



Заметка участников Лаборатории
по инвестиционному праву и арбитражу

**«ОШИБКА В ОЦЕНКЕ ВНУТРЕННЕГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ
АПЕЛЛЯЦИИ: ВЫБИРАЯ МЕЖДУ ПРАВОМ И
ФАКТОМ»**

Июль 2024

Оглавление

Введение.....	3
Вступление.....	4
1. Внутреннее законодательство: факт или право.....	5
2. Стандарт оценки внутреннего права: определяя подход	8
3. Заключение	11

Введение

1. Настоящая работа подготовлена группой исследователей в составе Сергея Короткова¹ и Валерии Маториной² в рамках Лаборатории по инвестиционному праву и арбитражу – проекта Центра международных и сравнительно-правовых исследований по продвижению изучения международного права. Научными руководителями при подготовке данной заметки выступили Сергей Алёхин³ и Анна Козьякова⁴.
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 кругах⁵.
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 научных руководителей.
4. Центр международных и сравнительно-правовых исследований⁶ – 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 Консультант, ПРООН, программа «Налоги для ЦУР».

² Аспирант Департамента международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ).

³ Партнёр юридической фирмы E L W I, адвокат Парижской коллегии адвокатов.

⁴ Внешний эксперт Центра международных и сравнительно-правовых исследований, научный эксперт НКО “DRG e.v.”, доктор права, Гёттингенский университет имени Георга Августа.

⁵ Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу. URL: <https://iclr.ru/ru/projects/laboratory> (дата обращения: 17.07.2024).

⁶ Центр международных и сравнительно-правовых исследований. URL: <https://iclr.ru/> (дата обращения: 17.07.2024).

Вступление

5. В рамках работы Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ над реформированием системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) Секретариат ЮНСИТРАЛ подготовил проект положений, касающихся функционирования постоянного механизма и предусматривающих формирование апелляционного судебного органа⁷ (**Проект положений**). Среди прочего в статье 29 Проекта Секретариат сформулировал возможные основания для обжалования арбитражного решения. В числе таких оснований Секретариат предлагает указать, что:

«1. Апелляционная жалоба подается только в том случае, если допущена:

а) [явная] ошибка в применении или толковании права; или

б) явная ошибка в оценке фактов, [включая оценку соответствующего внутреннего законодательства] [и оценку ущерба].

[...]»

6. При подготовке проекта статьи 29 Секретариат руководствовался положениями договоров Европейского союза, которые предусматривают функционирование апелляционного трибунала, в частности, Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения (СЕТА) и Соглашения о свободной торговле между Европейским союзом и Вьетнамом (EVFTA)⁸. Пункт 1 статьи 29 использует идентичную формулировку с положениями СЕТА и EVFTA, которые устанавливают, что апелляционный трибунал имеет право изменить или отменить решение в том случае, если нижестоящим составом арбитров была совершена ошибка в применении или толковании права или явная ошибка в оценке фактов (в том числе, ошибка в оценке внутреннего законодательства)⁹.
7. Упоминание «внутреннего законодательства» исключительно в контексте фактов, а не применимого права, не случайно. Оба соглашения отражают принцип автономии права Европейского союза, запрещающего применение и толкование права Европейского союза независимыми международными механизмами¹⁰. В частности, СЕТА и EVFTA определяют в качестве применимого права исключительно нормы международного права, в то время как национальное право (и по совместительству право Европейского союза) рассматривается в качестве факта¹¹. Соглашения предписывают, чтобы инвестиционные трибуналы воздерживались от толкования и применения внутреннего права, отдавая предпочтение преобладающему в соответствующей юрисдикции подходу в толковании внутреннего законодательства¹². Как следствие, положение, закрепляющее основания для апелляции, следует этому подходу, упоминая внутреннее

⁷ Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Записка Секретариата. A/CN.9/WG.III/ WP.239, 08.02.2024. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/WG.III/ WP.239> (дата обращения: 17.07.2024).

⁸ Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Записка Секретариата. A/CN.9/WG.III/ WP.224, 17.11.2022, С. 5. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/WG.III/ WP.224> (дата обращения: 17.07.2024).

⁹ Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union 2016, Article 8.28.2(b); European Union–Vietnam Free Trade Agreement, Article 3.54.

¹⁰ Opinion 1/17 of the Court (Full Court), 30 April 2019, ECLI:EU:C:2019:341, paras. 106-161. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502> (дата обращения: 17.07.2024).

¹¹ Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union 2016, Article 8.31(2); European Union–Vietnam Free Trade Agreement, Article 3.42(3).

¹² Там же.

законодательство в контексте вопросов факта, а не права: исключая возможность применять национальное право нижестоящими трибуналами, соглашения не предполагают проверку ошибок применения и толкования внутреннего права апелляционным трибуналом.

8. Используя аналогичную СЕТА и ЕВФТА формулировку, Проект положений предлагает подход, который может существенно ограничить функцию апелляционного механизма. Включение «внутреннего законодательства» в качестве примера вопроса факта в подпункте «b» пункта 1 статьи 29, при отсутствии аналогичного упоминания внутреннего законодательства как примера применимого права в подпункте «a», может быть истолковано как намеренное требование рассматривать внутреннее законодательство исключительно как вопрос факта во всех случаях. На вероятность такого толкования указывают подготовительные материалы: все договоры, также учтённые Секретариатом при подготовке статьи 29¹³, которые не содержат запрета на применение внутреннего законодательства в качестве источника права, не относят его заранее к категории фактов¹⁴, как это делает подпункт «b» пункта 1 статьи 29. При этом, все договоры, предусматривающие запрет на применение внутреннего законодательства (СЕТА и ЕВФТА), используют формулировку, аналогичную пункту 1 статьи 29.
9. Такой подход к формулировке и толкованию статьи 29, предопределяющий место внутреннего законодательства исключительно в качестве вопроса факта, ожидаемо лишит апелляционный механизм возможности осуществлять оценку применения внутреннего законодательства даже тогда, когда это целесообразно или необходимо. При этом, являясь результатом консенсуса, проект апелляционного механизма должен быть наиболее универсальным и предлагать гибкий подход к порядку своего функционирования, а не слепо следовать подходам, принятым в других правовых механизмах.
10. В этой связи возникает вопрос: как в действительности должно выглядеть положение, содержащее основание для обжалования арбитражного решения по правовым и фактическим ошибкам? Должно ли оно допускать применение и толкование внутреннего законодательства апелляционным механизмом, рассматривая такое законодательство как вопрос права, или, напротив, сохранить общее с СЕТА и ЕВФТА восприятие внутреннего права исключительно как вопроса факта?
11. Для ответа на этот вопрос в данной заметке были рассмотрены допустимость оценки апелляционным механизмом внутреннего законодательства как вопроса факта и права (Раздел 1) и надлежащий стандарт такой оценки (Раздел 2).

1. Внутреннее законодательство: факт или право

12. В соответствии с классическим подходом в международном праве, механизмы международного правосудия рассматривают положения внутреннего права в качестве

¹³ Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИП). Записка Секретариата. A/CN.9/WG.III/ WP.224, 17.11.2022, С. 5. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/WG.III/ WP.224> (дата обращения: 17.07.2024).

¹⁴ Investment Agreement for the COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa) Common Investment Area, Article 13(1); International Institute for Sustainable Development (IISD) Model International Agreement on the Investment for Sustainable Development, Article 14(1).

вопросов факта, а не права¹⁵. Этот принцип был сформулирован Постоянной палатой международного правосудия в деле *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, где было отмечено, что «с точки зрения международного права и Суда, который является его органом, муниципальные законы – это просто факты»¹⁶.

13. Ряд инвестиционных трибуналов также подтверждал вышеуказанный принцип¹⁷.
14. Такой же подход нашёл отражение в ряде двусторонних инвестиционных соглашений (ДИС), например, Модельный ДИС Королевства Нидерландов и СЕТА закрепляет, что: «при определении соответствия той или иной меры настоящему Соглашению Трибунал может рассмотреть, при необходимости, внутреннее законодательство спорящей Стороны в качестве факта»¹⁸.
15. Вместе с тем внутреннее законодательство часто указывается в соответствующих международных инвестиционных договорах в качестве применимого права (в отличие от СЕТА и ЕВФТА)¹⁹. Например, статья 8(3) ДИС Камбоджи и Чехии, а также ряд других инвестиционных договоров Чехии закрепляют, что арбитражный трибунал при разрешении спора применяет внутреннее право, положения самого договора и других соответствующих соглашений между сторонами, положения специальных соглашений между государством и инвестором, а также общие принципы международного права²⁰. Статья 42(1) Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств также закрепляет, что арбитраж рассматривает спор согласно нормам права в соответствии с соглашением сторон, а в случае отсутствия соглашения арбитры применяют внутреннее право государства, выступающего в качестве стороны в споре, а также те нормы международного права, которые могут быть применимы. Иными словами, в зависимости от конкретного международного инвестиционного договора применимым правом вполне может быть и внутреннее законодательство принимающего государства. Например, в деле *Goetz v. Burundi (I)* арбитражный трибунал отметил, что «вопрос о законности действий государства не обязательно требует одинакового ответа в зависимости от того, рассматривается ли он в свете внутреннего права государства или в свете международного права»²¹. Поэтому арбитражный трибунал рассмотрел спор как в свете международного, так и в свете внутреннего права, указав, что в случае конфликта между

¹⁵ Brownlie I, *Principles of Public International Law*, 7th edition. Oxford University Press, 2008, P. 38.

¹⁶ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, Judgment of 25 May 1926. URL: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AA_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf (дата обращения: 17.07.2024).

¹⁷ *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 4.129; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Award, 26 January 2006, para. 127.

¹⁸ Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union 2016, Article 8.31; Netherlands Model BIT 2019, Article 20(12).

¹⁹ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, para. 181; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, Final Award, 23 April 2012, paras. 139-141.

²⁰ Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the Kingdom of Cambodia for the promotion and reciprocal protection of investments 2009, Article 8(3); Agreement between the Czech Republic and the Kingdom of Saudi Arabia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 2009, Article 11(6); Agreement Between the Czech Republic and Georgia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 2011, Article 8(3).

²¹ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (I)*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award (Embodying the Parties' Settlement Agreement), 10 February 1999, para. 99.

ними по общему согласию сторон должны применяться положения, наиболее благоприятные для инвестора²².

16. Кроме этого, даже при отсутствии согласия сторон спора относительно определения внутреннего законодательства как источника применимого права, нельзя однозначно говорить о безусловной характеристике внутреннего законодательства как о вопросе факта. Представляется, что чёткое разделение между правом и фактом не всегда очевидно²³. Так, в деле *Trail Smelter (USA v. Canada)* было отмечено, что «международный суд может и фактически часто применяет внутреннее право»²⁴, что не соотносится с ограничением восприятия трибуналом внутреннего права исключительно как вопроса факта.
17. На практике инвестиционные трибуналы также часто отходят от традиционного подхода к пониманию статуса внутреннего законодательства как вопроса факта. Например, в деле *AAPL v. Sri Lanka* арбитражный трибунал отметил, что ДИС «не является самостоятельной замкнутой правовой системой, ограничивающейся материально-правовыми нормами прямого применения, но должен рассматриваться в более широком контексте, в котором нормы из других источников интегрируются посредством методов подразумеваемой инкорпорации или путём прямой ссылки на определённые дополнительные нормы, будь то нормы международного права или нормы внутреннего права»²⁵. Так, зачастую некоторые вопросы необходимо решать путём толкования норм внутреннего права, независимо от согласованного сторонами применимого права. Например, внутреннее право может быть применимо к вопросам определения имущественных прав, составляющих инвестиции, и осуществления инвестиций в соответствии с законодательством принимающего государства²⁶, или к определению того, является ли инвестор гражданином государства – участника договора, в частности в случае двойного гражданства инвестора²⁷, а также к определению правового статуса и правоспособности инвестора, корпоративных действий и корпоративного управления²⁸. Как следствие, возможны и правовые ошибки, вытекающие из применения внутреннего права.
18. Таким образом, апелляционный механизм на практике может столкнуться с необходимостью оценивать выводы трибуналов первой инстанции по поводу внутреннего законодательства, осуществлявших толкование и применение внутреннего права.
19. В свою очередь, положение, содержащее основания для обжалования арбитражного решения первой инстанции, должно быть достаточно широким, учитывающим практику

²² Там же.

²³ Jenks C.W., *The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice* // *British Year Book of International Law*, 1938, P. 67, 68; Bhuiyan S., *National Law in WTO Law*. Cambridge University Press, 2007. P. 216.

²⁴ *Trail Smelter Case (US v. Canada)*, Reports of International Arbitral Awards Volume III, 1941, P. 1949, URL: <https://legal.un.org/riaa/cases/volIII/1905-1982.pdf> (дата обращения: 17.07.2024).

²⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, para. 21.

²⁶ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, para. 112; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, paras. 318-320.

²⁷ *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 55; *Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. The Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17, Final Award, 3 September 2019.

²⁸ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding, 10 May 1988, paras. 104-105.

заклучения международных инвестиционных договоров и подходы инвестиционных трибуналов. Предложенная Секретариатом опция, однако, не следует этому выводу, предлагая «квалифицирующий» подход к своей формулировке и указывая «соответствующее внутреннее законодательство» в качестве частного проявления вопросов факта.

20. В свете того, что такая формулировка положения может привести к восприятию внутреннего законодательства исключительно как вопроса факта, препятствуя апелляционному механизму осуществлять надлежащий правовой анализ, а также в целях лучшей адаптации положения к практике заключения международных инвестиционных договоров и подходам инвестиционных трибуналов, предлагается предоставить апелляционному механизму свободу в оценке ошибки внутреннего законодательства как с точки зрения права, так и факта, определяя надлежащую модальность внутреннего законодательства в каждом конкретном споре. В этой связи рекомендуется неквалифицированная формулировка пункта 1 статьи 29, не предопределяющая характер внутреннего законодательства исключительно как вопроса факта (или права):

«Апелляционная жалоба должна подаваться только в том случае, если совершена:

а) ошибка в применении или толковании права; или

б) явная ошибка в оценке фактов».

2. Стандарт оценки внутреннего права: определяя подход

21. Как апелляционный механизм будет взаимодействовать с внутренним законодательством, зависит также от выбранного стандарта оценки²⁹. В своей практике внутренние и международные апелляционные инстанции выработали различные подходы к определению применимого стандарта оценки выводов судов первой инстанции³⁰. В зависимости от нормативных рамок и потребностей справедливости и судебной эффективности использовались стандарты, предусматривающие как полный пересмотр решения первой инстанции (*de novo*)³¹, так и почти полное уважение к предшествующим определениям³².
22. Стандарт «явной ошибки» в оценке фактов, выбранный Секретариатом в подпункте «b», традиционно считается достаточно уважительным к решениям первой инстанции. Представляется, что критерий «явной ошибки» (англ.: *manifest error*) идейно следует подходу, предложенному Секретариатом Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в 2004 году³³, и аналогичен критерию «явной ошибочности» (англ.: *clearly erroneous*)³⁴, который был выработан национальными судами

²⁹ Paine J., *Standard of Review: Investment Arbitration* // *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2004, para. 2.

³⁰ Lanovoy V., *Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals* // *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*, ed. G. Kajtár, B. Çali, M. Milanović, 2022, P. 42.

³¹ Там же.

³² Там же.

³³ ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 October 2004, para. 7.

³⁴ Lanovoy V., *supra note 21*.

ряда стран и также применяется преимущественно к пересмотру решений первой инстанции по вопросам фактов³⁵.

23. Данный стандарт предполагает, что пересмотр и отмена решения по вопросу факта возможны только в том случае, если у суда формируется твёрдое убеждение, основанное на достоверных и доступных доказательствах, о том, что первой инстанцией была совершена очевидная ошибка в оценке фактов³⁶. Следовательно, существования лишь альтернативного подхода к оценке недостаточно – необходимо твёрдое убеждение в факте совершения ошибки³⁷.
24. Применительно к оценке выводов первой инстанции по вопросам толкования и применения права (подпункт «а» пункта 1 статьи 29) Секретариат опускает прилагательное-модификатор «явная» и предлагает осуществлять пересмотр в случае наличия просто «ошибки», допущенной трибуналом первой инстанции. При отсутствии уточняющих признаков в формулировке положения представляется, что надлежащим стандартом «ошибки» можно считать *de novo* – подход, традиционно используемый национальными апелляционными судами для пересмотра решений по вопросам права³⁸. Данный стандарт является альтернативой уважительному (англ.: *deferential*) стандарту «явной ошибки» и предполагает полный пересмотр апелляционным механизмом выводов, достигнутых в ходе рассмотрения вопросов внутреннего права трибуналом первой инстанции³⁹.
25. Разделение подходов к определению стандартов оценки выводов первой инстанции по вопросам фактов и права обосновано тем, что оно признаёт за судом (трибуналом) первой инстанции особенную роль в оценке фактов ввиду возможности физического представления и оценки доказательств⁴⁰, а также освобождает апелляционные суды от зависимости опираться на возможно ошибочные заключения судов первой инстанции по правовым вопросам, учитывая предполагаемую более высокую экспертность судей апелляции⁴¹. Кроме этого, разделение обеспечивает эффективность апелляционного производства: проверка фактов *de novo* приводила бы к более высоким временным и ресурсным тратам со стороны апелляции, вынужденной проводить трудоёмкую переоценку каждого отдельного фактического вопроса.
26. Иными словами, если за апелляционным механизмом сохраняется право осуществить *de novo* пересмотр решений первой инстанции по правовым вопросам, то сохраняется дополнительный инструмент контроля за качеством выводов, имеющих правовые последствия. Данный подход позволит обеспечить единообразие арбитражной практики и её качество в отношении толкования и применения права.

³⁵ Clearly Erroneous, Wex Definitions // Legal Information Institute, Cornell Law School. URL: https://www.law.cornell.edu/wex/clearly_erroneous (дата обращения: 17.07.2024).

³⁶ Casey K., Camara J., Wright N., Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics // The Federal Circuit Bar Journal, P. 8.

³⁷ Там же.

³⁸ Там же.

³⁹ Lanovoy V., *supra note* 21.

⁴⁰ Peters A.J., The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review // Lewis and Clark Law Review, 2008, Vol. 13, P. 238-242.

⁴¹ Там же.

27. Таким образом, при условии, что подпункт «а» пункта 1 статьи 29 не содержит прилагательного «явная», модифицирующего существительное «ошибка» и трансформирующего стандарт уважения из *de novo* в уважительный, целесообразно сохранить формулировку в данном положении для обеспечения тщательного анализа апелляционной инстанцией выводов трибунала по вопросам права.
28. В свою очередь, выбранный Секретариатом уважительный стандарт оценки («явная ошибка») по отношению к вопросам фактов обеспечивает справедливое распределение полномочий и ресурсов в оценке выводов первой инстанции, касающихся вопросов факта: апелляционный механизм будет использовать привычный подход к оценке выводов по вопросам фактов, воздерживаясь от трудоёмких операций по оценке доказательств.
29. Это разделение, однако, корректно работает только в том случае, если подпункт «b» пункта 1 статьи 29 не содержит указания на внутреннее законодательство, потенциально привязывая его к стандарту «явной ошибки». Как было указано выше, проводя параллель с СЕТА и ЕУФТА, такой сценарий может создать условия, при которых апелляционный механизм будет обязан с уважением относиться к выводам первой инстанции в вопросах внутреннего права и осуществлять пересмотр только в случае, когда ошибка первой инстанции может быть легко обнаружена⁴². Иными словами, апелляционный механизм в большинстве случаев не будет осуществлять проверку выводов первой инстанции, даже если толкование и применение внутреннего права могут существенно повлиять на результат разбирательства и если более тщательная проверка со стороны апелляционной инстанции оправдана.
30. Например, если подпункт «b» пункта 1 статьи 29 не содержит указания на внутреннее законодательство, допуская его характеристику как в качестве вопроса права, так и в качестве вопроса факта, апелляционный трибунал сможет применять тот стандарт оценки, который наилучшим образом отражал бы характер внутреннего законодательства в конкретном споре (либо направление а), либо направление б) на рис. 1). Однако, если подпункт «b» пункта 1 статьи 29 содержит прямое указание на национальное законодательство, то соответствующая ошибка – это всегда вопрос факта, и применимый стандарт оценки также будет всегда один, а именно стандарт «явной ошибки» (направление б) на рис. 1).

⁴² Bungenberg M., Reinisch A. (editors), CETA Investment Law: Article-by-Article Commentary. Nomos, Hart, 2022, P. 619.

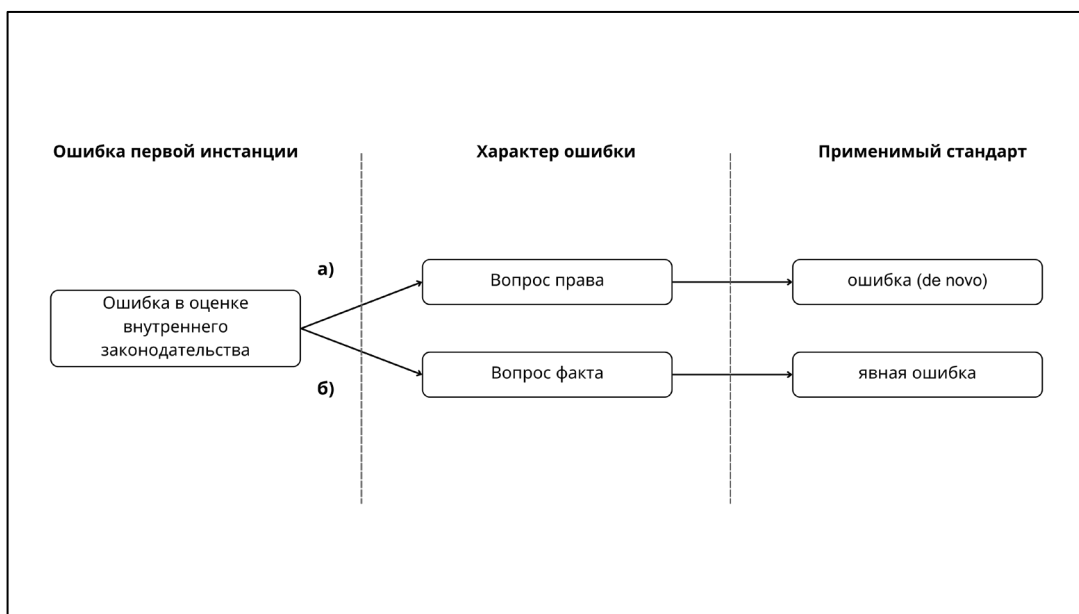


Рисунок 1

31. Таким образом, при условии, что подпункт «б» пункта 1 статьи 29 не содержит упоминания внутреннего законодательства, целесообразно сохранить формулировку «явная ошибка» в данном положении. В противном случае упоминание внутреннего законодательства может помешать апелляционному механизму эффективно выполнять свои функции по проверке правовых выводов первой инстанции и обеспечению качества и единообразия арбитражной практики.

3. Заключение

32. Перенимая подход из СЕТА и ЕВФТА, формулировка пункта 1 статьи 29, предложенная Секретариатом, необоснованно ограничивает апелляционный механизм в возможности производить оценку внутреннего законодательства. В то время, как СЕТА и ЕВФТА содержат положение о применимом праве, исключающее применение внутреннего права, предложенные Секретариатом основания для обжалования арбитражного решения не привязаны к какому-либо конкретному перечню применимых источников и не учитывают актуальную практику инвестиционных трибуналов, часто применяющих внутреннее законодательство при рассмотрении споров.
33. В этой связи, в настоящей заметке было выдвинуто предложение изменить подпункт «б» пункта 1 статьи 29, убрав из него упоминание внутреннего законодательства как исключительно вопроса факта, чтобы обеспечить его универсальное применение и соотносимость с арбитражной практикой. Предложенная в настоящей заметке формулировка не предопределяет характер внутреннего законодательства исключительно как вопроса факта или права, оставляя за апелляционным механизмом свободу в определении его модальности в зависимости от конкретных обстоятельств спора.
34. Кроме этого, в заметке была подчеркнута важность выбора стандарта оценки, используемого апелляционным механизмом для пересмотра выводов первой инстанции по вопросам факта и права. Применение уважительного стандарта к выводам по вопросам фактов («явная ошибка» в подпункте «б» пункта 1 статьи 29), а стандарта *de novo* к выводам по правовым вопросам («ошибка» в подпункте «а» пункта 1 статьи 29)

оптимально распределяет полномочия и ресурсы между инстанциями, обеспечивая эффективность апелляционного процесса, снижая временные и ресурсные издержки, связанные с переоценкой фактов, и усиливает контроль за качеством правовых выводов, что способствует унификации и повышению качества арбитражной практики.

35. В этой связи было отмечено, что включение внутреннего законодательства в подпункт «b» пункта 1 статьи 29, касающийся вопросов факта и предполагающий применение стандарта «явной ошибки», помешает апелляционному механизму эффективно выполнять свои функции по проверке правовых выводов первой инстанции и обеспечению качества и единообразия арбитражной практики. Сохранение в подпункте «b» пункта 1 статьи 29 формулировки, предусматривающей применение стандарта «явной ошибки» целесообразно тогда, когда ошибка в оценке внутреннего законодательства не рассматривается исключительно как вопрос факта. Это позволит применять более строгий стандарт оценки, если толкование и применение национального права могут значительно влиять на исход дела и если более глубокий анализ со стороны апелляционного механизма целесообразен.
36. Таким образом, международное сообщество должно уделить особое внимание точной формулировке стандартов оценки, в том числе учитывая имеющийся опыт CETA и EVFTA, но адаптируя его к более широкому контексту международного инвестиционного арбитража. Это поможет создать сбалансированную и эффективную систему, которая будет способствовать стабильности и предсказуемости в разрешении инвестиционных споров, что является ключевым фактором для укрепления доверия к арбитражным механизмам и поддержания международного инвестиционного климата.