



Генеральная Ассамблея

Distr.: General

12 June 2008

Original: Arabic/Chinese/English/
French/Russian/Spanish

Комиссия Организации Объединенных Наций

по праву международной торговли

Сорок первая сессия

Нью-Йорк, 16 июня – 3 июля 2008 года

Урегулирование коммерческих споров

Пересмотр Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ

Замечания правительства Канады

Записка Секретариата*

I. Введение

1. Рабочая группа II (Арбитраж) на своей сорок восьмой сессии (Нью-Йорк, 4-8 февраля 2008 года) решила запросить рекомендации Комиссии по вопросу о том, следует ли ей после завершения нынешней работы над Регламентом перейти к более углубленному рассмотрению особенностей арбитражных разбирательств, проводимых на основе международных договоров, и, если такое решение будет принято, в какой форме должна проводиться такая работа (A/CN.9/646, пункт 69). Ожидается, что Комиссия представит такие рекомендации на ее сорок первой сессии. В рамках подготовки к обсуждениям этого вопроса в Комиссии правительство Канады представило 13 июня 2008 года свои замечания. Текст этих замечаний воспроизводится в приложении к настоящей записке в том виде, в каком он был получен Секретариатом.

* Настоящий документ был представлен с опозданием в связи с тем, что он содержит замечания, полученные 13 июня 2008 года.



Приложение

Позиция Правительства Канады в отношении необходимости повысить степень прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами

I. Введение

1. После получения докладов о работе сорок пятой и сорок шестой сессий Рабочей группы по арбитражу и согласительной процедуре ("Рабочая группа") "Комиссия отметила, что на будущих сессиях Рабочей группе ещё предстоит рассмотреть вопрос о том, в какой степени пересмотренный Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ должен учитывать вопросы, касающиеся споров между инвесторами и государствами или арбитражного разбирательства под эгидой соответствующих учреждений"¹. В соответствии с этим мандатом Рабочая группа приступила на своей сорок восьмой сессии к обсуждению того, как осуществить пересмотр Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ ("Регламент") в целях решения вопросов, касающихся урегулирования споров между инвесторами и государствами. В частности, Рабочая группа рассмотрела необходимость в повышении прозрачности урегулирования споров между инвесторами и государствами в соответствии с Регламентом в свете общественных интересов, которые часто ставятся на карту в процессе такого урегулирования. К окончанию сессии стало ясно, что большинство государств Рабочей группы считают важным, чтобы урегулирование споров между инвесторами и государствами было открытым и прозрачным.

2. В своем докладе Рабочая группа заявила, что она "запросила рекомендации Комиссии по вопросу о том, следует ли ей после завершения нынешней работы над Регламентом перейти к более углубленному рассмотрению особенностей арбитражных разбирательств, проводимых на основе международных договоров, и, если такое решение будет принято, в какой форме должна проводиться такая работа"².

II. Работа по усилению прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами должна начаться немедленно

3. "Ожидалось, что Рабочая группа завершит свою работу в такой срок, что окончательный обзор и принятие пересмотренного Регламента будут проведены

¹ Генеральная Ассамблея ООН, Доклад Комиссии ООН по праву международной торговли и работе ее сороковой сессии, документ ООН A/62/17 (Часть I), пункт 175 (23 июля 2007 года) ("Доклад о работе сороковой сессии ЮНСИТРАЛ").

² Комиссия ООН по праву международной торговли, Доклад Рабочей группы по арбитражу и согласительной процедуре о работе ее сорок восьмой сессии, документ ООН A/CN.9/646, пункт 69 (29 февраля 2008 года) ("Доклад РГ II о работе сорок восьмой сессии").

не позднее чем на сорок второй сессии Комиссии в 2009 году"³. Канада считает, что самое подходящее время для пересмотра Регламента в целях поощрения прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами не "после завершения" этой работы, а в процессе её осуществления. Улучшения, необходимые для усиления прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, довольно просты и незамысловаты. Их можно внести в виде изменений отдельных правил или в форме краткого Приложения. Ввиду их простоты Канада считает, что Рабочая группа располагает достаточным сроком как для работы над прозрачностью арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами, так и для своевременного завершения своей работы до сорок второй сессии Комиссии.

4. Однако, если не удастся достигнуть консенсуса по вопросу включения таких изменений в текущую работу Рабочей группы, Канада обращается к Комиссии с просьбой о предоставлении Рабочей группе ясного и четкого мандата на разработку изменений в целях усиления прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами немедленно по завершении ее текущей работы с целью скорейшего предоставления последней в распоряжение Комиссии. Отказ от предоставления такого мандата явится по меньшей мере тревожным сигналом для международной общественности.

5. Одна из причин, по которым популярность и использование Регламента возросли за последние 30 лет, — это влияние, которым пользуется в международном сообществе печать одобрения Генеральной Ассамблеи ООН⁴. К такому авторитету надо относиться со всей серьезностью. Отказ Комиссии послать недвусмысленный сигнал о том, что она поддерживает модернизацию Регламента с целью включения в него положений о прозрачности арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами будет истолкован Государствами как фактическое выступление в пользу проведения таких разбирательств при закрытых дверях во избежание участия и пристального внимания общественности. Комиссия должна испытывать отвращение к принятию свода норм, создающего климат секретности и отвергающего подотчетность обществу, даже не обязав Рабочую группу немедленно разработать процедуру для предоставления общественности доступа к арбитражным разбирательствам по спорам между инвесторами и государствами.

III. Интересы общественности в арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами требуют повышенной прозрачности

6. Нынешний Регламент был принят ЮНСИТРАЛ и рекомендован к использованию Генеральной Ассамблеей ООН в 1976 году — более 30 лет тому назад. Регламент был подготовлен в первую очередь для коммерческих

³ Доклад о работе сороковой сессии ЮНСИТРАЛ, пункт 176.

⁴ Paulsson, J. & Petrochilos, G., *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules* [Пересмотр Регламента ЮНСИТРАЛ], пункт 6, находится на сайте http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf ("Paulsson/Petrochilos Report" ["Доклад Паулссона и Петрокилоса"]).

арбитражных разбирательств⁵. С этой целью Резолюция Генеральной Ассамблеи, рекомендовавшая использование Регламента, признавала "ценность арбитража как метода урегулирования споров, возникающих в контексте *международных торговых отношений*"⁶. (курсив наш).

7. За тридцать лет, прошедших со времени принятия Регламента, его использование вышло далеко за пределы, первоначально задуманные его составителями. В частности, Регламент стал по меньшей мере вторым наиболее часто используемым сводом норм в случае урегулирования споров между инвесторами и государствами⁷. Такое использование Регламента не было предусмотрено его составителями, и оно является одной из главных причин необходимости в его пересмотре⁸.

8. Интересы, затронутые арбитражным урегулированием споров между инвесторами и государствами, существенно отличаются от интересов, затронутых в коммерческих арбитражных разбирательствах, особенно в тех случаях, когда они возбуждаются на основе договора. Инвестиционный арбитраж часто затрагивает интересы общества и государственную политику в таких аспектах, которые просто не существуют в коммерческом арбитраже. В частности, инвестиционный договор — это документ публичного международного права, который заключается между суверенными государствами, и поэтому, когда возникает спор на его основе, всё международное сообщество глубоко заинтересовано в том, каким образом это спор будет разрешен. Такое арбитражное решение может исполнять важную функцию юридического просвещения, поскольку оно содействует пониманию как инвесторами, так и государствами того, каким образом истолковываются определенные положения, а также ориентирует на будущее.

9. Арбитражное урегулирование споров между инвесторами и государствами также затрагивает интересы граждан и жителей вовлеченного в спор Государства. Споры на основе инвестиционных договоров часто затрагивают такие влияющие на государственную политику нормы, как законодательства в области налогообложения, окружающей среды, здравоохранения и природных ресурсов. Более того, защита любого иска и выплата любой компенсации в конечном итоге оплачиваются из общественных фондов. Как объясняет при обсуждении арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами в своем недавнем докладе Совету по правам человека профессор Джон Рагги, Специальный представитель Генерального секретаря ООН по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях, "когда дело касается прав человека и других общественных интересов, руководящим принципом должна быть прозрачность без причинения ущерба правомерной коммерческой конфиденциальности"⁹.

⁵ Доклад РГ II о работе сорок восьмой сессии, пункт 58.

⁶ Генеральная Ассамблея ООН. *Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли*, документ ООН A/Res/31/98 (15 декабря 1976 года).

⁷ Доклад РГ II о работе сорок восьмой сессии, пункт 58.

⁸ См. Доклад Паулссона и Петрокилоса, пункты 4-6.

⁹ Human Rights Council [Совет по правам человека], *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Advance Edited Version* [Защитить, уважать и исправлять: основы для предпринимательства и прав человека. Предварительная отредактированная версия], Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human

IV. Другие арбитражные регламенты и инвестиционные договоры уже предоставляют высокую степень прозрачности

10. Цель текущей работы — обновить Регламент, учесть эволюцию его применения за последние тридцать лет и сделать так, чтобы он выдержал проверку временем в течение последующих тридцати лет. Отказ от пересмотра Регламента в целях усиления прозрачности арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами приведет к его отставанию от современной практики. Несмотря на то, что некоторые коммерческие арбитражные учреждения предпочитают сохранять презумпцию конфиденциальности, практика арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами развивается в направлении большей прозрачности и открытости.

11. Сфера арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами уже вышла из младенческого возраста. Конвенция МЦУИС вошла в силу 14 октября 1966 года, а инвестиционные договоры содержат положения по урегулированию споров между инвесторами и государствами уже более сорока лет¹⁰. Число инвестиционных договоров за последние четыре десятилетия возросло и превысило 1500 к 1997 году и 2500 к 2007¹¹. Обзор современной практики урегулирования споров свидетельствует о том, что эта сфера совершенствуется, особенно в отношении прозрачности арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами.

12. Регламент МЦУИС всегда требовал, чтобы Секретариат МЦУИС публично объявлял о проведении арбитражного разбирательства по спору между инвестором и государством в соответствии с Регламентом МЦУИС или его Правилами дополнительной процедуры¹². Этот Регламент также всегда разрешал любой стороне обнародовать арбитражное решение по своей собственной инициативе¹³. В 2006 году МЦУИС внес поправки в свой Регламент с тем, чтобы

rights and transnational corporations and other business enterprises [Доклад специального представителя Генерального секретаря ООН по вопросу о правах человека и транснациональных корпораций и других предприятиях], John Ruggie [Джон Ругги], U.N. Doc. A/HRC/8/5, пункт 37 (7 апреля 2008 года) на сайте <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/A-HRC-8-5.doc>.

¹⁰ U.N. Conference on Trade and Development [Конференция ООН по торговле и развитию], *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rule Making* [Урегулирование споров между инвесторами и государствами; влияние на разработку инвестиционного регламента], U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, пункт 1 (2007) на сайте http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf.

¹¹ Там же, пункт 3.

¹² Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, *Административные и финансовые правила*, правило 22 (10 апреля 2006 года) на сайте <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> ("Генеральный секретарь публикует должным образом информацию о деятельности Центра, включая регистрацию всех заявлений о согласительных процедурах или арбитражных разбирательствах, а также, в должное время, указание на дату и метод завершения каждого дела".)

¹³ Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, *Правила процедуры арбитражных разбирательств*, правило 48(4) (10 апреля 2006 года) на сайте <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> (ограничивая лишь право Центра

позволить более активное участие третьей стороны в форме подачи письменных документов¹⁴, создать презумцию того, что Трибунал может разрешить открытые устные разбирательства¹⁵, а также предоставить более широкий доступ к юридическому обоснованию арбитражного решения даже в тех случаях, когда сами стороны отказываются от обнародования решения¹⁶. Сто сорок три Государства, включая подавляющее большинство Государств Рабочей группы, являются Государствами-Участниками Конвенции МЦУИС. Таким образом, каждое из этих Государств уже признает прозачность в арбитражном урегулировании споров между инвесторами и государствами, когда данный спор подлежит разбирательству по Регламенту МЦУИС.

13. Государства также начинают включать прозачность в новые, а иногда и уже существующие инвестиционные договоры, невзирая на противоположные положения в Регламенте ЮНСИТРАЛ или в других правилах. Например, в 2001 году Комиссия по свободной торговле Северо-американского соглашения о свободной торговле ("КСТ СССТ") опубликовала обязательные Заметки по истолкованию, которые подтвердили приверженность правительств СССТ принципу прозачности вообще и создали презумцию публичного оглашения и открытости¹⁷. В 2003 году КСТ СССТ сделала заявление, разъясняя дискреционное право Арбитражного суда принимать представления от третьих сторон¹⁸. Наконец, в 2004 году КСТ СССТ вновь подтвердила приверженность участников СССТ прозачности и приветствовала выраженную Мексикой поддержку открытых разбирательств¹⁹.

14. Аналогичным образом, нынешнее Типовое соглашение о защите и поощрении иностранных инвестиций, разработанное Канадой, разрешает допуск общественности к арбитражным разбирательствам и заявлениям, а также принятие Абитражным судом заявлений от третьих сторон²⁰. Соединенные Штаты использовали сходный подход в своем Типовом двустороннем

обнародовать арбитражное решение без согласия обеих сторон) ("Арбитражный регламент МЦУИС"); Schreuer, C., *The ICSID Convention: A Commentary* [Конвенция МЦУИС: комментарий], пункт 822 (2001) (Конвенция и регламент МЦУИС "не запрещают сторонам предавать арбитражное решение гласности").

¹⁴ Арбитражный регламент МЦУИС, правило 37.

¹⁵ Арбитражный регламент МЦУИС, правило 32(2).

¹⁶ Арбитражный регламент МЦУИС, правило 48(4).

¹⁷ NAFTA Free Trade Commission [Комиссия по свободной торговле СССТ], *Notes of Interpretation of Certain Chapter Eleven Provisions* [Заметки по истолкованию некоторых положений главы II] (31 июля 2001 года) на сайте <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interp.aspx?lang=en>.

¹⁸ Комиссия по свободной торговле СССТ, *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation* [Заявление Комиссии по свободной торговле по вопросу участия не участвующей в споре стороны] (7 октября 2003) на сайте <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/Nondisputing-en.pdf>.

¹⁹ Комиссия по свободной торговле СССТ, *2004 NAFTA Commission Meeting: Joint Statement* [Заседание Комиссии СССТ 2004 года: совместное заявление] (16 июля 2004) на сайте <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/JS-SanAntonio.aspx?lang=en>.

²⁰ См. например Canadian Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement [Канадское типовое соглашение по защите и поощрению иностранных инвестиций], статья 38 (2004) на сайте <http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/2004-FIPA-model-en.pdf>.

инвестиционном договоре 2004 года²¹ и в недавних соглашениях о зоне свободной торговли с Чили, Сингапуром, Центральной Америкой - Доминиканской Республикой и Марокко. Далее, в мае 2007 года 19 стран-участниц Общего рынка Восточной и Южной Африки подписали инвестиционный договор, обеспечивающий полную прозрачность арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами²².

15. Хотя Государства начинают включать конкретные положения в договоры в качестве противодействия направленным против прозрачности положениям Регламента ЮНСИТРАЛ, такое решение проблемы нежелательно, если Комиссия хочет обеспечить непреходящую значимость Регламента в арбитражном урегулировании споров между инвесторами и государствами. Далее, пересматривать тысячи существующих двусторонних инвестиционных договоров нецелесообразно. Эти договоры часто дают инвестору право выбирать между Регламентом МЦУИС и Регламентом ЮНСИТРАЛ. В свете важных общественных интересов, затрагиваемых в таких случаях, Комиссия должна выступать против передачи инвесторам права принуждать к проведению арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами в условиях секретности.

V. Повысить степень прозрачности в Регламенте несложно

16. Канада считает, что создание презумции открытости и прозрачности урегулирования споров между инвесторами и государствами в Регламенте может быть достигнуто или простым изменением нескольких отдельных правил или добавлением Приложения. Эти изменения очень мало повлияют на структуру, дух и стиль составления Регламента и не окажут никакого влияния на Регламент в плане коммерческих арбитражных разбирательств на основе контрактов или между частными сторонами

17. Предлагаемые добавления к Регламенту должны стремиться к достижению пяти целей: 1) информировать общественность о возбуждении арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами; 2) разрешить третьим сторонам подавать заявления в Арбитражный суд в тех случаях, когда такие заявления являются полезными и актуальными, не вызывают чрезмерной задержки хода разбирательства, не препятствуют ему и не увеличивают бремя расходов; 3) разрешить открытые разбирательства; 4) сделать решения арбитражного суда достоянием общественности; а также 5) сохранить существующее право арбитражного трибунала разрешать закрытые разбирательства и ограничивать доступ к документам или их частям, когда это необходимо в целях защиты конфиденциальной деловой информации и (или)

²¹ Типовой двусторонний инвестиционный договор США (2004 года), статья 29 на сайте http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf.

²² Общий рынок Восточной и Южной Африки, "Инвестиционное соглашение об общей инвестиционной зоне", статья 28(5)-(8) (3 мая 2007 года) на сайте http://www.comesa.int/investment/regimes/investment_area/Folder.2007-11-06.4315/Multi-language_content.2007-11-07.1023/en. Девятнадцать стран-участниц: Бурунди, Коморские острова, Демократическая Республика Конго, Джибути, Египет, Эритрея, Эфиопия, Кения, Ливия, Мадагаскар, Малави, Маврикий, Руанда, Сейшельские острова, Судан, Свазиленд, Уганда, Замбия и Зимбабве.

такой информации, которая является привилегированной или защищенной от разглашения согласно национальному законодательству участвующего в споре Государства. То, что все эти цели могут быть достигнуты одновременно подтверждается нынешней арбитражной практикой. Арбитражные суды по урегулированию споров между инвесторами и государствами уже накопили богатый опыт по защите конфиденциальной и привилегированной информации в контексте открытых и прозрачных разбирательств. Например, арбитражные комитеты СССТ часто издают приказы о конфиденциальности с занесением в производство, что позволяет сторонам редактировать конфиденциальную информацию до публикации документов и разрешает комитету при необходимости закрывать доступ к разбирательствам, которые во всех других отношениях являются публичными.

18. Хотя текст необходимых изменений остается предметом переговоров в рамках Рабочей группы, стоит заметить, что эти изменения могут быть весьма скромными и простыми. Любую озабоченность по поводу того, что текст изменений каким-либо образом приведет к оспариванию юрисдикции или к лишним сложностям в таких вопросах, как "зонтичные" статьи и ретроактивное применение, можно преодолеть и решить в рамках Рабочей группы. Далее, ввиду ограниченного масштаба необходимых изменений, можно не сомневаться, что Рабочая группа сможет эффективно решить любые вопросы такого рода.

VI. Заключение

19. Тот факт, что Регламент успешно применяется в течение последних 30 лет, еще не гарантирует его успех на последующие три десятилетия. Чем больше Регламент будет отставать от современной практики, тем менее актуальным он будет становиться с течением времени. Комиссия должна гарантировать, что этого не случится путем предоставления Рабочей группе соответствующих инструкций.

20. Делом первостепенной важности по завершении текущей работы Рабочей группы должно быть, как минимум, получение четкого мандата для разработки изменений, необходимых для повышения степени прозрачности Регламента применительно к арбитражному урегулированию споров между инвесторами и государствами. В конечном итоге, отказ от немедленного включения, при первой же возможности, положений, повышающих степень прозрачности, создаст впечатление, что Организация Объединенных Наций одобряет отсутствие прозрачности в арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами. Такое фактическое одобрение секретности арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами противоречило бы основополагающим принципам благого правительства и прав человека, на которых зиждется Организация Объединенных Наций.