



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
9 December 2010
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли Рабочая группа II (Арбитраж и согласительная процедура)

Пятьдесят четвертая сессия

Нью-Йорк, 7-11 февраля 2011 года

Урегулирование коммерческих споров: подготовка правового стандарта прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
IV. Возможное содержание правового стандарта прозрачности	1-52	3
A. Вопросы для рассмотрения	2-42	3
1. Публичность в вопросе возбуждения арбитражного разбирательства	2-7	3
i) Сроки опубликования информации и документы, подлежащие опубликованию	2-4	3
ii) Лицо (лица), ответственное(ые) за опубликование информации, и последствия ее неопубликования	5-7	4
2. Документы, подлежащие опубликованию	8-15	4
i) Перечень документов	8-9	4
ii) Лицо(лица), ответственное(ые) за опубликование	10-12	5
iii) Практические аспекты опубликования	13	5

V.10-58420 (R)



Просьба отправить на вторичную переработку



iv)	Примеры	14-15	6
3.	Опубликование арбитражных решений	16-17	6
4.	Представления третьих сторон (amicus curiae) в ходе арбитражного разбирательства	18-27	7
i)	Ограничительные критерии для представлений amicus curiae	19	7
ii)	Вклад государства (государств), не участвующих в споре	20-21	7
iii)	Решения о представлениях amicus curiae	22	8
iv)	Уровни доступа к документам	23	8
v)	Финансовые издержки и управляемость арбитражного процесса	24	8
vi)	Примеры	25-27	8
5.	Слушания	28-31	11
i)	Публичные слушания	28-30	11
ii)	Протоколы слушаний	31	11
6.	Возможные пределы применения правил прозрачности	32-40	12
i)	Принципы	32-35	12
ii)	Определение конфиденциальной и особо важной информации..	36-37	13
iii)	Лицо (лица), принимающие решение о конфиденциальности или особой важности информации	38	14
iv)	Санкции	39	14
v)	Пример процедуры	40	14
7.	Хранилище публикуемой информации ("реестр")	41-42	15
B.	Предложения	43-52	16
1.	Сфера применения	44	16
2.	Возбуждение арбитражного разбирательства	45	16
3.	Опубликование документов	46-48	16
4.	Представления третьих сторон (amicus curiae) в ходе арбитражного разбирательства	49	17
5.	Слушания и протоколы слушаний	50	17
6.	Возможные пределы прозрачности	51	17
7.	Хранилище публикуемой информации	52	17

IV. Возможное содержание правового стандарта прозрачности

1. На своей пятьдесят третьей сессии Рабочая группа пришла к общему согласию относительно необходимости рассмотреть следующие вопросы существа, касающиеся возможного содержания правового стандарта прозрачности: публичность в вопросе возбуждения арбитражного разбирательства; документы, подлежащие опубликованию (такие, как исковые заявления, процессуальные постановления, доказательства в обоснование); представления третьих сторон (*amicus curiae*) в ходе разбирательства; публичные слушания; опубликование арбитражных решений; возможные исключения из правил прозрачности; а также хранилище публикуемой информации ("реестр") (A/CN.9/712, пункт 31). Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что документ A/CN.9/WG.II/WP.163 содержит информацию о практических аспектах прозрачности, которая может служить полезным дополнением к материалу, изложенному в последующих разделах настоящего документа.

A. Вопросы для рассмотрения

1. Публичность в вопросе возбуждения арбитражного разбирательства

i) Сроки опубликования информации и документы, подлежащие опубликованию

2. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы высказывались различные точки зрения относительно того, следует ли предавать гласности факт арбитражного разбирательства с момента его начала или же с момента образования арбитражного суда (A/CN.9/712, пункт 34). Мнения разделились по вопросу об опубликовании информации на столь ранней стадии производства, и в частности о том, должна ли эта информация ограничиваться фактом существования спора или она должна также включать уведомление об арбитраже (A/CN.9/712, пункт 33). Одно из мнений состояло в том, что, возможно, было бы достаточным предоставлять лишь предварительную информацию об участвующих сторонах, их государственной принадлежности и соответствующем секторе экономики (A/CN.9/712, пункт 33).

3. Регламенты арбитражных органов, ссылки на которые нередко делаются в инвестиционных договорах в связи с вопросами урегулирования споров между принимающим государством и инвестором, не предусматривают публикации уведомления об арбитраже. Так, согласно положению 22 Административных и финансовых положений МЦУИС, "Генеральный секретарь надлежащим образом публикует информацию о деятельности Центра, включая регистрацию всех заявлений о согласительных процедурах или арбитражных разбирательствах, а также, в надлежащее время, – дату и метод завершения каждого дела". В регламентах других арбитражных органов либо вообще не затрагивается данный вопрос, либо предусматривается конфиденциальный характер соответствующей процедуры (о том, что именно говорится на этот счет в регламентах арбитражных органов, см. в документе A/CN.9/WG.II/WP.160, пункты 38-47). Некоторые международные инвестиционные договоры предусматривают публикацию уведомления об арбитраже (и даже о

намерении прибегнуть к арбитражу), однако сроки такой публикации в них определяются не всегда. Это может делаться на этапе, когда уже оценена степень серьезности иска. Примеры таких положений можно найти в пунктах 18 и 20 документа A/CN.9/WG.II/WP.160.

4. В случае если Рабочая группа отдаст предпочтение варианту, предусматривающему опубликование уведомления об арбитраже сразу после его получения стороной, она, возможно, пожелает рассмотреть возможные пути решения вопроса о защите конфиденциальной и особо важной информации, которая может содержаться в уведомлении об арбитраже, на ранней стадии производства, когда арбитражный суд еще не образован (см. ниже, пункты 41 и 42). Рассмотрения заслуживал бы также вопрос о явно недобросовестных исках и о способах ограничения их огласки.

ii) Лицо (лица), ответственное(ые) за опубликование информации, и последствия ее неопубликования

5. Что касается лица или лиц, которые должны выступать с инициативой опубликования информации о возбуждении арбитражного разбирательства, то ответственность за ее опубликование в принципе может быть возложена на принимающее государство, инвестора или хранилище информации. Информация может публиковаться сторонами совместно, в случае их согласия на это (A/CN.9/712, пункт 35).

6. Решение о том, кто несет ответственность за опубликование информации, будет зависеть от того, учреждается ли в соответствии с правовым стандартом прозрачности хранилище для публикуемой информации. В случае учреждения такого хранилища оно становится тем каналом, через который информация передается гласности; при этом необходимо определить также то, каким способом информация должна поступать в хранилище. Если хранилище не создается, то можно исходить из того, что публикация будет осуществляться сторонами, будь то совместно или по отдельности (см. пункты 41 и 42 ниже).

7. Дальнейшего рассмотрения также заслуживают обозначенные Рабочей группой в ходе ее пятьдесят третьей сессии вопросы о том, должно ли опубликование информации на этой стадии носить обязательный характер, и если да, то следует ли предусмотреть какие-либо санкции за невыполнение этого требования (A/CN.9/712, пункт 36).

2. Документы, подлежащие опубликованию

i) Перечень документов

8. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы были выражены различные мнения относительно того, должны ли публиковаться документы, и если да, то какие именно (A/CN.9/712, пункт 40). Высказывалась точка зрения о том, что следует обеспечить открытый доступ ко всем документам, представленным в арбитражный суд и выданным им (A/CN.9/712, пункт 41). Противоположный подход заключался в том, что публиковать следует не всякую документацию, в частности с учетом необходимости найти оптимальное соотношение между защитой публичных интересов и законной необходимостью обеспечить управляемость и эффективность арбитражного процесса (A/CN.9/712, пункт 42).

9. Положения об открытом доступе к процессуальным документам в инвестиционных договорах, где этому вопросу уделено внимание, чаще всего включают либо общее заявление о публичной доступности всех таких документов, либо перечень документов, которые должны предаваться гласности. В таких перечнях фигурируют заявления об арбитраже, уведомления об арбитраже, представления, подаваемые в арбитражный суд спорящими сторонами, а также любые письменные представления не участвующей в споре стороны (сторон) и *amicus curiae*, протоколы или стенограммы слушаний в арбитражном суде, если таковые имеются, а также приказы, решения и постановления арбитражного суда.

ii) Лицо(лица), ответственное(ые) за опубликование

10. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы высказывались различные мнения о том, кто должен принимать решение об опубликовании документов – стороны или арбитражный суд. Другой рассматривавшийся вопрос касался того, является ли обязательным условием такого опубликования согласие на него сторон (A/CN.9/712, пункт 43). Некоторые участники придерживались той точки зрения, что вопрос об опубликовании документов должен решаться арбитражным судом на индивидуальной основе (A/CN.9/712, пункт 44).

11. В рамках международных инвестиционных договоров обязанность предавать гласности соответствующую информацию лежит в одних случаях на арбитражном суде, а в других случаях – на самих сторонах¹. Если предавать информацию гласности разрешено сторонам, то одни инвестиционные договоры предусматривают, что любая из сторон может опубликовать всю эту информацию, а другие ограничивают права каждой стороны преданием гласности только своих собственных заявлений или представлений. Как правило, в договорах подробно не определен порядок доведения информации до сведения общественности.

12. Что касается сроков опубликования, то в одних международных инвестиционных договорах предусмотрено, что информация должна публиковаться "немедленно" или "своевременно", а в других этот вопрос вообще не затрагивается.

iii) Практические аспекты опубликования

13. Вопросы, касающиеся таких практических аспектов опубликования документов, как язык публикации (A/CN.9/712, пункт 45) и распределение расходов на публикацию между сторонами, были подняты на пятьдесят третьей сессии Рабочей группы и заслуживают дальнейшего рассмотрения.

¹ Пункты 3-8 статьи 38 канадского Типового соглашения о поощрении и защите иностранных инвестиций (ФИПА) 2004 года. Также см., например, Соглашение между Мексиканскими Соединенными Штатами и правительством Республики Исландии о поощрении и взаимной защите инвестиций, подписанное 24 июня 2005 года, которое содержит следующее положение: "Статья 17 – Арбитражные решения и приведение их в исполнение (...) 4) Окончательное арбитражное решение публикуется только при наличии письменного согласия обеих сторон спора"; по состоянию на 30 ноября 2010 года размещено по адресу: www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Mexico_Iceland.PDF.

iv) *Примеры*

14. В качестве примера документа, содержащего положения об опубликовании, на пятьдесят третьей сессии Рабочей группы упоминалось постановление в деле "*Кемтура корпорейшин против правительства Канады*"² (A/CN.9/712, пункт 41). В нем говорится:

"Часть II – Процедура разбирательства и опубликование документов [...] 11. С соблюдением положений пункта 13, каждая сторона в споре может публиковать следующие материалы, при условии, что эта сторона в течение 20 дней направляет другой стороне в споре уведомление о своем намерении опубликовать эти материалы: все исковые заявления и другие представления, с сопровождающими их приложениями и приобщенными к ним доказательствами, входящую и исходящую корреспонденцию арбитражного суда, протоколы и любые решения арбитражного суда, включая процессуальные постановления, определения, предварительные и окончательные решения. 12. Сторона в споре имеет право в течение двадцати дней с момента получения от другой стороны в споре уведомления о ее намерении опубликовать материалы, упомянутые в пункте 11, заявить возражения против опубликования этих материалов на том основании, что они содержат конфиденциальную информацию. Опубликование таких материалов допускается только в том случае, если обе стороны в споре подтвердят, что они не возражают против такого опубликования, или придут к договоренности об изъятии из этих материалов конфиденциальной информации. 13. За исключением того, что разрешено настоящим Постановлением, ни одна из сторон в споре не имеет права публиковать материалы, которые другая сторона в споре отнесла к категории конфиденциальных [...]"

15. Примеры положений об опубликовании документов можно найти в документе A/CN.9/WG.II/WP.160, пункты 13-22.

3. Опубликование арбитражных решений

16. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы многие делегации поддержали предложение о разработке общего положения, согласно которому арбитражные решения, выносимые арбитражными судами в рамках разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров, должны публиковаться (A/CN.9/712, пункт 62). Данный вопрос может быть рассмотрен в свете примеров, приводимых в пунктах 14 и 15 выше ("опубликование документов").

17. Если Рабочая группа сочтет, что подход к решениям должен быть иным, нежели к другим документам, и что решения должны предаваться гласности, только если все стороны арбитражного разбирательства не договорились об ином, можно будет тем не менее предусмотреть обязательную публикацию выдержек из решения, содержащих его правовое обоснование (A/CN.9/712, пункт 63)³. Положение на этот счет могло бы выглядеть следующим образом:

² *Chemtura Corporation v. Government of Canada, Confidentiality Order*, January 21, 2008.

³ См. положение 48 (4) Арбитражного регламента МЦУИС.

"Арбитражные решения подлежат опубликованию, если все стороны не договорились об ином. В случае несогласия сторон на опубликование арбитражного решения арбитражный суд незамедлительно предаст гласности выдержки из правового обоснования своего решения".

4. Представления третьих сторон (*amicus curiae*) в ходе арбитражного разбирательства

18. Многие делегации активно поддержали предложение разрешить представления третьих сторон, именуемые также представлениями *amicus curiae*. Отмечалось, что представления *amicus curiae* способны облегчить арбитражному суду задачу разрешения споров и способствуют повышению легитимности арбитражного процесса (A/CN.9/712, пункт 46).

i) Ограничительные критерии для представлений amicus curiae

19. Широкую поддержку получило мнение о том, что для представлений *amicus curiae* следует установить определенные ограничительные критерии, включая тему представления, компетентность *amicus curiae*, актуальность представлений для разбирательства, надлежащий объем и допустимое время для таких представлений (A/CN.9/712, пункт 47).

ii) Вклад государства (государств), не участвующих в споре

20. Рабочая группа может рассмотреть целесообразность дальнейшего обсуждения ею вопроса об участии в разбирательстве не участвующих в споре государств, являющихся сторонами инвестиционного договора, но не арбитражного процесса, в ожидании решения Комиссии о том, относится ли эта тема к предмету текущей работы (см. A/CN.9/WG.II/WP.162, пункт 3). На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы отмечалось, что другое государство – участник соответствующего инвестиционного договора, не являющееся стороной спора, может выразить желание или быть приглашено также сделать представление. Указывалось, 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).

21. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о выработке конкретных положений, которые определяли бы возможную степень участия в арбитражной процедуре государств, не являющихся сторонами спора. Например, вклад таких государств мог бы ограничиваться вопросами толкования инвестиционного договора или представлениями по вопросам права. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть также вопросы о том, может ли арбитражный суд в рамках своих полномочий запрашивать представления у не участвующих в споре государств, и как обеспечить, чтобы представление не участвующего в споре государства не нарушало ход разбирательства и не приводило к несправедливому ущемлению интересов какой-либо из сторон.

iii) *Решения о представлениях amicus curiae*

22. Рабочая группа оставила открытым вопрос о том, будет ли арбитражный суд обладать всеми полномочиями для решения вопроса о представлениях amicus curiae, или же он должен будет консультироваться со сторонами в соответствии с консенсуальной природой арбитражного разбирательства (A/CN.9/712, пункт 48).

iv) *Уровни доступа к документам*

23. В общем контексте допустимости представлений amicus curiae подчеркивалась важность доступа к документам, поскольку от уровня такого доступа будет зависеть качество представлений amicus curiae (A/CN.9/712, пункт 51). Что касается роли amicus curiae, то дальнейшего рассмотрения заслуживает вопрос о том, следует ли предусмотреть разные уровни доступа к документам, с одной стороны, для широкой публики, а с другой стороны, для amicus curiae.

v) *Финансовые издержки и управляемость арбитражного процесса*

24. При рассмотрении данного вопроса Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что представления amicus curiae могут повлечь за собой финансовые издержки для сторон и что необходимо найти оптимальное соотношение между обеспечением прозрачности и управляемостью процесса.

vi) *Примеры*

25. В регламентах большинства арбитражных органов, за исключением Арбитражного регламента МЦУИС, прямо не говорится об участии сторон, не являющихся сторонами спора; вопрос о таком участии может решаться по договоренности между сторонами арбитражного разбирательства, а также по усмотрению арбитражного суда (см. A/CN.9/WG.II/WP.160, пункты 29-47). В правиле 37 (2) Арбитражного регламента МЦУИС о представлениях не участвующих в споре сторон сказано следующее:

"По согласованию с обеими сторонами арбитражный суд может разрешить лицу или субъекту, не являющемуся стороной спора (в настоящем правиле именуемому «не участвующая в споре сторона»), подать в суд письменное представление по вопросу, относящемуся к существу спора. При решении вопроса о том, следует ли разрешить подачу такого представления, суд учитывает, среди прочего, ту степень, в которой: а) заявление не участвующей в споре стороны окажет помощь суду в вынесении определений по фактическим или юридическим вопросам, связанным с разбирательством, в результате сообщения какого-либо мнения, конкретного факта или соображения, расходящихся с позицией спорящих сторон; б) представление не участвующей в споре стороны будет касаться вопроса, относящегося к существу спора; с) не участвующая в споре сторона имеет существующую заинтересованность в арбитражном разбирательстве. Суд обеспечивает, чтобы представление не участвующей в споре стороны не нарушало ход разбирательства, не налагало излишнего бремени ни на одну из сторон и не приводило к несправедливому

ущемлению интересов какой-либо из них, а также чтобы обеим сторонам была предоставлена возможность высказать свои замечания по представлению не участвующей в споре стороны".

26. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что в главе 11 Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) и в документах о его толковании, изданных Комиссией по свободной торговле, подробно рассмотрен вопрос об участии третьих сторон. В "Заявлении Комиссии по свободной торговле относительно участия сторон, не являющихся сторонами спора" от 7 октября 2004 года говорится:

"[...]В. Процедуры

1. Любая не участвующая в споре сторона, являющаяся физическим или юридическим лицом участника Соглашения или имеющая значительное присутствие на территории участника Соглашения, которая желает подать в арбитражный суд письменное представление ("заявитель"), ходатайствует перед арбитражным судом о разрешении подать такое представление. Заявитель прилагает свое представление к ходатайству.

2. Ходатайство о разрешении подать представление не участвующей в споре стороны: а) составляется в письменной форме, с указанием даты и за подписью заявителя, и содержит адрес и другие контактные данные заявителя; б) не превышает по объему пяти машинописных страниц; в) содержит сведения о заявителе, включая, когда это применимо, состав его участников и его юридический статус (например, компания, торговая ассоциация или иная неправительственная организация), общие цели и характер его деятельности, а также сведения о любой его материнской организации (в том числе любой организации, под прямым или косвенным контролем которой находится заявитель); д) содержит указание того, имеются ли у заявителя какие-либо прямые или косвенные связи с какой-либо из сторон спора; е) содержит информацию о любом правительстве, лице или организации, оказавшем финансовую или иную помощь в подготовке представления; ф) содержит сведения о том, каким образом арбитражное разбирательство затрагивает интересы заявителя; г) содержит указание того, каким именно вопросам факта или права, связанным с арбитражным разбирательством, посвящено письменное представление заявителя; h) поясняет, путем ссылки на факторы, перечисленные в пункте б, по какой причине арбитражному суду следует принять данное представление; и i) составляется на языке арбитражного разбирательства.

3. Представление, подаваемое не участвующей в споре стороной: а) датируется и подписывается лицом, подающим представление; б) составляется в краткой форме и ни в коем случае не превышает по объему 20 машинописных страниц, включая любые приложения; в) содержит четкое изложение доводов в поддержку позиции заявителя по соответствующим вопросам; и д) затрагивает только вопросы, относящиеся к существу спора.

4. *Ходатайство о разрешении подать представление не участвующей в споре стороны и само представление направляются всем участвующим в споре сторонам и арбитражному суду.*
5. *Арбитражный суд устанавливает соответствующий срок представления участвующими в споре сторонами своих замечаний относительно ходатайства о разрешении подать представление не участвующей в споре стороны.*
6. *При решении вопроса о том, следует ли разрешить подачу представления не участвующей в споре стороны, арбитражный суд учитывает, среди прочего, ту степень, в которой: а) представление не участвующей в споре стороны поможет арбитражному суду в решении фактических или юридических вопросов, связанных с арбитражным разбирательством, в результате сообщения какого-либо мнения, конкретного факта или соображения, расходящихся с позицией спорящих сторон; б) представление не участвующей в споре стороны будет касаться вопросов, относящихся к существу спора; с) не участвующая в споре сторона имеет существенную заинтересованность в арбитражном разбирательстве; и d) предмет арбитражного разбирательства отражает общественный интерес.*
7. *Арбитражный суд обеспечивает, чтобы: а) ни одно представление не участвующей в споре стороны не нарушало ход разбирательства; и б) чтобы такие представления не налагали излишнего бремени ни на одну из сторон и не приводили к несправедливому ущемлению интересов какой-либо из них.*
8. *Арбитражный суд принимает решение о том, следует ли разрешить подачу представления не участвующей в споре стороны. В случае выдачи разрешения на подачу представления не участвующей в споре стороны арбитражный суд устанавливает соответствующий срок, в который участвующие в споре стороны могут в письменной форме ответить на это представление. К этому сроку не участвующие в споре участники НАФТА могут, согласно статье 1128, высказать свои соображения по любым вопросам толкования Соглашения, изложенным в представлении не участвующей в споре стороны.*
9. *Разрешение подать представление не участвующей в споре стороны не обязывает арбитражный суд рассматривать это представление на каком-либо этапе арбитражного разбирательства. Разрешение подать представление не участвующей в споре стороны не дает не участвующей в споре стороне, подавшей такое представление, права подавать другие представления в рамках данного арбитражного разбирательства [...]"*
27. *Проект типового инвестиционного соглашения, разработанный в Норвегии, содержит конкретные положения о вкладах третьих сторон. В пункте 3 статьи 18 этого проекта говорится: "Арбитражный суд уполномочен принимать и рассматривать письменные представления amicus curiae от лиц или субъектов, не являющихся сторонами спора, если арбитражный суд пришел к заключению, что они непосредственно касаются рассматриваемых вопросов факта и права. Арбитражный суд обеспечивает сторонам спора, а*

также другой Стороне, возможность представить свои замечания относительно письменных соображений *amicus curiae*". Кроме того, пункт 4 статьи 18 предусматривает, что "[...] арбитражный суд отражает в своем докладе представления, полученные от другой Стороны и от *amicus curiae*".

5. Слушания

i) Публичные слушания

28. На своей пятьдесят третьей сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должны ли слушания быть публичными (A/CN.9/712, пункт 52). При этом имели место выступления как в поддержку публичных слушаний, так и с оговорками на этот счет. Было высказано мнение, что положение об открытых слушаниях в любом подлежащем разработке правовом стандарте прозрачности должны предусматривать, что слушания являются открытыми, если стороны не договорились об ином (A/CN.9/712, пункты 53-55). С другой стороны, по поводу публичных слушаний высказывались оговорки общего характера, в том смысле, что идея публичных слушаний противоречит самой сути арбитража, который, как отмечалось, имеет конфиденциальный характер, запрещающий доступ третьих сторон к слушаниям. Было указано на то, что арбитражные разбирательства по спорам между инвесторами и государством, проводимые на основе международных договоров, нередко затрагивают вопросы политического характера и что поэтому открытые слушания могут оказывать дополнительное давление на участвующее государство, тем самым создавая риск того, что участие широкой общественности не облегчит, а окажет отрицательное воздействие на урегулирование спора (A/CN.9/712, пункт 57).

29. Способствующие обеспечению прозрачности положения об урегулировании споров в международных инвестиционных договорах предусматривают, что слушания проводятся в открытом режиме при условии защиты конфиденциальной информации. Публичные слушания могут проводиться с использованием Интернет-трансляции или иных средств, устраняющих необходимость физического присутствия публики в зале заседания. Вопросы материально-технического обеспечения обычно решаются арбитражным судом в консультации со сторонами спора. Примеры таких положений можно найти в документе A/CN.9/WG.II/WP.160, пункты 23-28.

30. Правило 32 (2) Арбитражного регламента МЦУИС, касающееся присутствия на слушаниях третьих сторон, предусматривает следующее: "*При отсутствии возражений у какой-либо из сторон арбитражный суд в консультации с Генеральным секретарем может разрешить другим лицам, помимо сторон, их агентов, консультантов и адвокатов, свидетелей и экспертов при даче ими показаний, а также должностных лиц арбитражного суда, присутствовать в ходе всех слушаний или их части или наблюдать за ними при условии решения соответствующих вопросов материально-технического обеспечения. Для таких случаев арбитражный суд устанавливает порядок защиты частной или закрытой информации*".

ii) Протоколы слушаний

31. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы было достигнуто общее согласие по поводу того, что решение, принимаемое в отношении протоколов

слушаний, должно зависеть от решения, принятого в отношении публичного доступа к слушаниям (A/CN.9/712, пункт 58). Рабочая группа была проинформирована о том, что в ходе арбитражных разбирательств в соответствии с регламентом МЦУИС решение о проведении открытых слушаний принимает арбитражный суд, если ни одна из сторон не выступает против. Однако для предания гласности протоколам слушаний требуется согласие сторон. Было также отмечено, что решение вопроса о публикации протоколов, как правило, относится к компетенции государства-ответчика, по крайней мере в делах, связанных с НАФТА, и что МЦУИС до сих пор не опубликовал на своем веб-сайте ни одного протокола (A/CN.9/712, пункт 59).

6. Возможные пределы применения правил прозрачности

i) Принципы

32. На своей пятьдесят третьей сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос о возможных пределах прозрачности. Было упомянуто о различных категориях потенциальных исключений или ограничений, а именно о защите конфиденциальной и особо важной информации, защите целостности арбитражного процесса и обеспечении его управляемости (A/CN.9/712, пункты 67-72).

- Защита конфиденциальной и особо важной информации

33. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы была в целом признана необходимость защиты конфиденциальной и особо важной информации, а также защиты арбитражных разбирательств от любого внешнего давления на стороны или на арбитражные суды (см. пункты 36-40 ниже). Принимая во внимание, что и прозрачность, и конфиденциальность можно рассматривать как законные интересы, Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о необходимости соответствующей сбалансированной защиты обоих этих интересов. Были высказаны общие замечания о том, что исключения из правил прозрачности, связанные с защитой конфиденциальной или особо важной информации, не должны быть слишком широкими и не должны наносить ущерба основным положениям о прозрачности; они должны обеспечивать ясность и служить руководящими указаниями, с тем чтобы по этому вопросу между сторонами не возникало споров (A/CN.9/712, пункт 70).

- Защита целостности арбитражного процесса

34. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы было в целом признано, что вопросы защиты целостности арбитражного процесса важно учитывать при обсуждении проблем прозрачности. Кроме того, защита целостности арбитражного процесса может рассматриваться как один из способов содействия деполитизации инвестиционных споров.

- Управляемость арбитражного процесса

35. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы отмечалось, что общий вопрос ведения дела имеет важное значение, и его следует продолжать рассматривать (A/CN.9/712, пункт 72). Правила прозрачности не должны приводить к затягиванию разбирательства, увеличивать издержки или

неоправданно затруднять арбитражное производство; необходимо оптимальное соотношение между соблюдением публичных интересов и обеспечением управляемости арбитражного процесса.

ii) *Определение конфиденциальной и особо важной информации*

36. Положения об урегулировании споров в международных инвестиционных договорах, где затрагиваются вопросы публичного доступа к процессуальным документам и арбитражным решениям, обычно предусматривают, что документы, представляемые в арбитражный суд или выдаваемые им, должны быть общедоступными, при условии изъятия из них конфиденциальной и особо важной информации, если только стороны не договорились об ином. Под конфиденциальной и особо важной информацией обычно понимается информация, которая в целом неизвестна общественности или недоступна для нее и которая в случае ее раскрытия нанесет или может нанести ущерб важнейшим интересам любого лица или субъекта, или интересам какой-либо стороны, или неприкосновенности частной жизни (см. A/CN.9/WG.II/WP.160, пункты 13-22). На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы было высказано мнение, что любое положение по этому вопросу должно быть сформулировано в общих чертах, что позволит избежать необходимости перечисления всех возможных обстоятельств и наделить вместо этого арбитражный суд значительной свободой усмотрения (A/CN.9/712, пункт 69).

37. Моделью, которая, по мнению участников обсуждения, может служить полезным ориентиром в вопросах арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами, являются Правила МАЮ о принятии доказательств в международном коммерческом арбитраже (2010 год), где в пунктах 3 и 4 статьи 9, касающейся допустимости и оценки доказательств, содержатся положения о конфиденциальности (A/CN.9/712, пункт 68). Эти положения выглядят следующим образом: "3. При рассмотрении вопросов о юридических препятствиях или праве на неразглашение согласно статье 9.2(b), и в той мере, в какой это допускается любыми императивными правовыми или этическими нормами, которые он считает применимыми в данном случае, арбитражный суд может принимать во внимание: а) потенциальную необходимость сохранения конфиденциального характера документа, заявления или устного сообщения, составленного или сделанного в связи с предоставлением или получением юридических консультаций и в целях их предоставления или получения; б) потенциальную необходимость сохранения конфиденциального характера документа, заявления или устного сообщения, составленного или сделанного в связи с проведением переговоров об удовлетворении претензий и для целей таких переговоров; в) ожидания сторон и их консультантов на момент предполагаемого возникновения юридического препятствия или права на неразглашение; д) любую возможность освобождения от юридических препятствий или отказа от права на неразглашение в силу полученного согласия, предшествующего раскрытия информации, установительного использования документа, заявления или устного сообщения либо содержащихся в нем или полученных иным образом рекомендаций; и е) необходимость соблюдения справедливости и равноправия сторон, особенно если по отношению к ним действуют неодинаковые правовые или этические нормы. 4. Арбитражный суд может в соответствующих случаях принимать необходимые меры, обеспечивающие

возможность представления или рассмотрения доказательств, при условии надлежащей защиты конфиденциальности".

iii) *Лицо (лица), принимающие решение о конфиденциальности или особой важности информации*

38. Решение о конфиденциальности или особой важности информации может быть принято арбитражным судом или сторонами (A/CN.9/712, пункт 69). Из положений инвестиционных договоров, судя по всему, вытекает, что на конфиденциальность или особую важность информации обычно должны указывать стороны, а если на этот счет необходимо принять решение, то это уполномочен делать арбитражный суд.

iv) *Санкции*

39. Вопрос о том, как должно обеспечиваться соблюдение ограничений или исключений из правил прозрачности, и о том, следует ли предусмотреть санкции на случай нарушения какой-либо стороной обязательств, касающихся конфиденциальности, заслуживает дальнейшего рассмотрения. Одна из возможных санкций, о которой упоминалось на пятьдесят третьей сессии Рабочей группы, связана с оплатой издержек (A/CN.9/712, пункт 71). В качестве примера положения, предусматривающего такую санкцию, приводилась статья 9 (7) Правил МАЮ о принятии доказательств в международном коммерческом арбитраже (2010 год). В ней предусмотрено, что *"если арбитражный суд находит, что одна из сторон недобросовестно относится к принятию доказательств, арбитражный суд, наряду с принятием любых других мер, предусмотренных настоящими Правилами, может принять такое отношение во внимание при расчете издержек, связанных с арбитражным разбирательством, включая издержки, вытекающие из принятия доказательств или связанные с ним"*.

v) *Пример процедуры*

40. Статья 29 (4) Типового ДИД США гласит:

"Любая защищенная информация, представляемая арбитражному суду, подлежит защите от раскрытия в соответствии со следующими процедурами:

a) с учетом подпункта (d) ни стороны спора, ни арбитражный суд не раскрывают какую бы то ни было защищенную информацию Участнику, не являющемуся стороной спора, или общественности, если сторона спора, представившая информацию, ясно указывает на это в соответствии с подпунктом (b);

b) любая сторона спора, утверждающая, что та или иная информация является защищенной, ясно указывает на это в момент представления такой информации арбитражному суду;

c) сторона спора одновременно с представлением документа, содержащего информацию, заявленную как защищенная информация, представляет отредактированный вариант этого документа, не содержащий такую информацию. Только отредактированный вариант

представляется Участнику, не являющемуся стороной спора, и передается гласности в соответствии с пунктом 1; и

d) арбитражный суд принимает решение по любому возражению в отношении квалификации информации, заявленной как защищенная информация. Если арбитражный суд установит, что такая квалификация этой информации не является обоснованной, то сторона спора, представившая эту информацию, может i) отозвать все свое представление, содержащее такую информацию, или часть его или ii) принять решение о повторном представлении полных и отредактированных документов с исправленной квалификацией в соответствии с установлением арбитражного суда и подпунктом (c). В любом случае другая сторона спора повторно представляет, когда это необходимо, полные и отредактированные документы, которые либо не содержат информации, отозванной согласно положению (i) стороной спора, которая первой представила информацию, либо предусматривают согласно положению (ii) иную квалификацию информации, соответствующую квалификации стороны спора, которая первой представила информацию".

7. Хранилище публикуемой информации ("реестр")

41. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы высказывалась мысль о том, что информация может быть опубликована сторонами (принимающим государством или инвестором) либо с использованием нейтрального реестра (A/CN.9/712, пункты 37 и 73-75). Цель ведущейся работы по вопросам прозрачности заключается в обеспечении того, чтобы информация об арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, становилась достоянием интересующейся ею общественности. Гибкий подход к решению этой задачи мог бы состоять, например, в том, чтобы доверить опубликование такой информации принимающему государству. В случае, если в административном ведении дела принимает участие арбитражный орган, он также мог бы нести ответственность за публикацию.

42. Если Рабочая группа примет решение о создании нейтрального реестра, то она, возможно, пожелает определить его роль, а также то, будет ли он как-либо участвовать, например, в определении пределов прозрачности. При таком варианте потребовалось бы внести ясность в целый ряд вопросов – в частности, о том, что входит в понятие арбитражного разбирательства по спору между инвестором и государством, проводимого на основе международного договора, для целей применения положений о публикации документов нейтральным реестром, о конкретной роли нейтрального реестра и о том, должен ли он быть учрежден в рамках Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций или какого-либо существующего арбитражного органа; так, свою готовность оказывать подобные услуги выразили Постоянная палата третейского суда в Гааге и МЦУИС.

В. Предложения

43. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что если правовой стандарт прозрачности будет принят в форме руководящих положений (см. A/CN.9/WG.II/WP.162, пункт 15), то в него можно будет включить более подробные пояснения; при этом сторонам и арбитражным судам также можно будет предложить различные варианты. Если же правовой стандарт будет облечен в форму типовых положений или отдельных правил прозрачности (см. A/CN.9/WG.II/WP.162, пункты 13-14 и 16-21), которые в случае их применения будут иметь обязательную силу для сторон, то в этих правилах должны быть четко определены соответствующие права и обязанности.

1. Сфера применения

44. Первую часть текста, возможно, потребуется посвятить сфере применения правового стандарта прозрачности. Рабочая группа могла бы рассмотреть вопросы о том, как должны определяться критерии применимости правового стандарта прозрачности, должен ли он применяться только к арбитражным разбирательствам на основе международных инвестиционных договоров или также к урегулированию споров, возникающих в рамках договорных отношений между государствами и инвесторами, и требует ли пояснения термин "международный инвестиционный договор". Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание потенциальные трудности и сужение свободы маневра, с которыми будет связано любое такое определение сферы применения. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность включения в данный раздел положения о том, как будут сочетаться друг с другом правовой стандарт прозрачности и применимые арбитражные правила (см. A/CN.9/WG.II/WP.162, пункты 46 и 47).

2. Возбуждение арбитражного разбирательства⁴

45. Предложение: *"Информация о наименованиях сторон, их государственной принадлежности и соответствующем секторе экономики передается гласности после того, как [ответчиком было получено уведомление об арбитраже] [был образован арбитражный суд]"*.

3. Опубликование документов⁵

46. Альтернатива 1, вариант 1: *"Все документы, представленные арбитражному суду или выданные им, передаются гласности, [если только все стороны не договорились об ином.] с соблюдением положений раздела 6 ниже"*. Вариант 2: *"Преданию гласности подлежат следующие документы:*

⁴ Данное предложение соответствует варианту, при котором на раннем этапе разбирательства – либо до, либо после образования арбитражного суда – гласности передается только предварительная информация (но не уведомление об арбитраже). Вариант с публикацией уведомления об арбитраже рассматривается в разделе, посвященном опубликованию документов (см. пункты 46-48).

⁵ Изложенные ниже предложения призваны отразить различные идеи, высказанные в Рабочей группе в отношении опубликования документов (см. пункты 8-16). Они включают вопрос об опубликовании уведомления об арбитраже и арбитражного решения.

уведомление об арбитраже, исковые заявления, представления, полученные арбитражным судом от сторон спора, и любые письменные представления не участвующих в споре сторон и *amicus curiae*; протоколы или стенограммы слушаний в арбитражном суде, если таковые имеются, а также приказы, арбитражные решения и постановления арбитражного суда, [если только стороны спора не договорились об ином,] с соблюдением положений раздела 6 ниже".

47. Вариант 2: "Арбитражный суд в консультации со сторонами принимает решение о том, какие документы следует предать гласности".

48. Предложение по практическому вопросу о языке, на котором должны публиковаться документы: "Документы публикуются на языке или языках, на которых они были представлены в арбитражный суд".

4. Представления третьих сторон (*amicus curiae*) в ходе арбитражного разбирательства

49. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько подробные положения на этот счет она хотела бы включить в правовой стандарт прозрачности, взяв при этом за основу примеры, приведенные в пунктах 25-27 выше.

5. Слушания и протоколы слушаний

50. Предложение: "В случае очного разбирательства арбитражный суд проводит открытые публичные слушания [если против этого не возражает ни одна из сторон] и в консультации со сторонами решает соответствующие вопросы материально-технического обеспечения. Протоколы слушаний предаются гласности с соблюдением положений раздела 6 ниже".

6. Возможные пределы прозрачности

51. Правовой стандарт прозрачности может включать специальный раздел, посвященный ограничениям как на публикацию документов, так и на проведение публичных слушаний. Эти ограничения могут носить общий или конкретный характер; Рабочая группа, возможно, пожелает определить, какой из вариантов является более подходящим (см. пункты 14 и 32-40 выше).

7. Хранилище публикуемой информации

52. Предложение: [Информация] [Документы], о котор[ой][ых] идет речь в разделах 2 и 3, предоставля[ется][ются] [кем – подлежит определению] через [подлежит определению].