



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>
I. Введение	1-4	3
II. Сфера применения и возможные формы правового стандарта прозрачности	5-21	4
A. Сфера применения правового стандарта прозрачности	5-6	4
B. Возможные формы правового стандарта прозрачности	7-21	5
1. Типовое заявление о принципах	10-12	5
2. Типовые положения для включения в международные инвестиционные договоры	13-14	6
3. Руководящие положения	15	6
4. Отдельные правила	16-21	6
i) Правила, дополняющие собой Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в его универсальной форме и применимые только к арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами, проводимым на основе международных договоров	17-19	7

V.10-58414 (R)



Просьба отправить на вторичную переработку



ii) Правила, применимые к любым арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами, проводимым на основе международных договоров	20-21	7
III. Применимость правового стандарта прозрачности	22-53	8
A. Отношения между государствами – участниками инвестиционных договоров	22-48	8
1. Возможные документы ЮНСИТРАЛ по вопросу о применении правового стандарта прозрачности как к существующим, так и к будущим инвестиционным договорам	22-25	8
i) Рекомендация по применению правового стандарта прозрачности	22	8
ii) Конвенция о прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров	23-25	8
2. Возможные действия государств в отношении существующих инвестиционных договоров	26-42	9
i) Согласие государств – участников инвестиционных договоров	27-31	9
ii) Совместное интерпретирующее заявление государств	32-35	10
iii) Односторонние заявления государств	36-37	11
iv) Внесение поправок или изменений в международный инвестиционный договор	38-40	12
v) Могут ли государства столкнуться с юридическими препятствиями, мешающими применять правовой стандарт прозрачности к уже существующим договорам?	41-42	14
3. Возможные действия государств в отношении будущих договоров	43-48	14
i) Согласие государств – участников международных инвестиционных договоров	43-44	14
ii) Возможные варианты применения правового стандарта прозрачности к будущим договорам	45-48	15
B. Отношения между принимающим государством и инвестором как сторонами арбитражного разбирательства	49-53	16
1. Может ли инвестор отступить от правового стандарта прозрачности?	50-52	16
2. Могут ли стороны в споре отступить от правового стандарта прозрачности?	53	17

I. Введение

1. На своей сорок третьей сессии (Нью-Йорк, 21 июня – 9 июля 2010 года) Комиссия поручила Рабочей группе подготовить правовой стандарт по теме обеспечения прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров¹. Получила поддержку мысль о том, что Рабочая группа может также в более общем плане заняться вопросами, которые возникают в ходе арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, и что это потребует дополнительной работы. Возобладало то мнение, что, согласно решению, принятому Комиссией ранее, сейчас было бы преждевременным определять конкретную форму и сферу охвата будущего документа об арбитражных разбирательствах на основе международных договоров и что мандат Рабочей группы следует ограничить подготовкой норм единообразного законодательства, касающихся прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. В то же время было решено, что Рабочая группа, действуя в рамках этого мандата, может выявить любые другие темы в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, которые могут также потребовать в будущем внимания Комиссии. Было решено, что любая такая тема будет доведена до сведения Комиссии на ее следующей сессии в 2011 году².

2. На своей пятьдесят третьей сессии (Вена, 4-8 октября 2010 года) Рабочая группа приступила к работе над подготовкой правового стандарта прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров. Дискуссии в ходе упомянутой сессии Рабочей группы, нашедшие свое отражение в документе A/CN.9/712, носили предварительный и общий характер и не сопровождались попытками достичь на этом этапе консенсуса. Цель такого подхода заключалась в определении круга вопросов для обсуждения на следующей сессии Рабочей группы (A/CN.9/712, пункт 15). Рабочая группа в общем плане обсудила возможный характер правового стандарта прозрачности и различные варианты его оформления (A/CN.9/712, пункты 22-30 и 76-100), а также его возможное содержание (A/CN.9/712, пункты 31-75).

3. В соответствии с решением Комиссии, принятым на ее сорок третьей сессии (см. пункт 1 выше), Рабочая группа также продолжила обсуждения в целях выявления других вопросов, которые возникают в ходе арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров вообще и которые заслуживают проведения дополнительной работы и, соответственно, могут быть доведены до сведения Комиссии на одной из будущих сессий. В связи с этим Рабочая группа решила запросить рекомендации Комиссии относительно того, может ли вопрос о

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/65/17), пункт 190.*

² Там же, пункт 191.

потенциальном вмешательстве в арбитражное производство государства, являющегося стороной инвестиционного договора, из которого возник спор, но не являющегося стороной в споре, быть рассмотрен Рабочей группой в контексте ее текущей работы (A/CN.9/712, пункты 102 и 103).

4. В соответствии с просьбой, высказанной Рабочей группой на ее пятьдесят третьей сессии, в настоящей записке предпринимается попытка анализа вопросов, обозначенных Рабочей группой в отношении потенциальной формы (раздел II), применимости (раздел III) и существа (раздел IV) правового стандарта прозрачности, на предмет их рассмотрения Рабочей группой в ходе ее пятьдесят четвертой сессии (A/CN.9/712, пункт 101). Если не указано иное, все содержащиеся в настоящей записке ссылки на итоги обсуждения в Рабочей группе относятся к обсуждению, состоявшемуся на пятьдесят третьей сессии Рабочей группы.

II. Сфера применения и возможные формы правового стандарта прозрачности

A. Сфера применения правового стандарта прозрачности

5. Поручение, данное Рабочей группе Комиссией на ее сорок первой³ и сорок третьей⁴ сессиях, заключалось в формулировании правового стандарта прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров. На своей сорок первой сессии Комиссия постановила, что было бы преждевременным принимать решение о форме будущего документа об арбитражных разбирательствах, проводимых на основе международных договоров, и что в целом этот вопрос следует оставить на усмотрение Рабочей группы. Допускаемая Комиссией возможность различных вариантов указывает на то, что данная работа направлена на решение общей проблемы, возникающей в ходе всех арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами. Комиссия не ограничила сферу применения правового стандарта прозрачности арбитражным производством, проводимым в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. В круг рассматриваемых вопросов была включена подготовка таких документов, как типовые договорные положения, особые правила или руководящие принципы, приложение к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, относящемуся к обычному арбитражу, отдельные арбитражные правила или факультативные договорные положения для включения в конкретные международные договоры⁵.

6. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли правовой стандарт прозрачности иметь общее применение, т.е. применяться к проводимым на основе международных договоров арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами независимо

³ Там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/63/17)*, пункт 314.

⁴ Там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/65/17)*, пункты 190 и 191.

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

от того, подлежит ли спор урегулированию в соответствии с каким-либо конкретным сводом арбитражных правил (см. ниже, пункты 16, 20 и 21). Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли широкое применение правового стандарта прозрачности, не привязанного к какому-либо конкретному своду правил, наилучшим решением в свете данного Комиссией Рабочей группе поручения разработать правовой документ, способствующий прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров⁶.

В. Возможные формы правового стандарта прозрачности

7. На своей пятьдесят третьей сессии Рабочая группа провела общее обсуждение возможного характера правового стандарта прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, и возможного оформления такого стандарта (A/CN.9/712, пункты 22-30 и пункты 76-100), и постановила, что все предложения на этот счет потребуют дальнейшего юридического анализа (A/CN.9/712, пункт 94).

8. Необходимо отметить, что высказываемые в разделе III соображения по поводу применимости правового стандарта прозрачности, а также предлагаемый в разделе IV ниже проект текста положений о прозрачности не следует воспринимать как предпочтение, отдаваемое какому-либо из возможных вариантов. Вопросы о характере и потенциальных формах правового стандарта прозрачности предстоит решить Рабочей группе.

9. Рабочая группа, возможно, также пожелает принять во внимание, что перечисленные ниже потенциальные формы правового стандарта прозрачности не обязательно являются взаимоисключающими.

1. Типовое заявление о принципах

10. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности подготовки типового заявления о принципах, принять которое было бы предложено государствам в целях поощрения и более эффективного обеспечения прозрачности.

11. В типовом заявлении о принципах могли бы быть сформулированы материально-правовые нормы, касающиеся прозрачности, и приведен текст положения, посредством которого государство могло бы указывать, что эти нормы подлежат применению или предлагаются для применения в случае арбитражного разбирательства по спору с инвестором в рамках конкретного инвестиционного договора. Такое заявление о принципах могло бы приниматься государствами совместно или в одностороннем порядке (см. ниже, пункты 32-37) и, таким образом, служить одним из вариантов применения правил прозрачности к действующим договорам.

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

12. В зависимости от того, как составлено такое заявление, после его введения в действие государствами – участниками соответствующего инвестиционного договора оно может рассматриваться либо как обязательство применять прозрачную процедуру арбитража, либо как дополнительное предложение инвестору прибегать к арбитражному разбирательству в соответствии с положениями о прозрачности, содержащимися в этом заявлении (см. пункты 50-53 ниже).

2. Типовые положения для включения в международные инвестиционные договоры

13. В качестве одного из возможных вариантов оформления правового стандарта прозрачности упоминались также типовые положения для включения в статьи инвестиционных договоров, посвященные урегулированию споров. Можно отметить, что положения об урегулировании споров в международных инвестиционных договорах нередко построены по образцу коммерческого арбитража и в большинстве случаев не затрагивают такие вопросы, как раскрытие факта арбитражного разбирательства, предание гласности каких-либо процессуальных документов, проведение открытых слушаний или участие сторон, не являющихся сторонами арбитражного разбирательства.

14. Включая такие положения в международные инвестиционные договоры, государства тем самым демонстрировали бы свое стремление содействовать прозрачности арбитражных разбирательств. Типовые положения могут быть составлены в форме юридического обязательства инвестора соблюдать положения о прозрачности арбитражного производства или в форме предложения делать это добровольно (см. пункты 50-53 ниже).

3. Руководящие положения

15. Другой возможный подход к обеспечению прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, заключается в подготовке положений, которые будут служить руководством для государств при заключении ими международных инвестиционных договоров, для арбитражных судов при вынесении им решений по соответствующим вопросам, для сторон арбитража и для других сторон, проявляющих законный интерес к результатам арбитражного разбирательства. Они могут применяться к арбитражным разбирательствам, проводимым на основе существующих или будущих международных договоров, при условии, что стороны арбитражного разбирательства согласны с их применением.

4. Отдельные правила

16. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы получила определенную поддержку идея оформления соответствующего правового стандарта в виде дополнения к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ либо в виде отдельных правил прозрачности (A/CN.9/712, пункт 76). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о сфере применения таких правил (см. пункты 5 и 6 выше). Правила прозрачности могут предназначаться только для применения к арбитражному разбирательству, проводимому в соответствии с

Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, или к арбитражу вообще, независимо от того, какими нормами он регулируется.

i) Правила, дополняющие собой Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в его универсальной форме и применимые только к арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами, проводимым на основе международных договоров

17. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вариант разработки конкретных правил прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, которые служили бы дополнением к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ в его универсальной форме.

18. Рабочая группа возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько при таком подходе сохранялась бы универсальная применимость Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Кроме того, наличие отдельного свода особых правил, применимых только к инвестиционному арбитражу, может создавать сложные проблемы с определением инвестиционного арбитража (подпадающего под действие этих правил), в отличие от других видов арбитража (к которым эти особые правила не применяются). Еще одним вопросом, заслуживающим внимания, был бы вопрос о том, уместно ли при составлении новых правил инвестиционного арбитража ограничиваться лишь вопросами обеспечения прозрачности, учитывая наличие других вопросов, которые также было бы логичным рассмотреть в правилах инвестиционного арбитража.

19. Применение к международным инвестиционным договорам правил прозрачности, дополняющих собой Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, подразумевало бы, что государства – участники этих договоров дали свое согласие на такое применение (см. пункты 27-31, 44 и 47 ниже).

ii) Правила, применимые к любым арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами, проводимым на основе международных договоров

20. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть применение отдельных правил прозрачности к арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами, проводимым на основе международных договоров, независимо от того, какие арбитражные нормы применяются при этих разбирательствах (см. пункты 5, 6 и 16 выше).

21. Этот вариант предполагает, что правила прозрачности должны быть составлены в универсальной форме и применяться в случае, если государства – участники инвестиционного договора дали согласие на их применение (см. пункты 27-31, 44 и 46 ниже).

III. Применимость правового стандарта прозрачности

A. Отношения между государствами – участниками инвестиционных договоров

1. Возможные документы ЮНСИТРАЛ по вопросу о применении правового стандарта прозрачности как к существующим, так и к будущим инвестиционным договорам

i) Рекомендация по применению правового стандарта прозрачности

22. В зависимости от формы правового стандарта прозрачности ЮНСИТРАЛ могла бы способствовать применению правового стандарта прозрачности в рамках инвестиционных договоров, выступив с рекомендацией, которая содержала бы настоятельный призыв к государствам применять этот стандарт к действующим и будущим договорам. Целью такой рекомендации было бы заострить внимание на том, как важна прозрачность в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров. Вопрос о том, каким образом должно обеспечиваться соблюдение стандарта прозрачности в контексте существующих и будущих договоров, был бы оставлен в этой рекомендации на усмотрение государств (см. пункты 26-40 и 45-48 ниже).

ii) Конвенция о прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров

23. Еще одно предложение, внесенное на пятьдесят третьей сессии Рабочей группы с тем, чтобы содействовать применению правового стандарта прозрачности к инвестиционным договорам, заключалось в подготовке международной конвенции о прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров, в которой государства могли бы дать согласие на применение правового стандарта прозрачности или зафиксировать свою договоренность о его применении (A/CN.9/712, пункт 93).

24. Смысл такого подхода в отношении существующих договоров состоял бы в том, чтобы избавить государства от необходимости задействовать процедуры внесения поправок в каждый уже заключенный ими инвестиционный договор (об этих процедурах см. в пунктах 32-40 ниже)⁷. Однако новая конвенция сделала бы правовой стандарт прозрачности применимым только к

⁷ Аналогичный подход был применен в Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005 год) в отношении использования электронных сообщений в связи с заключением или исполнением договоров в рамках некоторых конвенций. В документе, о котором идет речь, можно было бы предусмотреть положение, подобное пункту 1 статьи 20 вышеупомянутой Конвенции, где говорится: "1. Положения настоящей Конвенции применяются к использованию электронных сообщений в связи с заключением или исполнением договора, к которому применяется любая из нижеследующих международных конвенций, договаривающимся государством которых является или может стать Договаривающееся государство настоящей Конвенции..."

инвестиционным договорам между государствами – участниками такой конвенции.

25. В тексте новой конвенции о прозрачности также было бы ясно указано, что стандарт прозрачности применяется к будущим инвестиционным договорам на условиях, определенных в этой конвенции.

2. Возможные действия государств в отношении существующих инвестиционных договоров

26. На своей пятьдесят третьей сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, какие действия могли бы предприниматься государствами для обеспечения применимости правового стандарта прозрачности к существующим многосторонним или двусторонним инвестиционным договорам. Многие делегации высказались за применение правового стандарта прозрачности также к существующим инвестиционным договорам. В то же время были выражены сомнения в юридической и практической возможности его применения к уже действующим договорам (A/CN.9/712, пункты 85-86).

i) Согласие государств – участников инвестиционных договоров

27. Инвестиционный договор представляет собой международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом согласно статье 2 (1) Венской конвенции о праве международных договоров (1969 год)⁸ ("Венская конвенция"), положения которой признаются в качестве норм международного обычного права.

28. Инвестиционные договоры, как правило, содержат положение об урегулировании споров между принимающим государством и инвестором, предоставляющее возможность выбора арбитражных правил для разрешения таких споров. К подобным положениям существующих договоров не может автоматически применяться правовой стандарт прозрачности, поскольку применение такого правового стандарта означало бы внесение поправки в договорные положения об урегулировании споров, а это возможно лишь с согласия договаривающихся сторон (см. статьи 39-41 Венской конвенции), которые являются полновластными "хозяевами" заключенного ими договора.

29. Для выражения такого согласия не достаточно того, чтобы международный орган, каковым является ЮНСИТРАЛ, разработал правовой стандарт прозрачности в какой-либо из форм, перечисленных в пунктах 10-21 выше. ЮНСИТРАЛ не обладает полномочиями, которые позволяли бы ей предписывать государствам применение текстов ЮНСИТРАЛ⁹.

30. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы была высказана мысль о том, что автоматическое применение правового стандарта прозрачности к уже существующим договорам стало бы возможным в случае, если бы согласие сторон международного инвестиционного договора на урегулирование споров между инвесторами и государствами путем арбитража в соответствии с

⁸ Подписана в Вене 23 мая 1969 года, вступила в силу 27 января 1980 года. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

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

Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ толковалось как подразумевающее понимание ими возможности последующего развития самой системы арбитражных правил ЮНСИТРАЛ. При таком подходе правовой стандарт прозрачности подлежал бы автоматическому применению как часть эволюционирующей арбитражной системы ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/712, пункт 89). Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что применение некоего правового стандарта к уже действующим договорам без согласия на это государств – участников этих договоров – например, в форме совместного интерпретирующего заявления (см. пункты 32-35 ниже) – может быть расценено как нарушение положений договора и применимых норм международного права, поскольку это ведет к включению в существующий договор правового стандарта, вступившего в силу уже после заключения договора. Уместно напомнить о зафиксированном в статье 31 (1) Венской конвенции общем правиле толкования договоров, согласно которому "договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и цели договора".

31. Члены Рабочей группы, вероятно, помнят о том, что трудности, связанные с приданием обратной силы положениям международных инвестиционных договоров, в свое время хорошо осознавались Рабочей группой, которая специально учла последствия непреднамеренного придания обратной силы таким положениям в новой редакции статьи 1 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, подготовленной ею в 2010 году (A/CN.9/646, пункт 76).

ii) Совместное интерпретирующее заявление государств

32. Применение правового стандарта прозрачности к существующим международным инвестиционным договорам может быть обеспечено посредством совместного интерпретирующего заявления государств-участников. Согласно статье 31 (3) (а) Венской конвенции наряду с контекстом учитывается "любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений".

33. В международном публичном праве есть немало примеров совместных интерпретирующих заявлений государств. Так, в 1993 году государства – участники Договора об обычных вооруженных силах в Европе (ДОВСЕ) 1990 года подписали "Документ Государств-участников", содержащий их совместное понимание вопросов толкования и применения некоторых положений ДОВСЕ, фактически равнозначное поправке к договору. Еще одним примером авторитетного толкования договора является совместное решение государств – членов тогдашнего Европейского сообщества заменить в договоре о Европейском сообществе название европейской валютной единицы "ЭКЮ" названием "евро". Государства-члены пришли к согласию об использовании этого названия, избежав тем самым необходимости вносить поправку в договор, что могло повлечь за собой длительные процедуры ратификации и парламентского рассмотрения. На мадридском совещании государств-членов в 1995 году была согласована следующая формулировка: "Для обозначения европейской валютной единицы в Договоре будет вместо обобщенного термина "ЭКЮ" использоваться название "евро". Правительства 15 государств-

членов пришли к общему согласию считать это решение согласованным и однозначным толкованием соответствующих положений Договора".

34. В совместном интерпретирующем заявлении государств – участников инвестиционного договора может быть выражено достигнутое государствами-участниками согласие в отношении того, что положение договора, касающееся урегулирования споров между инвесторами и государствами путем арбитража, должно толковаться как предусматривающее применение правового стандарта прозрачности. В соответствии со статьей 31 (3) (а) Венской конвенции такое толкование не обязательно должно быть выражено в какой-то особой – т.е. договорной – форме¹⁰, однако в нем должно быть ясно продемонстрировано намерение сторон рассматривать это заявление в качестве согласованной основы для толкования договора.

35. Такое интерпретирующее заявление может трактоваться как нечто близкое к внесению изменений или поправок в исходный текст договора. Последующие заявления, не совпадавшие с первоначальными намерениями сторон договора и/или с прямо зафиксированными в нем формулировками, уже признавались международными судами и арбитражными органами в качестве аутентичных толкований¹¹. Однако грань между толкованием договора и внесением в него поправок проводится в международном публичном праве весьма нечетко. Рабочая группа, возможно, пожелает иметь в виду, что хотя интерпретирующее заявление государств-участников и признается одним из способов внесения изменений или поправок в договор согласно международному обычному праву, некоторые государства могут быть не склонны идти по этому пути, учитывая риск возникновения разногласий относительно юридических последствий такого толкования.

iii) Односторонние заявления государств

36. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы говорилось также о том, что применение правового стандарта прозрачности можно было бы обеспечить посредством односторонних заявлений государств (A/CN.9/712, пункт 93).

¹⁰ См., например, решение Международного Суда по делу Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment of 13 December 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, para. 49, размещено по адресу: www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf, где поясняется, что статья 31 (3) (а) Венской конвенции не требует применения к последующему соглашению таких же требований в отношении формы, что и к договору, для того, чтобы это соглашение могло учитываться при толковании договора.

¹¹ См., например, *Case concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of the International Court of Justice of 13 July 2009, para. 64, размещено по адресу: www.icj-cij.org/docket/files/133/15321.pdf; *Interpretation of the Air Transport Services Agreement of 27 March 1946 (France v. United States of America)*, Award of 22 December 1963, pp. 60 ff., размещено по адресу: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/5-74.pdf; *Location of Boundary Markers in Taba (Egypt v. Israel)*, Award of 28 September 1988, para. 210, размещено по адресу: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/1-118.pdf; *Interpretation of the Air Transport Services Agreement of 6 February 1948 (Italy v. United States of America)*, Award of 17 July 1965, pp. 99 ff., размещено по адресу: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/75-108.pdf.

37. Заявления лишь одного государства не достаточно для применения правового стандарта прозрачности к уже существующим международным договорам, поскольку основой договора является согласие между государствами-участниками, и от другого государства-участника (государств-участников) потребовались бы действия, подтверждающие, что они придерживаются такого же понимания. Поэтому для применения правового стандарта прозрачности к существующему международному инвестиционному договору необходимо, чтобы все его государства-участники сделали односторонние заявления аналогичного содержания. В этом случае такие односторонние заявления образуют последующее соглашение между государствами-участниками относительно толкования договора или применения его положений согласно статье 31 (3) (а) Венской Конвенции (см. пункты 32-35 выше). Эти последующие заявления не обязательно должны быть облечены в форму "совместной" декларации. Однако согласие сторон в отношении толкования договора должно быть подтверждено документально – например, путем обмена нотами. Как указывает Комиссия международного права в подготовленном ею проекте руководящих положений о заявлениях в связи с двусторонними соглашениями¹², аутентичным толкованием договора может быть толкование, вытекающее из интерпретирующего заявления лишь одного из государств, являющихся его сторонами, если с этим заявлением согласилась другая сторона¹³.

iv) *Внесение поправок или изменений в международный инвестиционный договор*

38. Статья 39 Венской Конвенции гласит: "Договор может быть изменен по соглашению между участниками. Нормы, изложенные в части II, применяются в отношении такого соглашения, если только договор не предусматривает иное". В статьях 40 и 41 Венской конвенции изложены дальнейшие детали, касающиеся внесения поправок или изменений в международные договоры. Возможность внесения поправок в договор только путем заключения отдельного нового соглашения вытекает из принципа *pacta sunt servanda*. Такое соглашение будет иметь обязательную силу только для заключивших его государств-участников.

39. Положения статей 39-41 Венской конвенции применяются лишь в случае, если договор не предусматривает иной возможности внесения в него изменений или поправок. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что положения о внесении поправок присутствуют во многих международных инвестиционных договорах. При этом даже в случаях, когда договором предусмотрена определенная процедура внесения поправок, достигнутое впоследствии единодушное согласие всех государств-участников может послужить основанием для внесения поправки без соблюдения этой

¹² Проект руководящих положений о заявлениях в связи с двусторонними соглашениями входит в состав опубликованного Комиссией международного права проекта руководящих положений об оговорках и аутентичном толковании международных договоров согласно статье 31 (3) (а) Венской конвенции. См. Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят второй сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение No. 10 (A/65/10)*, стр. 46, размещено по адресу: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2010/2010report.htm>.

¹³ Там же, проект руководящего положения 1.5.3.

процедуры. Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что если согласие о внесении в договор поправок или изменений не зафиксировано официально, то это может вызвать затруднения конституционного характера внутри отдельных государств, даже несмотря на то, что, согласно статьям 39-41 Венской конвенции, с точки зрения международного публичного права при внесении в договоры изменений или поправок не обязательно соблюдать ту же процедуру, что и при их заключении.

40. В некоторых инвестиционных договорах прямо предусматривается утверждение таких поправок государствами-участниками с соблюдением предусмотренных их законодательством процедур. Примером инвестиционного договора, в котором прямо говорится о внесении поправок только на основании соглашения сторон, является подписанное в 2004 году Соглашение о свободной торговле между Соединенными Штатами Америки, Центральной Америкой и Доминиканской Республикой (КАФТА-ДР), статья 22.2 которого гласит: "1) Стороны могут договориться о внесении в настоящее Соглашение любых поправок. [...] 2) В случае достижения такой договоренности и ее утверждения в соответствии с применимыми процедурами, установленными законодательством каждой Стороны, поправка становится неотъемлемой частью настоящего Соглашения и вступает в силу в день получения Депозитарием от всех Сторон письменных уведомлений об утверждении ими данной поправки или в другой согласованный Сторонами срок"¹⁴. Еще одним примером может служить подписанное в 2004 году Соглашение между Японией и Мексиканскими Соединенными Штатами об укреплении экономического партнерства ("Японско-мексиканская ЗСТ"), в статье 174 которого говорится: "1) За исключением случаев, когда в настоящем Соглашении предусмотрено иное, поправки могут вноситься в настоящее Соглашение по договоренности между Сторонами. Такие поправки должны быть утверждены Сторонами в соответствии с процедурами, установленными их законодательством. Поправки вступают в силу на тридцатый день после обмена дипломатическими нотами, в которых сообщается о таком утверждении. 2) Любая поправка к настоящему Соглашению является неотъемлемой частью настоящего Соглашения"¹⁵. Существуют также инвестиционные соглашения, в которых прямо не упоминается о необходимости утверждения поправок государствами-участниками с соблюдением соответствующих юридических процедур. Например, в статье 6 главы 18 подписанного в 2009 году Соглашения о создании зоны свободной торговли стран АСЕАН, Австралии и Новой Зеландии (ААНЗЗСТ) говорится: "Стороны могут вносить в настоящее Соглашение поправки на основании письменной договоренности между ними; такие поправки вступают в силу в срок или сроки, согласованные Сторонами"¹⁶.

¹⁴ Размещено по адресу: www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text.

¹⁵ Размещено по адресу: www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf.

¹⁶ Размещено по адресу: www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/contents.html.

- v) *Могут ли государства столкнуться с юридическими препятствиями, мешающими применять правовой стандарт прозрачности к уже существующим договорам?*

41. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли какие-либо права инвестора или имеющиеся у кого-либо законные ожидания непрозрачности арбитражного производства в рамках международного инвестиционного договора помешать государствам распространить правовой стандарт прозрачности на уже существующий договор. Такое юридическое препятствие означало бы презумпцию права или законного ожидания инвестора, согласно которому арбитражное разбирательство с его участием в рамках международного инвестиционного договора должно быть непрозрачным. Рабочая группа, возможно, пожелает исходить из того, что в международном инвестиционном договоре едва ли можно усмотреть основания для такого права или законного ожидания. Если инвестиционный договор предусматривает урегулирование споров путем арбитража в соответствии с теми или иными существующими арбитражными правилами, само предложение применять такие правила не обязательно исключает возможность того, что на практике арбитражное производство будет прозрачным. Кроме того, во многих инвестиционных договорах упоминается о возможности обращения инвестора в арбитраж с целью урегулирования спора согласно "любым другим правилам", для применения которых иногда требуется согласие обеих сторон¹⁷.

42. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что право или законное ожидание инвестора может считаться вступившим в силу лишь с момента согласия инвестора на предложенную в инвестиционном договоре арбитражную процедуру, который во многих случаях совпадает с моментом подачи инвестором своего иска.

3. Возможные действия государств в отношении будущих договоров

- i) *Согласие государств – участников международных инвестиционных договоров*

43. По поводу применения правового стандарта прозрачности к будущим договорам на пятьдесят третьей сессии Рабочей группы отмечалось, что презумпция применения правового стандарта прозрачности могла бы быть установлена таким образом, чтобы это обеспечивало сторонам необходимый уровень определенности в отношении того, применяются ли правила

¹⁷ См., например, Типовой договор Соединенных Штатов Америки о поощрении и взаимной защите инвестиций ("US Model BIT") 2004 года, статья 24 (3) (b) которого гласит, что истец может подать иск "по взаимному согласию истца и ответчика в любой другой арбитражный орган или в соответствии с любыми другими арбитражными правилами"; Соглашение о создании зоны свободной торговли стран АСЕАН, Австралии и Новой Зеландии (ААНЗЗСТ) 2009 года, в статье 21 (1) которого говорится: "в случае согласия сторон в споре – в любой другой арбитражный орган или в соответствии с любыми другими арбитражными правилами", а также Соглашение между Японией и Мексиканскими Соединенными Штатами об укреплении экономического партнерства, подписанное в 2004 году ("Японско-мексиканская ЗСТ"), в статье 79 (1) (d) которого сказано: "в случае согласия сторон в споре – в любой арбитраж в соответствии с другими арбитражными правилами".

прозрачности в рамках данного арбитражного разбирательства (A/CN.9/712, пункты 82-84).

44. В связи с этим Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что применение правового стандарта прозрачности к будущим инвестиционным договорам не может быть автоматическим. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы было сочтено важным, чтобы положения о применении правил прозрачности к будущим международным договорам были ясными и предусматривали необходимый уровень определенности в отношении того, согласны ли государства-участники принять такой стандарт в рамках арбитражного процесса (A/CN.9/712, пункт 84).

ii) Возможные варианты применения правового стандарта прозрачности к будущим договорам

45. Согласие государств на применение правового стандарта прозрачности может быть выражено либо в форме принятия государствами конвенции о прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров (см. пункты 23-25 выше), либо, если такая конвенция заключена не будет, – путем включения в международные инвестиционные договоры положений о прозрачности, основанных на типовых формулировках (см. пункты 13 и 14 выше), либо в форме ссылки на отдельный свод правил прозрачности (см. пункты 16-21 выше).

46. В случае если правовой стандарт прозрачности будет сформулирован в виде отдельных правил, один из возможных подходов будет состоять в том, чтобы этот правовой стандарт прозрачности применялся только в случаях, когда государства – участники инвестиционного договора прямо выразили свое намерение использовать прозрачную процедуру арбитража. Отдельные правила прозрачности могли бы включать формулировку примерно следующего содержания: "правила прозрачности применяются к любому арбитражному разбирательству, возбужденному в рамках ратифицированного в дальнейшем инвестиционного договора, при условии прямо выраженного согласия Сторон на их применение".

47. Другой возможный подход состоял бы в том, чтобы в правилах прозрачности устанавливалась презумпция их применения в ограниченном контексте арбитражных разбирательств, осуществляемых в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. Формулировка такой презумпции зависела бы от того, как именно эти правила прозрачности дополняли бы собой Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы было предложено включить в отдельные правила прозрачности примерно следующую формулировку: "настоящие правила считаются частью Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ для любого арбитражного разбирательства, возбужденного в соответствии с этим регламентом в рамках ратифицированного в дальнейшем инвестиционного договора, если только в этом договоре прямо не предусмотрено, что эти правила не применяются" (A/CN.9/712, пункт 83).

48. На пятьдесят третьей сессии Рабочей группы была высказана мысль о том, что любое решение, которое может быть применено в отношении будущих

договоров, следует рассматривать в свете его воздействия на уже заключенные инвестиционные договоры (A/CN.9/712, пункт 84).

В. Отношения между принимающим государством и инвестором как сторонами арбитражного разбирательства

49. После того, как государства – участники инвестиционного договора приходят к согласию о применимости соответствующего правового стандарта, этот стандарт становится применимым к спорам между принимающим государством и инвестором. Рассмотрения заслуживают вопросы о том, может ли инвестор отклонить предложение о проведении прозрачного арбитражного разбирательства или принять его лишь частично, а также могут ли обе стороны принять решение о неприменении правил прозрачности.

1. Может ли инвестор отступать от правового стандарта прозрачности?

50. На своей пятьдесят третьей сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли предоставлять инвестору возможность отказаться от предложения проводить арбитражное разбирательство в соответствии с установленным в договоре правовым стандартом прозрачности или позволять ему отступать от положений такого правового стандарта (A/CN.9/712, пункты 30 и 95-96). В связи с этим было отмечено, что, в отличие от коммерческого арбитража, арбитражные разбирательства по спорам между инвесторами и государствами в рамках международных договоров проводятся на основании соответствующего договора между государствами-участниками, что ограничивает для сторон арбитражного разбирательства возможность отступления от подхода, предписанного этим договором.

51. Отмечалось также, что наделение инвестора правом последнего слова в отношении применения правового стандарта прозрачности поставит инвестора в неоправданно привилегированное положение, приведет к уменьшению прозрачности и будет противоречить мандату Комиссии о повышении прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, проводимых на основе международных договоров. Вместе с тем было указано, что в целях обеспечения равенства сторон в рамках арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами было бы, возможно, целесообразным предусмотреть для инвестора право на выражение своего мнения в отношении предложения принимающего государства принять участие в прозрачном арбитражном разбирательстве (A/CN.9/712, пункт 96).

52. В этой связи было предложено придать некоторым положениям стандарта прозрачности характер, не допускающий отступлений, и оговорить по каждому положению, какое из них допускает отступления, а какое – нет (A/CN.9/712, пункт 98). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть требующий концептуального решения вопрос о том, должна ли невозможность отступлений от всех или от некоторых положений такого правового стандарта быть оговорена в самом этом стандарте или же в инвестиционном договоре, к которому он применяется.

2. Могут ли стороны в споре отступать от правового стандарта прозрачности?

53. Рабочая группа далее обсудила вопрос о том, следует ли дать сторонам в споре возможность отступать от правового стандарта прозрачности. Как отмечалось выше, сам международный договор может допускать или не допускать такие отступления в зависимости от того, что в нем говорится о применении правового стандарта прозрачности. Если договор таких отступлений не допускает, то принимающее государство, являясь стороной арбитражного разбирательства, не может в одностороннем порядке отступать от положений договора.
