



**Комиссия Организации Объединенных Наций  
по праву международной торговли**  
**Рабочая группа III (Реформирование системы  
урегулирования споров между инвесторами  
и государствами)**  
**Сороковая сессия**  
 Вена, онлайн, 8–12 февраля 2021 года

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

**Апелляционный механизм и вопросы приведения  
в исполнение**

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение .....	2
II. Функционирование апелляционного механизма .....	3
A. Основные элементы .....	3
1. Сфера и стандарт пересмотра .....	3
2. Решения, подлежащие обжалованию .....	7
3. Последствия апелляции .....	9
4. Приемлемость рабочей нагрузки механизма .....	12
5. Сроки .....	12
B. Приведение в исполнение .....	13
1. В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией .....	13
2. В соответствии с Конвенцией МЦУИС .....	15
C. Сводный проект положений о механизме обжалования и приведении в исполнение .....	16
1. Общие замечания .....	16
2. Проект положений .....	17
III. Варианты создания апелляционного механизма .....	20
1. Общие замечания .....	20



## I. Введение

1. На своей тридцать восьмой сессии в октябре 2019 года Рабочая группа согласовала проектный график разработки возможных вариантов реформы в соответствии с третьим этапом своего мандата (A/CN.9/1004, пп. 16–27 и 104)<sup>1</sup>. На своей возобновленной тридцать восьмой сессии в январе 2020 года Рабочая группа продолжила обсуждение вариантов реформы и провела предварительное рассмотрение основных элементов возможного апелляционного механизма с целью уточнения, определения и разработки такого варианта без ущерба для окончательной позиции какой бы то ни было делегации (A/CN.9/1004/Add.1, пп. 16–51). Рабочая группа в предварительном порядке рассмотрела вопросы приведения в исполнение решений, вынесенных в рамках постоянного апелляционного механизма или постоянно действующим органом первого уровня (A/CN.9/1004/Add.1, пп. 62–81). Рабочая группа просила Секретариат провести дальнейшую подготовительную работу по этим вопросам (A/CN.9/1004/Add.1, пп. 52–61 и 81).

2. Соответственно, в настоящей записке рассматриваются основные элементы функционирования и создания возможного апелляционного механизма и приводится более подробная информация по вопросу о приведении в исполнение решений, вынесенных в рамках любого возможного апелляционного механизма. Настоящая записка подготовлена с учетом широкого спектра опубликованной информации по этой теме<sup>2</sup> и не направлена на изложение какого-либо

<sup>1</sup> Ход обсуждения и решения, принятые на тридцать восьмой сессии, см. A/CN.9/1004; в качестве справочной информации следует отметить, что Рабочая группа на своих тридцать четвертой–тридцать седьмой сессиях провела работу по возможной реформе УСИГ на основе мандата, предоставленного ей Комиссией на ее пятидесятой сессии в 2017 году (см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/72/17)*, пп. 263 и 264; ход обсуждения на тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях и принятые решения см. документы A/CN.9/930/Rev.1 и добавление к нему, A/CN.9/935, A/CN.9/964 и A/CN.9/970, соответственно); в ходе этих сессий Рабочая группа обсудила и выявила проблемы, связанные с УСИГ, и пришла к выводу, что с учетом выявленных проблем реформа является желательной; третий этап мандата заключается в разработке любых соответствующих решений по реформе УСИГ, которые будут рекомендованы Комиссии; обзор вариантов реформирования приведен в документе A/CN.9/WG.III/WP.166.

<sup>2</sup> Эта информация включает исследование ЦУМС (далее в тексте — «доклад ЦУМС») под названием *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*, by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, доступно по адресу [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_research\\_paper\\_mauritius.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf); OECD Working Papers on International Investment No. 2012/3, OECD Investment Division 2012, *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, by David Gaukrodger et al; the Policy Options Paper, E15 Initiative, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum 2016, *The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward*, by Karl Sauvant; *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, Journeys for the 21st Century*, edited by Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret, Nijhoff International Investment Law Series, volume: 4; *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*, edited by Karl Sauvant, Oxford University Press; *Appeal mechanism for ISDS Awards, Interaction with New York and ICSID Conventions, Conference on Mapping the Way Forward for the Reform of ISDS*, by Albert Jan van den Berg; *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, u Standalone Appeal Mechanism: Multilateral Investment Appeals Mechanisms*, by Marc Bungenberg and August Reinisch, European Yearbook of International Economic Law; Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020); см. также библиографические ссылки, опубликованные Научным форумом и доступные в разделе «Additional resources» Рабочей группы III по адресам [https://uncitral.un.org/en/library/online\\_resources/investor-state\\_dispute](https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute) и [www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/](http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/).

мнения по вопросу о возможных вариантах реформы, рассмотрение которого относится к компетенции Рабочей группы.

## II. Функционирование апелляционного механизма

### A. Основные элементы

3. Предложение о создании апелляционного механизма содержится в различных представлениях, полученных от правительств в ходе подготовки к обсуждениям вариантов реформирования («Представления»)<sup>3</sup>. На этой основе и на основе документа [A/CN.9/WG.III/WP.185](#) Рабочая группа провела предварительное рассмотрение основных компонентов, касающихся характера, сферы охвата и последствий апелляции. Она отметила, что различные компоненты взаимосвязаны и нуждаются в рассмотрении, какую бы форму ни принял такой механизм, будь то специальный апелляционный механизм, постоянный отдельный апелляционный орган или апелляционный механизм второго уровня в рамках постоянно действующего суда (все эти различные возможные варианты форм именуется «апелляционным механизмом», а состав членов апелляционного суда по УСИГ именуется «апелляционным судом») ([A/CN.9/1004/Add.1](#), пп. 16 и 25). Она также отметила, что в процессе этой работы нужно стараться избегать дублирования и дальнейшей фрагментации процедур обжалования и пытаться найти оптимальный баланс между преимуществами апелляционного механизма и любыми связанными с ним издержками ([A/CN.9/1004/Add.1](#), п. 24).

#### 1. Сфера и стандарт пересмотра

##### a) Сфера пересмотра

##### i) Правовые и фактические ошибки

4. Что касается сферы пересмотра, то в нижеследующих проектах положений (см. п. 59) предпринята попытка отразить предварительные итоги обсуждения в Рабочей группе и предлагается, чтобы основания для обжалования охватывали: i) ошибки в толковании или применении права с возможностью дальнейшего ограничения обжалования определенными видами ошибок или определенными правовыми вопросами (например, общепринятые нормы, содержащиеся в инвестиционных договорах, такие как экспроприация, справедливые и равноправные режимы и недискриминация) ([A/CN.9/1004/Add.1](#), пп. 26 и 27); и ii) ошибки в установлении фактических обстоятельств дела, включая ошибку в оценке размера ущерба ([A/CN.9/1004/Add.1](#), п. 28).

5. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что выбор соответствующего стандарта пересмотра имеет контекстуальный характер. Вопрос права связан с толкованием нормы, обычно имеющей общее применение. Он не имеет никакого отношения к тому, было ли решение, вынесенное судом первого уровня, подкреплено какими-либо доказательствами или пришел ли суд на основании фактов к правильным выводам. Вопрос факта касается проведения

<sup>3</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), представление Европейского союза и его государств-членов (Апелляционный орган); [A/CN.9/WG.III/WP.161](#) и [A/CN.9/WG.III/WP.198](#), представления правительства Марокко (Предварительный контроль за арбитражным решением и постоянный апелляционный механизм); [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), представление правительств Израиля, Чили и Японии (Механизм по обжалованию и апелляции в связи с конкретным международным договором); [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), представление правительства Эквадора (Постоянный механизм по обжалованию и апелляции); [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), представление правительства Китая (Отдельный апелляционный механизм); этот вариант реформы обсуждается также в документах [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), представление правительства Южной Африки и [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), представление правительства Бахрейна; [A/CN.9/WG.III/WP.188](#), представление правительства Российской Федерации; [A/CN.9/WG.III/WP.195](#), представление правительства Марокко.

расследования того, действительно ли что-то случилось. Он не имеет отношения к любому заявлению о его юридических последствиях. Фактическая ошибка означает, что лицо, принимающее решение на первом уровне, неправильно оценило факты. Может возникнуть смешанный вопрос права и факта, как это показано и рассмотрено в судебной практике Апелляционного органа ВТО<sup>4</sup>.

6. Вопросы, которые заслуживают прямого разъяснения либо в соответствующем положении об апелляционном механизме, либо в практике его применения, включают вопрос о том, может ли явная ошибка в оценке фактов представлять собой правовую ошибку; и относится ли ошибка в толковании или применении внутреннего права к категории правовой или фактической ошибки (A/CN.9/1004/Add.1, пп. 27 и 53).

ii) *Основания в существующих механизмах отмены или признания недействительности*

7. Как отмечалось выше (см. п.3), важный вопрос с точки зрения процессуальной эффективности заключается в том, должны ли существующие механизмы отмены или признания недействительности существовать параллельно с апелляционным механизмом, и если да, то каким образом обеспечить, чтобы они не дублировали друг друга (A/CN.9/1004/Add.1, п. 30). Юридические вопросы, подлежащие рассмотрению в этом контексте, являются значимыми и требуют учета различий между разбирательствами по правилам Международного центра по урегулированию инвестиционных споров («МЦУИС») и разбирательствами, не связанными с МЦУИС, на которые распространяются разные правовые режимы<sup>5</sup>.

8. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должны ли основания для отмены решения в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств («Конвенция МЦУИС») и в соответствии с национальным арбитражным законодательством об инвестиционных арбитражных разбирательствах, проводимых не по регламенту МЦУИС (например, в соответствии со статьей 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже («Типовой закон»), в которых в полной мере отражены основания для отказа в признании и приведении в исполнение в соответствии со статьей V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года («Нью-Йоркская конвенция»)), являться основаниями для обжалования<sup>6</sup>. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что, поскольку

<sup>4</sup> Например, Апелляционный орган ВТО постановил, что может быть подана апелляция в отношении характеристики фактов, т. е. правовых последствий или выводов, которые вытекают из конкретной характеристики фактов.

<sup>5</sup> См. Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), chap. 4.3 (обсуждение взаимосвязи между потенциальным апелляционным механизмом и механизмом отмены и изучение моделей юрисдикционной координации между национальными и международными судами и роли национальных судов в поддержке этих международных судов и контроле над ними).

<sup>6</sup> Статья 52 (1) Конвенции МЦУИС предусматривает следующее: «Каждая из сторон вправе требовать отмены решения Арбитража путем подачи письменного заявления Генеральному секретарю по следующим основаниям: а) в случае если Арбитраж был учрежден ненадлежащим образом; б) в случае если Арбитраж превысил свои полномочия; с) в случае если имел место подкуп одного из Арбитров; д) в случае если имело место существенное отступление от правил процедуры; или е) в случае если решение Арбитража не было надлежащим образом обосновано». Пункт 2 статьи 34 Типового закона о международном торговом арбитраже предусматривает следующее: «2) Арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в статье 6, лишь в случае, если а) сторона, заявляющая это ходатайство, представит доказательства того, что: i) одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, была в какой-либо мере недееспособна; или это соглашение недействительно по законодательству, которому стороны подчинили это соглашение, а в отсутствие обозначения такого законодательства — по законодательству данного государства; или

основания для обжалования, как правило, охватывают более узкие основания для отмены или признания недействительными решений<sup>7</sup>, наличие апелляции сделает любой дальнейший пересмотр, включая отмену или признание недействительными решений, излишним. Сохранение таких средств правовой защиты, как отмена или признание недействительным решения фактически привело бы к созданию трехуровневой системы урегулирования споров, что может противоречить целям обеспечения окончательности и эффективности (включая сроки и эффективность затрат)<sup>8</sup>.

9. Если основания для отмены и признания недействительными решений в соответствии с Конвенцией МЦУИС и Типовым законом будут служить основанием для обжалования, то будет необходимо обеспечить, чтобы стороны в споре не имели возможности начать процедуры отмены или признания недействительными решений и чтобы государства были обязаны отказываться от права на пересмотр решений, принятых в рамках апелляционного механизма. Реализация такого отказа будет зависеть от того, каким образом будет создан апелляционный механизм (см. раздел III ниже). Поскольку не во всех национальных законах такой отказ обязательно признается в качестве действительного соглашения об исключении права добиваться отмены в своих судах, государствам-участникам апелляционного механизма, возможно, придется рассмотреть вопрос о принятии соответствующего законодательства. Что касается арбитражных решений МЦУИС, то апелляционный механизм может аналогичным образом исключать любую отмену арбитражных решений МЦУИС в соответствии со статьей 52 Конвенции МЦУИС.

10. Осуществление такого отказа связано также с более общим вопросом о реализации вариантов реформы и возможной разработкой многостороннего документа по реформе УСИГ (см. [A/CN.9/WG.III/WP.194](#)). На самом деле договор об учреждении апелляционного механизма мог бы регулировать эти вопросы во избежание неопределенности в отношении судебного вмешательства<sup>9</sup>.

## b) Стандарт пересмотра

11. Что касается стандарта пересмотра, то приводимый ниже проект положения (см. п. 59) включает для рассмотрения Рабочей группой следующие элементы:

*ii) заявляющая ходатайство сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои аргументы; или iii) арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному для разрешения в арбитраже или не подпадающему под условия обращения в арбитраж, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы сферы применения арбитражного соглашения, при условии, что если постановления по вопросам, подлежащим рассмотрению в арбитраже, могут быть отделены от тех, которые не подлежат арбитражу, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не подлежащим рассмотрению в арбитраже; или iv) состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступить, или, в отсутствие такого соглашения, не соответствовали настоящему Закону; или b) суд определит, что: i) предмет спора не подлежит арбитражному разбирательству по законодательству данного государства; или ii) арбитражное решение противоречит публичному порядку данного государства».*

<sup>7</sup> Обжалование, как правило, направлено на обеспечение соблюдения надлежащей правовой процедуры и правильности решения по существу. В отличие от этого отмена решения имеет более узкую направленность, касающуюся соблюдения надлежащей правовой процедуры, независимо от ошибок в применении права или установлении фактов. Основания для обжалования обычно шире, чем обычные основания для отмены решения (см. доклад ЦУМС, пп. 107 и 115).

<sup>8</sup> См. доклад ЦУМС, п. 196.

<sup>9</sup> См. Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), chap. 4.3.

- ограничение оснований для обжалования правовыми ошибками, «явными» фактическими ошибками, тем самым проявляя некоторое уважение к решениям судов первого уровня, и смешанными правовыми и фактическими ошибками (A/CN.9/1004/Add.1, п. 29); и
- возможность рассмотрения в рамках апелляционного механизма при повторном пересмотре как правовых, так и фактических обстоятельств других категорий ошибок в исключительных обстоятельствах (A/CN.9/1004/Add.1, п. 29).

12. При повторном пересмотре апелляционные суды, как правило, действуют так, как если бы они рассматривали данный вопрос впервые, не проявляя никакого уважения к решениям суда первого уровня. Такая ситуация является обычной при повторном пересмотре правовых вопросов, поскольку апелляционные механизмы в первую очередь призваны устанавливать соблюдение законности, в связи с чем к решениям суда первого уровня в отношении оценки чисто правовых вопросов не проявляется никакого уважения.

13. В отличие от этого, стандарт пересмотра фактических обстоятельств, как правило, носит более уважительный характер, придавая некоторое значение решению суда первого уровня, и может ограничиваться «явными» ошибками. Явная ошибка используется в рамках апелляционных механизмов для определения того, повлияла ли фактическая ошибка, например нечестные показания ключевого свидетеля или отсутствие учета важного вещественного доказательства, на исход решения суда первого уровня. Такие стандарты основаны на предположении о том, что суд первого уровня председательствовал на судебном процессе, заслушивал показания и имел наилучшее представление о доказательствах. С учетом этого, к решениям суда первого уровня проявляется существенное уважение. Сокращение расходов и задержек может способствовать ограничению оснований для пересмотра фактических обстоятельств.

### с) Примеры функционирования существующих апелляционных механизмов

14. В силу особенностей международного судопроизводства, основанного на согласии и не имеющего иерархической судебной системы, апелляционный механизм, в отличие от толкования и пересмотра одним и тем же судебным органом, остается исключением.

15. Обжалование в рамках международной уголовной юрисдикции является нетипичной процедурой, которая в значительной степени отражает национальную уголовную систему и играет роль, отличную от системы международных судов и трибуналов, как это прямо указано в статутах международных уголовных трибуналов<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> См., например: 1) Римский статут Международного уголовного суда: «Решение, принятое согласно статье 74, может быть обжаловано в соответствии с Правилами процедуры и доказывания, как это предусмотрено ниже: а) Прокурор может подать апелляцию по любым из следующих оснований: i) процессуальная ошибка, ii) ошибка в факте или iii) ошибка в праве; б) лицо, признанное виновным, или Прокурор от имени этого лица может подать апелляцию по любым из следующих оснований: i) процессуальная ошибка, ii) ошибка в факте, iii) ошибка в праве или iv) любое иное основание, которое влияет на справедливость судебного разбирательства или решения либо доверие к такому разбирательству или решению». 2) Обновленный Статут Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии: «Апелляционная камера рассматривает апелляции, поданные лицами, осужденными Судебными камерами, или Обвинителем на следующих основаниях: а) в случае ошибки в вопросе права, в результате которой решение утрачивает силу; и б) в случае ошибки в вопросе факта, которая привела к вынесению неправосудного решения». 3) Устав Специального трибунала по Ливану: «Апелляционная палата заслушивает апелляции лиц, осужденных Судебной палатой или Обвинителем, на следующих основаниях: а) ошибка в вопросе права, признающая решение недействительным; б) ошибка в вопросе факта, которая привела к вынесению неправосудного решения». 4) Устав Специального трибунала по Сьерра-Леоне: «Апелляционная камера рассматривает апелляции, поданные лицами, осужденными

16. В экономическом контексте и в области инвестиций также предусмотрены процедуры обжалования, хотя они встречаются не так часто, как процедуры толкования и пересмотра. Зачастую они представляют собой средство обеспечения единообразия в применении и толковании основного законодательства. Таким образом, они близки к другим видам пересмотра решений вышестоящим судом, сопоставимым с функциями верховного суда. Они предусматривают более узкие основания для обжалования, которые обычно ограничиваются правовыми вопросами<sup>11</sup>. Некоторые недавно заключенные двусторонние или региональные инвестиционные договоры с предлагаемыми апелляционными механизмами также предусматривают, что основанием для обжалования могут служить явные фактические ошибки<sup>12</sup>.

17. В приложении к документу для обсуждения МЦУИС «Возможные усовершенствования арбитражного механизма МЦУИС» от 22 октября 2004 года сохранился проект особенностей апелляционного механизма МЦУИС. В этом документе для обсуждения было высказано мнение о том, что апелляцию, задуманную как средство обеспечения последовательности и согласованности, можно подавать в связи с «явной правовой ошибкой или по любому из пяти оснований для отмены арбитражного решения, указанных в статье 52 Конвенции МЦУИС». Еще одним основанием для оспаривания арбитражного решения могут быть серьезные фактические ошибки; этому основанию будет дано узкое определение, с тем чтобы сохранить надлежащее уважение к выводам арбитражного суда в отношении установления фактов»<sup>13</sup>.

## 2. Решения, подлежащие обжалованию

18. Проект положения (см. п. 59 ниже) для рассмотрения Рабочей группой предусматривает, что решения как по существу, так и по процедурным вопросам подлежат обжалованию (A/CN.9/1004/Add.1, п. 55), в то время как некоторые другие решения исключаются из сферы охвата обжалования (даже если соблюдено любое из оснований для обжалования), с тем чтобы обеспечить как право

---

*Судебными камерами, или Обвинителем на следующих основаниях: а) процессуальная ошибка; б) ошибка в вопросе права, в результате которой решение утрачивает силу; в) ошибка в вопросе факта, которая привела к вынесению неправосудного решения».*

5) Пример из области спортивного арбитража: уставы органов, занимающихся урегулированием спортивных споров: «Коллегия арбитров имеет все полномочия пересматривать фактические и правовые обстоятельства. Она может принять новое решение, которое заменяет оспариваемое решение, или же отменить решение и вернуть дело в предыдущую инстанцию». См. также базу данных прецедентного права, Организация Объединенных Наций, Международные остаточные механизмы для уголовных трибуналов, <https://cld.irmct.org/notions/show/310/errors-of-fact#>.

<sup>11</sup> См., например: 1) Соглашение о ВТО: «Апелляция ограничивается правовыми вопросами, которые обозначены в докладе третейской группы, и юридическим толкованием, данным третейской группой». Апелляционный орган не уполномочен изучать новые фактические доказательства или пересматривать существующие фактические доказательства, на которых основывается доклад третейской группы; даже явная фактическая ошибка не подлежит пересмотру Апелляционным органом; 2) МЕРКОСУР: «Пересмотр ограничивается вопросами права рассматриваемыми в споре, и правовым толкованием решений, принятых в распоряжении Специального арбитражного суда»; 3) Суд Европейского союза: «Обжалование в Суде ограничивается вопросами права. Оно может производиться на таких основаниях, как: отсутствие полномочий у Трибунала; процессуальные нарушения в Трибунале, которые наносят ущерб интересам обращающейся с жалобой стороны; нарушение Трибуналом права Союза. Предмет жалобы не может сводиться исключительно к возложению обязанности по оплате расходов или к величине судебных издержек».

<sup>12</sup> См., например, Соглашение о защите инвестиций между ЕС и Сингапуром: «Основаниями для обжалования являются следующие основания: а) Трибунал допустил ошибку в толковании или применении применимого законодательства; б) Трибунал явно ошибся в оценке фактов, в том числе в оценке соответствующего внутреннего законодательства; или в) те основания, которые предусмотрены в статье 52 Конвенции МЦУИС, в той мере, в какой они не охвачены подпунктами (а) и (б)».

<sup>13</sup> См. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

на обжалование, так и эффективность и управляемость апелляционного механизма обжалования (A/CN.9/1004/Add.1, п. 31).

**а) Решения об отводе и обеспечительных мерах**

19. Как обсуждалось в Рабочей группе на ее возобновленной тридцать восьмой сессии, Рабочая группа, возможно, пожелает дополнительно рассмотреть вопрос о том, могут ли некоторые процессуальные решения не подлежать обжалованию, особенно с учетом возможных последствий для стоимости и продолжительности производства, в том числе:

- решения об отводе членов суда по УСИГ, поскольку обжалование таких решений, может привести к перегрузке апелляционного механизма (A/CN.9/1004/Add.1, п. 32); и
- решения об обеспечительных мерах, поскольку они нередко специфичны для конкретного дела, носят временный характер и могут быть отменены предписавшим их судом (A/CN.9/1004/Add.1, п. 34).

**б) Решения о юрисдикции**

20. На возобновленной тридцать восьмой сессии Рабочей группы были высказаны сомнения в отношении того, должны ли входить в сферу применения апелляционного механизма решения о юрисдикции, в частности в связи с тем, что они уже подлежат пересмотру, например, согласно положениям внутреннего законодательства, отражающим статью 16 Типового закона (A/CN.9/1004/Add.1, п. 33). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли избегать параллельных процедур оспаривания решений о юрисдикции согласно положениям во внутреннем арбитражном законодательстве, аналогичным статье 16 Типового закона, и в рамках механизма обжалования.

21. Если решения о юрисдикции будут включены в сферу охвата апелляции, то следует рассмотреть вопрос о том, может ли апелляция быть подана в ходе ведущегося разбирательства<sup>14</sup>. С одной стороны желательно, чтобы апелляционному суду была представлена полная информация о деле до вынесения им решения, в связи с чем подача апелляции должна быть возможна только после вынесения окончательного решения по существу дела, а с другой стороны, обжалование решения о юрисдикции на более раннем этапе производства может сэкономить расходы и время, исходя из предположения о возможности избежать задержек с оспариванием (A/CN.9/1004/Add.1, пункт 33). В связи с этим вопросом следует отметить приложение к документу для обсуждения 2004 года о возможном совершенствовании арбитражного механизма МЦУИС, в котором предусматривается, что «во избежание расхождений в охвате между делами МЦУИС и делами, не относящимися к МЦУИС, Регламент апелляционного механизма может либо предусматривать, что оспаривание ни в коем случае не может иметь место до вынесения окончательного арбитражного решения, либо допускать возможность оспаривания во всех случаях в связи с промежуточными арбитражными решениями и постановлениями»<sup>15</sup>.

22. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в отношении других промежуточных или частичных решений, например об ответственности, предусматривать возможность подачи апелляции только после

<sup>14</sup> В одних системах невозможно оспорить положительные решения о юрисдикции до вынесения окончательного арбитражного решения, хотя в других системах решения о юрисдикции подлежат немедленному оспариванию.

<sup>15</sup> Документ для обсуждения о возможном совершенствовании арбитражного механизма МЦУИС, подготовленный Секретариатом МЦУИС (22 октября 2004 года) «Приложение — Возможные характеристики апелляционного механизма МЦУИС», п.8. В более общем плане в контексте МЦУИС никакое решение не может подлежать отмене. Вопрос об отмене может возникнуть только после вынесения (окончательного) арбитражного решения, а затем только на основании ошибки, предусмотренной в статье 52(1)(a)–(e).

вынесения окончательного решения по существу, с тем чтобы обеспечить наличие у апелляционного органа полной информации.

### **3. Последствия апелляции**

#### **а) Временное приостановление исполнения решений суда первого уровня**

*Окончательные решения суда первого уровня*

23. В приводимом ниже проекте положения (см. п. 59) для рассмотрения Рабочей группой предусматривается, что подача апелляции влечет за собой временное приостановление действия решения суда первого уровня.

24. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о гарантиях, которые, возможно, потребуются предусмотреть во всем механизме, с тем чтобы не допустить приведения в исполнение решения суда первого уровня или его отмены во избежание дублирования процедур и риска принятия противоречащих друг другу решений (A/CN.9/1004/Add.1, п. 42). Например, это будет означать, что национальный суд, рассматривающий ходатайство о приведении в исполнение решения суда первой инстанции, не должен в течение срока обжалования признавать действия сторон в споре по отмене или приведению в исполнение такого решения.

25. В связи с последствиями приостановления действия решения возникает также вопрос о начислении процентов и о возможной необходимости внесения залога для предотвращения необоснованных апелляций.

*Неокончателные (промежуточные) решения суда первого уровня*

26. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли приостановить производство в суде первого уровня в ожидании результатов рассмотрения апелляции на неокончателное решение в случае, если допускается подача немедленных апелляций на такие решения. Такие решения о приостановлении производства могут приниматься апелляционным органом или в качестве альтернативы судом первого уровня.

#### **б) Подтверждение, отмена, изменение или признание недействительными решений**

27. Как предлагается в проекте положения ниже (см. п. 59), Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли апелляционный суд иметь возможность подтверждать, отменять или изменять решение суда первого уровня и выносить окончательное решение на основе представленных ему фактов (A/CN.9/1004/Add.1, п. 40). Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли апелляционный суд также иметь возможность отменять или признавать недействительным арбитражное решение (как это предусмотрено соответствующими положениями Конвенции МЦУИС и соответствующим внутренним законодательством) (A/CN.9/1004/Add.1, пп. 30 и 40).

#### **с) Полномочия на возвращение дел**

28. На тридцать восьмой сессии Рабочей группы были высказаны разные мнения в отношении способности апелляционного суда возвращать дело суду первого уровня. Так, согласно одним мнениям, апелляционный суд должен обладать широкими полномочиями по возвращению дел, а согласно другим такие полномочия следует предоставлять только в исключительных обстоятельствах или на ограниченных основаниях, если апелляционный суд не имеет возможности завершить правовой анализ на основе представленных ему фактов (A/CN.9/1004/Add.1, п. 41). Кроме того, согласно еще одним мнениям, возвращение дел обратно не должно допускаться с учетом соображений в отношении затрат и сроков.

29. Если апелляционный суд будет иметь право на возвращение дел, то потребуются решить следующие практические вопросы:

- как вновь учредить суд первого уровня (если он уже был распущен, принимая при этом во внимание нынешний специальный характер судов первого уровня);
- является ли пересмотренное решение суда первой инстанции окончательным или подлежащим дальнейшему обжалованию;
- должна ли поступать конкретная просьба о возвращении дела от одной или всех сторон в споре; и
- как исправить ситуацию, когда апелляционный суд обнаружил процессуальные нарушения (например, отсутствие независимости), в результате чего было бы неуместно возвращать дело в суд первого уровня.

30. Еще один вопрос заключается в том, как рассматривать ситуации, когда апелляционный суд не имеет полномочий на возвращение дел и не располагает достаточной информацией о фактических обстоятельствах для вынесения окончательного решения или когда стороны не были надлежащим образом заслушаны относительно фактических обстоятельств для вынесения окончательного решения.

#### d) Исправление ошибок

31. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии механизма, как это предлагается в проекте положения ниже (см. п. 59), который позволит апелляционному суду исправлять свое вынесенное ранее решение в исключительных обстоятельствах ([A/CN.9/1004/Add.1](#), п. 46).

#### e) Примеры функционирования существующих апелляционных механизмов

32. Международные судебные органы, которые занимаются рассмотрением дел на двух или более уровнях, как правило, устанавливают четкие правила в отношении последствий апелляции. В большинстве случаев международные уголовные юрисдикции, в рамках которых оба уровня являются постоянными, часто предусматривают обжалование с широкими полномочиями, включая полномочия на возвращение или обратную передачу дел на первый уровень<sup>16</sup>. То же

<sup>16</sup> См., например: 1) пункт 2 статьи 83 Римского статута Международного уголовного суда: «Если Апелляционная палата приходит к заключению, что обжалуемое судебное разбирательство было несправедливым таким образом, что это ставит под сомнение доверие к решению или приговору, или что при вынесении обжалуемого решения или приговора были допущены существенные ошибки в факте или праве или процессуальное нарушение, она может: а) отменить или изменить решение или приговор; или б) распорядиться о проведении нового судебного разбирательства другой судебной палатой. Для этих целей Апелляционная палата может вернуть вопрос, связанный с фактической стороной дела, в первоначальную Судебную палату в целях его выяснения и последующего представления Апелляционной палате соответствующего заключения, или же она может сама затребовать доказательства для выяснения вопроса. Если решение или приговор обжалуется только осужденным или Прокурором от имени такого лица, то такое решение или приговор не может быть изменен с ущербом для этого лица». 2) Статья 21 Устава Специального суда для Сьерра-Леоне: «При открытии нового обстоятельства, которое не было известно в момент производства в Судебной камере или Апелляционной камере и которое могло бы иметь решающее значение при вынесении решения, осужденный или Обвинитель могут подать заявление о пересмотре приговора. 2. Заявление о пересмотре подается в Апелляционную камеру. Апелляционная камера может отклонить заявление, если сочтет его необоснованным. Если она определяет, что ходатайство по существу является обоснованным, то она может в случае необходимости: а) вновь собрать первоначальную Судебную камеру; в) сохранить за собой юрисдикцию в отношении данного вопроса».

самое можно обнаружить в Статуте Суда Европейского союза и Спортивного арбитражного суда<sup>17</sup>.

33. Международные судебные органы, специализирующиеся в области торговли и инвестиций, часть которых функционирует как органы первого уровня, создаваемые, как правило, на специальной основе, часто предусматривают обжалование без права возвращения дел на пересмотр<sup>18</sup>. Вместе с тем некоторые недавно заключенные двусторонние или региональные торговые и инвестиционные договоры предоставляют более широкие полномочия апелляционным органам, которые включают право на возвращение дел или предусматривают возможность возвращения дел при определенных обстоятельствах<sup>19</sup>.

34. В приложении к документу для обсуждения 2004 года «Возможное совершенствование арбитражного механизма МЦУИС: возможные характеристики апелляционного механизма МЦУИС»<sup>20</sup> предпринята попытка привести предлагаемый механизм обжалования в соответствие с механизмом отмены решений, предусмотренным в Конвенции МЦУИС. В соответствии с возможным регламентом апелляционного механизма апелляционный суд может поддержать, изменить или отменить соответствующее арбитражное решение. Он может отменить это арбитражное решение полностью или частично на любом из оснований, предусмотренных в статье 52 Конвенции МЦУИС. Арбитражное решение, поддержанное, измененное или отмененное апелляционным судом, будет окончательным арбитражным решением, обязательным для сторон. Вместе с тем, если апелляционный суд отменяет арбитражное решение или принимает решение об его изменении или признании недействительным, в результате чего арбитражное решение не ведет к урегулированию спора, то любая из сторон может передать дело на рассмотрение нового арбитражного суда, который будет создан и который будет действовать в соответствии с тем же регламентом, что и первый арбитражный суд. В некоторых таких ситуациях регламент апелляционного суда может разрешать апелляционным судам выносить постановление о возвращении дела в первоначальный арбитражный суд.

<sup>17</sup> 1) Процессуальное правило R57 Спортивного арбитражного суда: «Группа арбитров имеет полные полномочия на пересмотр фактических и правовых обстоятельств. Она может принять новое решение, которое заменит оспариваемое решение, или же отменить решение и вернуть дело в предыдущую инстанцию». 2) Пункт 1 статьи 61 Статута Суда Европейского союза: «Если жалоба является обоснованной, то Суд отменяет решение Трибунала. В таком случае Суд может либо сам вынести окончательное решение по делу, когда состояние дела позволяет разрешить его, либо передать дело на новое рассмотрение в Трибунал с тем, чтобы последний вынес решение».

<sup>18</sup> См., например: 1) Соглашение о ВТО: «Апелляционный орган может подтвердить, изменить или отменить правовые выводы и заключения третейской группы». 2) МЕРКОСУР: «Постоянный суд по пересмотру может подтверждать, изменять или отменять правовые основания и решения Специального арбитражного суда».

<sup>19</sup> См., например: 1) Соглашение между ЕС и Сингапуром о защите инвестиций: «Если апелляция является обоснованной, то Апелляционный суд полностью или частично изменяет или отменяет юридические выводы и заключения, содержащиеся в предварительном арбитражном решении. Апелляционный трибунал возвращает дело обратно в Суд, уточняя, как именно он изменил или отменил соответствующие выводы и заключения Суда». 2) Соглашение между ЕС и Вьетнамом о защите инвестиций: «Если Апелляционный суд устанавливает, что апелляция является обоснованной, то решение Апелляционного суда полностью или частично изменяет или отменяет юридические выводы и заключения, содержащиеся в предварительном арбитражном решении. В этом решении должно быть точно указано, каким образом он изменил или отменил соответствующие выводы и заключения Суда. Когда это позволяют факты, установленные Судом, Апелляционный суд применяет к таким фактам свои собственные юридические выводы и заключения и выносит окончательное решение. Если это невозможно, то он возвращает дело обратно в Суд».

<sup>20</sup> Размещен по адресу:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>

#### 4. Приемлемость рабочей нагрузки механизма

35. Рабочая группа пришла к выводу о необходимости дальнейшей проработки вопроса о том, как обеспечить приемлемость рабочей нагрузки механизма и избежать систематических апелляций, подаваемых сторонами в споре. Можно проводить различие между условиями и критериями отсеивания, предусмотренными в самом апелляционном механизме, и положениями вне рамок апелляционного механизма, которые могут косвенно влиять на рабочую нагрузку механизма.

36. Механизмы в самой структуре апелляционного механизма действительно могут быть полезными для обеспечения приемлемости рабочей нагрузки механизма и отклонения необоснованных апелляций. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что стандарты пересмотра в контексте международных органов, как правило, очень высоки. Что касается, например, Апелляционной камеры Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ), то стороны должны представить аргументы для обжалования и четкие ссылки на протоколы, а также фактические и правовые основания для обжалования; они должны не только продемонстрировать, что Судебная камера совершила ошибку, но и доказать, что эта ошибка привела к вынесению неправосудного решения, что подразумевает более высокие требования, чем просто переоценка доказательств<sup>21</sup>. С самого начала функционирования механизма пересмотра решений в апелляционном порядке до настоящего времени уголовные апелляционные суды дают ограниченное толкование оснований для пересмотра и той степени, в какой они могут или должны на законных основаниях «вмешиваться» в вынесение первоначального приговора.

37. Что касается положений, выходящих за рамки апелляционного механизма, то обеспечение покрытия издержек, распределение издержек и раннее отклонение исковых требований дела являются возможными средствами косвенного обеспечения того, чтобы рабочая нагрузка системы обжалования оставалась приемлемой (A/CN.9/1004/Add.1, пункт 54). В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть документ A/CN.9/WG.III/WP.192 об обеспечении покрытия издержек и необоснованных требованиях.

#### 5. Сроки

38. Предлагаемые сроки для рассмотрения Рабочей группой изложены в проекте положения ниже (см. пункт 59) для обеспечения того, чтобы апелляционное производство не приводило к неоправданным задержкам в урегулировании споров. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что это положение не предусматривает никаких последствий несоблюдения сроков.

39. Недавно заключенные инвестиционные договоры предусматривают 180-дневный срок для вынесения апелляционным судом решения с момента начала производства. Порядок урегулирования споров ВТО предусматривает максимальный срок рассмотрения апелляции в 60 дней, который, однако, ни в коем случае не должен превышать 90 дней<sup>22</sup>. Более короткие сроки могут быть предусмотрены для обжалования сторонами решения о юрисдикции, а также для вынесения апелляционным судом своего решения по вопросам юрисдикции (A/CN.9/1004/Add.1, пп. 33 и 55).

40. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли применять ускоренное производство в некоторых случаях, когда предмет апелляции ограничивается отдельным вопросом (например, некоторыми процессуальными вопросами). Ускоренное производство может включать возможность, помимо установления более коротких сроков, применение еще более

<sup>21</sup> См. the Kunarac Case (Prosecutor v Kunarac [Judgment] ICTY-96-23&23/1 [12 June 2002]; Fair Trial, Right to, International Protection).

<sup>22</sup> Статистические данные о делах апелляционного органа ВТО и сроках рассмотрения апелляций см. по адресу: [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispustats\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm).

эффективных процедур, таких как заслушивание дела одним арбитром с проведением кратких информационных заседаний. В зависимости от оснований для апелляции могут устанавливаться разные сроки. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть процедуру раннего отклонения явно необоснованных апелляций по образцу правила 41(5) Арбитражного регламента МЦУИС (см. также выше, п. 37)<sup>23</sup>.

## **В. Приведение в исполнение**

41. Было отмечено, что решения, выносимые судами по УСИГ, как правило, подлежат приведению в исполнение согласно Нью-Йоркской конвенции и Конвенции МЦУИС, которые предусматривают соответствующие надежные правовые режимы приведения в исполнение. На возобновленной тридцать восьмой сессии Рабочей группы были высказаны различные мнения по вопросу о том, могут ли решения, принятые в рамках апелляционного механизма, приводиться в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией и Конвенцией МЦУИС. Можно отметить, что любой документ, который будет разработан в процессе реформы, может включать свой собственный режим приведения в исполнение, требующий приведения в исполнение решений судов по УСИГ в государствах — участниках такого режима (см. документ [A/CN.9/WG.III/WP.194](#) о многостороннем документе о вариантах осуществления реформы). Для рассмотрения Рабочей группой в нижеследующих разделах основное внимание уделяется вопросу о приведении в исполнение решений, вынесенных апелляционными судами, в том числе в тех случаях, когда они создаются в качестве постоянных органов.

### **1. В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией**

42. Возможное применение механизма приведения в исполнение согласно Нью-Йоркской конвенции к решениям, вынесенным в рамках апелляционного механизма, будет зависеть от того, каким образом такой механизм будет создан, в частности от того, в какой степени вынесенные в его рамках решения могут квалифицироваться в качестве арбитражных решений. Если он будет создан как механизм второго уровня для пересмотра арбитражных решений, то это, скорее всего, не изменит характера процесса в целом, поскольку уже существуют примеры арбитражных режимов, действующих либо в соответствии с институциональными арбитражными регламентами<sup>24</sup>, либо в соответствии с национальным законодательством<sup>25</sup>, которые предусматривают внутренние процедуры

<sup>23</sup> См. *Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras*, ICSID Case No. ARB/09/4, Annulment, Decision on *Elsamex S.A.'s Preliminary Objections*, 7 January 2014; *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Annulment, Decision on Respondent's Preliminary Objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5), 8 March 2016.

<sup>24</sup> См. Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ) (2009), *Arbitration Appeal Rules* (2009); American Arbitration Association (AAA) (2013), *Optional Appellate Arbitration Rules*; JAMS (2003), *Optional Arbitration Appeal Procedure*; International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2015), *Arbitration Appeal Procedure*; European Court of Arbitration (ECA) (2015), *Arbitration Rules*, article 28; в отношении сырьевых товаров см. Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), *Arbitration Rules No. 125*, articles 10–15 (предоставляющие сторонам право подавать апелляцию во внутренний «Апелляционный совет» в течение 30 дней после вынесения GAFTA арбитражного решения).

<sup>25</sup> См., например, пояснительную записку Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с поправками, внесенными в 2006 году, стр. 33, пункт 45 (в которой в отношении статьи 34 Типового закона отмечается, что «стороне не запрещено обращаться в арбитражный суд второй инстанции, если такая возможность была согласована сторонами (как это обычно имеет место в некоторых товарных сделках)»). См. также Закон об арбитраже Нидерландов (1986 год, с поправками, внесенными в 2015 году), статьи 1061(a)–1061(l) (содержащий свод правил в отношении согласия на применение процедуры обжалования арбитражного решения).

апелляционного пересмотра арбитражных решений<sup>26</sup>. Кроме того, государства могут выбрать конкретный режим приведения в исполнение арбитражных решений, подлежащих обжалованию<sup>27</sup>.

43. Если апелляционный механизм будет частью режима, который необязательно можно квалифицировать как арбитраж, то применение Нью-Йоркской конвенции является более сомнительным, и, возможно, потребуются разработка механизма приведения в исполнение, как это предлагается в примере положений ниже (см. пп. 58 и 59). Такой механизм приведения в исполнение будет обязательным для государств-участников, которые согласятся его соблюдать<sup>28</sup>. Что касается приведения в исполнение в государствах, которые не будут участвовать в таком механизме приведения в исполнение («неучаствующие государства»), то следует рассмотреть вопрос о том, может ли по-прежнему применяться существующая процедура, предусмотренная Нью-Йоркской конвенцией, и на каких условиях. Например, для устранения неопределенности в отношении того, может ли апелляционный механизм, созданный в качестве постоянного органа, подпадать под действие статьи I (2) Нью-Йоркской конвенции, в которой говорится об арбитражных решениях, «вынесенных постоянными арбитражными органами, к которым стороны обратились», можно рассмотреть следующие меры:

- включить в документ о создании апелляционного механизма положение, указывающее на намерение считать, что Нью-Йоркская конвенция будет применяться к решениям, принимаемым постоянным органом, последствия применения такого положения для неучаствующих государств могут быть ограниченными;
- разработать рекомендацию по толкованию статьи I (2) Нью-Йоркской конвенции (наподобие Рекомендации относительно толкования п. 2 статьи II и п. 1 статьи VII Нью-Йоркской конвенции, принятой ЮНСИТРАЛ в 2006 году), в которой бы говорилось, что Нью-Йоркская конвенция применяется к решениям постоянного органа (например, что его следует считать «постоянным арбитражным органом», а его решения — «иностранными арбитражными решениями»), с тем чтобы национальные суды могли руководствоваться ею при рассмотрении дел о приведении в исполнение;
- предусмотреть, как это делается в соответствии с недавно заключенными инвестиционными договорами, включающими апелляционный механизм, как предполагаемую применимость Нью-Йоркской конвенции, так и обязательства сторон в споре в отношении приведения в исполнение.

44. В более общем плане, не ограничиваясь вопросами приведения в исполнение согласно Нью-Йоркской конвенции, можно было бы рассмотреть следующие вопросы:

- предусмотреть механизмы, обеспечивающие соблюдение инвесторами обязательств, таких как внесение обеспечения покрытия издержек, поскольку приведение в исполнение также должно быть эффективным в отношении инвестора, например, в случае вынесения решения о покрытии инвестором издержек, при удовлетворении встречных исков или даже в случае возможного возбуждения в будущем дел непосредственно против инвесторов;
- разрешить неучаствующим государствам выбирать механизм приведения в исполнение, который будет создан в соответствии с документом об апелляционном механизме; и
- предусмотреть возможную роль государств в содействии приведению в исполнение, например через совместные комиссии или комитеты (которые

<sup>26</sup> См. доклад МЦУС, пп. 191 и 199–200.

<sup>27</sup> См. Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), chap. 4.3.

<sup>28</sup> См. доклад МЦУС, разд. V.E.

могут быть открыты для участия государств, выбравших механизм приведения в исполнение).

## 2. В соответствии с Конвенцией МЦУИС<sup>29</sup>

45. Решение МЦУИС является обязательным и подлежащим приведению в исполнение в соответствии со статьями 53–55 Конвенции МЦУИС. Такой упрощенный механизм приведения в исполнение является уникальным для МЦУИС. Он позволяет стороне, приводящей в исполнение денежные обязательства в решении, принятом согласно Конвенции МЦУИС, признать и привести в исполнение решение в любом государстве-члене после представления заверенной копии решения в соответствующий(ие) национальный(ые) суд(ы).

46. Упрощенный механизм приведения в исполнение действует только в отношении решений МЦУИС, которые являются окончательным решением по делу, рассмотренному согласно Конвенции МЦУИС. Статья 53 Конвенции МЦУИС гласит, что решение МЦУИС «не подлежит апеллированию или иным способам обжалования, за исключением тех, которые предусмотрены в настоящей Конвенции». Способами обжалования после вынесения приговора, которые в настоящее время предусмотрены в Конвенции, являются исправление (статья 49), толкование (статья 50), пересмотр (статья 51) и отмена (статья 52). Правило Арбитража 49 также позволяет ходатайствовать о принятии дополнительного решения.

47. Существует, по крайней мере, два способа, с помощью которых апелляция может быть учтена в механизме МЦУИС. Первый способ связан с внесением поправки в статью 53, а второй — с изменением по взаимному согласию Конвенции в соответствии со статьей 41 Венской конвенции о праве международных договоров («ВКПМД»).

### а) Поправка к Конвенции МЦУИС

48. В статье 66 Конвенции МЦУИС установлен порядок внесения поправок в Конвенцию. Он требует, чтобы государство-член внесло предложение о поправке, чтобы такое предложение было передано всем членам и чтобы оно было ратифицировано, принято или одобрено всеми Договаривающимися государствами.

49. Поправка в соответствии с Конвенцией является обязательной для всех государств, ратифицировавших Конвенцию. Кроме того, статья 66(2) Конвенции гласит, что поправка не может влиять на права или обязанности любой из сторон, вытекающие из согласия о подчинении компетенции МЦУИС, выраженного до вступления в силу такой поправки.

50. На сегодняшний день ни одно из государств-членов не предлагало поправку к Конвенции МЦУИС. Однако, учитывая, что статья 53 Конвенции запрещает апеллирование и иные способы обжалования после вынесения решения, «за исключением тех, которые предусмотрены в Конвенции МЦУИС», очевидно, что поправка могла бы дополнить или изменить существующие способы обжалования после вынесения приговора. Например, поправки могли бы дополнить основания для отмены, предусмотренные в статье 52, типичными основаниями для обжалования (т. е. правовая ошибка и явная фактическая ошибка). В статью 53 можно было бы также внести поправки, с тем чтобы обеспечить применение таких оснований в соответствии с Конвенцией.

51. В качестве альтернативы поправку можно было бы сформулировать таким образом, чтобы отдельные государства могли сами решать, применять ли «основания для обжалования». Например, одни государства, как это имеет место в настоящее время, могут предпочесть предложить только отмену решения. Другие государства, возможно, предпочтут представлять основания для

<sup>29</sup> Настоящий раздел (пп. 43–54) подготовлен секретариатом МЦУИС.

обжалования только в связи с пересмотром положений инвестиционных договоров, а не, например, в связи с инвестиционными контрактами.

52. Короче говоря, предложение о поправке можно сформулировать таким образом, чтобы учесть разные подходы.

**b) Изменение по взаимному соглашению в соответствии со статьей 41 ВКПМД**

53. Альтернативным подходом, позволяющим подавать апелляции по делам, рассматриваемым в соответствии с Конвенцией МЦУИС, было бы внесение изменений по взаимному согласию в Конвенцию МЦУИС согласно процедуре, предусмотренной в статье 41 ВКПМД. Изменение по взаимному согласию отличается от поправки тем, что поправка изменяет применимые положения договора для всех договаривающихся государств, а изменение по взаимному согласию изменяет положения договора только для тех, кто одобряет это изменение. Статья 41 ВКПМД разрешает изменение по взаимному согласию, когда такое изменение не запрещено договором и i) не влияет на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств; и ii) не затрагивает положения, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением предмета и целей договора в целом.

54. Конвенция МЦУИС не запрещает внесение изменений, поэтому единственный вопрос заключается в соблюдении пунктов (i) и (ii). Прецедентное право по этим положениям отсутствует. Некоторые ученые, специализирующиеся на этой теме, расходятся во мнениях относительно того, будет ли эффективным внесение изменения согласно статье 41 ВКПМД применительно к Конвенции МЦУИС. Вместе с тем во многих научных комментариях отмечается, что такое изменение было бы эффективным. Многие считают такой вариант жизнеспособным.

55. В документе для обсуждения 2004 года «Возможное совершенствование арбитражного механизма МЦУИС: возможные характеристики апелляционного механизма МЦУИС»<sup>30</sup> МЦУИС предложил создать апелляционный механизм и указал на статью 41 ВКПМД в качестве основы для этого. При этом формулировка изменения по взаимному соглашению имеет определяющее значение. Тем не менее, в отношении изменения по взаимному соглашению можно было бы применить тот же подход, что и в отношении поправки, о которой говорилось выше.

56. На возобновленной тридцать восьмой сессии Рабочей группы МЦУИС обязался представить более подробный документ, в котором будут рассмотрены варианты внесения поправок или изменений в Конвенцию МЦУИС. Он будет распространен после его получения.

**C. Сводный проект положения о механизме обжалования и приведении в исполнение**

**1. Общие замечания**

57. Можно отметить, что апелляционный механизм потребует определения правил назначения и отвода членов апелляционного суда (см. документ A/CN.9/WG.III/WP.203) и процедурных вопросов (таких, как подача апелляции, заявления в поддержку апелляции и возражения по иску, перекрестная апелляция, слушания, сроки, обеспечение покрытия издержек, а также расходы и сборы). Необходимость таких правил и их особенности будут зависеть от структуры системы обжалования. В настоящей записке они не рассматриваются.

<sup>30</sup> Размещен по адресу: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

58. К числу других вопросов для обсуждения, не охваченных нижеприведенным проектом положения, относятся: i) последствия для толкования решения, вынесенного апелляционным судом (в том числе вопрос о том, следует ли создавать систему прецедентов (доктрина «stare decisis»), с учетом того, что структура и особенности апелляционного органа, а также характер судов первой инстанции будут влиять на последствия этого решения (A/CN.9/1004/Add.1, пункты 18, 20, 44 и 58); и ii) определение права, применимого к апелляционной процедуре, поскольку оно будет зависеть от того, каким образом будет создан апелляционный механизм<sup>31</sup>.

## 2. Проект положений

### а) Процедура обжалования

59. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий предварительный проект положения, касающегося апелляционного механизма, которое может быть включено в многосторонний документ или в двусторонний инвестиционный договор, или в отдельные правила о процедуре обжалования. Она, возможно, пожелает отметить, что используемый ниже термин «решение» будет необходимо определить с учетом видов решений, которые могут быть обжалованы (см. выше, пункты 18–22). «Решения» могут включать «арбитражные решения», в зависимости от варианта реформы, который Рабочая группа, возможно, решит провести.

*Статья X. – Апелляционный [механизм] [регламент] [суд]*

[Сфера и стандарт пересмотра]

*«1. Сторона в споре может обжаловать решение на том основании, что это решение [арбитражного суда] [суда по УСИГ] первого уровня основано на:*

- а) Вариант 1: [правовой ошибке, имеющей существенный и предвзятый характер] — Вариант 2: [ошибках в применении или толковании [применимого права] [следующих стандартов: (будут перечислены, например: экспроприация, справедливый и равноправный режим и недискриминация)];*
- [b) Вариант 1: [определениях фактов, которые явно ошибочны] — Вариант 2: [явных ошибках в оценке фактов [включая оценку соответствующего внутреннего законодательства и оценку ущерба,]]; и*
- [c) ошибке в применении законодательства к фактическим обстоятельствам дела].*

*2. Вариант 1: [Сторона в споре может также подать апелляцию по любому из пяти оснований для отмены арбитражного решения, изложенных в статье 52 Конвенции МЦУИС, и по основаниям, предусмотренным статьей V[(1)] Нью-Йоркской конвенции, в той мере, в какой они не охвачены подпунктами (a) и (b) пункта 1 выше] — Вариант 2: [основаниям, которые подлежат полному перечислению, вместо ссылки на содержание соответствующих положений, в целях обеспечения ясности]<sup>32</sup>.*

<sup>31</sup> Варианты могут быть разными — от применения права, которое применялось в суде первого уровня, иного права, если место подачи апелляции не совпадает с местом нахождения суда первой инстанции, до создания апелляционного механизма полностью лишенного национальной принадлежности и подчиняющегося только международному праву (см. доклад МЦУС, пп. 193–195).

<sup>32</sup> Пункт 2 проекта положения направлен на то, чтобы избежать трехступенчатого процесса, в соответствии с которым последующие разбирательства МЦУИС или судебные разбирательства во внутренних судах могут проводиться после апелляционного производства. Он должен быть дополнен положениями, гарантирующими, что стороны не смогут осуществлять такие процедуры. Альтернативой ссылке на положения Конвенции

3. [Апелляционный [орган] [суд] [трибунал]] может также в исключительных обстоятельствах пересматривать правовые или фактические ошибки в той мере, в какой они не охвачены подпунктами (а) и (b) пункта 1 выше.

[Решения, подлежащие апелляции]

4. Решения суда первого уровня, урегулирующие спор между инвестором и государством или государственным образованием [который возникает в соответствии с инвестиционным договором]<sup>33</sup>, могут быть обжалованы в соответствии с [апелляционным регламентом] [апелляционного [органа] [суда] [трибунала]].

5. [Решения судов первого уровня о своей собственной юрисдикции также могут быть обжалованы. Если арбитражный суд первого уровня выносит постановление в качестве предварительного вопроса о том, что он обладает юрисдикцией, любая сторона может просить апелляционный [орган] [суд] [трибунал] принять решение по этому вопросу; в период нахождения такой просьбы на рассмотрении, арбитражный суд первого уровня может продолжить разбирательство и вынести [арбитражное решение] [решение]].

[Последствия апелляции]

6. Сторона в споре может [официально уведомить о своем решении] [обратиться с просьбой] обжаловать решение в течение \*\* дней с даты вынесения арбитражного решения. Апелляция, поданная в этот срок, приостанавливает действие решения суда первого уровня.

7. Апелляционный [орган] [суд] [трибунал] может подтвердить, изменить или отменить решения суда первой инстанции. В его решении должно быть точно указано, каким образом оно изменило или отменило соответствующие выводы и заключения суда первого уровня. Подтверждение придает арбитражному решению суда первого уровня окончательный и обязательный характер для сторон.

8. Апелляционный [орган] [суд] [трибунал] может также полностью или частично отменить решения суда первого уровня по [любому из оснований для отмены арбитражного решения, изложенных в статье 52 Конвенции МЦУИС и статье V[(1)] Нью-Йоркской конвенции] [следующим основаниям: (будут перечислены)].

9. Если факты, установленные судом первого уровня, позволяют это, апелляционный [орган] [суд] [трибунал] применяет к таким фактам свои собственные юридические заключения и выводы и выносит окончательное решение. Если это невозможно, то он передает дело обратно в суд первого уровня.

10. Апелляционный [орган] [суд] [трибунал] может исправить любые ошибки в расчетах, любые канцелярские или типографские ошибки или любые аналогичные ошибки по собственной инициативе в течение [тридцати] дней с даты вынесения решения.

---

МЦУИС и Нью-Йоркской конвенции будет подробное разъяснение оснований. В этой связи следует отметить, что ссылка делается только на статью V (1) Нью-Йоркской конвенции, которая оставляет возможность для вмешательства внутренних судов по основаниям подсудности арбитражу и публичного порядка.

<sup>33</sup> В связи с текстом в квадратных скобках Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, как апелляционный механизм мог бы функционировать вне контекста УСИГ на основе международных договоров, например в тех случаях, когда основой для юрисдикции является закон об иностранных инвестициях или инвестиционный договор (A/CN.9/1004/Add.1, п. 56).

**[Сроки]**

11. *Как общее правило, продолжительность апелляционного производства не превышает [--] дней с даты, когда какая-либо сторона в споре официально уведомляет о своем решении подать апелляцию, до даты вынесения своего решения апелляционным [органом] [судом] [трибуналом]. Если апелляционный [орган] [суд] [трибунал] считает, что он не сможет своевременно вынести свое решение, то он сообщает сторонам в споре в письменном виде о причинах задержки и о предполагаемом сроке вынесения своего решения. Ни при каких обстоятельствах производство не должно превышать [--] дней.*

**[Обеспечение покрытия издержек]**

12. *Апелляционный трибунал может потребовать от подателя апелляции внести обеспечение покрытия издержек, связанных с обжалованием, и любую сумму, определенную ему для оплаты в предварительном решении суда первого уровня».*

**б) Приведение в исполнение**

60. Рабочая группа указала на то, что полезным образцом могут служить механизм приведения в исполнение, предусмотренный в статье 54 Конвенции МЦУИС, а также текст недавно заключенных двусторонних и многосторонних инвестиционных договоров (A/CN.9/1004/Add.1, п. 64). В них предусмотрено следующее:

Статья 54 Конвенции МЦУИС:

«1) *Каждое Договаривающееся государство признает решение Арбитража, вынесенное в соответствии с настоящей Конвенцией, в качестве обязывающего и обеспечивает исполнение денежных обязательств, налагаемых решением Арбитража, в пределах своей территории, таким же образом, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого государства. Договаривающееся государство, имеющее федеративное устройство, вправе обеспечить исполнение решения Арбитража в рамках или посредством федеральных судебных органов и может предусмотреть, что такие судебные органы будут рассматривать решение Арбитража так, как если бы это было окончательное решение судебного органа государства, входящего в состав государства, имеющего федеративное устройство.*

2) *Сторона, заинтересованная в признании или исполнении решения Арбитража на территории Договаривающегося государства, должна представить в соответствующий судебный орган или иной орган власти, специально уполномоченный на выполнение такого рода действий таким Государством, копию решения Арбитража, заверенную Генеральным секретарем. Каждое из Договаривающихся государств уведомит Генерального секретаря о судебном или ином органе государственной власти, уполномоченном для этих целей, и о любых последующих изменениях в отношении таких органов.*

3) *Исполнение решения Арбитража будет осуществляться в соответствии с законодательством об исполнении вступивших в силу судебных решений на территории Государства, где решение подлежит исполнению».*

61. Положение в соответствии с недавно заключенными инвестиционными договорами:

«Статья xx. Приведение в исполнение арбитражных решений:

1. *Арбитражное решение, вынесенное согласно настоящему разделу, не приведет в исполнение до тех пор, пока оно не станет окончательным согласно статье xx [статья, касающаяся окончательных арбитражных*

решений после подачи апелляции]. Окончательное арбитражное решение, вынесенное в соответствии с настоящим разделом, является обязательным для сторон в споре и не подлежит обжалованию, пересмотру, отмене, аннулированию или любому иному опротестованию.

2. Сторона признает арбитражное решение, вынесенное в соответствии с настоящим разделом, обязательным и приводит в исполнение денежное обязательство в пределах своей территории, как если бы оно являлось окончательным решением суда этой стороны.

3. Исполнение арбитражного решения регулируется законами об исполнении вступивших в силу судебных решений, когда такое исполнение испрашивается.

4. Для целей статьи 1 Нью-Йоркской конвенции окончательные арбитражные решения, вынесенные в соответствии с настоящим разделом, являются арбитражными решениями в отношении требований, которые считаются возникшими в связи с коммерческими отношениями или сделками.

5. Для большей определенности и с учетом пункта 1, если требование было представлено с целью урегулирования спора в соответствии со статьей 6(2)(а) (Представление требования), то окончательное арбитражное решение, вынесенное в соответствии с настоящим разделом, квалифицируется как арбитражное решение в соответствии с разделом 6 Конвенции МЦУИС.

Статья хх [согласие]: «Согласие в соответствии с пунктами 1 и 3 требует, чтобы стороны в споре воздерживались от: а) приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного в соответствии с настоящим разделом, до того, как такое арбитражное решение станет окончательным в соответствии со статьей 30 (Окончательное арбитражное решение); и б) подачи ходатайства об обжаловании, пересмотре, отмене, аннулировании, пересмотре или начале любой другой аналогичной процедуры в международном или внутреннем суде или трибунале в отношении арбитражного решения в соответствии с настоящим разделом».

### III. Варианты создания апелляционного механизма

#### 1. Общие замечания

62. При рассмотрении различных возможных моделей, изложенных ниже, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание мнение, высказанное некоторыми делегациями в ходе предварительного обсуждения на ее возобновленной тридцать восьмой сессии, о том, что государствам — участникам международного инвестиционного договора следует предоставить возможность высказывать свою точку зрения по поводу толкования договора в ходе апелляционного производства и что апелляционные суды следует обязать уважительно относиться к любому совместному толкованию договора его участниками или считать его обязательным, когда в договоре оно признается таковым (при этом отмечая также необходимость обеспечения независимости и беспристрастности апелляционного суда) (A/CN.9/1004/Add.1, п. 47). Можно отметить, что по вопросу о том, должно ли решение апелляционного суда подлежать подтверждению или пересмотру государствами — участниками соответствующего инвестиционного договора (см. информацию о пересмотре промежуточных докладов третейских групп или принятии докладов апелляционного органа в ВТО на основе обратного консенсуса), мнения разошлись (A/CN.9/1004/Add.1, п. 48).

63. В отношении возможных моделей апелляционного механизма Рабочая группа, возможно, пожелает обратиться к документу A/CN.9/WG.III/WP.185, пп. 39–50.