре, могло подавать такие представления третейскому суду, без какого-либо ограничения содержания таких представлений. В качестве примера было указано, что третейскому суду может потребоваться информация о государственной принадлежности или корпоративном статусе инвестора, или же о политике государства местопребывания инвестора, а государство – участник международного договора, не являющееся стороной в споре, но являющееся государством местопребывания инвестора, может обладать наилучшими возможностями для представления такой информации, относящейся к сфере национального права или вопросов факта. Было указано, что арбитражные регламенты ЮНСИТРАЛ 1976 и 2010 годов не содержат никаких положений о представлениях государств-участников, не являющихся сторонами спора, и, таким образом, не ограничивают вступление таких государств в дело. Кроме того, опыт, накопленный в рамках НАФТА, показывает, что вступление в дело государств – участников международного договора, не являющихся сторонами спора, не создает риска возникновения вопросов дипломатической защиты.

89. Был задан вопрос о том, относится ли термин "вопросы права" в пункте 6 к международному публичному праву или к внутреннему праву. Далее было указано, что во многих случаях будет, возможно, весьма трудно провести различие между вопросом права и вопросом факта. Например, протоколы переговоров по договору могут быть отнесены к любой из этих категорий.

Право вносить представления

90. По вопросу о том, следует ли установить в правилах право государства-участника, не являющегося стороной в споре, вносить представления путем указания на то, что третейский суд "принимает", а не "может принимать" представления от государства-участника, не являющегося стороной в споре, мнения разошлись. Было указано, что государство-участник, не являющееся стороной в споре, должно обладать правом на внесение представлений и что, если оно делает это, третейский суд должен принимать такие представления. В то же время было отмечено, что согласно правилу 37 (2) МЦУИС, в котором предусмотрено, что "третейский суд *может* разрешить лицу или субъекту ...", третейский суд пользуется свободой усмотрения и может отказать в принятии представления государства-участника, не являющегося стороной в споре; прозвучали мнения в поддержку использования аналогичного подхода и в пункте 6.

91. Было высказано мнение о том, что государство – участник международного договора, не являющееся стороной в споре, не должно нести обязательства по внесению представлений и что в случаях, когда третейский суд будет предлагать такому государству внести представление, он не должен делать каких-либо выводов из отказа государства от участия в деле. Было решено внести в пункт 6 изменения, отражающие тот принцип, что третейский суд может принимать представления или может предлагать их внести, но не может заставить государство внести такое представление.

92. Еще одно предложение касалось того, что государство-участник, не являющееся стороной в споре, не должно иметь права вносить представление по своей собственной инициативе и должно иметь такую возможность, только действуя по просьбе третейского суда. Это предложение получило лишь незначительную поддержку.

Действие данного положения в многостороннем контексте

93. Было внесено предложение о том, что в данном положении представления государств-участников, не являющихся сторонами в споре, должны ограничиваться делами, когда соответствующее государство является государством местопребывания инвестора, особенно если государству-участнику, не являющемуся стороной в споре, будет предоставлена возможность вносить представления по вопросам факта. Было предложено учитывать это важное разграничение в контексте многосторонних инвестиционных договоров.

Государство – участник переговоров

94. Было высказано предположение о том, что государство, участвовавшее в переговорах по заключению международного договора, но не являющееся его участником, может располагать полезной для третейского суда информацией, касающейся толкования договора, и в силу этого было предложено рассмотреть возможность учета также и этого аспекта в данном положении. Это предложение не получило поддержки.

"Участник международного договора, не являющийся стороной спора"

95. Далее было указано, что участником международного инвестиционного договора не обязательно должно быть только государство и что в силу этого в пункте 6 следует сослаться не на "не являющееся стороной спора государство – участник международного договора", а на "не являющегося стороной спора участника международного договора". Это предложение получило широкую поддержку.

Редакционное предложение

96. С целью учета различных точек зрения и сомнений, высказанных в связи с пунктом 6, было внесено предложение составить положение о представлениях участников международного договора, не являющихся сторонами в споре, в следующей редакции: "1) Арбитражный суд принимает представления по вопросам толкования международного договора от участника международного договора, не являющегося стороной в споре, или, после проведения консультаций со сторонами, может предложить внести такое представление. 2) Арбитражный суд, после проведения консультаций со сторонами, может принять представления по вопросам права [или факта] от участника международного договора, не являющегося стороной в споре, или может предложить ему внести такое представление. Осуществляя свободу усмотрения в решении вопроса о том, принять ли такие представления или предложить ли их внести, арбитражный суд принимает во внимание факторы, упомянутые в пункте 3 статьи 5. 3) Арбитражный суд не делает каких-либо выводов из невнесения какого-либо представления или непредставления ответа на любое приглашение согласно пунктам 1 или 2. 4) Арбитражный суд обеспечивает, чтобы любое представление не нарушало ход разбирательства или не налагало чрезмерного бремени на любую из сторон или не приводило к несправедливому ущемлению ее интересов. Арбитражный суд также обеспечивает, чтобы обеим сторонам была предоставлена возможность высказать свои замечания по любому представлению участника международного договора, не являющегося стороной в споре".

97. После обсуждения Рабочая группа отметила наличие широкого согласия по следующим аспектам: i) представления участников международного договора, не являющихся сторонами в споре, должны быть рассмотрены в положении, отдельном от положения о представлениях третьих сторон; ii) следует предусмотреть, что третейский суд должен проводить консультации со сторонами, если ему будет предоставлена свобода усмотрения в решении соответствующих вопросов; и iii) сторонам должна быть предоставлена возможность высказывать свои замечания по представлениям. Далее Рабочая группа согласилась использовать в качестве основы для своих обсуждений этого вопроса на своей следующей сессии предложение, содержащееся в пункте 96 выше. Она приняла к сведению различные вопросы, которые потребуются рассмотреть в этой связи.

98. Применительно к пункту 1 был задан вопрос о том, следует ли предоставить третейскому суду свободу усмотрения в вопросе о принятии представления участника, не являющегося стороной в споре, и, с учетом этого, не следует ли заменить слово "принимает" словами "может принимать". Применительно к пункту 2 было указано, что концепция "вопросов права"

требует дополнительного рассмотрения, особенно с учетом приведенных в ходе обсуждения аргументов о трудности проведения разграничения в ряде случаев между вопросами права и вопросами факта. Кроме того, вопрос о том, должны ли вопросы права и вопросы факта быть включены в сферу допустимого вмешательства участника, не являющегося стороной в споре, был также сочтен вопросом, открытым для дальнейшего обсуждения. Прозвучали как возражения против включения этих вопросов, так и мнения о том, что ссылка на "вопросы права [или факта]" должна быть заменена упоминанием о "вопросах, относящихся к спору", с тем чтобы согласовать сферу действия права участников, не являющихся сторонами в споре, с правом третьих сторон. Далее было высказано мнение о том, что структура данного положения может быть пересмотрена в случае, если на участников, не являющихся сторонами в споре, будет распространен тот же режим, что и на третьи стороны. В редакционном плане было предложено тщательно рассмотреть включение в пункт 2 предложенного положения ссылки на пункт 3 для обеспечения того, чтобы критерии оценки представления не ограничивались двумя критериями, упомянутыми в пункте 3, но также учитывали свободу усмотрения третейского суда в вопросе о том, принимать ли во внимание другие возможные критерии. Пункт 3 был сочтен слишком подробным и излишним. Действие данного положения в контексте многосторонних договоров было также упомянуто в числе вопросов для будущего рассмотрения. Наконец, было указано, что в пункте 4 должны быть отражены любые изменения, которые будут внесены в пункт 5 статьи 5.

8. Статья 6 – Слушания и опубликование протоколов слушаний

99. Рабочая группа рассмотрела статью 6, как она содержится в пункте 52 документа A/CN.9/WG.II/WP.166. Было напомнено о том, что информация, содержащаяся в документах A/CN.9/WG.II/WP.163 и A/CN.9/WG.II/WP.167, может представлять собой полезный источник сведений для понимания некоторых практических вопросов, связанных с проведением публичных слушаний.

Пункт 1 – Слушания

100. Поддержка была выражена варианту 1 без слов "[, если только против этого не возражает какая-либо из сторон в споре]", поскольку этот вариант был сочтен наилучшим образом отвечающим интересам обеспечения прозрачности. Ряд делегаций высказались за вариант 1 с предусмотренным в квадратных скобках правом вето сторон. Некоторые делегации отдали предпочтение варианту 2, поскольку, по их мнению, свобода усмотрения третейского суда имеет важнейшее значение, особенно с учетом практических трудностей и расходов, связанных с проведением публичных слушаний. В качестве компромисса было предложено объединить варианты 1 и 2, с тем чтобы слушания, в принципе, проводились публично, при том что решение о проведении публичных слушаний оставалось в руках третейского суда после проведения консультаций со сторонами. Это предложение получило поддержку, в том числе со стороны тех, кто отдавал предпочтение варианту 1, предусматривающему право вето сторон, поскольку было сочтено, что оно обеспечивает надлежащий баланс.

101. Был задан вопрос о том, не отвечает ли в равной мере составление протоколов вместо проведения публичных слушаний публичной заинтересованности в обеспечении прозрачности. В ответ было указано, что участие общественности в публичных слушаниях предоставляет ей значимые возможности, особенно в случае некоторых групп, которые могут испытывать трудности в получении доступа к протоколам.

102. После обсуждения Рабочая группа согласилась рассмотреть на одной из будущих сессий вариант 1 без слов "[, если только против этого не возражает какая-либо из сторон в споре]", а также компромиссное предложение, упомянутое в пункте 100 выше. Кроме того, в терминологическом плане, Рабочая группа согласилась использовать термин "публичные" слушания.

Пункт 2 – Обязательные исключения в отношении публичных слушаний

103. Пункту 2 была выражена общая поддержка. В редакционном плане было высказано мнение о том, что слова "если слушания должны быть [публичными] [проводиться в открытом режиме] и", являются излишними и могут быть исключены, особенно если будет сохранен вариант 1 пункта 1.

Пункт 3 – Меры материально-технического обеспечения и исключения в отношении проведения публичных слушаний по усмотрению арбитражного суда

104. Было отмечено, что в пункте 3 содержится два элемента: право третейского суда принимать меры материально-технического обеспечения с целью организации публичного доступа к слушаниям и его свобода усмотрения в вопросе о проведении слушаний в закрытом режиме по материально-техническим причинам. Прозвучали мнения о том, что пункт 3 является излишним и что его следует исключить, поскольку третейский суд уже будет, как правило, обладать такими полномочиями и такой свободой усмотрения. В ответ было указано, что данное положение является необходимым, с тем чтобы предоставить соответствующие руководящие указания в распоряжение сторон, не знакомых с практикой поведения публичных слушаний, а также в распоряжение третейских судов. Прозвучали мнения о том, что пункт 3 сформулирован, возможно, излишне широко, поскольку он позволяет закрывать все слушания по материально-техническим причинам, что, при некоторых обстоятельствах, может привести к злоупотреблениям. В ответ было указано, что эта обеспокоенность, возможно, достаточным образом учтена в результате использования слов "если это стало или становится необходимым по материально-техническим соображениям". В дополнение к этому было предложено предусмотреть в пункте 3, что третейский суд должен проводить консультации со сторонами перед принятием решения о проведении слушаний в закрытом режиме.

105. Была высказана обеспокоенность относительно путей решения вопросов, связанных с устными представлениями в ходе публичных слушаний, когда такие представления неожиданно могут затронуть конфиденциальную информацию. В ответ было указано, что данная проблема до настоящего времени не вызывала каких-либо трудностей на практике, в том числе в случаях прямой трансляции слушаний. Одна из делегаций выразила мнение, что, основываясь на информации, содержащейся в документах Секретариата,

все приведенные примеры такой прямой трансляции связаны с ее проведением в соответствии с соглашением сторон в споре и в контексте институционального арбитража. Это мнение было оспорено другими делегациями.

Затраты

106. Был задан вопрос о затратах на проведение публичных слушаний. В этом контексте было указано, что было бы полезным получить информацию по этому вопросу. После обсуждения Рабочая группа решила предложить арбитражным учреждениям представить Секретариату информацию об их опыте в вопросах затрат, связанных с проведением публичных слушаний, и, в более общем плане, затрат, связанных с опубликованием документов, арбитражных решений и представлений третьих сторон. Рабочая группа решила продолжить также рассмотрение вопроса о распределении затрат.

Пункты 4 и 5 – Протоколы слушаний

107. Рабочая группа перешла к рассмотрению пунктов 4 и 5, в которых предусматривается, что решение об открытом доступе к протоколам зависит от решения, принятого в отношении публичного доступа к слушаниям, за исключением тех случаев, когда слушания проводились в закрытом режиме по материально-техническим соображениям. Было разъяснено, что цель этих пунктов состоит не в том, чтобы установить императивное требование о составлении протоколов всех слушаний, а в том, чтобы обеспечить открытый доступ к протоколам, когда они составлялись.

108. Было указано, что в случаях, когда слушания проводились в закрытом режиме по причинам, указанным в статье 7, будет, тем не менее, существовать возможность для изъятия определенной информации из протоколов и их опубликования. В силу этих соображений была поставлена под сомнение логическая обоснованность установления параллельного режима для слушаний и протоколов. Было высказано мнение, что на протоколы может быть распространен тот же режим, что и на документы, указанные в перечне, содержащемся в пункте 1 варианта 3 статьи 3.

109. После обсуждения Рабочая группа пришла к согласию о том, что в данном положении следует просто предусмотреть, что протоколы предоставляются в распоряжение общественности, оговорив это только исключениями, указанными в статье 7. Рабочая группа согласилась также продолжить рассмотрение вопроса о возможной необходимости в отдельном пункте о протоколах в статье 6 или о целесообразности добавить протоколы слушаний в перечень документов, подлежащих опубликованию согласно пункту 1 варианта 3 статьи 3. Кроме того, было решено обсудить вопрос о процедуре извлечения конфиденциальной информации из протоколов в контексте рассмотрения статьи 7.

9. Статья 7 – Исключения из принципа прозрачности

110. Рабочая группа рассмотрела статью 7, как она содержится в пункте 1 документа A/CN.9/WG.II/ WP.166/Add.1. Статья 7 состоит из четырех частей, касающихся определения исключений из принципа прозрачности (пункт 1),

определения конфиденциальной и закрытой информации (пункт 2), процедуры выявления и защиты конфиденциальной и закрытой информации (пункты 3 и 4), а также процедуры защиты целостности арбитражного процесса (пункт 5). Было предложено провести дальнейшее рассмотрение общей структуры этой статьи после завершения обсуждения ее содержания.

Пункт 1 – Исключения из принципа прозрачности

111. Согласно пункту 1 исключения из принципа прозрачности ограничиваются защитой конфиденциальной и закрытой информации и защитой целостности арбитражного процесса. Рабочая группа согласилась с тем, что исключения из правил о прозрачности, устанавливаемых в статьях 2-6, должны ограничиваться этими двумя категориями.

112. В редакционном плане применительно к подпункту (а) было высказано мнение о том, что вступительная формулировка этого подпункта, гласящая "ни одна из сторон не обязана публиковать любую конфиденциальную и закрытую информацию", является неясной, поскольку в ней поднимается концепция обязательства стороны, в то время как согласно правилам передача информации будет в основном осуществляться через третейский суд. Если этот подход будет сохранен, то было предложено добавить в подпункте (а) после слов "не обязана" слова "и не имеет права". Кроме того, было высказано мнение о том, что, поскольку процедура выявления конфиденциальной и закрытой информации согласно пункту 4 относится к компетенции третейского суда, в подпункт (а) должна быть включена ссылка на пункт 4, с тем чтобы пояснить, что вынесение решения о том, на какую информацию должна быть распространена защита, может не входить исключительно в компетенцию сторон.

113. В редакционном плане применительно к подпункту (b) было предложено заменить слово "вправе" словом "может". Далее, сообразно подходу, используемому в правилах, было предложено предусмотреть, что третейский суд, когда он по своей инициативе принимает решение ограничить опубликование информации по причинам, упомянутым в подпункте (b), должен проводить консультации со сторонами. В то же время для учета исключительных обстоятельств, при которых третейский суд может оказаться вынужденным ограничить опубликование, было предложено указать, что консультации будут проводиться, "когда это практически возможно". В поддержку этого предложения было пояснено, что в чрезвычайных обстоятельствах у третейского суда отнюдь не всегда будет иметься возможность провести консультации со сторонами. В дополнение к этому было предложено предусмотреть, что на более позднем этапе третейский суд должен будет провести консультации со сторонами относительно планируемых дальнейших действий. Это предложение получило поддержку.

114. Далее было предложено составить ограниченный перечень случаев, когда опубликование может нанести ущерб целостности арбитражного процесса, и с этой целью исключить слова "в том числе в тех случаях" из подпункта (b). Затем следует подготовить текст отдельного предложения, предусматривающего, что опубликование будет рассматриваться как создающее угрозу для арбитражного процесса в обстоятельствах, перечисленных в подпункте (b), или в "сопоставимых исключительных

обстоятельствах". Это предложение получило поддержку, поскольку оно предусматривает надлежащие рекомендации для третейского суда посредством разъяснения того, что ограничения на опубликование могут устанавливаться только в обстоятельствах, которые отвечают пороговому критерию исключительности.

115. В то же время было отмечено, что могут существовать другие обстоятельства, помимо случаев, упомянутых в подпункте (b), при которых третейский суд должен принять меры по ограничению опубликования, при том что ссылка на "сопоставимые исключительные обстоятельства" является, возможно, излишне ограничительной. Было напомнено о том, что согласно статье 17 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года третейский суд наделяется свободой усмотрения применительно к проведению арбитражного разбирательства таким образом, который он считает надлежащим. Был поднят вопрос об уместности ограничения этой свободы усмотрения в силу правил о прозрачности. С тем чтобы снять эту обеспокоенность, было предложено заменить в словосочетании "в сравнимых исключительных обстоятельствах" слово "сравнимых" словом "сравнительно". Это предложение получило поддержку. Далее было предложено упростить подпункт (b), изложив в нем только сам принцип, в то время как соответствующие условия будут полностью регулироваться в соответствии с пунктом 5.

Предложение относительно пунктов 1 и 5

116. С тем чтобы учесть обеспокоенность, выраженную в отношении редакции пункта 1, было предложено изменить формулировку пункта 1 примерно следующим образом: "1) Информация не передается гласности согласно статьям 2-6, если а) информация является конфиденциальной и закрытой, как это определяется в пункте 2 и как это выявлено согласно пунктам 3 и 4; или б) информация, если она будет передана гласности, поставит под угрозу целостность арбитражного процесса, как это установлено в соответствии с пунктом 5". Затем редакция пункта 5 может быть пересмотрена следующим образом: "5) Арбитражный суд может – по заявлению одной из сторон или, после проведения консультаций со сторонами, когда это практически возможно, по своей собственной инициативе – определить, что предание информации гласности создаст угрозу для целостности арбитражного процесса, а) поскольку это затруднит сбор или представление доказательств, или б) поскольку это может привести к запугиванию свидетелей, адвокатов, действующих в интересах сторон, или членов арбитражного суда, или с) в сравнительно исключительных обстоятельствах". Это предложение получило широкую поддержку. Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой предложить пересмотренный вариант пунктов 1 и 5, в котором было бы учтено это предложение и который включал бы положение, касающееся случаев, когда проведение третейским судом консультаций со сторонами на первоначальном этапе является невозможным по практическим соображениям (см. пункт 113 выше).

Пункт 2 – Определение конфиденциальной и закрытой информации

117. Определение конфиденциальной и закрытой информации содержится в пункте 2. Был задан вопрос о целесообразности замены термина

"конфиденциальная и закрытая информация" формулировками "конфиденциальная или закрытая информация" или "защищаемая информация". Рабочая группа согласилась рассмотреть вопросы терминологии после завершения обсуждения определения такой информации.

118. Применительно к подпункту (а) был задан вопрос о том, является ли формулировка "конфиденциальная деловая информация" достаточно широкой. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что эта формулировка может быть истолкована как не охватывающая, например, промышленную или финансовую информацию или же личные данные. Было предложено подготовить перечень ситуаций, когда потребуется обеспечить защиту информации, в котором будет упомянуто о коммерческой, политической и институциональной закрытой информации, личных данных, а также юридических препятствиях в силу закона. Этот перечень может быть предварен общей формулировкой, содержащей абстрактное определение конфиденциальной или закрытой информации, аналогично тому, как это сделано, например, в статье 19 (2) Норвежского типового двустороннего инвестиционного международного договора. Было предложено исключить подпункт (а), поскольку защита "конфиденциальной деловой информации" будет подпадать под действие подпункта (b) как защита согласно применимому праву. В ответ было указано, что в некоторых правовых системах защита такой информации законом не предусматривается.

119. Применительно к подпункту (b) было указано, что ссылка на "применимое право" является слишком расплывчатой, и было предложено дать более точное определение тех положений законодательства, которые потребуется принимать во внимание.

120. Подпункт (с), в том виде, в каком он изложен в пункте 1 документа A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, был сочтен неясным и излишним. Было предложено внести в подпункт (с) изменение путем включения слов "кроме как" перед словами "по любым вышеупомянутым причинам" или, в качестве альтернативы, исключить эти слова. Было указано, что в результате этого изменения третейскому суду будет предоставлена, в силу подпункта (с), свобода усмотрения в вопросе о защите той информации, которая не будет подпадать под категории, охваченные в подпунктах (а) и (b). Это позволит охватить вопрос о личных данных или любые другие категории, не подпадающие под действие пункта 2.

121. В то же время, по мнению ряда делегаций, наделение третейского суда слишком широкой свободой усмотрения будет, возможно, нежелательным и что в данном положении следует предпринять попытку четко оговорить ту информацию, которая будет подлежать защите. Было указано, что свобода усмотрения третейского суда должна быть ограничена посредством ссылки на применимые законы и правила. Далее было разъяснено, что этот подход не устранил свободу усмотрения третейского суда, а позволит определить основу для ее проявления. Свобода усмотрения третейского суда должна охватывать оценку порядка применения национального права сторон, с тем чтобы сбалансировать вопросы защиты конфиденциальной информации, которые могут решаться по-разному в государстве местопребывания инвестора и в государстве – стороне спора.

Предложение относительно пункта 2

122. С тем чтобы устранить вышеупомянутые моменты, вызвавшие беспокойство, было внесено следующее предложение о пересмотренном тексте пункта 2: "2. Конфиденциальная и закрытая информация включает: "а) конфиденциальную коммерческую информацию; б) информацию, которая защищена от предания гласности согласно международному договору; с) информацию, которая защищена от предания гласности согласно закону стороны в споре или согласно любому другому закону или правилам, которые арбитражный суд определит применимыми к вопросам раскрытия такой информации".

123. Было пояснено, что цель этого предложения состоит в обеспечении баланса между необходимостью создать основу для определения информации, подлежащей защите, и необходимостью в создании возможностей для проявления гибкости в целях обеспечения справедливого режима для сторон. Это предложение получило поддержку по той причине, что оно предоставляет в распоряжение третейского суда надлежащие руководящие указания.

124. В то же время сторонниками предоставления третейскому суду широкой свободы усмотрения было указано, что предложенный проект является излишне ограничительным. В этом контексте было предложено добавить после подпункта (с) следующий подпункт: "; или d) информацию, которая, если она будет предана гласности, нарушит существенные интересы любого физического или юридического лица".

125. Было высказано мнение о том, что в подпункте (а) следует привести широкое определение конфиденциальной коммерческой информации, однако предложение о включении перечня возможных категорий защищаемой информации поддержки не получило.

126. Подпункт (b) был сочтен приемлемым. Был задан вопрос о том, должна ли свобода усмотрения третейского суда охватывать вопросы применения императивных законов и правил, о которых говорится в подпункте (с) этого предложения, поскольку решение этих вопросов, возможно, не входит в компетенцию третейских судов. Было предложено объединить подпункт (с) с подпунктом (b).

127. Было указано, что целью подпункта (с) является наделение третейского суда свободой усмотрения в вопросе определения того, применим ли к раскрытию конфиденциальной информации закон какой-либо из сторон в споре или какой-либо другой закон или правила. Были высказаны сомнения относительно правомочности третейского суда определять, применим ли к раскрытию информации закон какой-либо стороны в споре. Было указано, что третейский суд должен быть обязан применить в связи с этим законы стороны в споре. Далее было разъяснено, что государства, разработавшие законодательство о защищаемой информации, могут оказаться в трудном положении в случае, если вынесенное третейским судом распоряжение в отношении раскрытия информации будет противоречить их законодательству. Аналогично, государство может быть обязано в силу закона раскрыть определенную информацию, причем третейскому суду не могут быть предоставлены полномочия воспрепятствовать такому раскрытию. Было высказано мнение о том, что этот вопрос должен быть разъяснен в пункте 2.

128. После обсуждения было высказано мнение о том, что предложение, изложенное в пункте 122 выше, следует положить в основу дальнейших обсуждений, и к Секретариату была обращена просьба представить пересмотренный вариант пункта 2, учитывающий состоявшуюся дискуссию.

Пункты 3 и 4

129. Рабочая группа рассмотрела пункты 3 и 4 и согласилась, что эти пункты следует пересмотреть и обеспечить: 1) чтобы они применялись ко всем документам, включая заключения экспертов, назначенных третейским судом, и представления третьих сторон, а не только к документам, представленным сторонами в споре; при этом в пересмотренном варианте этих пунктов следует рассмотреть вопрос о редактировании защищенной информации, содержащейся в решениях арбитражных судов, в соответствии со статьей 4, а также рассмотреть вопрос о конфиденциальности представлений третьих сторон; 2) некоторую гибкость с точки зрения сроков, поскольку практически невозможно требовать от стороны, чтобы в момент представления информации арбитражному суду она также представляла отредактированный вариант; 3) чтобы третейский суд имел право осуществлять надзор за процессом редактирования конфиденциальной информации независимо от возражения одной из сторон против такой квалификации информации, чтобы избежать ситуации, когда стороны в результате подразумеваемого или прямого соглашения по вопросу конфиденциальности лишают правила о прозрачности любого смысла; и 4) чтобы, в случае определения арбитражным судом, что та или иная информация не является конфиденциальной и закрытой информацией, сторона, представившая такую информацию, могла ее отозвать полностью или частично и не полагаться на нее, если эта сторона считает, что конфиденциальная и закрытая информация не будет достаточно защищена.

Пункт 5

130. Было предложено включить в пункт 5 положение, которое будет допускать раскрытие информации, когда угроза, послужившая причиной запрета на ее опубликование, исчезает. Было предложено также рассмотреть возможность разработки более общего правила, согласно которому любая квалификация информации в качестве конфиденциальной и закрытой может быть пересмотрена по ходатайству одной из сторон в свете изменения обстоятельств. Была высказана обеспокоенность в связи с тем, что такой подход может создать неопределенность и чрезмерно усложнить процедуру. Рабочая группа решила продолжить рассмотрение этого вопроса на одной из будущих сессий.

10. Статья 8 – Хранилище публикуемой информации ("реестр")

131. Рабочая группа напомнила, что на своей пятьдесят четвертой сессии она решила, что создание нейтрального реестра позволит обеспечить необходимый уровень нейтральности в процессе применения правового стандарта прозрачности. Было рассмотрено три предложения относительно принципа реестра. Первое предложение предусматривает создание единого реестра, как отмечается в пункте 8 документа A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. В соответствии со вторым предложением предпочтение отдается перечню арбитражных учреждений, которые могли бы выполнять функцию реестра, и его можно было

бы сформулировать следующим образом: "1. Если арбитражное разбирательство проводится под административным управлением одного из следующих учреждений, это учреждение несет ответственность за обеспечение публичного доступа к информации в соответствии с Правилами о прозрачности". Такое положение будет содержать перечень арбитражных учреждений, которые согласились участвовать. Второй пункт может иметь следующее содержание: "2. Если арбитражное разбирательство проводится не под административным управлением одного из учреждений, перечисленных в пункте 1, ответчик назначает одно из них, которое будет нести ответственность за обеспечение публичного доступа к информации в соответствии с Правилами о прозрачности".

132. Третье предложение заключается в том, чтобы разработать реестр с учетом правового стандарта прозрачности по аналогии с процедурой назначения компетентного органа согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ 2010 года, т.е. стороны в споре договариваются о выборе реестра, а в случае, когда они не смогли договориться, реестр определяется соответствующим учреждением.

133. После обсуждения Рабочая группа просила Секретариат подготовить для рассмотрения на одной из будущих сессий пересмотренный проект статьи 8, содержащий варианты, отражающие предложения, упомянутые в пунктах 131 и 132 выше. Рабочая группа также просила Секретариат предоставить информацию о стоимости реестра и сделать это в тесном сотрудничестве с арбитражными учреждениями, которые проявили интерес к этому вопросу, включая МЦУИС, ППТС и Арбитражный институт СТП.

В. Применимость к урегулированию споров на основе действующих международных договоров

134. Рабочая группа напомнила, что на ее пятьдесят четвертой сессии были высказаны мнения в пользу продолжения поиска вариантов разработки такого документа, который позволил бы, после его принятия государствами, применять правовой стандарт прозрачности к действующим инвестиционным договорам. Рабочая группа также рассмотрела различные документы, позволяющие обеспечить применимость правового стандарта прозрачности к действующим инвестиционным договорам, как это отмечается в пунктах 10-23 документа A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. К таким документам относятся (i) рекомендация, содержащая настоятельный призыв к государствам обеспечить применимость этих правил в контексте урегулирования споров между инвесторами и государствами на основе международных договоров; (ii) конвенция, в которой государства могли бы выразить согласие на применение правового стандарта прозрачности к арбитражным разбирательствам на основе действующих международных инвестиционных договоров; и (iii) совместные заявления о толковании в соответствии со статьей 31 (3) (a) Венской конвенции о праве международных договоров ("Венская конвенция"), либо поправки или изменения в соответствии со статьями 39-41 Венской конвенции.

135. Все предложенные документы были признаны интересными, и было отмечено, что они не являются взаимоисключающими и могли бы дополнять

друг друга. В частности, было отмечено, что конвенция о применимости правового стандарта прозрачности, упомянутая в пункте 19 документа A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, является практически осуществимым и интересным вариантом, поскольку наилучшим образом обеспечивает выполнение мандата Рабочей группы по содействию повышению степени прозрачности в рамках урегулирования споров между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Рабочая группа напомнила о том, что согласно ее пониманию, такая конвенция позволит применять правовой стандарт прозрачности только к тем инвестиционным договорам, государства-участники которых являются также участниками этой конвенции. В редакционном плане, с учетом необходимости конкретизации, было предложено изменить вводную формулировку статьи 3 проекта конвенции следующим образом: "Каждое Договаривающееся государство соглашается, что Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности применяются". Был поднят вопрос о необходимости включения в конвенцию текста правил о прозрачности. В отношении рекомендаций, содержащихся в пунктах 13 и 14 документа A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, было решено продолжить их рассмотрение, в частности с учетом решения, которое будет принято относительно сферы применения правил о прозрачности (см. пункты 18-30 выше).
