

**Замечания Российской Федерации к проектам документов об апелляции  
и назначении арбитров в инвестиционных спорах, разработанным  
Секретариатом ЮНСИТРАЛ**

Российская Федерация благодарит Секретариат ЮНСИТРАЛ за подготовку проектов документов об апелляции и назначении арбитров в инвестиционных спорах и полагает целесообразным доработать их по следующим замечаниям:

I. По проекту документа об апелляции:

1. В пункте 4 проекта документа предусматривается, что рабочая группа III должна рассмотреть вопрос об основаниях и пределах обжалования решения инвестиционного трибунала в апелляционной инстанции. Среди таких оснований предусмотрены: ошибки в праве (*error of law*), ошибки в факте (*error of fact*), включая ошибки в оценке ущерба инвестору (*error in the assessment of damages*). Вместе с тем может быть целесообразным рассмотрение возможности для включения в основания обжалования возникновение новых или ранее неизвестных (на момент рассмотрения) трибуналом обстоятельств (фактов).

2. Пункт 6 проект документа закрепляет положение, согласно которому апелляционная инстанция вправе в своей практике (*in its practice*) определить может ли явная ошибка в оценке фактов считаться правовой ошибкой, и относится ли вопрос интерпретации или применения национального права к категории правовых или фактических ошибок, когда явная ошибка в оценке фактов может привести к ошибке в праве (*manifest error in the appreciation of the facts can constitute an error of law*). Полагаем, что такие случаи должны быть предусмотрены правилами разбирательства в апелляционной инстанции, а не диктоваться практикой такой апелляционной инстанции.

3. В пункте 8 Секретариат приходит к выводу о том, что процедура апелляции близка к процедурам аннулирования (*annulment*) или отмены решения (*setting aside*). Данный вывод не представляется в достаточной степени обоснованным в связи с тем, что рабочая группа не пришла к решению относительно оснований и пределов для

апелляции. В этой связи слова «*which might run contrary*» целесообразно заменить словами «*which might raise questions as to its compliance with*».

4. В пункте 12 описывается природа апелляционного рассмотрения дела. Учитывая различную природу и порядок рассмотрения дел в инвестиционных арбитражах и национальных судах, остается неясным, должен или может ли апелляционный трибунал рассматривать в порядке апелляции лишь те доводы, которые заявлены сторонами, или он может выйти за пределы требований сторон.

5. Пункт 18 предусматривает, что решение инвестиционного трибунала может быть обжаловано в апелляционной инстанции как по существу, так и по процессуальным вопросам (*merits and procedural matters*). Представляется целесообразным уточнить, какие процессуальные (процедурные) вопросы могут охватываться предметом обжалования. Иными словами, может ли сторона спора обжаловать любые процессуальные вопросы или только их часть, учитывая, что в пункте 19 Секретариат предлагает не предоставлять сторонам права на обжалование вопросов о назначении арбитров и наложении обеспечительных мер.

6. Пункт 26 касается вопросов возвращения решения апелляционной инстанцией трибуналу, рассмотревшему дело по «первой» инстанции. Вместе с тем необходимо учитывать, что, как уже отмечалось выше, природа рассмотрения дела в национальных судах и третейских судах различна. После вынесения решения инвестиционный трибунал завершает свою работу. Возвращение апелляционной инстанцией решения уже «распущенному» трибуналу «первой» инстанции порождает вопрос о том, кто будет рассматривать такое «возвращенное дело». Сторонам спора необходимо заново формировать состав арбитража, уплачивать сборы, нести расходы на адвокатов. Это не только не снижает общей стоимости судебных разбирательств сторон, но и увеличивает сроки рассмотрения дела. Пункт 9 разработанных Секретариатом правил для апелляционной инстанции (пункт 59 проекта документа) (далее – проект правил) предусматривает «возврат» дела трибуналу «первой» инстанции. Остается неясным, как будет регулироваться ситуация, при которой вновь сформированный трибунал «первой» инстанции не согласится с решением апелляционной инстанции и подтвердит свое прежнее

решение. Сколько раз дело может быть возвращено судом апелляционной инстанции трибуналу «первой» инстанции? Кроме того, повторное формирование состава арбитража невозможно без прямого согласия сторон.

7. В пункте 42 считаем необходимым поднять вопрос о том, по праву какой страны будет обжаловаться решение апелляционного трибунала. По общему правилу таким правом будет право страны, где трибунал рассматривал дело (*seat of arbitration*). В случае, если апелляционный трибунал будет иметь местом своего нахождения конкретное государство, это может привести к монополизации положения какого-либо государства, суды которого будут обладать правом отменять решения апелляционного трибунала. Аналогичное замечание относится к пункту 58 проекта документа.

8. Пункт третий статьи X проекта правил предусматривает, что в исключительных обстоятельствах апелляционный трибунал может также принять решения по вопросам ошибки в праве или факте. Во-первых, представляется неясным, что понимается под «исключительными обстоятельствами». Такое понятие носит «размытый» характер и требует пояснения при его использовании по всему тексту документа (пункты 11, 14, 31 проекта документа). Во-вторых, данное положение предоставляет широкое усмотрение суду (*broad discretion*), что может привести к злоупотреблению правом (*abuse of process*), поскольку основания для его применения проектом правил не определены.

Остается неясным, может ли апелляционный трибунал, который приостановит или отменит решение трибунала, рассматриваться как «компетентный орган страны» для целей применения статьи 5(1) (e) Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Пункты 5 и 6 статьи X проекта правил необходимо соотнести между собой. Пункт 5 не предусматривает возможность приостановления рассмотрения по делу, если одна из сторон спора просит апелляционный трибунал рассмотреть вопрос о юрисдикции, в то время как пункт 6 предусматривает возможность приостановления рассмотрения дела.

9. Пункт 7 статьи X проекта правил предусматривает, что апелляционный трибунал может подтвердить решение трибунала «первой» инстанции (*a confirmation*

*would render the award by the first-tier tribunal final and binding on the parties*). Вместе с тем неясна процедура такого подтверждения. Если решение трибунала «первой» инстанции нуждается в некоем утверждении со стороны апелляционного трибунала, то должен быть предусмотрен срок, по истечении которого решение трибунала «первой» инстанции «вступает» в силу. Такой срок может быть предусмотрен при рассмотрении дел в национальных судах. Природа инвестиционного арбитража отлична от природы рассмотрения дел в государственных (национальных) судах. Автоматический перенос «конструкций», предусмотренных в национальном праве, на международный уровень требует дополнительного обоснования.

## II. По проекту документа о назначении арбитров:

1. Пункт 9 проекта документа предусматривает перечень требований, предъявляемых к арбитрам инвестиционных арбитражей. Остается неясным, предъявляются ли такие требования к арбитрам не только «первой» инстанции, но и к арбитрам апелляционного трибунала. Необходимо также тщательный анализ предъявляемых требований. Представляется, что в настоящее время их перечень слишком широкий, что может вызвать трудности у участников системы урегулирования споров между государствами и инвесторами (далее – УСИГ) с выбором арбитра, отвечающего всем квалификационным требованиям. Аналогичное замечание относится к пункту 31 проекта документа, где среди перечня требований, предъявляемых к арбитру, упоминаются возраст, пол, принадлежность к правовым системам, но не упоминается требование о квалификации (по сути, основное требование к арбитру).

2. Кроме того, требует уточнения, как и кто (какой орган) будет контролировать соответствие арбитра предъявляемым к нему требованиям.

3. Пункт 11 проекта документа предусматривает возможность привлечения «молодых лиц» (*junior person*) либо в качестве арбитров, либо в качестве «молчаливых наблюдателей» (*silent observer*). Однако неясно, как данное положение соотносится с конфиденциальной природой арбитража в целом. Кроме того, на участие «молчаливых наблюдателей» в споре должно быть явное согласие самих сторон спора.

4. Требуется разъяснения, что имеется в виду под словом «ответственность» (*accountability*), упоминаемым в пункте 12 и далее проекта документа.

5. Пункт 13 проекта документа содержит положение о том, что совместное толкование сторонами международного инвестиционного договора «снизит автономию состава арбитража на толкование положений такого договора между ними». Считаем важным исключить некорректное прочтение этого положения как ограничения права состава арбитража на такое толкование. Исходим из того, что в любом случае состав арбитража будет толковать положения инвестиционного договора с учетом его совместного толкования государствами.

6. В пункте 16 проекта документа констатируется перечень требований к арбитрам (судьям) постоянно действующих институций. Вместе с тем данные примеры не релевантны в отношении механизма *ad hoc*, в котором государства самостоятельно выбирают арбитра исходя из своих предпочтений. Предлагаем Секретариату также рассмотреть преломление требований к арбитрам в системе рассмотрения инвестспоров арбитражами *ad hoc*.

7. Пункт 19 проекта документа предусматривает, что постоянно действующая судебная инстанция способствует независимости (*independence*) и добросовестности (*integrity*). Данный вывод требует дополнительного обоснования.

8. В пункте 24 проекта документа указывается, что одним из направлений реформы системы УСИГ является назначение арбитров назначающим органом (*appointing authority*), а также формирование заранее установленного списка арбитров (*pre-established list or roster of arbitrators*). Во-первых, требуется обоснования предоставления преимущества в назначении арбитров назначающему органу перед выбором арбитров сторонами спора. Во-вторых, остается неясным, сохранят ли стороны спора за собой право выбрать арбитра, или же они должны будут выбрать арбитра только из такого предварительно существующего списка. Учитывая, что в пунктах 35 и 41 проекта документа указывается на то, что применение перечней арбитров может осуществляться как на добровольной, так и на принудительной основе, предлагаем Секретариату в пункте 24 сделать аналогичное уточнение.

9. Пункт 36 проекта документа предусматривает, что может существовать некий перечень заранее определенных арбитров (*established arbitrators*), который может постоянно дополняться. Остается неясным, как сформировать такой перечень изначально. Предлагаем Секретариату проработать вопрос, как такой перечень может быть сформирован изначально.

10. Пункт 37 проекта документа определяет, что списки арбитров могут составляться государствами, а также постоянно действующими арбитражными институтами (*institutional nomination*). Во-первых, неясно, список арбитров будет формироваться такими постоянно действующими арбитражными институтами только в случае, если спор будет рассматриваться таким институтом, или такой список носит более общий характер и будет применяться и другими арбитражными институтами. Во-вторых, инвестор (как сторона спора) будет лишен права принимать участие в формировании списка арбитров (в отличие от действующей системы).

11. Пунктом 39 проекта документа предусматривается, что арбитр через какое-то время может быть исключен из списка арбитров. Требуется предусмотреть перечень оснований для исключения арбитра из списка. Представляется, например, что, если арбитр несколько лет по различным причинам не участвовал в рассмотрении споров, то такое неучастие не может являться основанием для исключения его из списка.

12. Пункт 40 проекта документа указывает на возможность создания некоего постоянно действующего механизма, который бы составлял и поддерживал в актуальном состоянии список арбитров. Неясен источник финансирования такого постоянного действующего механизма. Представляется, что возложение дополнительного финансового бремени на государства и/или инвесторов не будет способствовать реформе УСИГ. Кроме того, в пункте 40 проекта документа приводится неполная выдержка из документа A/CN.9/1004/Add.1 (далее – документ 1004). В пункте 110 документа 1004 отмечается возможность участия в анализе и оценке действий арбитров существующих арбитражных институций. Вместе с тем данный аспект не нашел отражение в пункте 40 проекта документа. Рекомендуем Секретариату доработать документ в этой части.

Указанные замечания Российской Федерации носят предварительный характер и не могут рассматриваться как ограничивающие позицию Российской Федерации при дальнейшем обсуждении проектов документов по апелляции и назначению арбитров, а равно позицию Российской Федерации по имеющемуся или могущему возникнуть в будущем какому-либо инвестиционному спору.