

УДК 341.63

DOI: 10.36979/1694-500X-2023-23-3-108-112

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ: КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТЬ ИЛИ ПРОЗРАЧНОСТЬ

Н.С. Турсунбаева, А.А. Бабалиева

Аннотация. Научная статья посвящена вопросам конфиденциальности и прозрачности в международном коммерческом арбитраже. Принцип конфиденциальности изначально являлся одним из основных принципов арбитражного разбирательства. Однако в последнее время все чаще в юридических просторах стали подниматься вопросы прозрачности в арбитраже. Авторами определено, что применительно к арбитражным разбирательствам между инвесторами и государствами на основе международных договоров принцип прозрачности стал все более возможным в свете принятия Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности. Вместе с тем, авторы в контексте других видов арбитража конфиденциальность вполне ясно противопоставляют публичности, однако конфиденциальность и прозрачность не рассматривают как взаимоисключающие принципы. В статье обосновано, что на сегодняшний день принцип конфиденциальности и принцип прозрачности в международном коммерческом арбитраже могут существовать вместе, но с учетом соответствующего баланса между ними.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж; принцип конфиденциальности; принцип прозрачности; международный инвестиционный арбитраж.

ЭЛ АРАЛЫК КОММЕРЦИЯЛЫК АРБИТРАЖ: КУПУЯЛУУЛУК ЖЕ АЧЫК-АЙКЫНДЫК

Н.С. Турсунбаева, А.А. Бабалиева

Аннотация. Илимий макала эл аралык коммерциялык арбитраждагы купуялуулук жана ачык-айкындык маселелерине арналган. Купуялуулук принциби арбитраждык процесстин негизги принциптеринин бири болуп эсептелет. Бирок акыркы мезгилде юридикалык мейкиндикте арбитраждагы ачык-айкындык маселеси көтөрүлүп баштады. Авторлор эл аралык келишимдердин негизинде инвесторлор менен мамлекеттердин ортосундагы арбитраждык териштирүүлөргө карата ЮНСИТРАЛдын ачык-айкындык жөнүндө эрежелерин кабыл алуу шартында ачык-айкындык принциби барган сайын мүмкүн боло баштаганын аныкташкан. Ошону менен бирге, авторлор арбитраждын башка түрлөрүнүн контекстинде купуялуулук жана ачык-айкындык бири-бирин жокко чыгаруучу принциптер катары каралбайт дешет. Макалада бүгүнкү күндө эл аралык коммерциялык арбитражда купуялуулук принциби менен ачык-айкындык принциби бирге болушу мүмкүн, бирок алардын ортосунда тиешелүү тең салмактуулук сакталышы керек деген теория негизделет.

Түйүндүү сөздөр: эл аралык коммерциялык арбитраж; купуялуулук принциби; ачык-айкындык принциби; эл аралык инвестициялык арбитраж.

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: CONFIDENTIALITY OR TRANSPARENCY

N.S. Tursunbaeva, A.A. Babaliev

Abstract. The scientific article is devoted to the issues of confidentiality and transparency in international commercial arbitration. The principle of confidentiality was originally one of the basic principles of arbitration proceedings. However, recently, issues of transparency in arbitration have been raised more and more often in the legal spaces. The authors determined that in relation to arbitration proceedings between investors and States on the basis of international treaties, the principle of transparency has become increasingly possible in the light of the adoption of the UNCITRAL Rules on Transparency. At the same time, the authors

clearly contrast confidentiality with publicity in the context of other types of arbitration, but confidentiality and transparency are not considered as mutually exclusive principles. The article proves that today the principle of confidentiality and the principle of transparency in international commercial arbitration can exist together, but taking into account the appropriate balance between them.

Keywords: international commercial arbitration; confidentiality principle; transparency principle; international investment arbitration.

В настоящее время в юридической науке все чаще поднимаются вопросы прозрачности в международном коммерческом арбитраже. Однако вокруг данной темы ведутся некоторые научные дискуссии, раскрытие которых требует пояснения и самого термина «международный коммерческий арбитраж».

Понятия «арбитраж», «арбитр» происходят от лат. *arbiter* – третейский судья. Эти понятия – «арбитр / третейский судья», «арбитраж / третейский суд» – используются в научном и практическом обороте как синонимы. Вполне обоснованно в литературе отмечается следующее: «В международной доктрине и в международном законодательстве слово “арбитраж” используется в четырех значениях. Во-первых, под арбитражем понимается альтернативный государственному метод (способ) разрешения споров. Во-вторых, арбитраж означает частный (негосударственный) институциональный юрисдикционный орган, рассматривающий международные частноправовые споры. В-третьих, понятие “арбитраж” используют для обозначения конкретного состава третейского суда, рассматривающего транснациональный частноправовой (коммерческий) спор в рамках институционального арбитража или арбитража *ad hoc*. В-четвертых, понятие “арбитраж” используется для обозначения надгосударственного юрисдикционного органа, рассматривающего публично-правовые споры между государствами» [1, с. 23].

Следует иметь в виду, что каждое из понятий, составляющих общий термин «международный коммерческий арбитраж», может иметь различные значения.

В целом международные нормативные акты ориентируют на либеральное толкование понятия «коммерческий». Вместе с тем, сохраняется разница между собственно коммерческим арбитражем и арбитражем, рассматривающим гражданско-правовые споры (т. е. споры, не имеющие коммерческого характера; такими спорами

могут быть, например, споры из семейно-брачных отношений, спортивные споры, не имеющие коммерческого характера, споры о наследстве и др.). Зачастую в международных договорах при толковании понятия «коммерческий» делается отсылка к национальному законодательству. Если обратиться к одному из авторитетных источников «мягкого» регулирования арбитража, то можно обнаружить, что основной текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже не содержит определения понятия «коммерческий». Такое определение дано в примечаниях к основному тексту. Типовой закон ЮНСИТРАЛ рекомендует широко трактовать понятие «коммерческий». Это понятие включает все отношения, которые имеют коммерческую природу [2, с. 26].

Характеристика арбитража в качестве интернационального или международного может быть обусловлена множеством факторов, каждый из которых свидетельствует о международном аспекте спора. Эти факторы могут относиться к участникам спора, арбитражу, месту разрешения спора и т. д. Если один или несколько факторов имеют место в коммерческом арбитраже, то такой арбитраж следует считать международным.

Одним из принципов международного коммерческого арбитража является принцип конфиденциальности. Достаточно длительное время сам факт передачи дела в арбитраж предполагал отход от публичного рассмотрения дела в государственном суде в пользу конфиденциального.

На сегодняшний момент к юридическим основаниям конфиденциальности можно отнести: 1) внутренний закон; 2) регламент институционального коммерческого арбитража; 3) специальное соглашение о применении условий конфиденциальности; 4) судебную практику, подтверждающую подразумеваемость условий конфиденциальности. В литературе в качестве примеров приводится международная практика: «В Законе “Об арбитраже” Гонконга в разд. 18

установлено: “если стороны не договорились об ином, ни одна сторона не вправе публиковать, раскрывать или передавать информацию, относящуюся к арбитражному разбирательству или арбитражному решению, принятому в рамках процесса”. При этом стороны вправе заключить соглашение о конфиденциальности, в котором предусматривается желаемый уровень конфиденциальности, а именно средства обеспечения или перечень информации, которая при определенных обстоятельствах может быть передана гласности. Среди наиболее лояльных правопорядков к условиям о конфиденциальности можно выделить Англию и Сингапур. Суды этих стран, как и других стран системы общего права, придерживаются точки зрения, что конфиденциальность арбитражного разбирательства подразумевается и вытекает из самой природы арбитража. Некоторые юрисдикции, как, например, Австралия или Швеция, напротив, не рассматривают конфиденциальность в качестве неотъемлемого элемента арбитража. В деле *Esso v. Plowman* Верховный суд Австралии высказал следующую позицию: передача дела для рассмотрения в арбитражном разбирательстве сама по себе, без соответствующих соглашений сторон или законодательных запретов, не означает, что стороны арбитража обязаны сохранять конфиденциальность полученной в ходе рассмотрения дела информации» [3, с. 30].

В целом, если ранее принцип конфиденциальности рассматривался как неотъемлемый и базовый принцип арбитража, то в настоящее время имеется некоторая послабляющая эту практику тенденция. Все чаще в научной литературе встречается тема прозрачности в международном коммерческом арбитраже.

Тенденция отхода от конфиденциальности к прозрачности явно прослеживается в международном инвестиционном арбитраже. Так, в 2013 г. Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) были разработаны Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (далее – Правила о прозрачности), вступившие в силу 1 апреля 2014 г. Правила о прозрачности

стали неотъемлемой частью Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

В Резолюции 68/109 Генеральной Ассамблеи ООН отмечается: «Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров внесут значительный вклад в формирование согласованных правовых рамок для справедливого и эффективного урегулирования международных инвестиционных споров, усилят прозрачность и подотчетность и будут способствовать благому управлению» [4, с. 2].

Концепция прозрачности, заложенная в принятом документе, главным образом сведена к следующему. Во-первых, это касается опубликования информации при открытии арбитражного разбирательства: «При открытии соответствующего арбитражного разбирательства передается гласности информация, касающаяся наименований сторон спора, соответствующего экономического сектора и международного договора, в связи с которым заявляется искомое требование» [4, с. 2]. Во-вторых, к опубликованию подлежат следующие документы: «Уведомление об арбитраже, ответ на уведомление об арбитраже, искомое заявление, возражения по иску и любые дальнейшие письменные заявления или письменные представления любой стороны спора; перечень всех доказательств к вышеупомянутым документам и заключениям экспертов и заявлениям свидетелей, если такой перечень был подготовлен к разбирательству, но не сами доказательства; любые письменные представления не участвующей(их) в споре Стороны (Сторон) международного договора и третьих лиц, протоколы слушаний, если таковые имеются; постановления и решения, в том числе арбитражные, арбитражного суда» [4, с. 3]. В-третьих, слушания для представления доказательств или для устных прений являются публичными за исключением, «когда существует необходимость в защите конфиденциальной информации или целостности арбитражного процесса, арбитражный суд принимает меры для того, чтобы часть слушаний, требующая такой защиты, проводилась при закрытых дверях, а также, когда обстоятельства делают принятие любых первоначальных мер по предоставлению

публичного доступа к слушаниям невыполнимым» [4, с. 6].

Следует отметить, что в Правилах о прозрачности вполне обоснованно приводятся и исключения. Это относится к конфиденциальной или защищаемой информации. К ним, согласно Правилам о прозрачности, относятся:

- конфиденциальная коммерческая информация;
- информация, которая защищена от предания гласности согласно международному договору;
- информация, которая защищена от предания гласности в случае, если эта информация представлена государством-ответчиком, согласно закону государства-ответчика, и в случае другой информации – согласно любому закону или правилам, которые арбитражный суд определит применимыми к вопросам раскрытия такой информации;
- информация, раскрытие которой препятствовало бы обеспечению соблюдения законодательства [4, с. 7].

В соответствии со ст. 8 Правил о прозрачности, хранилищем публикуемой информации является Генеральный секретарь ООН или учреждение, назначенное ЮНСИТРАЛ. На практике было создано хранилище или регистр информации, подлежащей обнародованию, который находится в ведении секретариата ЮНСИТРАЛ. Регистр расположен на интернет-сайте ЮНСИТРАЛ в открытом доступе.

В целом, при соблюдении принципа прозрачности арбитражных разбирательств между государствами и инвесторами должно произойти совершенствование арбитражной практики, единообразное применение положений международных договоров в соответствующей сфере. Изучение инвестором арбитражной практики может способствовать выбору траектории собственной защиты и подачи искового заявления в арбитражный суд против соответствующего государства. В свою очередь государство, которое является ответчиком, сможет провести детальный анализ ранее вынесенных арбитражных решений и будет способным на аргументированное отстаивание собственной позиции.

Об актуальности принципа прозрачности в контексте не только арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров, но и других видов арбитража могут говорить и последние исследования. Так, в исследовательском проекте 2022 г. «Предотвращение коррупции в арбитраже: имплементация принципа нулевой толерантности» вполне четко определена роль имплементации принципа прозрачности в арбитраж Кыргызской Республики в части недопущения возникновения коррупционных рисков и факторов в деятельности арбитражных институтов и гарантированием справедливости и добросовестности вынесенных арбитражных решений [5]. В качестве рекомендаций по прозрачности в рамках исследовательского проекта были предложены в том числе: «1) Создание качественной веб-страницы, содержащей все необходимые внутренние документы (арбитражные правила, политику института, этический кодекс), статистику, информацию об арбитражах, ежегодные операционные и финансовые отчеты. 2) Публикация списка администрируемых арбитражных дел с соблюдением принципа конфиденциальности. 3) Публикация вынесенных решений в течение короткого периода времени после их утверждения, анонимизируя личные данные. 4) Публикация резюме решения или его отредактированной выдержки» [5, с. 45].

В действительности, к примеру, публикация вынесенных решений с изменением личных данных может являться лишь одной из составляющих принципа прозрачности, однако на практике это уже способно привести к положительному эффекту. Во-первых, это может привести к повышению качества работы самих арбитров / будущих арбитров (ориентация по аналогичным делам, ошибки и проблемы). Во-вторых, может повлиять и на саму арбитражную организацию (повысить авторитет, легитимность).

Таким образом, можно сказать, что принцип прозрачности в арбитраже в настоящее время все более заявляет о своей необходимости. Применительно к арбитражным разбирательствам между инвесторами и государствами на основе международных договоров принцип прозрачности стал все более возможным в свете

принятия Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности. Единственное, при применении принципа прозрачности в арбитражных разбирательствах между инвесторами и государствами необходимо обеспечивать баланс государственных и частных интересов с учетом конфиденциальной информации.

В контексте других видов арбитража конфиденциальность вполне ясно можно противопоставить публичности, однако можно ли конфиденциальность противопоставить прозрачности? Предполагается, что нет. На сегодняшний день принцип конфиденциальности и принцип прозрачности в международном коммерческом арбитраже вполне могут существовать вместе. Опять-таки, с учетом соответствующего баланса между раскрытием «информационной порции» арбитражного решения без ущерба конфиденциальности.

Поступила: 13.09.22; рецензирована: 27.09.22;
принята: 30.09.22.

Литература

1. Международный коммерческий арбитраж: учебник / под ред.: О.Ю. Скворцова, М.Ю. Савранского, Г.В. Севастьянова. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: АНО «Редакция журнала “Третейский суд”»; М.: Статут, 2018.
2. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/07-87000_ebook.pdf (дата обращения: 19.09.2022).
3. Махрина М.Г. Принцип конфиденциальности в международном коммерческом арбитраже / М.Г. Махрина // Сфера права. 2020. № 1. С. 29–32.
4. Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/rules-on-transparency-r.pdf> (дата обращения: 21.09.2022).
5. Алёнкина Н. Предотвращение коррупции в арбитраже: имплементация принципа нулевой толерантности: исследовательский проект фонда Сорос Кыргызстан. / Н. Алёнкина, Д. Асанбаева. Бишкек, 2022.