

Квази прецедентный характер арбитражных решений по инвестиционным спорам

В. Н. АНУРОВ



Существуют два подхода по определению влияния предыдущих арбитражных решений на находящиеся в процессе рассмотрения инвестиционные споры. Первый подход основан на том, что арбитражные трибуналы вносят вклад в гармоничное развитие инвестиционного права. Второй подход является более узким и «приземленным» в оценке миссии арбитражных трибуналов. В соответствии с этим подходом предыдущие арбитражные решения могут быть использованы только как «источники вдохновения». Цель статьи заключается в том, чтобы раскрыть спорные вопросы применения вышеуказанных подходов со ссылкой на арбитражные решения, в которых эти подходы были отражены в аргументах арбитражных трибуналов.

Ключевые слова: инвестиционные споры, арбитражные решения, арбитражные трибуналы, прецедент.

В последнее время многократно увеличивается количество инвестиционных споров. Каждый из них требует от арбитров приложения максимума их усилий не только по оценке фактических обстоятельств дела, но и сравнительного анализа научных доктрин и теоретических подходов, использованных их коллегами в предыдущих арбитражных решениях. Иногда арбитры подвергают критике выводы своих предшественников, иногда используют их для подкрепления своей позиции. За редким исключением, арбитражное решение обладает свойствами глубокого научного исследования, выходящего за рамки узкой практической цели — разрешения конкретного спора.

Обилие ссылок на предыдущие арбитражные решения, как в процессуальных документах, так и в самих арбитражных решениях, позволяют говорить о появлении нового феномена в инвестиционном праве. Природа этого феномена еще мало изучена в юридической литературе в силу отсутствия четкого правового регулирования на международном уровне и кардинальных различий между национальными правовыми системами.

Мы попробуем осмыслить природу этого феномена и установить влияние предыдущих арбитражных решений на формирование выводов арбитражных трибуналов по рассматриваемым им инвестиционным спорам.

Две тенденции в инвестиционном праве

Статья 38 Статута Международного Суда допускает использование судебных решений и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций, в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм с оговоркой о том, что каждое вынесенное решение Международного суда обязательно для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу. Тем самым, международное право допускает оказани-

ТРЕТЕЙСКИЙ СУД

ние влияния предыдущих решений Международного Суда на формирование позиции судей, рассматривающих конкретное дело, но запрещает придавать этим решениям прецедентный характер. Данный принцип распространяется и на арбитражные решения по инвестиционным спорам.

В связи с такой четкой позицией, направленной против формирования источников прецедентного права, возникают следующие вопросы: в какой степени предыдущие арбитражные решения должны учитываться арбитражными трибуналами при рассмотрении инвестиционных споров? С какой целью арбитражные трибуналы анализируют предыдущую арбитражную практику, и почему они считают необходимым приводить мнения своих коллег по рассмотренным ранее инвестиционным спорам? Является ли это только вопросом правовой культуры или за этим стоит что-то более важное?

В современном инвестиционном праве существуют две тенденции, отличающиеся друг от друга степенью обязательности или влияния, которое могут оказывать предыдущие арбитражные решения на формирование позиции арбитра по рассматриваемому им делу. Первая заключается в признании этого влияния и попытке сформулировать критерии, позволяющие говорить о наделении арбитражных решений квази-прецедентными свойствами. Вторая сводит вышеназванное влияние к минимуму, рассматривая его как составную часть психологического состояния арбитра при вынесении арбитражного решения.

Арбитражное решение как вклад в развитие инвестиционного права

Практическая значимость ссылок, сделанных арбитрами на предыдущие арбитражные решения, может заключаться в придании своим доводам силы убеждения, с помощью которой арбитражный трибунал может прийти к выводу о вынесении схожих решений в рассматриваемом им деле или наличии веских оснований, побуждающих арбитражный трибунал воздержаться от совершения таких действий.

Наиболее сильным побуждающим мотивом, способным склонить арбитражный трибунал к вынесению схожих решений, является приведение явных и достаточных доказательств о существовании сформировавшегося подхода в отношении определенных вопросов инвестиционного права, нашедшего свое отражение в ряде последовательных дел. Как следует из дела *Burlington Resources Inc. v Republic of Ecuador*, предыдущие арбитражные решения, вынесенные в ряде последовательных дел, должны оказывать серьезное влияние на формирование арбитражным трибуналом своей позиции по схожим вопросам:

*«Трибунал считает, что он не связан предыдущими решениями. В то же время, по его мнению, Трибунал должен уделить надлежащее внимание более ранним решениям международных трибуналов. Большинство уверено, что с учетом неопровержимых противоположных доводов, на Трибунале лежит обязанность принять выводы, сделанные в ряде **последовательных дел**. Трибунал также уверен, что с учетом особенностей рассматриваемого международного соглашения и обстоятельств настоящего дела, он обязан предпринять меры по внесению своего вклада в гармоничное развитие ин-*

вестиционного права, и таким образом оправдать законные ожидания сообщества государств и инвесторов в отношении определенности норм права»¹.

К аналогичному выводу пришел арбитражный трибунал в деле *Suez and others v Argentina* при выражении своей позиции по предыдущим арбитражным решениям, содержащим оценку фактических ситуаций и инвестиционных отношений, возникших из аргентинского экономического кризиса в 2001–2003 годах:

«Более того, соображения основного правосудия приводили трибуналы к следованию основному судебному принципу такому, как «схожие дела должны разрешаться схожим образом (*like cases should be decided alike*), если нет сильного основания провести различие между настоящим делом и предыдущими. В дополнение, признаваемая цель международного инвестиционного права заключается в установлении предсказуемой, стабильной и правовой основы для инвестиций, фактора, который оправдывает трибуналы в проявлении уважения к предыдущим решениям по схожим вопросам. Таким образом, при отсутствии неопровержимых доводов об обратном трибуналу следует всегда тщательно рассматривать выводы, сделанные в ряде последовательных дел».²

Наоборот, факторами, снижающими квази прецедентный характер предыдущих решений, арбитражный трибунал в деле *Suez and others v Argentina* называет случаи, когда в таких решениях отсутствовал детальный анализ по рассматриваемому вопросу, и среди арбитров не было единогласия, или арбитражные трибуналы в других делах приходили к «диаметрально различным выводам» несмотря, на идентичность фактических обстоятельств.³

Таким образом, при формировании своей позиции по спорным вопросам, арбитражный трибунал вырабатывает разумный подход по анализу предыдущих решений, на которые ссылаются стороны, для использования этих решений в правовой оценке установленных фактических обстоятельств рассматриваемого дела или, напротив, отрицания за ними квази прецедентного характера.

Арбитражные решения как источник вдохновения

Существует и другой подход в инвестиционном арбитраже, заключающийся в отрицании даже квази прецедентного характера за предыдущими решениями, как это выражено в деле *Remington Worldwide Limited v Ukraine*:

«Что касается дела *Petrobart Limited (Gibraltar) v The Kyrgyz Republic*, общепринято, что решения международных инвестиционных арбитражей не создают прецедентов для последующих разбирательств».⁴

Подобный подход выражен также в деле *Romac v The Republic of Uzbekistan*. Арбитражный трибунал посчитал свою миссию более «приземленной» (*mundane*) по сравнению с обеспечением последовательного развития арбитражной практики. По мнению арбитров, их мандат, полученный от спорящих

¹ *Burlington Resources Inc. v Republic of Ecuador*, ICSID case # ARB/08/5, Decision of Jurisdiction on June 2, 2010. Par. 100.

² *Suez and others v Argentina*, and joined case, ICSID case # ARB/03/19, Decision on Liability on July 30, 2010. Par. 189.

³ *Ibid.* Par. 144, 152, 167.

⁴ *Remington Worldwide Limited v Ukraine*, SCC case # V (116/2008), Арбитражное решение от 28 апреля 2010 г., пар. 379.

сторон, не обязывает арбитров предвидеть последствия своих выводов, которые могут наступить при рассмотрении будущих споров:

*«В отношении арбитражных решений, этот Арбитражный Трибунал считает, что он не связан обязательством, следовать или цитировать предыдущие арбитражные решения в качестве авторитетного источника для своих мотивов или выводов. Даже предполагая, что принципы, имеющие отношение к делу, могут быть извлечены из предыдущих арбитражных решений (что является затруднительным, учитывая множество решений, процитированных Сторонами в этих процедурах), нельзя признавать за ними свойства выражать общее согласие международного сообщества и в еще меньшей степени формального источника международного права. Арбитражные решения остаются просто источниками вдохновения, комфорта или ссылкой для арбитров».*⁵

В деле *RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation* арбитражный трибунал, декларируя свою независимость от предыдущих решений, признает пользу от внимательного их изучения в той мере, в какой они проливают свет на вопросы, подлежащие выяснению в рассматриваемом деле:

*«Во всяком случае, очевидно, что решения других трибуналов не являются юридически обязательными для данного Трибунала... Это, тем не менее, не препятствует Трибуналу рассмотреть другие арбитражные решения и аргументы Сторон, основанных на них, в той степени, в которой они проливают **полезный свет** на вопросы, требующих принятия решения в этом деле».*⁶

Используя художественную метафору, предыдущие решения можно сравнивать с «лучом света в темном царстве» спорных фактов, помогающим арбитрам прийти к правильному решению. Однако эта помощь не навязывается арбитрам в принудительном порядке, как в прецедентном праве. Все зависит от их неограниченного усмотрения принять или отказаться от нее. В деле *AES Corporation v The Argentine Republic* этот принцип абсолютной свободы арбитров наиболее четко и явно выражен через наделение арбитражного трибунала суверенитетом — термин, раскрывающий понятие «независимости» и применяемый исключительно в публичном праве:

«Идентичность основополагающих принципов по установлению юрисдикции этих трибуналов, даже когда они основаны на схожих, если не идентичных фактах при возникновении спора, не является достаточным для систематического применения в данном деле позиций или решений, принятых в этих делах. Каждый трибунал сохраняет суверенитет и может иметь другую точку зрения на решения той же самой проблемы; но решения по юрисдикции, вынесенные по тем же самым или схожим вопросам, могут, по крайней мере, иметь некоторые черты аргументации, представляющей интерес; этот Трибунал вправе рассмотреть их в целях сравнения собственной позиции с аргументами, уже выработанными его предшественниками, и если он разделяет взгляды, уже выраженными одним или более из этих трибуналов по определенному вопросу права, он обладает свободой принять такое же решение.

Возможно обнаружить ситуации, хотя и возникшие на основе другого ВИТ (двустороннего соглашения о защите инвестиций — прим. автора) в соединении с соответствующими положениями Конвенции ICSID (Вашингтонс-

⁵ Romac S. A. v The Republic of Uzbekistan, PCA case # AA280, Award on November 26. 2009. Par 170.

⁶ RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation, Jurisdiction Award, SCC case # 079/2005. Par. 49.

кой конвенции о разрешении инвестиционных споров 1965г. — прим. автора), в которых трибунал рассмотрел вопрос права, который встречается или будет встречаться в других делах, какими бы не были особенности каждого спора. Такие прецеденты, также, могут быть правильно рассмотрены, по крайней мере, как вопрос сравнительного анализа или, если так посчитает Трибунал, как вопрос вдохновения»⁷.

Из приведенного отрывка видно, что арбитражный трибунал вводит разграничение между установлением юрисдикции, вопросов права и рассмотрением всех остальных вопросов в рамках разрешения дела по существу заявленных требований. Только в отношении первой и второй категории вопросов арбитражный трибунал допускает проведение сравнительного анализа и вынесение аналогичных решений.

Рассмотренные в настоящей статье тенденции по определению той роли предыдущих арбитражных решений, которую они играют при формировании арбитражным трибуналом позиции по рассматриваемому делу, имеют свои недостатки. Признание за арбитражными решениями квази прецедентного характера способствует созданию нового источника права при разрешении инвестиционных споров. Поскольку арбитражный порядок их разрешения изначально не подразумевал этого, может возникнуть ситуация, когда государства столкнутся с новой реальностью, которая заставит их пересмотреть ранее достигнутые договоренности, а именно, механизм разрешения инвестиционных споров, предусмотренный в Вашингтонской конвенции 1965г. Некоторые государства уже подали заявления о выходе из состава участников данной конвенции.

Отказ же от последовательного развития инвестиционного права, основанного на общепринятых и общепризнанных подходах к решению схожих спорных вопросов, приведет к игнорированию разумных ожиданий спорящих сторон и снижению предсказуемости арбитражных решений. Какое из двух зол окажется меньшим, покажет время.

⁷ AES Corporation v The Argentina Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID case # ARB/02/17 on April 26, 2005. Par. 30, 31.