



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
17 January 2023
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами и государствами)
Пятьдесят пятая сессия
Нью-Йорк, 27–31 марта 2023 года**

Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)

Проект руководящих принципов медиации по инвестиционным спорам

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение.	2
Проект руководящих принципов медиации по инвестиционным спорам.	3
А. Цель	3
В. Доступность медиации для разрешения инвестиционных споров.	3
С. Целесообразность применения медиации для разрешения инвестиционного спора	3
Д. Согласие на медиацию.	4
Е. Целесообразность и продолжительность медиации.	4
Ф. Правила медиации	5
Г. Роль учреждений	6
Н. Роль, квалификация и назначение медиатора	6
И. Роль сторон и других участников медиации	8
Ж. Проведение медиации по инвестиционному спору	9
К. Режим обмена информацией: ненанесение ущерба, конфиденциальность и обязательное раскрытие информации	11
Л. Мировое соглашение	12
М. Содействие более широкому применению медиации.	13



Введение

1. На тридцать девятой сессии в октябре 2020 года было предложено разработать руководящие принципы для побуждения сторон в споре и третейских судов к активному изучению возможностей применения медиации ([A/CN.9/1044](#), п. 30). В этой связи было подчеркнуто, что механизмы, поощряющие применение альтернативных арбитражу методов урегулирования споров, должны быть разработаны таким образом, чтобы обеспечить их соответствие нормам эффективного управления, в частности, как они отражены в цели 16 в области устойчивого развития (Мир, правосудие и эффективные институты) ([A/CN.9/1044](#), п. 31).
2. На сорок третьей сессии в сентябре 2022 года Рабочая группа рассмотрела документ [A/CN.9/WG.III/WP.218](#), содержащий проект руководящих принципов медиации по инвестиционным спорам («руководящие принципы»). На этой сессии широкую поддержку получило предложение о подготовке руководящих принципов, которые могут стать полезным образовательным и справочным ресурсом для содействия более широкому применению медиации ([A/CN.9/1124](#), п. 173).
3. В приложении к настоящей записке изложен пересмотренный вариант руководящих принципов, подготовленный с учетом обсуждений на сорок третьей сессии ([A/CN.9/1124](#), пп. 173–200). По просьбе Рабочей группы основное внимание в Руководящих принципах сосредоточено на потребностях государств и сложностях, с которыми они сталкиваются при использовании процедуры медиации ([A/CN.9/1124](#), п. 199). При этом руководящие принципы оформлены как самостоятельный текст, отдельный от проекта положений о медиации, содержащегося в документе [A/CN.9/WG.III/WP.226](#) ([A/CN.9/1124](#), п. 173).
4. После рассмотрения приложения Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы о том, в каком виде следует представить руководящие принципы, и в том числе какое название им дать. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об изложении руководящих принципов, например, в виде «Комментариев ЮНСИТРАЛ по использованию медиации для разрешения инвестиционных споров», увязав их таким образом с Комментариями ЮНСИТРАЛ по медиации (2021 год) — пояснительным текстом по организации процедур медиации в целом, содержащим аннотированный перечень вопросов, которые могут возникать в рамках медиации.

Приложение

Проект руководящих принципов медиации по инвестиционным спорам

А. Цель

1. Руководящие принципы медиации по инвестиционным спорам («Руководящие принципы») имеют целью разъяснить возможности применения медиации для разрешения инвестиционных споров. Руководящие принципы не столько преследуют цель способствовать продвижению какой-либо передовой практики, сколько перечислить и кратко осветить вопросы, которые требуется принимать во внимание при проведении медиации по инвестиционным спорам. В силу гибкого характера медиации ее процедуры, виды практики и методы, ведущие стороны к разрешению споров, могут различаться. Цель Руководящих принципов — помочь государствам понять различные аспекты медиации для разрешения инвестиционных споров, нюансы этой процедуры и возможные преимущества. Руководящие принципы не имеют обязательной силы для сторон и носят чисто пояснительный характер.

В. Доступность медиации для разрешения инвестиционных споров

2. Медиация представляет собой гибкую неофициальную процедуру, в рамках которой третье лицо («медиатор») помогает сторонам в проведении переговоров с целью дружественного урегулирования спорных вопросов. Она является эффективным инструментом разрешения инвестиционных споров благодаря участию медиатора, который помогает структурировать и облегчить диалог между инвесторами и государственными должностными лицами. Медиация позволяет сторонам контролировать процесс, достигать приемлемый для них результат и сохранять свои отношения. Кроме того, участие медиатора обеспечивает необходимые гарантии соблюдения надлежащей правовой процедуры, что важно, поскольку общественность может подвергнуть результаты переговоров тщательной проверке или оспорить их. В случаях, когда наиболее подходящим способом разрешения спора считаются переговоры между сторонами, медиация может оказаться полезной как форма переговоров, проводимых при участии или содействии помощника.

С. Целесообразность применения медиации для разрешения инвестиционного спора

3. При рассмотрении целесообразности проведения медиации для урегулирования любого спорного вопроса или конфликта, возникшего в связи с инвестиционным проектом, необходимо учитывать следующие моменты:

- а) желательность сохранения доброжелательных отношений между сторонами в том числе с целью удержания вложенных и привлечения новых инвестиций в будущем;
- б) готовность сторон к диалогу или переговорам и изучению позиций других сторон;
- в) количество вовлеченных в спор сторон, в том числе имеющих потенциально разные интересы;
- г) желательность разрешения спора в сжатые сроки и с минимальными затратами;

- е) характер спора и послужившие его причиной требования (A/CN.9/1124, п. 174);
- ф) сложность спорных вопросов и срочность их решения;
- г) польза уточнения спорных вопросов для сторон;
- h) желательность привлечения к участию третьей стороны;
- і) желательность сохранения сторонами контроля над процессом урегулирования и его конечным результатом;
- ј) желательность нахождения индивидуального творческого решения; и
- к) бюджетные и финансовые последствия соблюдения любого мирового соглашения.

4. Вышеприведенный список может помочь сторонам оценить целесообразность проведения медиации для разрешения того или иного спорного вопроса или спора, но необязательно учитывать все перечисленные в нем аспекты. Целесообразность проведения медиации может по-разному оцениваться каждой из сторон. Некоторые стороны могут считать, что медиацию уместно проводить на ранних стадиях, например до того, как спорный вопрос перерос в спор, тогда как другие могут склоняться к тому, что ее целесообразнее начинать после открытия арбитражного или судебного разбирательства или на более поздней стадии таких разбирательств (например, после обмена письменными заявлениями или проведения слушания).

D. Согласие на медиацию

5. Медиация представляет собой добровольную процедуру, проводимую с согласия сторон. Государства могут выразить свое согласие на медиацию в тексте международных инвестиционных договоров¹, инвестиционных контрактов или во внутреннем законодательстве. Согласие может быть выражено в тексте оговорки о многоуровневом урегулировании споров, которая предусматривает, что при возникновении спора стороны обязаны предпринять определенные шаги, например попытаться провести медиацию, прежде чем обращаться в арбитраж.

6. Согласие на медиацию необязательно должно быть выражено до возникновения спора. Сторона, желающая провести медиацию, может направить другой стороне предложение о медиации, которое может включать, например, краткое изложение предмета спора, копию документов, в связи с которыми возник спор, указание возможной основы для медиации, правила, которые будут применяться, и срок для принятия предложения.

7. Иногда стороны обязаны принять участие в медиации до начала арбитражного или судебного разбирательства. Однако, поскольку это добровольная процедура, они, как правило, вправе прервать ее в любой момент. Некоторые правила медиации и международные договоры предусматривают, что процедура медиации, если она уже начата, должна продолжаться в течение определенного периода времени или до наступления определенного этапа в ходе разбирательства (A/CN.9/1124, п. 177)².

E. Момент начала и продолжительность медиации

8. В зависимости от изменения обстоятельств медиация может подходить для урегулирования спора в большей или меньшей степени, но ею все же можно воспользоваться в любой момент времени — на этапе возникновения претензии,

¹ См. анализ договорной практики в документе A/CN.9/WG.III/WP.217, пп. 6–10.

² Например, статья 9(4) Правил МАЮ требует участия сторон в совещании по порядку проведения медиации.

прежде чем спор примет конкретную форму, до начала любой другой процедуры разрешения спора, а также во время и после начала такой процедуры (например, в отношении исполнения арбитражного решения). Поэтому эта процедура может использоваться на любом этапе инвестиционной деятельности, независимо от того, в какой момент возникают спорные вопросы или конфликты. В инвестиционных договорах и контрактах может быть указан срок, в течение которого сторонам предлагается достичь дружественного урегулирования (так называемый период «обдумывания»). В некоторых случаях истечение периода обдумывания является одним из условий возбуждения арбитражного разбирательства.

9. Если медиация проводится на этапе возникновения претензии, то спор как таковой, возможно, еще окончательно не оформился. С помощью медиации могут быть разрешены некоторые из основных вопросов, что может способствовать деэскалации спора или сужению его сферы охвата. В целом найти взаимоприемлемое творческое решение может быть проще в случае проведения медиации на ранних этапах перед тем, как стороны займут состязательные позиции.

[Примечание для Рабочей группы. В предыдущем варианте проекта руководящих принципов содержался график с указанием того, в какой момент времени можно воспользоваться медиацией. Однако составить такой график, который отражал бы разные ситуации и разные соображения сторон, слишком сложно. Поэтому график был исключен (A/CN.9/1124, п. 176)].

10. Когда стороны соглашаются на медиацию, они могут пожелать установить срок, в течение которого они будут участвовать в медиации. Такой срок не должен быть слишком коротким и должен быть достаточным для проведения медиации эффективным и упорядоченным образом (например, шесть месяцев).

Г. Правила медиации

11. Когда стороны выражают свое согласие или соглашаются на медиацию, они также могут договориться о своде правил, который будет применяться к процедуре медиации. В качестве примеров правил, предназначенных непосредственно для разрешения инвестиционных споров, можно привести Правила медиации Международного центра по урегулированию инвестиционных споров в редакции 2022 года (Правила медиации МЦУИС)³ и Правила медиации между инвесторами и государствами Международной ассоциации юристов в редакции 2012 года (Правила МАЮ). Стороны могут также сослаться на общие Правила медиации ЮНСИТРАЛ, принятые в 2021 году⁴, или на любые другие правила медиации, соответствующие международным стандартам (A/CN.9/1124, п. 179). Ссылка на такие правила может быть включена в текст согласия сторон на медиацию (см. пп. 5–6 выше). Свод правил обеспечит основу для медиации, которая позволит избежать пробелов в процедуре и в то же время предоставит сторонам достаточно свободы для организации процедуры согласно своим потребностям. Однако, если такие правила или соглашение сторон противоречат положениям законодательства, примененного к медиации, от которого стороны не могут отступить, преимущественную силу будут иметь положения примененного законодательства (A/CN.9/1124, п. 179)⁵.

³ См. по адресу https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation.pdf.

⁴ Текст размещен по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01369_mediation_rules_ebook_1.pdf.

⁵ См. Правила медиации ЮНСИТРАЛ, статья 1(5); Правила медиации МЦУИС, правило 3(3); Правила МАЮ, статья 1(3).

Г. Роль учреждений

12. Как одна из форма переговоров с участием посредника, медиация может проводиться при административной поддержке учреждений, созданных для целей разрешения инвестиционных споров или оказания поддержки государствам в рассмотрении таких споров, или без нее.

13. Поддержка, предлагаемая учреждениями, предусматривает, например: i) консультирование по процедурным аспектам; ii) помощь в обмене сообщениями с другой стороной, включая передачу предложения о проведении медиации; iii) определение резерва медиаторов и помощь в их отборе и назначении (A/CN.9/1124, п. 180); iv) помощь в решении материально-технических вопросов, связанных с медиацией, включая организацию очных и дистанционных совещаний, а также принятие мер по обеспечению защиты данных и кибербезопасности; v) предоставление услуг по управлению финансовыми аспектами медиации (например, запрос, хранение и обработка авансовых платежей, вносимых сторонами на покрытие расходов на медиацию, выплату вознаграждения медиатору и возмещение издержек); и vi) выдачу документа, удостоверяющего факт проведения медиации⁶. Такие учреждения могут также информировать о доступности услуг медиации, предоставлять общую информацию и проводить мероприятия по наращиванию потенциала для заинтересованных сторон и потенциальных медиаторов (A/CN.9/1124, п. 180).

Н. Роль, квалификация и назначение медиатора

1. Роль медиатора

14. Медиатор выступает посредником в переговорах сторон и помогает им прийти к взаимоприемлемому решению. Таким образом, медиатор не выносит решения относительно того, как должен быть разрешен спор, а лишь помогает сторонам самостоятельно решить спорные вопросы путем переговоров. Медиатор создает нейтральную обстановку для проведения сторонами обсуждения, выхода из тупиковых ситуаций и выработки решения.

15. Медиатору следует в целом воздерживаться от принятия решений или предложения какого-либо решения для урегулирования спора. Медиатору также не следует высказывать суждений о предшествующем поведении сторон, которое привело к возникновению спора, и не следует давать сторонам юридические консультации. Вместе с тем он может помочь сторонам оценить сильные и слабые стороны своих доводов путем сверки с реальностью и оценки рисков.

2. Квалификация и другие требования к медиатору

16. С учетом вышеупомянутой роли медиатор должен быть опытным специалистом, обладающим признанной квалификацией в области проведения медиации. Медиатор должен обладать опытом использования различных средств коммуникации и владеть разными стилями ведения переговоров, а также уметь использовать инструменты, позволяющие облегчить сторонам поиск взаимоприемлемых решений. Медиатор должен уметь принимать во внимание потребности, интересы, опасения, сдерживающие факторы и мотивы всех сторон.

⁶ Такой удостоверяющий документ может оказать сторонам помощь в приведении в исполнение мирового соглашения в соответствии с Конвенцией Организации Объединенных Наций о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации («Сингапурская конвенция») или других требований инвестиционных договоров (например, в качестве доказательства проведения медиации до обращения в арбитраж).

17. *Компетентность.* Медиатор должен обладать среди прочего следующими опытом и профессиональными качествами (A/CN.9/1124, пп. 181 и 183)⁷:

- a) практический опыт работы в качестве медиатора и способность эффективно проводить медиацию;
- b) наличие подготовки в области медиации, включая аттестат медиатора;
- c) опыт работы в государственном аппарате или государственных учреждениях либо сотрудничества с ними;
- d) практический опыт работы в разных форматах урегулирования споров с участием государственного аппарата или государственных учреждений;
- e) квалификация в области инвестиционного права или в соответствующем секторе (см. п. 20 ниже);
- f) понимание контекста и подоплеку спора между инвестором и государством, в том числе экономических, правовых, социокультурных аспектов;
- g) знание одного или нескольких языков для эффективного общения со сторонами и понимания рассматриваемых вопросов.

18. *Беспристрастность и независимость.* Медиатор должен быть беспристрастным и независимым, поскольку процедура медиации, а также ее результаты могут являться предметом повышенного общественного внимания⁸. Поэтому медиатору следует раскрывать сторонам соответствующую информацию о наличии любой коллизии интересов⁹.

19. *Гражданство.* Гражданство медиатора также может являться фактором, который необходимо принимать во внимание. Например, возможно, будет целесообразным во избежание возникновения впечатления о предвзятости выбрать медиатора, не имеющего такого же гражданства, которое имеют стороны. Однако, если одна из сторон сочтет необходимым, чтобы медиатор был знаком с ее языком, обычаями и культурой, то можно назначить медиатора, имеющего такое же гражданство, в том числе в качестве сомедиатора (см. п. 22 ниже).

20. Наличие квалификации и знаний в области инвестиционного права может оказаться полезным при оценке сильных и слабых сторон позиций участников спора, однако такая юридическая квалификация необязательно является основным профессиональным качеством при медиации по инвестиционным спорам, если учесть, что основная задача медиатора заключается в содействии переговорам между сторонами. Если в ходе медиации потребуются юридическое заключение, то в помощь медиатору может быть назначен эксперт по правовым вопросам, а законные представители сторон могут предоставить своим клиентам правовую оценку спора или любого предложенного решения (см. п. 26 ниже).

3. Назначение медиатора

21. Медиатор обычно назначается сторонами¹⁰. Стороны могут договориться о кандидатуре медиатора или о процедуре назначения, которая может предусматривать участие какого-либо учреждения или другого лица¹¹. Согласно некоторым сводам правил, если стороны не назначили медиатора или не могут

⁷ См. перечень профессиональных качеств, например, в добавлении В к Правилам МАЮ, Руководстве Секретариата Энергетической хартии по проведению медиации по инвестиционным спорам 2016 года и Критериях компетентности медиаторов по спорам между инвесторами и государствами 2016 года Международного института посредничества.

⁸ См. Правила медиации МЦУИС, правило 12(1); Правила МАЮ, статья 3.

⁹ См. Правила медиации ЮНСИТРАЛ, статья 3(6); Правила медиации МЦУИС, правило 14(3)(b); Правила МАЮ, статья 3(3) и (4).

¹⁰ Правила медиации ЮНСИТРАЛ, статья 3(2); Правила медиации МЦУИС, правило 13(1), Правила МАЮ, статья 4(5).

¹¹ Правила медиации ЮНСИТРАЛ, статья 3(3); Правила медиации МЦУИС, правило 13(3), Правила МАЮ, статья 4(6).

договориться о его кандидатуре в течение определенного срока, они могут обратиться к учреждению или другому лицу с просьбой произвести назначение¹².

Число медиаторов и сомедиация

22. Стороны вправе договариваться о числе медиаторов и, возможно, пожелают рассмотреть возможность назначения двух медиаторов (так называемая «сомедиация»). Оба медиатора могут быть утверждены сторонами совместно либо могут быть выдвинуты по одному от каждой стороны. Сомедиация требует от медиаторов умения работать в команде для совместного выполнения посреднических функций в рамках переговоров между сторонами. Поскольку медиаторы могут иметь разную профессиональную биографию или специализацию, проведение сомедиации может быть полезно в тех случаях, когда дело касается запутанных споров, и в случаях, когда задействовано большое число участников либо нужно преодолеть культурные барьеры.

23. При рассмотрении кандидатур медиаторов, особенно сомедиаторов, сторонам следует стремиться учитывать географическое разнообразие и гендерную сбалансированность¹³, что позволит облегчить проведение переговоров между сторонами и не допустить возникновения или избавиться от впечатления о предвзятости (A/CN.9/1124, п. 182).

I. Роль сторон и других участников медиации

24. Медиация требует активного участия сторон, без которого ее проведение невозможно. Сторонам необходимо сотрудничать друг с другом и с медиатором в изучении вопросов, являющихся предметом спора, с целью выработки возможных вариантов урегулирования. Обсуждения могут проводиться как совместно со всеми сторонами, так и в ходе отдельных совещаний между медиатором и каждой из сторон. Содействие переговорам путем проведения отдельных совещаний является типичной чертой медиации и позволяет медиатору откровенно обсудить с соответствующими сторонами их интересы и опасения и выработать возможные варианты мирового соглашения.

25. *Состав переговорной группы сторон.* Каждой стороне необходимо определить размер и состав переговорной группы, которая будет принимать участие в процессе медиации. Сторонам желательно обсудить эти аспекты с медиатором в самом начале процедуры медиации. Также было бы важным включить в состав переговорной группы кого-нибудь наделенного полномочиями на заключение мирового соглашения и обеспечить присутствие этого лица на протяжении всей процедуры медиации. Однако, это не всегда возможно, если, например, со стороны государства требуется утверждение или виза министерства, нескольких министерств или кабинета министров, а со стороны инвестора — решение совета директоров или одобрение корпоративного контрольного органа. В любом случае желательно, чтобы хотя бы один из членов переговорной группы имел четкий канал связи с лицом или учреждением, уполномоченным заключить мировое соглашение. Информация о полномочиях на заключение мирового соглашения и порядке его утверждения или визирования должна быть предоставлена медиатору и другим сторонам в самом начале процедуры медиации.

26. *Роль законных представителей.* Роль законных представителей в процедуре медиации отличается от их роли в состязательном производстве. Например, в арбитраже законные представители обычно фокусируют внимание на юридических и фактических доводах с целью убедить в своей позиции третейский суд, с тем чтобы он вынес решение в пользу представляемых ими клиентов. В рамках

¹² Например, к Генеральному секретарю МЦУИС в соответствии с Правилами медиации МЦУИС, правилом 13(4), и Генеральному секретарю Постоянного третейского суда в соответствии с Правилами МАЮ, статьей 4(7).

¹³ См. Правила медиации ЮНСИТРАЛ, статья 3(5).

же медиации законные представители ориентируются на сотрудничество, помогая представляемым ими клиентам определиться со своими интересами и целями и найти решения с расчетом на перспективу (A/CN.9/1124, п. 185). В этом смысле законные представители направляют стороны на протяжении всей процедуры медиации. Законные представители могут также предоставлять юридические консультации (например, информировать стороны о возможности проведения медиации и существующих правилах медиации по инвестиционным спорам), оказывать помощь в реалистичной оценке сильных и слабых сторон позиции стороны по делу, помочь в составлении письменных заявлений, определять относящиеся к делу документы и готовить досье для использования в процессе медиации. Законные представители могут также участвовать в обсуждении процессуальных вопросов, подготовке вступительных заявлений и выработке условий возможного мирового соглашения.

27. В процедуре медиации также могут принимать участие эксперты и не затронутые спором стороны. Их участие может внести положительный вклад в разрешение спора и помочь сторонам найти дружественное решение.

28. *Роль экспертов.* В переговорную группу стороны могут входить профильные эксперты, которые будут консультировать сторону, например, по финансовым вопросам, важным для выработки предложений или условий мирового соглашения. Стороны могут также изучить вопрос о совместном назначении эксперта, который может внести полезный вклад в переговоры по согласованию взаимоприемлемого решения. Стороны обычно по договоренности с медиатором определяют характер участия эксперта в медиации и широту его вклада.

29. *Роль сторон, не участвующих в споре.* Гибкость медиации позволяет привлекать к процедуре медиации стороны, непосредственно не участвующие в споре, что является одним из способов учета общественных интересов в рамках инвестиционных споров и может способствовать достижению мирового соглашения (A/CN.9/1124, п. 191). Например, такими сторонами могут быть государства — участники соответствующего инвестиционного договора, не затронутые спором, представители местного населения, интересы которого затрагиваются инвестиционным проектом, спором либо обсуждаемым решением, гражданское общество в целом и другие заинтересованные стороны. Сторонам необходимо определить широту и порядок участия сторон, не затронутых спором. В процессе медиации не участвующим в споре сторонам может быть предложено дать консультации по конкретным вопросам или дать письменные показания для рассмотрения сторонами.

Ж. Проведение медиации по инвестиционному спору

Разные этапы

30. В зависимости от рассматриваемых вопросов процедуру медиации можно разбить на несколько этапов¹⁴.

¹⁴ См. ICSID Background Paper on Investment Mediation (July 2021), p. 12, по адресу: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf.

Этапы				
Подготовительный этап/первичная консультация	Диалог с участием помощника			Заключительный этап мировое соглашение/ прекращение медиации
	Начальный этап	Этап изучения дела	Выработка возможных вариантов	
Стороны предоставляют медиатору первоначальные письменные заявления с кратким изложением спорных вопросов и своей позиции по ним. Медиатор обсуждает со сторонами процедурные аспекты. На этом этапе обсуждаются процедура медиации, которой необходимо следовать, подход и стиль медиатора.	Каждая сторона (или ее представитель) делает вступительное заявление.	Медиатор проводит консультации со сторонами для определения основополагающей базы или возможных очертаний взаимоприемлемого решения.	Медиатор помогает сторонам выработать возможные варианты урегулирования.	Стороны фиксируют условия своего мирового соглашения и обеспечивают его соответствие требованиям применимого законодательства. Если медиация оказывается безуспешной, то следует ее прекратить и четко зафиксировать этот момент, поскольку это может послужить основой для любых последующих процедур или повлиять на отсчет сроков исковой давности.

Медиация в очном и онлайн-формате

31. Совещания в рамках медиации могут проводиться в очном формате или дистанционно с использованием онлайн-средств. Хотя медиация традиционно проводится в очном формате, в последние годы благодаря развитию технологий заметно расширилась практика проведения медиации в онлайн-режиме. Если очные совещания обеспечивают возможность прямого взаимодействия между сторонами и медиатором, то проведение дистанционных совещаний в режиме онлайн не требует перемещения участников и позволяет исключить накладку в графике совещаний и тем самым организовать более экономичное проведение процедуры с точки зрения денежных и временных затрат. Онлайн-совещания могут быть полезными для проведения некоторых частей или всей процедуры медиации, тогда как очный формат медиации может способствовать налаживанию взаимопонимания между медиатором и сторонами и тем самым облегчить проведение переговоров.

32. Вместе с тем важно отметить, что при онлайн-медиации могут возникнуть проблемы, связанные с защитой данных и кибербезопасностью, которые могут сказаться на надежности процедуры. Возможно, потребуется принять меры для обеспечения высокого уровня безопасности для сторон, участвующих в процедуре через онлайн-платформы. Стороны должны быть осведомлены о применимой политике конфиденциальности, а также рассмотреть вопрос о том, отвечает ли их интересам политика этих платформ в области обработки и хранения данных. Для обеспечения надежности онлайн-процедуры могут быть приняты дополнительные меры, такие как: i) меры по обеспечению конфиденциальности процедуры (например, минимизация данных, шифрование и цифровая верификация) и ii) включение в договор положения, запрещающего другим сторонам обнародовать или использовать конфиденциальную информацию при последующих состязательных слушаниях. Кроме того, такие дополнительные меры могут быть предусмотрены положениями соглашений о конфиденциальности, например, о защите паролем доступа к совещаниям и/или запрете на аудио- и видеозапись переговоров (см. п. 36 ниже).

33. В любом случае преимущества и недостатки проведения медиации в очном и онлайн-форматах должны быть обсуждены сторонами и медиатором в самом начале медиации (A/CN.9/1124, п. 188).

К. Режим обмена информацией: ненанесение ущерба, конфиденциальность и обязательное раскрытие информации

Принцип ненанесения ущерба: использование информации в других производствах

34. Для успешного проведения медиации необходимо, чтобы стороны могли свободно вести переговоры, не опасаясь того, что информация, сообщенная в рамках этого процесса, или сделанные при этом заявления будут использованы другой стороной в рамках другого производства, например, в качестве доказательства. С этой целью стороны обычно договариваются о том, что в отношении информации, которой они обмениваются в ходе медиации, и всех сторон, участвующих в процедуре медиации, будет применяться принцип «ненанесения ущерба»¹⁵. Применение этого принципа способствует проведению обсуждений, поскольку не позволяет другой стороне использовать в любом другом производстве заявления, сделанные в ходе медиации, или информацию, которой стороны обмениваются в ее рамках, добросовестно стремясь урегулировать спор. Однако если с информацией или документом можно ознакомиться независимо от медиации, то такая информация не становится недопустимым доказательством, если она использовалась в ходе медиации¹⁶.

Конфиденциальность и прозрачность

35. Сохранение конфиденциальности процедуры медиации, а также документов, которыми обмениваются в ходе этой процедуры, необходимо для того, чтобы создать условия для открытого и откровенного обсуждения спорных вопросов. С началом процедуры медиации начинается, как правило, действовать и обязанность сторон соблюдать конфиденциальность. Стороны должны быть уверены в том, что они могут обмениваться конфиденциальной информацией и обсуждать вопросы, не опасаясь негативных последствий. Поэтому конфиденциальность является важным преимуществом и сильной стороной медиации, другими словами, вся информация, получаемая в ходе медиации и имеющая к ней отношение, должна храниться в тайне всеми участниками медиации (A/CN.9/1124, п. 189).

36. Если стороны беспокоятся насчет конфиденциальности медиации, в том числе информации, которой они делятся в ходе процедуры, и условий мирового соглашения, то они могут заранее согласовать такие моменты, сославшись на правила медиации по инвестиционным спорам или их отдельные положения. При желании стороны могут оговорить, например, следующие моменты: i) является ли конфиденциальной информация о факте проведения медиации; ii) является ли конфиденциальной информация, относящаяся к медиации или полученная в ходе нее; iii) является ли конфиденциальной информация об условиях мирового соглашения и в какой степени¹⁷; и iv) в какой мере должны соблюдать конфиденциальность участвующие стороны, не затронутые спором, и эксперты.

37. Также все чаще звучат призывы к прозрачности в отношении инвестиционных споров и их разрешения, поскольку они могут затрагивать публичные интересы и предполагать возможное расходование государственных средств.

¹⁵ Такой подход встречается в правилах медиации (см. Правила медиации ЮНСИТРАЛ, Статья 7; правило 11 Правил медиации МЦУИС), а также в ряде недавно заключенных инвестиционных соглашений, например в статье 25(1) ДДИ между Аргентиной и Японией (2018 год) и статье 9.18(3) Всеобъемлющего и прогрессивного соглашения о транстихоокеанском партнерстве (ВПТП) (2018 год); см. также статью 8.20(2) Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения между Канадой и ЕС (СЕТА) (2016 год).

¹⁶ См., например, статью 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации (2018 год).

¹⁷ См. статью 10(3)(b) Правил МАЮ, согласно которой конфиденциальность не распространяется на условия мирового соглашения или частичного мирового соглашения.

В целом для того, чтобы способствовать формированию положительного отношения общественности к медиации по инвестиционным спорам с участием государства и повысить ее легитимность, необходимо обеспечить равновесие между конфиденциальностью и прозрачностью.

Ограничения конфиденциальности и требования к раскрытию информации

38. В положениях или правилах, применимых к медиации по инвестиционным спорам, могут быть установлены ограничения на конфиденциальность и требования в утвердительных формулировках к раскрытию информации для учета публичных интересов и принципов прозрачности и надлежащей правовой процедуры (например, обязательное раскрытие информации может предусматриваться внутренним законодательством, в международных соглашениях или правилах медиации). В таких случаях подобное требование к раскрытию информации имеет преимущественную силу по отношению к договорному обязательству соблюдать конфиденциальность. Такие требования могут также содержаться в национальной нормативно-правовой базе, применимой к основной сделке, являющейся предметом спора, или к самому спору (например, в национальном законодательстве о государственно-частном партнерстве¹⁸, положениях об управлении государственными финансами, законодательстве о прозрачности бюджета или свободе доступа к информации) и/или применимой к участникам медиации, включая медиаторов или законных представителей.

39. Для обеспечения защиты общественных интересов в национальном законодательстве некоторых стран, касающемся раскрытия информации, требуется публиковать сведения обо всех соглашениях об участии в медиации и/или периодически публиковать информацию о ходе выполнения, а также о пересмотре условий мирового соглашения. Также стороны иногда договариваются о конкретном порядке раскрытия информации прессе или широкой общественности, чтобы держать общественность и/или заинтересованных лиц в курсе происходящего в рамках медиации. В этом контексте стороны, возможно, пожелают рассмотреть вопрос об объеме подлежащей раскрытию информации в случае безуспешной медиации, ведущей к состязательному разбирательству.

L. Мировое соглашение

40. В силу добровольного характера медиации стороны, как правило, будут выполнять условия заключенного мирового соглашения. Тем не менее, сторонам следует рассмотреть требования к форме, содержанию, хранению, регистрации и вручению мирового соглашения, чтобы обеспечить приведение мирового соглашения в исполнение в случае, если оно не будет соблюдаться. Такие требования к мировым соглашениям (например, подписание сторонами мирового соглашения и положение о представлении доказательства того, что мировое соглашение было достигнуто в результате медиации) предусмотрены, например, в Сингапурской конвенции и Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации («Типовой закон о медиации»). Поэтому сторонам следует приложить усилия к выполнению этих требований при составлении мирового соглашения.

¹⁸ Наглядное представление о назначении и сфере применения положений о раскрытии информации дают Рамочные условия раскрытия информации о ГЧП Всемирного банка. См., например, World Bank Group, Construction Sector Transparency Initiative (CoST) and Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), 'A Framework for Disclosure in Public-Private Partnerships – Technical Guidance for Systematic, Pro-active, Pre-and Post-Procurement Disclosure of Information in Public-Private Partnership Programs' (August 2015), по адресу <http://pubdocs.worldbank.org/en/773541448296707678/Disclosure-in-PPPs-Framework.pdf>.

41. Кроме того, сторонам не следует начинать или продолжать какое-либо другое разбирательство по урегулированию международного инвестиционного спора, касающееся всего или части спора, подлежащего медиации, в той мере, в какой стороны спора достигли мирового соглашения.

42. При медиации стороны контролируют процесс и должны активно участвовать в переговорах. Это означает, что, пока стороны не согласуют мировое соглашение, в том числе включаемые в него условия, оно им не навязывается. В этом смысле процедура медиации и ее результаты не устанавливают ограничений и не оказывают негативного влияния на полномочия в сфере нормативного регулирования для участвующего в этой процедуре государства.

М. Содействие более широкому применению медиации

43. В разделах В–L разъясняется, как можно использовать медиацию для разрешения инвестиционных споров. Кроме того, государства, возможно, пожелают рассмотреть способы устранения препятствий на пути медиации с целью упростить ее использование и обеспечить условия для конструктивного участия в медиации как инвесторов, так и государств. В частности, речь идет о мерах по формированию благоприятной нормативно-правовой базы для проведения медиации на национальном и международном уровнях, а также о мероприятиях по развитию кадрового потенциала.

44. *Национальная нормативно-правовая база.* Четкое закрепление медиации в качестве допустимого инструмента урегулирования споров, в том числе инвестиционных, в национальной нормативно-правовой базе государства позволит информировать инвесторов о возможности использования медиации. Такое законодательство также позволит государствам и государственным структурам участвовать в медиации и тем самым также снять возможные опасения государственных должностных лиц, например, насчет личной ответственности или обвинений в коррупции. Кроме того, в нем могут быть разъяснены полномочия, порядок представления интересов государства в официальных и неофициальных процедурах урегулирования споров и прочие вопросы¹⁹.

45. При разработке благоприятной нормативно-правовой базы для медиации государства, возможно, пожелают рассмотреть возможность принятия Типового закона о медиации (A/CN.9/1124, п. 193), который содержит единообразные нормы, регулирующие процедуру медиации, и призван способствовать более широкому использованию медиации и повышению степени ее предсказуемости и определенности²⁰.

Международная нормативно-правовая база

46. *Сингапурская конвенция и Типовой закон о медиации.* Как уже отмечалось (см. выше п. 41), необходимость принудительного приведения в исполнение мирового соглашения возникает не так часто, поскольку стороны как правило соблюдают его условия. Однако, при выборе наиболее подходящего механизма разрешения споров сторонам надлежит учитывать такой элемент, как наличие механизма приведения в исполнение. Государство, принимающее Типовой закон о медиации, признает обязательный характер мировых соглашений и возможность их приведения в исполнение (см. статью 15 Типового закона о медиации), а также то, что соглашение может быть приведено в исполнение их судами

¹⁹ Примеры четкой нормативно-правовой базы на национальном уровне рассматриваются в сравнительном исследовании, подготовленном Секретариатом Энергетической хартии и нашедшем отражение в Типовом инструменте по ведению инвестиционных споров. См. Секретариат Энергетической хартии, «Типовой инструмент по ведению инвестиционных споров» (2018 год), по адресу www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Model_Instrument.pdf.

²⁰ См. по адресу: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

(см. статью 18 Типового закона о медиации)²¹. Если речь идет о трансграничном приведении в исполнение мировых соглашений, то Сингапурская конвенция предоставляет сторонам возможность добиваться приведения мирового соглашения в судах государства — участника Конвенции²². Присоединение к Сингапурской конвенции свидетельствует о признании государством медиации подходящим механизмом для разрешения споров и готовности выполнять любое достигнутое в результате медиации соглашение²³.

47. *Положения о медиации в инвестиционных договорах и инвестиционных контрактах.* Государства могут включить в свои инвестиционные договоры или инвестиционные контракты положения о возможности проведения медиации до, во время или после состязательного производства, другими словами на любом этапе инвестиционного цикла. Положение, подчеркивающее доступность медиации, побудит стороны рассмотреть возможность участия в медиации. В качестве варианта государства могут рассмотреть вопрос об установлении требования, обязывающего начинать медиацию с целью способствовать проведению конструктивного диалога на ранних стадиях спора, а также требования проводить медиацию в течение определенного периода времени или до наступления определенного этапа.

48. *Повышение информированности и учебная подготовка.* Расширению использования медиации может также способствовать повышение информированности о медиации как способе разрешения инвестиционных споров и ее потенциальных преимуществах. В этой связи можно было бы на регулярной основе проводить обучение и наращивать потенциал государственных должностных лиц, а также медиаторов и других соответствующих целевых групп.

[Примечание для Рабочей группы. Перечень будущих мероприятий по обучению и наращиванию потенциала, проводимых на международном уровне, можно было бы включить в качестве приложения к Руководящим принципам, но в таком случае организаторы мероприятий должны будут регулярно обновлять эту информацию (A/CN.9/1124, п. 197)].

49. *Институциональная база для эффективного урегулирования конфликтов.* Государства, возможно, пожелают рассмотреть комплексный подход к эффективному урегулированию споров с инвесторами, одним из важных механизмов которого будет являться медиация. Такой подход мог бы предусматривать, например, систематический сбор информации и оценку процесса урегулирования споров, благодаря чему государство могло бы с легкостью узнать о наличии спорных вопросов²⁴, составить свое представление о них и провести их всестороннюю оценку и принять осознанное решение о том, какой механизм, включая медиацию, лучше всего подходит для разрешения конкретного спора. Он также мог бы предусматривать установление четких каналов связи, которые помогают

²¹ Список государств, принявших законодательство на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации («Типовой закон о медиации»), размещен по адресу https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

²² Список государств — участников Сингапурской конвенции размещен по адресу https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en. Сторонам следует учитывать любое заявление любого участника Сингапурской конвенции, сделанное в соответствии с ее статьей 8(1)(а), о том, что он не применяет Сингапурскую конвенцию к мировым соглашениям, стороной которых он является.

²³ Государствам, обеспокоенным применением Сингапурской конвенции к мировым соглашениям, стороной которых они являются или стороной которых являются любые государственные учреждения или любые другие лица, действующие от имени государственного учреждения, предоставляется возможность сделать оговорку в соответствии со статьей 8(1)(а) Конвенции. См. дополнительную информацию по адресу https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en.

²⁴ P. Kher and D. Chun, Policy Options to Mitigate Political Risk and Attract FDI, Finance, Competitiveness and Innovation in Focus, 2020, World Bank Group, размещено по адресу: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34380>, p. 17.

государству принимать эффективное участие в процедуре медиации в целом, уточнять полномочия на заключение мирового соглашения и вопрос о том, какое учреждение или ведомство является ответственным за соблюдение достигнутого в результате медиации соглашения. Это имеет особое значение, поскольку инвестиционная деятельность обычно затрагивает субъекты и учреждения муниципального, регионального или федерального уровня во всех ветвях власти и может быть связана с целым рядом правовых документов, включая инвестиционные контракты, инвестиционное законодательство, а также двусторонние и многосторонние инвестиционные договоры.

50. Государства, возможно, пожелают рассмотреть организационную структуру и институциональную базу для эффективного урегулирования конфликтов, а также предотвращения споров, которые должны обеспечить благоприятные условия для проведения медиации. Создание такой институциональной базы для эффективного урегулирования конфликтов могло бы также способствовать достижению цели 16 в области устойчивого развития Организации Объединенных Наций путем содействия построению миролюбивого и открытого общества в интересах устойчивого развития, обеспечения доступа к правосудию для всех и создания эффективных, подотчетных и основанных на широком участии учреждений на всех уровнях.