

УДК 341.61

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.3.56>**Оксана Волощук,**

канд. юрид. наук, доцент,  
завідувач кафедри міжнародного та митного права  
Чернівецького юридичного інституту  
Національного університету «Одеська юридична академія»

**Максим Гетманцев,**

канд. юрид. наук,  
старший науковий співробітник  
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України

## ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ ПРИ РОЗГЛЯДІ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ В МІЖНАРОДНОМУ АРБІТРАЖІ

У статті розглядається дотримання принципу конфіденційності під час розгляду інвестиційних спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Це питання регулюється ст. 68 Регламенту Міжнародного Комерційного Арбітражного Суду при ТПП України, де зазначено, що розгляд справ є конфіденційним. Регламент МКАС також містить імперативну норму, що забороняє сторонам справи, арбітрам та працівникам суду розголошувати будь-яку інформацію, яка стала їм відомою під час розгляду справи. Водночас Регламент Лондонського арбітражу не містить прямої заборони, лише зазначає, що всі засідання проходять «за зачиненими дверима», що імплементує конфіденційність арбітражного процесу.

Обґрунтовано, що збільшення конфіденційності в арбітражі пов'язано з тим, що приватні особи, які домовились про вирішення комерційних спорів між собою на основі приватного форуму, заслуговують на те, щоб їхнє бажання зберегти справу в таємниці від критичного розгляду суспільством поважалось. Концепція приватного (конфіденційного) арбітражу впливає з того факту, що сторони домовились про передачу до арбітражу спорів, що виникають лише між ними.

Зокрема, у статті наводяться фактори, які різним чином обмежують або збільшують вплив публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі: публічний імідж, захист торговельних таємниць та інтелектуальної власності. Фактори, що вимагають посилення ролі публічного інтересу в арбітражі: право народу на участь в управлінні державними справами; юридичні зобов'язання, прийняті державою, що закликають до зменшення конфіденційності в арбітражі.

Зроблено висновок, що, незважаючи на критику закритості арбітражного процесу, що має місце останніми роками, конфіденційність усе ще вважається багатьма учасниками процесу важливою і навіть основною рисою міжнародного комерційного арбітражу. Водночас високий рівень конфіденційності, який має бути забезпечений в арбітражах між приватними сторонами, дуже часто буде недоречним, де бере участь публічний актор. Проблеми конфіденційності, що вирішуються судами, трибуналами і спеціалістами в сфері міжнародного права, передбачають необхідність відповідного розвитку національної правової думки та законодавчої практики. Це включає необхідність удосконалення поняття «законний публічний інтерес», реально досяжного зниження впливу публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі, не допускаючи втрати практичної цінності міжнародного змішаного арбітражу.

**Ключові слова:** міжнародний комерційний арбітраж, принципи міжнародного комерційного арбітражу, конфіденційність, інвестиція.

Динамічність та ефективність розвитку економіки будь-якої країни значною мірою залежать від розміру інвестицій, спрямованих на розширення наявних виробничих потужностей, їх реконструкцію на сучасному науково-технічному рівні, створення виробництв, які випускають продукцію

нової споживчої якості. У зв'язку з цим особливого значення набувають прямі іноземні інвестиції. Обсяг прямих іноземних інвестицій є свідченням оцінки політики держави-реципієнта і підтвердженням сприятливих перспектив її розвитку. Створення сприятливого клімату для збільшення іноземних

інвестицій в Україну є важливою умовою розвитку економіки країни та її участі в міжнародних господарських зв'язках. Сприятливий інвестиційний клімат включає, окрім належної законодавчої бази та відповідної практики, також і цивілізовані шляхи вирішення проблем, які виникають повсякчас під час здійснення інвестування. Тому налагоджений механізм вирішення інвестиційних спорів теж має пріоритет для інвесторів у обранні тієї чи іншої країни для введення бізнесу. Одним із таких сучасних механізмів є інвестиційний арбітраж, однією з умов якого під час розгляду справ є дотримання конфіденційності.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Загальнотеоретичні й методологічні засади окресленої проблематики активно досліджуються останнім часом відомими вітчизняними та іноземними вченими. Так, до цієї проблеми у своїх працях зверталися А. Богатирьов, М. Богуславський, А. Булатов, В. Великжан, Н. Вознесенська, С. Войтович, М. Євтеєва, П. Жюйар, О. Задорожній, Д. Карро, О. Кібенко, В. Коссаєк, Г. Лаутерпахт, Р. Мастерс, В. Опришко, А. Парра, Я. Паульсон, М. Сорнарадз, Дж. Шварценбергер та інші.

**Мета статті** полягає в дослідженні та аналізі актуальних питань, пов'язаних зі збереженням конфіденційності інформації під час розгляду інвестиційних спорів в арбітражних центрах.

**Виклад основного матеріалу.** Незважаючи на постійну критику останніми роками, конфіденційність усе ще вважається багатьма важливою і навіть основною рисою міжнародного комерційного арбітражу. Дослідження справ з різних юрисдикцій свідчить, що більшість судів визнали конфіденційність як правову рису комерційного арбітражу. Цієї точки зору дотримуються третейські та апеляційні суди Великої Британії, третейські суди Канади, Третейський суд у Парижі, а також районний суд у Стокгольмі. Але це визнання конфіденційності врівноважується позицією в бік обмеження або навіть відмови від конфіденційності в арбітражі. Як відзначив Ів Фронт'єр: «Натепер очевидним щодо конфіденційності в міжнародному комерційному арбітражу є лише те, що ніщо не може сприйматися як таке, що не потребує доказів» [1, с. 231].

Необхідність збільшення конфіденційності в арбітражі пов'язана з тим, що приватні особи, які домовились про вирішення комерційних спорів між ними на основі приватного форуму, заслуговують на те, щоб їхнє бажання зберегти справу в таємниці від кри-

тичного розгляду суспільством поважалося. Концепція приватного (конфіденційного) арбітражу випливає з того факту, що сторони домовились про передачу до арбітражу спорів, що виникають лише між ними.

Але виникає питання: як бути, коли однією зі сторін у міжнародному комерційному арбітражі є не приватний актор, а країна, уряд чи публічний актор? Чи є конфіденційність рисою цього виду арбітражу? Комерційні спори між приватною компанією та публічним актором не можуть бути чимось, «що виникає між ними і лише між ними». Діяльність публічного актора за визначенням стосується всієї нації і має бути здебільшого публічно оприлюднена. Це призводить до ситуації, за якої спори між приватною стороною і публічним актором будуть фактично між ними та ще третіми особами, а також до того, що конфіденційність, якщо вона взагалі існує в такому разі, буде суворо обмежена.

У зарубіжних і вітчизняних наукових дослідженнях згадуються деякі питання міжнародного змішаного арбітражу, але проблемі впливу публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі не приділено належної уваги. Тому автори мають на меті частково компенсувати наявні прогалини в напрямі дослідження окремих аспектів проблеми конфіденційності в міжнародних змішаних арбітражах.

Спочатку необхідно зазначити, що йтиметься не про те, чи існує будь-який законний вплив публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі. Як уже зазначалося, високий рівень конфіденційності, який має бути забезпечений в арбітражах між приватними сторонами, дуже часто буде недоречним, якщо участь у спорі бере публічний актор.

Автори спробують навести деякі фактори, які різним чином обмежують або збільшують вплив публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі:

а) фактори, що обмежують вплив публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі:

1. Публічний імідж.

Однією з причин того, що приватні компанії віддають перевагу арбітражу, а не судовому вирішенню спорів, є захист їхнього публічного іміджу. А. Редферн та М. Гюнтер висловилися щодо цього так: «Міжнародний комерційний арбітраж – це приватний процес, який є більш привабливим для тих, хто не бажає обговорення у відкритому суді з можливим подальшим опублікуванням будь-якої інформації, яка не тільки може, але й виникає в комерційних спорах, – інформації стосовно недоброчесної поведінки,

технічної та управлінської некомпетентції, відсутності фінансових ресурсів або чогось іншого» [2, с. 586].

З точки зору приватної сторони, бажання тримати в секреті спори, що можуть заплямувати публічний імідж та репутацію компанії, може бути важливим фактором, що свідчить на користь конфіденційності та проти поширення інформації.

Проблема полягає в тому, що є моральні та правові зобов'язання держави щодо інформування її громадян про результат арбітражу, що призводить до зменшення важливості публічного іміджу компанії. Порівняно з обов'язками країни перед її громадянами бажання компанії здійснювати тотальний контроль над комерційним спором набуває меншої важливості. Однак ситуація не є такою прозорою, коли стороною, що бажає захистити свій імідж, є не приватна компанія, а публічний актор.

Є багато прикладів того, що країни іноді бажують більше, ніж приватні сторони спору, підтримувати конфіденційний та секретний характер ведення справи. Ця тенденція була зазначена двома видатними спеціалістами в сфері міжнародного права.

У 1965 році Карл-Хайнц Бекштгел, колишній Президент Міжнародної комерційної палати, зазначив, що одна з причин того, що арбітраж в Арбітражному суді при Міжнародній комерційній палаті приваблював уряди протягом XX століття полягала, «без сумніву, в конфіденційній природі ведення справи <...> навіть коли справа проти країни, набагато легше уникнути втрати престижу або реакції публіки з її політичним відлунням» [3, с. 134].

Не зважаючи на те, що багато країн залишаються вірними бажанню підтримувати свій імідж і наполягають на конфіденційності в арбітражі, це не може бути виправданням. Надання пріоритету суверенній владі порівняно з іншими цінностями не співпадає із сучасною природою міжнародної правової системи, що визнала суверенітет однією з цінностей, що поважається в міжнародній системі, а не єдиною або найважливішою. Отже, якщо сприймати захист суверенного публічного іміджу серйозно та використовувати його для виправдання посилення конфіденційності в міжнародному змішаному арбітражі, тоді конфіденційність може вийти за межі розумного. Наприклад, може статися, що торговельна приватна компанія, яка є стороною в арбітражі з державою, буде позбавлена можливості обговорення з акціонерами інформації, що може негативно вплинути на імідж країни в арбітражі.

2. Захист торговельних таємниць та інтелектуальної власності.

Іншим важливим фактором, який міг би свідчити на користь конфіденційності, є бажання захистити інтелектуальну власність, що належить приватній стороні в арбітражі. Без сумніву, захист прав власності є законним та серйозним питанням.

З часу введення в дію Угоди про торгові аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС) власники торгових секретів та іншої подібної інформації матимуть можливість захищати свою секретну інформацію в справах з урядами країн, що є членами Світової організації торгівлі. Ст. 39 ТРИПС надає захист інформації, що є секретною, тобто не є загальновідомою або доступною для осіб, які постійно мають справу з подібною інформацією, а також, що має комерційну цінність завдяки своїй секретності. Франсуа Десмонт в огляді положень статті 39 зробив висновок, що «зараз існує правовий обов'язок поважати конфіденційність, звичайно, враховуючи всі винятки, що узгоджуються зі статтею 39, і лише їх» [4, с. 123].

Зараз, на жаль, у випадках, якщо приватна сторона бере участь в арбітражі з країною, що не є стороною ТРИПС, і якщо країна примушує розкрити інформацію про інтелектуальну власність, ситуація може ускладнитись. Однак через значну кількість країн, що підписали угоду про Світову організацію торгівлі, – приблизно 147 – можна було б посперечатись, що зміст ст. 39 прониж до загального міжнародного права і, таким чином, є обов'язковим для всієї міжнародної спільноти. Далі приватна сторона (змушена розкрити секретну інформацію) може також наводити аргументи на користь застосування стандартів, таких як Правила Центру арбітражу та медіації Світової організації інтелектуальної власності (WIPO Rules). У ст. 73–76 WIPO Rules встановлено суворі положення щодо дотримання конфіденційності. Вони включають заборону на одностороннє розкриття інформації про арбітраж, окрім обмеженого кола випадків (ст. 73); положення щодо захисту конфіденційності доказів, наданих свідками, якщо вони не мають публічного інтересу (ст. 74); положення щодо захисту конфіденційності рішень з переліком умов, згідно з якими дозволено оприлюднювати рішення (ст. 75); положення, що накладає зобов'язання на арбітра та Центр щодо збереження конфіденційності (ст. 76). Дехто вважає, що ці положення є найбільш прийнятним консенсусом серед юристів арбітражного права.

б) фактори, що вимагають посилення ролі публічного інтересу в арбітражі:

1. Право народу на участь в управлінні державними справами.

Фактор, що свідчить на користь посилення ролі публічного інтересу в арбітражі, полягає в праві народу брати участь в управлінні державою.

У вузькому розумінні право на участь в управлінні державою передбачає, що громадяни мають право бути поінформованими про діяльність, до якої залучено державу. У більш широкому розумінні воно також може включати очікування на фактичну участь у деяких форумах завдяки консультативним або іншим засобам.

Право громадськості на участь в управлінні державою переважно обговорювалось в арбітражах, проведених згідно зі статтею 11 НАФТА (наприклад, рішення в справах *Loewen* та *Methanex*). Тобто арбітражі в рамках НАФТА показують, що очікування громадськості на участь в інтерпретації та застосуванні НАФТА реально задовольняється.

2. Юридичні зобов'язання, прийняті державою, що закликають до зменшення конфіденційності в арбітражі.

Окрім права громадськості на прозорість діяльності держави та на участь в її управлінні, деякі зобов'язання, що беруть на себе чимало держав на міжнародному рівні, можуть бути правовим аргументом на користь зменшення конфіденційності в арбітражі.

Найважливішим з цих зобов'язань, яке охоплює приблизно 147 країн, є Міжнародний пакт про цивільні та політичні права 1966 року [5]. У ст. 25 Угоди йдеться: «Кожен громадянин має право і можливість без будь-яких безпідставних обмежень брати участь в управлінні суспільними справами, прямо або через вільно обраних представників...». Грегорі Фокс у коментарі до ст. 25 стверджує, що підрозділ (б) звертається лише до процесу виборів, а підрозділ (а) розглядає додаткові засоби впливу на суспільну політику [6, с. 48]. Так само він зазначає, що Комітет з прав людини ООН заявив, що ст. 25 охоплює всі аспекти суспільного управління, а також формулювання і запровадження політики на міжнародному, національному, регіональному та локальному рівнях. Підтримка трактування ст. 25 Фоксом полягає в історії створення положення, хоча попередня його версія була такою: «Кожен громадянин мусить мати право брати участь в управлінні державою», але таке формулювання було замінене в 1953 році на те, що нині міститься в Угоді.

Натепер суперечливим є таке положення: якщо змішаний арбітраж буде не поверхнево торкатися питань розвитку, застосування або інтерпретації суспільної політики, тоді

громадськість може набутися права участі в такому арбітражі, принаймні шляхом отримання інформації щодо розвитку справи та її результатів. Це могло навіть статися в арбітражах, які впливають зі звичайних комерційних контрактів, якщо хід арбітражу або винесене рішення торкалося б питань формулювання та впровадження політики.

Звичайно, арбітражі, що виникають у рамках публічних юридичних угод, такі як НАФТА, здавалось, могли би бути першими кандидатами на зменшення конфіденційності, тому що вони занепокоєні інтерпретацією та розвитком міжнародного публічного права.

Однак проблеми можуть виникнути через вплив демократії на конфіденційність в арбітражі. Найважливішою серед них є та, що зменшення конфіденційності може загрожувати цілям структур, що були спеціально створені для деполітизації інвестиційних спорів між приватними сторонами та публічним актором. Наприклад, Арон Брош наголосив, що метою Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами є деполітизація інвестиційних спорів. Якщо арбітраж розглядатимуть як форум для вирішення питань публічної політики, то його цілісність, а також практичне значення міжнародного змішаного арбітражу може зазнати серйозного перегляду. У 1991 році Ів Форт'єр, перебуваючи на посаді посла Канади в США, зауважив: «Ділові спори і комерційні проблеми на міжнародному рівні вигідно вирішувати за допомогою альтернативних засобів вирішення спорів (у тому числі арбітражу), окрім, можливо, випадків, де бере участь публічний актор...» [7, с. 125]. Тобто якщо держава бере участь в арбітражі, то звичайні правила гри, що застосовуються в арбітражах між приватними сторонами, не діють.

Автори намагалися знайти та зрозуміти методи впливу участі публічних акторів в арбітражі на рівень очікуваної конфіденційності, а також виправдати оприлюднення інформації, що зазвичай має бути конфіденційною.

Прецеденти з національних юрисдикцій та трибуналів у рамках розділу 11 НАФТА свідчать, що приватна сторона не може бути впевнена щодо того, чи зберігатиметься конфіденційність у міжнародному змішаному арбітражі. Водночас можна бути більш впевненими в розкритті інформації про арбітражний процес, якщо виправданням цього є захист публічного інтересу.

Автори пропонують два підходи до вирішення проблеми конфіденційності в міжнародному змішаному арбітражі.

По-перше, у світлі основних етичних міркувань і міжнародних правових зобов'язань приватну інформацію, яка відповідає вимогам терміна «інформація, що не розповсюджується» статті 39 ТРІПС, слід захищати. Така інформація не може бути поширена з причини публічного інтересу.

По-друге, інформація, що не відповідає вимогам ТРІПС та перебуває в сфері публічного інтересу, має бути розкритою за умови, що така інформація становить інтерес через те, що спирається на публічне право та політику. Розкриття інформації з цієї причини задовольняє вимогу прозорого управління, а також узгоджується з договірними обов'язками більшості країн, що гарантують участь громадськості в політичному процесі.

Проблема, що постає перед судами, трибуналами та спеціалістами у сфері міжнародного права, полягає в такому. Насамперед необхідно вдосконалити поняття «законний публічний інтерес». Думки суддів у справі Esso свідчать, що для всієї інформації, яка виникає у процесі міжнародного змішаного арбітражу, що стосується питання публічного інтересу, є реальна загроза бути розголошеною повністю, без винятків.

А також беручи до уваги, що цінність міжнародного змішаного арбітражу (зокрема, в рамках Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року) випливає з того факту, що приватні сторони потребують деполітизованого форуму для вирішення спорів, то необхідно провести значну роботу в тому напрямі, щоб вплив публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі не призвів до втрати практичної цінності міжнародного змішаного арбітражу як у звичайних комерційних слуханнях, так і в інвестиційних спорах, що виникають з НАФТА або схожих публічних угод.

Джерсі Якубовські розглядає арбітраж як гнучкий інститут, що може пристосовуватись до потреб та умов, що змінюються. Саме тому цей інститут, на думку авторів, здатен пристосовуватись до викликів, що повстають з причини участі публічних акторів у міжнародному змішаному арбітражі.

*The article deals with the observance of the principle of confidentiality in the consideration of investment disputes in international commercial arbitration. This issue is regulated by Art. 68 of the Rules of the International Commercial Arbitration Court at the CCI of Ukraine, which states that the case is confidential. The ICAC Regulation also contains an imperative rule that prohibits parties to the case, arbitrators and court staff from disclosing any information they become aware of during the hearing of the case. At the same time, the London Arbitration Regulation does not contain a direct ban, it only states that all meetings are held "behind closed doors", which implements the confidentiality of the arbitration process.*

*It is argued that the increase in confidentiality in arbitration is due to the fact that individuals who have agreed to settle commercial disputes with each other on the basis of a private forum deserve their desire to be*

## Висновки

Отже, можна зробити висновок, що, незважаючи на критику закритості арбітражного процесу, що має місце останніми роками, конфіденційність усе ще вважається багатьма учасниками процесу важливою і навіть основною рисою міжнародного комерційного арбітражу. Водночас високий рівень конфіденційності, який має бути забезпечений в арбітражах між приватними сторонами, дуже часто буде недоречним, де бере участь публічний актор. Проблеми конфіденційності, що вирішуються судами, трибуналами і спеціалістами в сфері міжнародного права, передбачають необхідність відповідного розвитку національної правової думки та законодавчої практики. Це включає необхідність удосконалення поняття «законний публічний інтерес», реально досяжного зниження впливу публічного інтересу на конфіденційність в арбітражі, не допускаючи втрати практичної цінності міжнародного змішаного арбітражу.

## Список використаних джерел:

1. Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж : учебное пособие для высших юридических учебных заведений. Санкт-Петербург : Издательство «Сентябрь», 2001. 210 с.
2. Ануфриева Л.П. Международное частное право : в 3 т. Москва : БЕК, 2000. Т. 3: Транснациональные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. 2001. 768 с.
3. Міжнародне судочинство / Кол. авт.; за заг. ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2009. 260 с.
4. Доронина Н.Г. Регулирование иностранных инвестиций (вопросы унификации). Проблемы международного частного права / Под ред. Н.И. Марышевой. Москва : Контракт, 2000. С. 123.
5. Международный пакт о гражданских и политических правах от 16.12.1966 г. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pactpol.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml).
6. Волков А.Ф. Третейские суды и их значение в торговом обороте. *Третейский суд*. Санкт-Петербург, 1999. № 1.
7. Доронина Н.Г. Регулирование иностранных инвестиций (вопросы унификации). Проблемы международного частного права / Под ред. Н.И. Марышевой. Москва : Контракт, 2000. 163 с.

*kept secret from critical consideration by society. The concept of private (confidential) arbitration arises from the fact that the parties have agreed to submit to arbitration disputes arising only between them.*

*In particular, the article cites factors that in many ways limit or increase the impact of public interest on confidentiality in arbitration: public image, protection of trade secrets and intellectual property. Factors requiring public interest in arbitration to be strengthened: the right of the people to participate in the administration of public affairs; legal commitments made by the state that call for a reduction of confidentiality in arbitration.*

*It is concluded that despite the criticism of the closed arbitration process that has taken place in recent years, confidentiality is still considered by many participants in the process to be an important and even main feature of international commercial arbitration. At the same time, the high level of confidentiality that must be ensured in arbitrations between private parties will very often be irrelevant where a public actor is involved. Confidentiality issues resolved by courts, tribunals and experts in the field of international law imply the need for appropriate development of national legal thought and legislative practice. This includes the need to refine the notion of "legitimate public interest" and to reduce the impact of public interest on arbitration arbitrarily, while avoiding the loss of the practical value of international mixed arbitration.*

**Key words:** international commercial arbitration, principles of international commercial arbitration, confidentiality, investment.

