



Заметка участников Лаборатории
по инвестиционному праву и арбитражу
**«АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ МЕХАНИЗМ И МЦУИС:
ЕСТЬ ЛИ У НИХ СОВМЕСТНОЕ БУДУЩЕЕ?»»**

Июнь 2024

Оглавление

Введение.....	3
Вступление.....	4
1. Отмена v. апелляция: что привнесёт апелляционный механизм в систему МЦУИС?.....	4
2. Возможна ли апелляция решений, вынесенных в рамках МЦУИС, без изменения Конвенции МЦУИС? <i>Inter se</i> изменение Конвенции как возможный выход из положения	10

Введение

1. Настоящая работа подготовлена группой исследователей в составе Дарьи Завершинской¹ и Ксении Курицыной² в рамках Лаборатории по инвестиционному праву и арбитражу – проекта Центра международных и сравнительно-правовых исследований по продвижению изучения международного права. Научным руководителем при подготовке данной заметки выступила Анна Козьякова³.
2. Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу начала работу в 2023 году и ставит своей целью содействие реформе системы урегулирования споров между инвесторами и государствами, проводимой Рабочей группой III Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли (**ЮНСИТРАЛ**). Лаборатория является экспертной площадкой для проведения обсуждений и исследований по различным вопросам, находящимся на повестке Рабочей группы, а материалы, подготовленные в рамках Лаборатории, призваны внести вклад в дискуссию по теме реформы как в Рабочей группе III, так и в экспертных и академических кругах⁴.
3. Подготовка исследований в рамках Лаборатории осуществляется под научным руководством экспертов в области инвестиционного права и арбитража и при поддержке Центра международных и сравнительно-правовых исследований. При этом позиция авторов работы не является отражением позиции Центра и научного руководителя.
4. Центр международных и сравнительно-правовых исследований⁵ – российская некоммерческая организация, независимая открытая площадка, которая занимается экспертизой в области международного права, международного частного права и международного арбитража, а также сравнительного правоведения. Центр служит платформой для обмена мнениями и инициирует международный диалог. Центр ведёт комплексную работу по выбранным темам: проводит правовые исследования, организует экспертные обсуждения, предоставляет независимую экспертизу международным организациям, госорганам и иным заинтересованным сторонам. Важное направление деятельности Центра – популяризация изучения международного права, в рамках которого среди прочего организована Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу. Уникальная библиотека Центра предоставляет доступ к печатным изданиям по международному публичному и частному праву, сравнительному правоведению на различных языках, электронным правовым базам.

¹ Юрист практики юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов и партнеры», аспирант Департамента международного права и преподаватель Института торговой политики НИУ ВШЭ.

² Аспирант Департамента международного права НИУ ВШЭ.

³ Внешний эксперт Центра международных и сравнительно-правовых исследований, научный эксперт НКО “DRG e.v.”, доктор права, Гёттингенский университет имени Георга Августа.

⁴ Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу. URL: <https://iclr.ru/ru/projects/laboratory> (дата обращения: 30.05.2024).

⁵ Центр международных и сравнительно-правовых исследований. URL: <https://iclr.ru/> (дата обращения: 30.05.2024).

Вступление

5. В рамках реформы системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) Рабочей группой III ЮНСИТРАЛ (**Рабочая группа III, Рабочая группа**) проводится работа по созданию апелляционного механизма (инстанции), который бы способствовал формированию более единообразной практики инвестиционных трибуналов. В связи с этой работой возникает ряд вопросов, один из которых касается места планируемого апелляционного механизма (инстанции) в системе УСИГ⁶. В частности, что принесёт механизм апелляции в систему УСИГ и каким образом планируемый апелляционный механизм (инстанция) будет взаимодействовать с существующей в рамках Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (**МЦУИС**) процедурой отмены решений?
6. В настоящей заметке авторы анализируют, какие дополнительные выгоды смогут получить сторонники апелляции – договаривающиеся стороны Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (**Конвенция МЦУИС**) по сравнению с существующими преимуществами процедуры отмены. Сможет ли апелляционный механизм (инстанция) встроиться в систему МЦУИС (и прежде всего – должен ли?) или они будут вынуждены конкурировать?

1. Отмена v. апелляция: что принесёт апелляционный механизм в систему МЦУИС?

7. МЦУИС привлекает своих участников окончательностью арбитражных решений и полным «освобождением» решений «от подводных камней национальной правовой системы»⁷. В этих целях в МЦУИС предусмотрен собственный механизм отмены решений по ограниченному кругу оснований, которые затрагивают исключительно легитимность процесса вынесения решения и не предусматривают пересмотр дела по существу⁸. Действительно, механизм отмены МЦУИС создавался не для исправления правовых или фактических ошибок трибуналов, а «в целях защиты от нарушения основополагающих принципов права, которыми трибуналы руководствуются в своей работе»⁹, обеспечения последовательности и согласованности практики. Вместе с тем невозможность обеспечения корректности решений ставит под сомнение достаточность оснований для

⁶ См., например, Kalamita, N. Jansen. The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID // ICSID Review. Vol. 32. 2017. No. 3. P. 616: as the parties noted in December 2016, “[a]n important structural question relates to the relation of the multilateral investment dispute settlement system to existing international organisations and institutions. A choice arises between establishing a new international mechanism completely independent from existing institutions or docking it onto an already existing framework”.

⁷ См. Hans Van Houtte, Article 52 of the Washington Convention: A Brief Introduction, in Emmanuel Gaillard & Yas Banfatemi (eds.), Annulment of ICSID Awards // IAI International Arbitration Series, No. 1, 2004.

⁸ *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr. Soufraki, 5 June 2007, para. 20; *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/23, Decision on Annulment, 28 December 2018, para. 43; *Fábrica de Vidrios Los Andes C.A v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21, Decision on Annulment, 22 November 2019, para. 92; *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Annulment, 22 May 2013, para. 102; *Daimler Financial Services A.G. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/1, Decision on Annulment, 7 January 2015, para. 189; *Mr. Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Annulment, 12 February 2015, para. 112; *OperaFund Eco -I Nvest Sicav Plc and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36, Decision on Annulment, 2 March 2023, para. 71.

⁹ Jus mundi, Grounds for Annulment of ICSID Awards, 29 April 2024: “[a]nnulment proceedings are a limited and exceptional recourse, safeguarding against the violation of fundamental principles of law which govern the Tribunal’s proceedings”.

отмены, а механизм отмены МЦУИС системно критикуется за «беспомощность в исправлении ошибок в решениях трибуналов по существу»¹⁰.

8. Анализ практики МЦУИС показывает, что даже в случаях, когда *ad hoc* комитеты¹¹ находят ошибки в решениях инвестиционных трибуналов МЦУИС, отсутствие необходимого мандата и высокий порог отмены решений не позволяют им исправить эти ошибки. Секретариат МЦУИС сам подчёркивал неэффективность механизма отмены и в 2004 году поднимал вопрос создания апелляционного механизма¹². Однако создание апелляции в МЦУИС так и осталось на уровне идеи.
9. Сегодня участники системы УСИГ вновь отмечают неэффективность УСИГ в обеспечении предсказуемости и последовательности арбитражных решений, в том числе в рамках процедуры отмены решений в МЦУИС. Так, было инициировано создание апелляционного механизма, которое обсуждается в рамках Рабочей группы III. Текущая версия Проекта положений о функционировании апелляционного механизма (в сравнении со статьёй 52 Конвенции МЦУИС) предусматривает следующие основания для апелляции:

Таблица 1. Сравнение оснований для отмены решений в системе МЦУИС и апелляции в планируемом апелляционном механизме согласно Проекту положений о функционировании апелляционного механизма (A/CN.9/WG.III/WP.224, 17.11.2023)

Статья 52 Конвенции МЦУИС	Проект положений о функционировании апелляционного механизма ¹³
Такое основание отсутствует.	Ошибка в применении или толковании права.
Такое основание отсутствует.	[Явная] ошибка в оценке фактов, [включая оценку соответствующего внутреннего законодательства] [и оценку ущерба].
Суд был сформирован ненадлежащим образом.	Суд первой инстанции был сформирован ненадлежащим образом.
Суд явно превысил свои полномочия.	Суд первой инстанции явно превысил свои полномочия или вынес решение, выходящее за рамки представленных ему исковых требований.
Имел место подкуп какого-либо члена Суда.	Подкуп одного из членов суда первой инстанции.
Имело место серьёзное отступление от какого-либо существенного процедурного правила.	Имело место серьёзное отступление от какого-либо основного процедурного правила.

¹⁰ Там же.

¹¹ *Ad hoc* комитеты, формируемые МЦУИС, рассматривают заявления о пересмотре и отмене арбитражных решений. Согласно статье 52(3) Конвенции, *ad hoc* комитет формируется индивидуально в каждом споре. Члены *ad hoc* комитетов назначаются Председателем МЦУИС.

¹² ICSID Secretariat, Discussion paper on “Possible Improvements of the Legal Framework for ICSID Arbitration”. URL: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/possible-improvements-framework-icsid-arbitration> (дата обращения: 30.05.2024).

¹³ Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): Апелляционный механизм. Записка Секретариата. A/CN.9/WG.III/WP.224, 17.11.2023. Проект положения 2. См. также Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): Проект устава постоянного механизма урегулирования международных инвестиционных споров. Записка Секретариата. A/CN.9/WG.III/WP.239, 08.02.2024. Статья 29.

В арбитражном решении не указаны мотивы, на которых оно основывается.	В решении суда первой инстанции не указаны мотивы, на которых оно основывается, за исключением случаев, когда стороны договорились об ином.
<i>Такое основание отсутствует.</i>	Решение суда первой инстанции противоречит международному публичному порядку.

10. Как следует из Таблицы 1, основания для апелляции в актуальной редакции Проекта положений шире существующего перечня оснований для отмены, предусмотренного статьёй 52 Конвенции МЦУИС. Так сторонам дополнительно будет предоставляться право обжаловать решение при установлении факта ошибки в праве или явной фактической ошибки. Также Рабочая группа рассматривает целесообразность включения такого основания для апелляции, как противоречие решения суда первой инстанции международному публичному порядку.
11. Расширенный перечень оснований для обжалования решения в апелляции в сравнении с отменой позволяет предположить, что процедура апелляции будет в большей степени способствовать обеспечению последовательности, согласованности и корректности арбитражных решений. Ниже мы проанализируем несколько решений *ad hoc* комитетов, и попытаемся смоделировать результат при применении расширенных оснований для обжалования решений в апелляции.
12. В частности, на примере дел *CMS v. Argentina* и *Tza Yap Shum v. Peru* мы продемонстрируем, как возможность пересмотра решения на основании «ошибки в применении или толковании права» приводит к иным результатам в сравнении с механизмом отмены решения МЦУИС на основании явного превышения трибуналом своих полномочий. Апелляцию в случае совершения МЦУИС явной ошибки в оценке фактов мы попытаемся оценить на примере дела *Magyar Farming v. Hungary*.

Заявленные основания для отмены и аргументы ответчика	Позиция <i>ad hoc</i> комитета МЦУИС	Потенциальная позиция апелляционной инстанции, созданной в результате реформы Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ
<i>CMS v. Argentina</i>, ICSID Case No. ARB/01/8, Annulment Decision, 25 September 2007 (<i>CMS v. Argentina</i>)		
Ответчик требовал отмены решения МЦУИС на основании явного превышения трибуналом своих полномочий. В частности, ответчик заявлял, что трибунал применил концепцию необходимости как основание для освобождения от ответственности согласно международному обычному праву. Вместе с тем трибунал, по мнению ответчика, проигнорировал концепцию необходимости в том виде, в каком она	<i>Ad hoc</i> комитет МЦУИС пришёл к выводу, что нет . <i>Ad hoc</i> комитет начал свой анализ с того, что основанием для отмены решения является неприменение права, подлежащего применению, а не его некорректное применение. Соответственно, несмотря на то, что трибунал применил статью 11 ДИД сложным для понимания и ошибочным образом (<i>cryptically and defectively</i>), он её применил, а значит	<i>Ad hoc</i> комитет МЦУИС в своём решении отмечал наличие ошибок в праве, совершённых трибуналом, а также указывал на наличие в решении МЦУИС пробелов в обосновании решения. Однако высокий тест для отмены решения МЦУИС не позволил <i>ad hoc</i> комитету отменить его ввиду явного превышения трибуналом своих полномочий. При рассмотрении такой ситуации в апелляции заявитель мог бы/имел бы возможность сослаться на

<p>закреплена в статье 11 двустороннего инвестиционного договора (ДИД) между Аргентиной и США, приравняв её к концепции необходимости в соответствии с международным обычным правом¹⁴.</p> <p>Вопрос перед <i>ad hoc</i> комитетом МЦУИС: является ли некорректное применение концепции необходимости основанием для отмены арбитражного решения?</p>	<p>явного превышения трибуналом своих полномочий и основания для отмены решения в его действиях не было¹⁵.</p>	<p>ошибку в применении или толковании права. Соответственно, апелляционная инстанция могла бы принять апелляционную жалобу Аргентины и, в отличие от <i>ad hoc</i> комитета, рассмотреть вопрос корректного применения концепции необходимости. Так, апелляционная инстанция на основании проекта положения 2(1)(a) – ошибки в применении или толковании права – имела бы возможность самостоятельно интерпретировать статью 11 ДИД, провести сравнительный анализ концепции необходимости согласно международному обычному праву и статье 11 ДИД и, наконец, проанализировать соответствие действий Аргентины критериям необходимости в соответствии с ДИД и обычным правом (при условии нахождения различий между ними).</p>
<p><i>Tza Yap Shum v. Peru</i>, ICSID Case No. ARB/07/6, Annulment Decision, 12 February 2015 (<i>Tza Yap Shum v. Peru</i>)</p>		
<p>Ответчик требовал отмены решения МЦУИС на основании явного превышения трибуналом своих полномочий. В частности, ответчик заявлял, что арбитражная оговорка в ДИД охватывала только споры, касающиеся размера компенсации за экспроприацию, однако трибунал некорректно интерпретировал оговорку, расширив её действие на вопрос, являлись ли действия принимающего государства косвенной экспроприацией¹⁶.</p>	<p><i>Ad hoc</i> комитет МЦУИС пришёл к выводу, что нет.</p> <p><i>Ad hoc</i> комитет признал формулировку арбитражной оговорки неоднозначной. Интерпретация трибунала, по мнению <i>ad hoc</i> комитета, являлась одной из возможных, соответственно, явной ошибки в действиях трибунала не было¹⁷.</p>	<p>В свете того, что ошибка в применении или толковании права предусмотрена в качестве основания для подачи апелляции, апелляционная инстанция могла бы принять апелляционную жалобу Перу. Апелляционная инстанция могла бы проанализировать, корректно ли трибунал применил принципы толкования договоров, предусмотренные Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 года (ВКПМД), принять во внимание практику других</p>

¹⁴ *CMS v. Argentina*, paras. 48-52, 111-115.

¹⁵ Там же, para. 136.

¹⁶ *Tza Yap Shum v. Peru*, paras. 51-52.

¹⁷ Там же, paras. 72-99.

<p>Вопрос перед <i>ad hoc</i> комитетом МЦУИС: является ли некорректное, по мнению ответчика, толкование арбитражной оговорки основанием для отмены арбитражного решения?</p>		<p>трибуналов, интерпретировавших идентичные оговорки.</p>
<p><i>Magyar Farming v. Hungary</i>, ICSID Case No. ARB/17/27, Annulment Decision, 16 November 2021 (<i>Magyar Farming v. Hungary</i>)</p>		
<p>Ответчик требовал отмены решения МЦУИС на основании явного превышения трибуналом своих полномочий. В частности, ответчик заявлял, что при оценке размера компенсации трибунал должен был учесть сумму дохода, полученного принимающим государством от деятельности, предпринимаемой для минимизации потерь¹⁸.</p> <p>Вопрос перед <i>ad hoc</i> комитетом МЦУИС: является ли непринятие трибуналом аргумента об учёте принципа минимизации потерь для расчёта компенсации во внимание основанием для отмены арбитражного решения?</p>	<p><i>Ad hoc</i> комитет МЦУИС пришёл к выводу, что нет.</p> <p><i>Ad hoc</i> комитет МЦУИС не согласился с Венгрией, что арбитры при расчёте компенсации обязаны учитывать доходы ответчика от деятельности по минимизации потерь, и занял позицию, что неприменение принципа минимизации потерь не является настолько критически важным, чтобы считаться вопиющей ошибкой¹⁹.</p>	<p>В свете того, что явная ошибка в оценке фактов, включая ошибку в оценке размера компенсации, является основанием для подачи апелляции, апелляционная инстанция могла бы принять апелляционную жалобу Венгрии. Апелляционная инстанция могла бы проанализировать предмет доказывания при расчёте компенсации и учесть компонент минимизации потерь (при условии доказанности существования принципа минимизации потерь в международном праве).</p> <p>Вместе с тем вопрос того, является ли ошибка в расчёте компенсации явной ошибкой в оценке фактов, будет решаться в зависимости от каждого конкретного случая.</p> <p>Представляется, что <i>ошибка в применении метода оценки убытков</i> – например, применение метода дисконтированных потоков в отсутствие предприятия «на ходу» (“going concern”), скорее всего будет соответствовать критерию «явной» ошибки. В свою очередь, неприменение <i>принципа минимизации потерь</i> видится достаточным для принятия решения к пересмотру, однако по результатам анализа апелляционная инстанция может прийти к выводу, что</p>

¹⁸ *Magyar Farming v. Hungary*, paras. 105-109.

¹⁹ Там же, paras. 110-113.

		такая ошибка не является «явной» для отмены решения.
--	--	--

13. Таким образом, в результате анализа отдельных примеров практики *ad hoc* комитетов МЦУИС мы пришли к следующим выводам:
- a. в деле *CMS v. Argentina ad hoc* комитет напрямую признал наличие ошибок в применении права, совершённых трибуналом МЦУИС, а также указал на наличие в решении МЦУИС пробелов в обосновании своего решения. Однако эти ошибки не были устранены ввиду того, что объём основания «явного превышения полномочий» в рамках режима отмены решений согласно Конвенции МЦУИС не покрывает ошибки в праве или фактах. В свою очередь, преимуществом апелляции будет то, что сторонам предоставляется право обжаловать решение при установлении факта ошибки в праве или явной фактической ошибки;
 - b. в деле *Tza Yap Shum v. Peru ad hoc* комитет не приступил к оценке корректности толкования трибуналом арбитражной оговорки, а ограничил свой анализ тем, что толкование МЦУИС является одним из возможных. Несмотря на то, что аргументы ответчика о некорректности толкования оговорки (неприменении правил толкования международных договоров по ВКПМД и противоречии ранее сложившейся практике) представляются обоснованными, *ad hoc* комитет пришёл к выводу, что основания для отмены отсутствуют. Вместе с тем неправильное толкование трибуналом арбитражной оговорки может быть устранено в апелляционной инстанции за счёт включения ошибки в применение права в перечень оснований для пересмотра. Соответственно, учреждение апелляционного механизма принесёт в существующую систему УСИГ возможность обеспечения корректности в толковании права;
 - c. в деле *Magyar Farming v. Hungary ad hoc* комитет отклонил требование об отмене решения на том основании, что трибунал МЦУИС не принял во внимание принцип минимизации потерь при расчёте компенсации. Наличие такого основания для пересмотра, как явная ошибка в оценке фактов, включающая в себя ошибку в оценке компенсации, могло бы позволить стороне разбирательства требовать пересмотра арбитражного решения в случае расчёта компенсации без учёта усилий ответчика по минимизации потерь.
14. Таким образом, включение таких оснований, как ошибка в праве и явная фактическая ошибка, делает основания для апелляции значительно более широкими по сравнению с отменой. Исправляя наиболее критичные ошибки в толковании права, механизм отмены МЦУИС может быть эффективным для обеспечения последовательности и согласованности практики. Однако, игнорируя фактические ошибки и незначительные ошибки права, *ad hoc* комитеты МЦУИС не способствуют обеспечению корректности решений. Основания для отмены, предусмотренные Конвенцией МЦУИС, не включают ошибки в праве или фактах, а имеющиеся основания, например, «явное превышение трибуналом своих полномочий», не покрывают устранение таких ошибок. Действительно, механизм отмены создавался в первую очередь для обеспечения последовательности и согласованности практики, а участники МЦУИС были готовы пожертвовать возможностью исправления не до конца корректного решения ради его окончательности. Однако на сегодняшний день в системе УСИГ всё большую поддержку приобретает понимание

необходимости предоставить сторонам разбирательства возможность исправить правовые или фактические ошибки, на что направлена дискуссия о создании апелляционного механизма.

15. Расширение списка оснований для апелляции в сравнении с механизмом отмены ставит под вопрос целесообразность существования МЦУИС без возможности апелляции. Сможет ли планируемый апелляционный механизм (инстанция) встроиться в систему МЦУИС, заменив собой отмену, или будет вынужден конкурировать с механизмом отмены? Допустимо ли внесение соответствующих изменений в Конвенцию МЦУИС? Имеется ли консенсус всех договаривающихся сторон или отдельных стран – участниц Конвенции МЦУИС на внесение изменений? Эти вопросы будут предметом обсуждения второй части настоящей заметки.

2. Возможна ли апелляция решений, вынесенных в рамках МЦУИС, без изменения Конвенции МЦУИС? *Inter se* изменение Конвенции как возможный выход из положения

16. Вынесенные в рамках Конвенции решения окончательны и не подлежат обжалованию. Они лишь могут быть пересмотрены в *ad hoc* комитете МЦУИС по отмене²⁰. Так, выбирая рассмотрение спора в МЦУИС по правилам Конвенции, стороны отказываются от иных способов обжалования, в том числе от возможности обжаловать решение в потенциально создаваемой апелляционной инстанции (механизме).
17. Чтобы встроить апелляцию в структуру Конвенции, можно внести в неё соответствующее изменение консенсусом всех 165 договаривающихся сторон²¹. Как показывает практика на примере других международных соглашений, добиться такого единогласия – нереалистичный сценарий. Подтверждение тому – неспособность 164 членом ВТО договориться об итогах Дохийского раунда переговоров, первого многостороннего раунда переговоров в рамках ВТО, начатого в 2001 году и продолжающегося до сих пор²².
18. Другой сценарий, нашедший отражение в документах Рабочей группы III и доктрине, – *inter se* изменение Конвенции МЦУИС (т. е. изменение Конвенции исключительно во взаимоотношениях между её отдельными государствами-участниками)²³. Так, государства – сторонники апелляции могут заключить соглашение об изменении Конвенции МЦУИС, в котором будет предусмотрен порядок апелляции и исполнения арбитражных решений, только во взаимоотношениях между собой.

²⁰ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Конвенция МЦУИС), 575 UNTS 159 (1965), статья 53.

²¹ Конвенция МЦУИС, статья 66(1): “[e]ach amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment”. Database of ICSID Member States. URL: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (дата обращения: 13.05.2024).

²² См., например, Центр экспертизы ВТО, Новый раунд многосторонних торговых переговоров («Раунд развития»). URL: <https://wto.ru/trade-issues/povestka-dokha-raunda/novyy-raund-mnogostoronnikh-torgovykh-peregovorov-raund-razvitiya/> (дата обращения: 13.05.2024).

²³ См., например, Резюме межсессионного совещания по вопросам реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ), представленное правительством Сингапура, 20.10.2023, A/CN.9/WG.III/WP.233. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/WG.III/WP.233> (дата обращения: 13.05.2024); Венская конвенция о праве международных договоров, 1155 UNTS 331 (1969), статья 41.

19. Правомерно ли такое *inter se* изменение Конвенции МЦУИС, которое встроит апелляцию в её структуру? Единого мнения нет²⁴. Желанному единству мешают неоднозначные ответы на следующие вопросы: может ли статья 53(1) Конвенции, согласно которой вынесенные в рамках Конвенции решения не подлежат апелляции²⁵, быть истолкована как запрет на *inter se* изменение Конвенции? Будет ли переход от процедуры отмены к апелляции соответствовать объекту и цели Конвенции?
20. Альберт Ян ван ден Берг утверждает, что *inter se* изменение Конвенции является распространённой практикой и приводит в пример статью 1124 НАФТА²⁶. Она предусматривает, что если спорящие стороны не могут самостоятельно сформировать состав трибунала, то арбитров назначает Генеральный секретарь МЦУИС, а не Председатель Административного совета МЦУИС, как это по общему правилу предусмотрено статьёй 38 Конвенции.
21. Другой пример *inter se* изменения международного договора, уже из торгового права, – Многосторонняя временная апелляционная арбитражная договорённость (MPIA)²⁷. Договорённость о правилах и процедурах разрешения споров в ВТО (DSU) предусматривает обжалование решений третейской группы, которое сейчас невозможно из-за блокировки США выбора членов Апелляционного органа ВТО. В этой связи отдельные члены ВТО заключили MPIA, чтобы обжаловать решение третейской группы в учреждённом в соответствии с этой договорённостью арбитраже. Однако, как отмечает Мишель Потеста, MPIA возникла в ином правовом контексте, что не позволяет прямо использовать этот опыт для правового оформления апелляции в рамках Конвенции МЦУИС²⁸. В частности, в отличие от Конвенции, которая не позволяет её сторонам выбирать между апелляцией и отменой решения, статья 25 DSU (Arbitration) разрешает создавать альтернативный механизм разрешения споров²⁹; апелляция не является «одной из существенных черт» разрешения споров в соответствии с Конвенцией МЦУИС (скорее, напротив, Конвенция закрепляет окончательный характер решения); создание апелляционной инстанции направлено на замену существующей в рамках статьи 52 Конвенции системы отмены решения, а не на её дублирование, как это произошло с MPIA, во многом повторившей апелляцию в ВТО³⁰.

²⁴ См., например, Investment Treaty News, UNCITRAL Working Group III Debate: Enforceability of awards by an appellate mechanism or an investment court under the ICSID and New York Conventions, 10 March 2020. URL: https://www.iisd.org/itn/en/2020/03/10/uncitral-working-group-iii-debate-enforceability-of-awards-by-an-appellate-mechanism-or-an-investment-court-under-the-icsid-and-new-york-conventions-jansen-calamita/#_ftn6 (дата обращения: 13.05.2024).

²⁵ Конвенция МЦУИС, статья 53(1): «[р]ешение Арбитража является обязывающим для сторон и не подлежит апеллированию или иным способам обжалования, за исключением тех, которые предусмотрены в настоящей Конвенции».

²⁶ Van den Berg, Albert Jan. Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction With the New York and ICSID Conventions // ICSID Review. Vol. 0, 2019. No. 0. P. 16.

²⁷ Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA). URL: https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/ (дата обращения: 13.05.2024).

²⁸ Potestà, Michele, An Appellate Mechanism for ICSID Awards and Modification of the ICSID Convention under Article 41 of the VCLT in Esmé Shirlow and Kiran Nasir Gore (eds.), The Vienna Convention on the Law of Treaties: in International Arbitration: History, Evolution, and Future, (Kluwer Law International, 2022). P. 5.

²⁹ DSU, Article 25: “Expeditious arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties.”

³⁰ Esmé Shirlow and Kiran Nasir Gore (eds.), The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes: History, Evolution and Future (Kluwer Law International, 2022). Chapter 17.

22. Чтобы ответить на вопросы, обозначенные в абзаце 19 данной заметки, обратимся к статье 41 ВКПМД. Эта статья кодифицирует норму обычного международного права³¹, регулиующую *inter se* изменение международных договоров. Правомерность *inter se* изменений устанавливается с помощью следующих критериев статьи 41(1)(b) ВКПМД: 1) затрагивают ли такие изменения осуществление другими сторонами их прав по договору или выполнение ими своих обязательств? 2) относятся ли изменения к положению, отступление от которого несовместимо с эффективной реализацией объекта и цели договора в целом?
23. Относительно *первого критерия*. Договаривающиеся стороны Конвенции МЦУИС, которые не являются сторонниками апелляции (и их граждане), по-прежнему смогут обращаться за отменой решений, вынесенных в пользу договаривающихся сторон Конвенции – сторонников апелляции. Следовательно, предлагаемое *inter se* изменение не «затрагивает осуществление другими сторонами их прав или обязанностей по договору».
24. Относительно *второго критерия*. Как следует из преамбулы Конвенции МЦУИС, её объектом и целью являются, с одной стороны, «доступность международных средств примирения или арбитража», а с другой, «согласие Договаривающихся государств на то, чтобы подчинить конкретный спор согласительной процедуре или арбитражу» – то есть такой процедуре, которая предусмотрена именно в Конвенции, а не в каких-либо иных соглашениях. В этой связи возможность обжаловать решение в апелляционном механизме внесёт радикальные изменения в конгруэнтную систему разрешения споров в МЦУИС, фактически расколует решения МЦУИС на два лагеря. Этот раскол будет заключаться в том, что пока одни решения будут иметь статус окончательных, другие же, подлежащие обжалованию, будут пересматриваться апелляционным механизмом, то есть институцией, которая находится вне этой конгруэнтной системы и функционирует по собственным принципам. Едва ли в намерения архитекторов МЦУИС входило создание такой раздробленной системы *à la carte*.
25. Более того, даже если признать, что статья 53(1) Конвенции не содержит прямого запрета на *inter se* изменения, она, тем не менее, фактически устанавливает, что окончательный характер решения, вынесенного в рамках Конвенции, является основополагающим принципом разрешения споров в МЦУИС. Кроме того, согласно статье 26 Конвенции, обращаясь за разрешением конкретного спора в рамках Конвенции, стороны отказываются от использования других средств разрешения споров (“consent to such arbitration to the exclusion of **any other remedy**”). Это положение может быть истолковано как отказ Договаривающихся сторон Конвенции от апелляции как от т. н. *post-award remedy*³².
26. Таким образом, несмотря на широкое обсуждение встраивания апелляции в МЦУИС через *inter se* изменение Конвенции, правомерность такого решения – вопрос спорный.

³¹ Villiger, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 2009. P. 538: “[c]ustomary [b]asis of Article 41. The principle of modificatory *inter se*-agreements stipulated in the entering sentence of Article 41 is well established and enjoys a solid basis in customary law”.

³² Jansen Calamita, UNCITRAL Working Group III Debate: Enforceability of Awards by an Appellate Mechanism or an Investment Court Under the ICSID and New York Conventions, *Investment Treaty News*, 10 March 2020, URL: <https://www.iisd.org/itn/en/2020/03/10/uncitral-working-group-iii-debate-enforceability-of-awards-by-an-appellate-mechanism-or-an-investment-court-under-the-icsid-and-new-york-conventions-jansen-calamita/> (дата обращения: 30.03.2024).

Реализация встраивания апелляции в систему МЦУИС требует дальнейшего обсуждения – в рамках Рабочей группы III или иного форума.