

Массовые иски в международном инвестиционном арбитраже

К. Е. Ксенофонтов

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Российская Федерация, 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20

Для цитирования: Ксенофонтов, Константин Е. 2022. «Массовые иски в международном инвестиционном арбитраже». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 2: 396–414. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.207>

В результате аргентинского экономического кризиса система международного инвестиционного арбитража столкнулась с новой разновидностью споров: массовыми исками, характеризующимися значительным количеством истцов, предъявляющих однородные требования о нарушении гарантий защиты, предоставленных им принимающим капиталовложения государством. В условиях, когда ни Вашингтонская конвенция 1965 г., ни применимые двусторонние соглашения прямо не регулируют возможность рассмотрения массовых жалоб, перед трибуналами встает необходимость глубокого анализа вопросов о юрисдикции при рассмотрении массовых споров и применимой правовой процедуры. Анализ данных проблем неизбежно восходит к ключевому вопросу правовой природы массового арбитража и его отличий от обычной двусторонней или многосторонней процедуры, ведь если эти отличия по-настоящему существенны, массовые иски не могут охватываться простым согласием на рассмотрение споров в рамках арбитражной процедуры. В противоречивом решении по делу *Abaclat* трибунал перевел данные вопросы в сферу допустимости (*admissibility*), что вызвало решительное несогласие члена трибунала Ж. Аби-Сааба. Противоречивость указанной проблемы подчеркивается тем, что в других аргентинских делах, характеризующихся множественностью истцов, трибуналы избрали линии анализа, отличные как от позиции большинства в деле *Abaclat*, так и от аргументов, выраженных в особом мнении Ж. Аби-Сааба. В статье исследуется аргументация трибуналов, рассматривавших аргентинские массовые споры, и критикуется проведенный ими анализ юрисдикционных вопросов. Отмечается, что международный инвестиционный арбитраж не существует изолированно от двух других систем рассмотрения массовых споров: классового арбитража по американскому образцу и международно-правовых механизмов, таких как комиссии по компенсациям. Эти институты кратко анализируются в статье, чтобы продемонстрировать, в какой степени международный инвестиционный арбитраж опирается на них при решении фундаментальных правовых вопросов.

Ключевые слова: международный инвестиционный арбитраж, массовые иски, классовые иски, коллективная защита прав, юрисдикция трибунала, коллективные иски, международные споры.

1. Введение

В декабре 2016 г. тройка арбитров Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) под председательством профессора Фрай-

бургского университета П. Терсье вынесла решение по делу *Abaclat and Others v. Argentine Republic* — одному из самых обсуждаемых арбитражных дел, последовавших за аргентинским экономическим кризисом 2001 г. Вынесенное в 2011 г. промежуточное решение о юрисдикции¹ и резкое особое мнение арбитра Ж. Аби-Сааба² дали практикующим юристам и исследователям массу поводов для обсуждения нового для международного инвестиционного арбитража феномена — массовых исков инвесторов к принимающим государствам — и целого ряда важнейших процессуальных проблем, им вызванных. Несмотря на то что сами по себе массовые или коллективные иски не новы ни для международного права, ни для арбитража, их возникновение в контексте международного инвестиционного арбитража, основанного на двусторонних инвестиционных соглашениях (ДИС), ставит ряд фундаментальных вопросов о юрисдикции арбитражей, согласии сторон, сфере действия ДИС и пределах применимости арбитражной процедуры как таковой.

Настоящая статья посвящена правовым проблемам, связанным с рассмотрением массовых исков в международном инвестиционном арбитраже. Прецедентное дело *Abaclat* открыло дорогу для защиты в рамках системы международного инвестиционного арбитража интересов не только крупных институциональных инвесторов, но и индивидуальных инвесторов, осуществляющих точечные вложения в экономику отдельных государств, например в форме ценных бумаг. На фоне продолжающейся, несмотря на непредсказуемые экономические факторы, глобализации рынков капитала и взрывного роста числа мелких индивидуальных инвесторов из развитых стран, где процентные ставки находятся на рекордно низком уровне и не обеспечивают адекватной доходности по депозитам, дефолт какой-либо страны по своим обязательствам, аналогичный аргентинскому кризису 2001 г., может поставить перед системой международного инвестиционного арбитража проблему массовых исков о нарушении международных инвестиционных соглашений. От готовности инвестиционных арбитражей, ранее ориентировавшихся на длительное и всестороннее рассмотрение многомиллионных споров, возникающих из крупных инвестиционных проектов, ответить на этот вызов во многом может зависеть репутация всей современной системы разрешения инвестиционных споров.

Актуальность темы для российской юридической доктрины и практики подтверждается тем, что Российская Федерация, являющаяся стороной многочисленных соглашений о взаимном поощрении и защите инвестиций, все чаще становится ответчиком в арбитражных разбирательствах. Некоторые из них уже сегодня характеризуются множественностью истцов. В силу описанных выше глобальных факторов возникновение по-настоящему массового иска к Российской Федерации выглядит вполне вероятным. При этом ни практика заключения двусторонних инвестиционных соглашений, ни отечественная доктрина специально не акцентируют внимание на этом вопросе. В условиях разнообразия подходов международной

¹ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/07/5. Decision on Jurisdiction and Admissibility (далее — *Abaclat*). Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf>.

² *Abaclat and Others v. Argentine Republic*. Dissenting Opinion, Professor Georges Abi-Saab (далее — *Abi-Saab Dissent*). Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4085.pdf>.

арбитражной практики к оценке массовых споров неопределенность возрастает еще больше.

Как показывает опыт трибунала в Абаclat и других аргентинских делах, арбитражи ориентируются на две параллельно развивавшиеся системы рассмотрения массовых жалоб. Первой системой, чьи уроки могут быть использованы международными инвестиционными трибуналами, является американское право, где институт массового арбитража известен достаточно хорошо и неоднократно становился объектом доктринальных исследований, в том числе с точки зрения его влияния на другие страны и международно-правовые механизмы (Strong 2010; Born 2009, 1231–1232; Nater-Bass 2009). Как будет продемонстрировано ниже, решения трибуналов МЦУИС прямо не опираются на американские прецеденты, но неизбежно принимают их во внимание. Современные международные инвестиционные арбитражи принимают во внимание и вторую систему — разнообразные механизмы рассмотрения коллективных жалоб, существовавшие в различных формах на протяжении практически всей истории международного права.

Международному коммерческому арбитражу хорошо известны такие инструменты рассмотрения многосторонних споров, как присоединение к арбитражному разбирательству (joinder) и консолидация споров. Эти инструменты не могут быть эффективно применены, когда имеют место именно массовые споры. Так, joinder требует, чтобы лицо, вступающее в процесс, выступало стороной применимого арбитражного соглашения³ либо иного арбитражного соглашения, тесно связанного с ним (Carrion 2015). Также необходимо наличие прямо выраженного согласия на вступление в процесс либо всех сторон спора, либо стороны, требующей присоединения третьей стороны и самой присоединяющейся стороны⁴. Аналогичным образом консолидация требует либо совпадения персонального состава сторон различных споров, либо наличия нескольких связанных споров между различными сторонами. Все требования в части наличия соглашения сторон, действующие в отношении joinder, применимы и к консолидации (Lew, Mistelis, Kroll 2001, 378–409). Тем не менее споры, объединенные в рамках процедур joinder или консолидации, продолжают рассматриваться как совокупность индивидуальных требований и арбитраж руководствуется теми же процессуальными нормами, что и при рассмотрении отдельных исков. Эти нормы могут быть неадекватны соображениям процессуальной эффективности, если речь идет о по-настоящему массовом иске.

³ Данное требование не обязательно означает, что такое лицо должно быть непосредственным подписантом соглашения. Арбитражной практике известны случаи распространения арбитражных соглашений на лиц, не являющихся их подписантами — в силу корпоративных отношений. По этому вопросу разработана целая доктрина «группы компаний», уходящая корнями в решение арбитража Международной торговой палаты по делу 1983 г. (Dow Chemical v. Isover St. Gobain. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.trans-lex.org/204131>) или имеющая иные основания.

⁴ Из этого правила есть несколько исключений. Например, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в ред. 2010 г. (UNCITRAL Arbitration Rules. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>) и Арбитражные правила Гонконгского центра международного коммерческого арбитража в ред. 2013 г. (HKIAC Administered Arbitration Rules. Дата обращения 1 октября, 2020. http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules.pdf) предусматривают возможность вступления третьих сторон в процесс по собственной инициативе и без согласия других участников процесса; решение в этом случае принимает арбитраж.

Такие иски требуют специфической процедуры, что может стать настоящим вызовом для арбитража.

2. Основное исследование

2.1. Институты рассмотрения массовых исков в международном праве

Существование институтов, направленных на рассмотрение исков, объединенных одним набором фактических обстоятельств, лежащих в их основе, и однородностью предъявляемых требований, само по себе не новое явление для международного права.

Уже в Англо-американском договоре о сотрудничестве, торговле и мореплавании 1794 г., более известном как Соглашение Джея (Jay Treaty), с заключением которого зачастую связывают само рождение международного арбитража (Schwarzenberger 1978; Redfern, Hunter 2004, 60–61), содержались положения, направленные на создание двух международных комиссий для рассмотрения споров между Великобританией и США, оставшихся неразрешенными со времен окончания Войны за независимость США, и для демаркации государственной границы между США и Канадой. Комиссия существовала в парадигме дипломатической защиты, подразумевающей, что частноправовые споры могут подниматься на международно-правовой уровень и приобретать публичный характер в результате соответствующего волеизъявления государства. Однако важнейшей характеристикой комиссии, помещающей ее в контекст настоящей статьи, являлось то, что целью ее создания было рассмотрение однородных (как по фактическим основаниям, так и по природе юридических требований) жалоб; это позволяет говорить о том, что она была первым в истории институтом рассмотрения массовых исков в международном праве.

В дальнейшем подобные комиссии получили достаточно широкое распространение (Bederman 1992, 161–163; Heiskanen 2009, 299–300). Среди подобных международно-правовых институтов можно выделить комиссии, созданные Мексикой для рассмотрения споров, проистекающих из многочисленных нарушений прав собственности иностранцев в ходе Мексиканской революции и последовавшей за ней гражданской войны (Giroud, Moss 2015, 483–484).

Возрождение интереса к международным комиссиям по рассмотрению жалоб как к инструменту урегулирования большого числа однородных споров связано с Комиссией ООН по компенсациям, созданной в 1991 г. для рассмотрения споров, связанных со вторжением Ирака в Кувейт в 1990 г. Комиссия, рассмотревшая в течение 15 лет своего существования более полутора миллионов жалоб на общую сумму, превышающую 350 млрд долларов США⁵, стала уникальным примером многостороннего международного органа, созданного для урегулирования массовых жалоб. Деятельность Комиссии, завершившаяся в 2005 г., считается успешным примером справедливого и эффективного урегулирования споров о международно-правовой ответственности (Giroud, Moss 2015, 487–488; Wuhler 1999). Комиссия не исследовала юридические вопросы международно-правовой ответственности

⁵ UNCC at a Glance. Дата обращения 1 октября, 2020. <http://www.uncc.ch/uncc-glance>.

(ответственность Ирака за причиненный вред была установлена Резолюцией Собрания ООН № 687⁶), а занималась установлением причинно-следственной связи между виновными действиями Ирака и вредом, причиненным иностранным лицам, и определением размера компенсации.

Несмотря на значительный успех Комиссии и иных подобных организаций⁷, все они в первую очередь являются механизмами международного публичного права и по своей природе неизбежно существенно отличаются от доминирующих в сегодняшней практике механизмов разрешения инвестиционных споров, ключевую роль среди которых играет международный арбитраж на основе двусторонних инвестиционных соглашений в рамках МЦУИС или специально созданного ad hoc трибунала.

2.2. Массовые споры в международном инвестиционном арбитраже

Важный пример переходного шага на пути от сугубо международно-публично-правового механизма рассмотрения споров к современной гибридной модели — Алжирские соглашения, положившие конец длительному противостоянию между США и Ираном, кульминацией которого стал захват американского посольства в Тегеране. Эти соглашения предусматривали создание специального арбитражного трибунала, который послужил бы эффективным форумом для рассмотрения жалоб американских граждан и организаций, чьи интересы были затронуты Исламской революцией в Иране (Khan 1990, 90–99). Несмотря на ограниченные успехи в разрешении споров, особенно небольших, сумма по которым не превышала 250 тыс. долларов США (Giroud, Moss 2015, 487), деятельность трибунала оставила заметный след в истории развития международного права в целом и международного инвестиционного права в частности, не в последнюю очередь благодаря публичности деятельности, подразумевающей среди прочего опубликование полных текстов решений (Redfern, Hunter 2004, 62).

Правовая природа Ирано-Американского трибунала по жалобам и его решений довольно быстро стала камнем преткновения между США и Ираном. В то время как Иран считал его продолжением хорошо известной на тот момент системы дипломатической защиты граждан, американская сторона настаивала, что он должен рассматриваться как механизм, направленный на непосредственное

⁶ Резолюция Собрания ООН от 03.04.1991 № 687. Дата обращения 1 октября, 2020. [https://undocs.org/ru/S/RES/687\(1991\)](https://undocs.org/ru/S/RES/687(1991)).

⁷ Среди других успешных примеров органов, созданных на рубеже XX–XXI вв. для рассмотрения массовых жалоб, можно также выделить Эфиопско-Эритрейскую комиссию по жалобам, учрежденную в 2000 г. (Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea [Соглашение между Правительством Федеральной Демократической Республики Эфиопия и Правительством Эритреи]. 2000. Дата обращения 1 октября, 2020. https://www.files.ethz.ch/isn/125337/1392_Algiers%20Agreement.pdf) для урегулирования послевоенных споров, Комиссию для рассмотрения жалоб относительно недвижимости, принудительных переселенцев и беженцев (The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina [Общее рамочное соглашение о мире в Боснии и Герцеговине]. 1995. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.osce.org/files/f/documents/e/0/126173.pdf>) (действовала в соответствии с Дайтонскими соглашениями 1995 г. (Дата обращения 1 октября 2020. <https://www.osce.org/files/f/documents/e/0/126173.pdf>) для урегулирования последствий первых Югославских войн) и ряд других организаций.

разрешение споров между физическими и юридическими лицами одной стороны и государством с другой стороны, поднимая, таким образом, граждан и компании на уровень субъектов международного права (Caron 1990, 131–137). Сам трибунал в решениях по делам A18⁸ (п. 5) и A21⁹ (п. 14) определил, что его правовая природа проистекает не из дипломатической защиты отдельных граждан и юридических лиц со стороны США, а непосредственно из обязательств Ирана перед ними, принятых на себя в соответствии с Алжирскими соглашениями. Такой подход существенно роднит Ирано-Американский трибунал по жалобам с современными инвестиционными арбитражами, а не с традиционными международно-правовыми комиссиями.

Тем не менее Ирано-Американский трибунал по жалобам имел и значимые сходства с указанными комиссиями. В первую очередь это выражалось в том, что он был создан для разрешения строго определенного круга споров и изначально был приспособлен для рассмотрения однородных жалоб, основанных на схожих фактических обстоятельствах. В отличие от него, современные инвестиционные трибуналы обычно компетентны урегулировать крайне широкий спектр споров, не ограниченный конкретными действиями государства, совершенными в определенный момент, а включающий в себя все потенциальные нарушения таких широких правовых категорий, как «равное и справедливое отношение», «национальный режим», «полная защита и сохранность инвестиций» и т. д. Чаще всего согласие на передачу споров в арбитраж выражается путем реализации принимающим инвестицией государством своих публично-правовых функций, например путем издания законодательного акта, предусматривающего право инвестора обратиться в МЦУИС за защитой своих интересов или же путем ратификации ДИС, содержащего соответствующие положения (Steingruber 2012, 11.28–11.82; Garmozza 2009). В то время как Ирано-Американский трибунал по жалобам, аналогично международно-правовым комиссиям, действовал скорее ретроспективно и имел четко очерченную компетенцию, современный механизм рассмотрения споров между инвесторами и принимающими государствами направлен на то, чтобы охватить неопределенный круг споров, которые потенциально могут возникнуть в будущем.

Именно в этой парадигме действуют современные инвестиционные арбитражи, включая МЦУИС. Основой юрисдикции любого арбитража выступает согласие сторон. Массовые споры и иные специальные споры ни в коей мере не являются исключением из данного правила. Исходя из этого, важнейший фундаментальный вопрос при определении самой возможности существования массовых споров в международном арбитраже — согласие сторон на эту процедуру. В условиях, когда согласие на арбитраж со стороны принимающего капиталовложения государства чаще всего приобретает форму подписания и ратификации международного договора, содержащего адресованное неопределенному кругу лиц предложение о передаче споров в арбитраж, ответ на вопрос о том, предусматривает ли в принципе

⁸ Iran v. United States C. T. R. 251 at 18–19. 1984. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-islamic-republic-of-iran-v-united-states-of-america-decision-decision-no-dec-32-a18-ft-friday-6th-april-1984>.

⁹ Iran v. United States C. T. R. 324 at 12. 1987. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-the-islamic-republic-of-iran-v-the-united-states-of-america-decision-decision-no-dec-62-a21-ft-monday-4th-may-1987>.

Вашингтонская конвенция и/или применимое двустороннее или многостороннее инвестиционное соглашение саму процедуру многостороннего арбитража, становится ключевым для определения возможности существования такой процедуры.

В случае арбитража вне системы МЦУИС единственным источником компетенции трибунала и документом, определяющим ее границы, становится применимое международное соглашение. В данном случае имеет место одноэтапный анализ: трибунал, решающий вопрос о своей компетенции, должен определить путем системного толкования такого международного соглашения, выразили ли стороны согласие на многосторонний арбитраж. В силу описанных выше особенностей выражения согласия анализ обычно сводится к тому, предусмотрен ли текстом соглашения такой механизм или нет: если соглашение допускает массовые споры, то сам факт его подписания и ратификации будет согласием на данную процедуру со стороны принимающего государства. Если же соглашение не содержит прямых указаний на многосторонний арбитраж, перед арбитрами или государственными судами (например, в рамках процедуры отмены арбитражного решения в связи с отсутствием действительного арбитражного соглашения) встает вопрос о толковании отсутствия таких указаний как пробела или как квалифицированного умолчания.

Применительно к Вашингтонской конвенции анализ становится двухэтапным. Одно лишь подписание Вашингтонской конвенции не означает принятия на себя государством-подписантом обязательств по передаче инвестиционных споров в МЦУИС. Согласие на его юрисдикцию выражается в двусторонних или многосторонних инвестиционных соглашениях (или в национальном праве). В связи с этим любой анализ юрисдикции трибунала, действующего в рамках МЦУИС, состоит из анализа и Вашингтонской конвенции, и этих источников (Kabra 2015, 432–438).

Первый этап анализа — решение вопроса о том, предусматривает ли сама Вашингтонская конвенция массовые споры (т.е. определение внешних границ компетенции). Только в случае положительного ответа можно переходить ко второму этапу — поиску ответа на вопрос о том, является ли простое согласие на рассмотрение споров в соответствии с Вашингтонской конвенцией согласием на массовый арбитраж, или же такое согласие должно быть прямо постулировано.

Рассмотрим первый этап. Вашингтонская конвенция не содержит специфических положений, которые касались бы многостороннего арбитража, оставляя, таким образом, комментаторов и правоприменителей наедине с проблемой толкования умолчания как квалифицированного (составители Конвенции умышленно не включили положение о многосторонних спорах в ее текст, так как не собирались предусматривать такой механизм) либо как пробела (в этом случае он может быть заполнен систематическим толкованием Конвенции и/или применением других норм международного права, в том числе обычая, арбитражной практики) (Nolan, Sourgens, Carlson 2012, 512–515). В настоящее время исследователи (Nolan, Sourgens, Carlson 2012; Schreuer et al. 2009, 162–163; Meise Bay, Lamm, Pham 2009) и арбитражная практика¹⁰ склоняются к тому, что отсутствие норм о многостороннем арбитраже в Вашингтонской конвенции не является квалифицированным и признают его допустимость в рамках МЦУИС. В пользу этого свидетельствуют и под-

¹⁰ Goetz and others v. Republic of Burundi. ICSID Case No. ARB/95/3. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.italaw.com/cases/508>; Bayview Irrigation District and Others v. Mexico. ICSID Case No. ARB(AF)/05/1. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.italaw.com/cases/134>.

готовительные материалы (travaux préparatoires) Конвенции (Kabra 2015, 434; Meise Bay, Lamm, Pham 2009, 60). Таким образом, можно сделать предварительный вывод о том, что Вашингтонская конвенция действительно допускает многосторонний арбитраж. Однако достаточно ли этого для признания возможности рассмотрения МЦУИС массовых исков?

Именно на данном этапе анализа серьезное практическое и доктринальное значение приобретают понятие массового иска и его соотношение с простым многосторонним арбитражем. Если массовый иск является лишь разновидностью многостороннего арбитража, отличающейся масштабом, то вывод о его допустимости в соответствии с Вашингтонской конвенцией прямо следует из анализа допустимости многостороннего арбитража как такового. Или же массовые иски выступают самостоятельным процессуальным феноменом и их допустимость должна рассматриваться отдельно?

Второй этап анализа подразумевает поиск ответа на вопрос о том, как должно выражаться согласие на массовый арбитраж. Достаточно ли простого согласия сторон на передачу спора на рассмотрение МЦУИС, или же оно должно быть квалифицированным и прямо указывать на массовые споры? В целом устоявшееся толкование Вашингтонской конвенции предполагает, что если стороны выражают свое согласие на рассмотрение спора в соответствии с ней, то они соглашаются на все предусмотренные ей механизмы, только если они не сделают заявления о неприменении отдельных положений при ратификации (ч. 4 ст. 25) либо иным образом не изъявят волю ограничить сферу своего согласия (путем включения соответствующего положения в тот акт, которым согласие выражается: в ДИС или национальный нормативно-правовой акт) (Kabra 2015, 432). Однако применимо ли это к массовым искам? Или же стороны должны прямо выразить свое согласие на такую процедуру?

Именно эти вопросы встали перед трибуналом в деле *Abaclat*. Ниже мы подробно рассмотрим логику трибунала и возражения Ж. Аби-Сааба, высказанные в его особом мнении.

2.2.1. Дело *Abaclat v. Argentina*

Аргентинский финансовый кризис 2001 г., последовавшие за ним меры по девальвации песо и дефолт по государственным обязательствам на сумму более 140 млрд долларов послужили причиной рекордного количества арбитражных исков инвесторов против Аргентины. На сегодня Аргентина выступала ответчиком в 60 спорах, связанных с требованиями, возникшими в результате кризиса¹¹. Дело *Abaclat* являлось одним из этих споров.

Среди держателей облигаций суверенного долга Аргентины, дефолт по которым наступил в 2001 г., было значительное число итальянских инвесторов: более 450 тыс. итальянских граждан и юридических лиц, зарегистрированных в соответствии с законодательством Италии (*Abaclat*, 68)¹². Для защиты их интересов консорциум из восьми итальянских банков (также держателей долга Аргентины),

¹¹ Fact sheet on investor — state dispute settlement cases in 2018. Дата обращения 1 октября, 2020. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d4_en.pdf.

¹² Здесь и далее ссылки на страницы упоминаемых в статье дел даются в тексте.

которые осуществляли покупку облигаций для своих клиентов, создал некоммерческую организацию Task Force Argentina (TFA). Она вступила с аргентинским правительством в длительные переговоры по возможной реструктуризации долга, не увенчавшиеся, однако, успехом¹³. В 2005 г. аргентинским парламентом был принят закон¹⁴, устанавливавший прямой запрет на любые последующие меры по реструктуризации долга. По сути, закон стал окончательным дефолтом Аргентины по старому государственному долгу. Именно в связи с принятием этого закона TFA было принято решение обратиться с иском в МЦУИС в соответствии с Соглашением между Итальянской Республикой и Республикой Аргентина о поощрении и защите взаимных капиталовложений 1990 г.¹⁵ Для этих целей TFA (через банки-участники) подготовила пакет документов, уполномочивающий TFA и нанятых ей представителей на участие в деле от имени держателей ценных бумаг.

Клиентам банков, владевшим облигациями Аргентины, предлагалось подписать указанные документы и выступить таким образом стороной разбирательства. К марту 2006 г. TFA было получено более 180 тыс. согласий. В сентябре 2006 г. юристы «Уайт энд Кейс» подали заявление о начале арбитражного разбирательства против Аргентины от имени 180 тыс. истцов¹⁶.

Подобное количество истцов, имеющих однородные требования и претендующих на их рассмотрение в рамках одной арбитражной процедуры, стало беспрецедентным для МЦУИС. Как отметил трибунал (Abaclat, 295), практике МЦУИС хорошо известны разбирательства с множественностью истцов, однако в этом деле имеются все основания говорить не о простой множественности, а именно о массовом иске.

Разумеется, в таких условиях между сторонами возникли серьезные разногласия относительно того, компетентен ли трибунал рассматривать дело¹⁷. В контексте данной статьи наиболее значим спор сторон относительно того, возможна ли в принципе процедура рассмотрения массовых исков в МЦУИС и требуется ли на нее специальное согласие сторон (Szcudlik 2014, 84–86).

Истцы утверждали, что, поскольку ни Вашингтонская конвенция, ни применимое ДИС не содержат никаких ограничений на рассмотрение массовых споров, трибунал обладает необходимой компетенцией. Позиция ответчика, в свою очередь, состояла в том, что если Вашингтонская конвенция не содержит никаких указаний на возможность рассмотрения массовых споров и ни в Аргентине, ни в Италии не существует национально-правовых процедур рассмотрения массовых или классовых исков, а также поскольку данное решение беспрецедентно, то из просто-

¹³ В 2005 г. Аргентина предложила всем держателям облигаций осуществить конвертацию облигаций, по которым наступил дефолт, в новые бумаги; выплаты по части из этих бумаг были обусловлены ростом ВВП Аргентины. Около ¼ инвесторов воспользовались данным предложением, однако многие итальянские инвесторы не участвовали в программе конвертации (Abaclat, 80). Именно они станут истцами в деле Abaclat.

¹⁴ Ley 26.017. 2005. Дата обращения 1 октября 2020. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26017-103619/texto>.

¹⁵ Acuerdo entre la Republica Argentina y la Republica Italiana sobre promocion y proteccion de las inversiones. 1990. Дата обращения 1 октября 2020. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5898/download>.

¹⁶ Впоследствии их число уменьшилось вдвое уже в ходе процесса (Abaclat, 216).

¹⁷ Ответчик заявил и иные возражения, помимо требования специального согласия на массовый арбитраж. Они не будут подробно рассматриваться в настоящей статье.

го выражения согласия на арбитраж МЦУИС невозможно заключить, что Аргентина также согласилась на рассмотрение массовых споров¹⁸.

Трибунал начал анализ с рассмотрения природы массовых жалоб (Abaclat, 480–483). В решении отмечается, что, несмотря на разнообразие правовых порядков и их подходов к процессуальным вопросам рассмотрения споров, отвечающих характеристикам массовых жалоб, существуют две основные категории: 1) разбирательства по представительскому иску, для которых характерно рассмотрение однородных жалоб как одного вопроса и принятие по итогам решения, способного стать обязательным для неопределенной группы¹⁹; 2) обобщенные иски, где круг истцов широк, но известен, поскольку, например, они внесены в реестр кредиторов.

Трибунал отмечает, что в первом случае в контексте арбитража встают серьезные вопросы согласия сторон на сам арбитраж и на определенную процедуру, в то время как во втором проблемные вопросы носят скорее технический, процедурный характер. По мнению трибунала, дело Abaclat можно отнести ко второй категории в его первоначальном виде, однако в ходе рассмотрения спора оно приобретает отдельные черты разбирательств по представительному иску в силу значительного числа участников, однако все равно не может быть аналогичным американским классовым искам, так как число истцов в деле конечно и все они определены (Abaclat, 483–488). Отметим, что данное разделение носит не умозрительный характер. В дальнейшем именно оно подспудно ложится в основу оценки трибуналом вопросов согласия сторон.

Анализ вопросов согласия начинается с утверждения о том, что между сторонами присутствует согласие на передачу спора на рассмотрение в МЦУИС, выраженное в применимом ДИС. Далее трибунал приводит два важнейших, на его взгляд, аргумента о том, почему этого достаточно для рассмотрения массового спора, и никакого отдельного согласия на рассмотрение массового спора не требуется. Во-первых, арбитры указывают, что трибунал, вне сомнения, имел бы юрисдикцию рассматривать индивидуальные требования истцов, а значит, он не может просто так потерять ее лишь из-за того, что истцы действуют совместно. Во-вторых, по мнению трибунала, Вашингтонская конвенция, устанавливая внешние границы *ratione materiae*, не определяет понятие инвестиций, оставляя это применимому ДИС. Если применимое ДИС включает в понятие инвестиций такие обезличенные и массовые инструменты, как облигации, отсутствуют основания требовать от сторон наличия дополнительного согласия на процедуры, предусматривающие массовость истцов (Abaclat, 489–490). На наш взгляд, трибунал, следуя по данному пути, подспудно указал, что Вашингтонская конвенция не устанавливает внешних границ для массовых споров в части юрисдикции; ее текст вообще не должен анализироваться в контексте наличия или отсутствия согласия сторон, а все вопросы согласия решаются применимым ДИС, в то время как Вашингтонская конвенция посвящена лишь процессуальным аспектам такого разбирательства. Это подтверж-

¹⁸ Более того, ответчик утверждал, что в контексте данного разбирательства отсутствует надлежащее согласие истцов. Данный вопрос подробно проанализирован трибуналом, однако мы не будем подробно рассматривать его в настоящей статье, так как основным вопросом, определившим прецедентный характер дела Abaclat, стало толкование вопросов допустимости процедуры и согласия ответчика (Abaclat, 449–466).

¹⁹ Именно в эту категорию попадают типичные классовые иски в американских государственных судах.

дается и в тексте решения: «Таким образом, в отношении “массового” аспекта настоящего разбирательства трибунал считает, что вопрос состоит не в том “согласилась ли Аргентина на массовый арбитраж”, а в том, “может ли разбирательство в рамках Вашингтонской конвенции иметь форму ‘рассмотрения массового иска’ с учетом того, что это потребует адаптации и/или изменения определенных процессуальных правил, предусмотренных в настоящее время в рамках Конвенции”. Если ответ на этот вопрос будет положительным, согласие Аргентины на арбитраж МЦУИС будет включать в себя массовый аспект. В случае отрицательного ответа рассмотрение спора в рамках арбитража МЦУИС невозможно, но не потому, что Аргентина не дала своего согласия, а потому, что рассмотрение массового спора подобного настоящему невозможно в рамках Вашингтонской конвенции» (Abaclat, 491, 518). Таким образом, трибунал, по большому счету, отказался от двухступенчатого анализа вопросов согласия. Полагаем возможным сделать вывод (хотя он прямо и не постулируется в решении), что, по мнению арбитров, единственным источником согласия на массовый арбитраж, подлежащим анализу, является применимое ДИС. Арбитры прямо указывают, что Вашингтонская конвенция подлежит толкованию лишь в контексте допустимости (*admissibility*), но не влияет на вопросы юрисдикции и, как следствие, согласия сторон.

Этот вывод подтверждается тем фактом, что далее трибунал приводит лишь подробный анализ вопросов допустимости, но не юрисдикции или согласия сторон. Трибунал сформулировал эти вопросы следующим образом:

- соответствует ли рассмотрение массовых жалоб, подобных настоящей, существующим рамкам процедуры МЦУИС и духу Конвенции также с учетом существующего контекста реструктуризации государственного долга;
- если да, то какие изменения должен трибунал внести в процесс, чтобы такая массовая жалоба могла рассматриваться в рамках арбитража МЦУИС;
- охватывает ли правомочие трибунала принимать решения по процессуальным вопросам такие изменения (Abaclat, 507).

Рассматривая в этом контексте нормы Вашингтонской конвенции, арбитры предлагают трактовать умолчание по вопросам массовых процедур как пробел в тексте конвенции, а не как квалифицированное умолчание. Они обосновывают эту позицию тем, что, во-первых, на момент заключения конвенции массовые споры не были известны системе инвестиционного арбитража, а значит, не могли быть отражены в тексте Конвенции, а во-вторых, по самой своей природе Вашингтонская конвенция устанавливает лишь стандартный механизм рассмотрения споров, который адаптируется под конкретные виды инвестиций и конкретные ситуации, которые невозможно было предвидеть на стадии ее заключения (Abaclat, 519).

Дальнейший анализ трибунала касается процессуальных вопросов пределов полномочий трибунала по модификации существующих процедур арбитража МЦУИС. По его итогам трибунал приходит к выводу, что все необходимые процедурные изменения, касающиеся процедуры рассмотрения дела и объема процессуальных прав истцов и ответчика, лежат в пределах дискреции трибунала, установленной ст. 44 Вашингтонской конвенции и ст. 19 арбитражных правил МЦУИС (Abaclat, 521–547). Среди прочего трибунал указывает, что требования истцов в достаточной степени однородны для того, чтобы они могли быть рассмотрены

в рамках внедренной трибуналом процедуры для урегулирования данного массового спора (Abaclat, 539–543).

Начав с анализа правовой природы массовых разбирательств в контексте арбитража, трибунал по делу Abaclat пришел к выводу, что указанное разбирательство попадает в категорию «обобщенных разбирательств», отличающихся от традиционных классовых жалоб, характеризующихся неопределенным кругом истцов. В связи с этим трибунал посчитал, что «массовость» является процедурным, скорее техническим, вопросом, который должен рассматриваться в контексте допустимости жалобы, а не в контексте согласия сторон. Адресованного неопределенному кругу истцов предложения Аргентины о передаче споров в МЦУИС, выраженного в виде соответствующей нормы применимого ДИС (стандартная форма выражения согласия принимающей капиталовложения страны в инвестиционном арбитраже), акцептованного истцами, надлежащим образом делегировавшими полномочия специально созданной организации, достаточно для признания факта наличия согласия сторон. Вашингтонская конвенция анализировалась трибуналом в контексте допустимости и пределов процессуальной дискреции трибунала. Воспользовавшись своей компетенцией по заполнению пробелов, трибунал признал себя правомочным рассматривать массовый спор, скорректировал соответствующим образом процедуру и вынес решение по существу.

Такой подход вызвал несогласие со стороны одного из членов трибунала — Ж. Аби-Сааба, что нашло отражение в его особом мнении, начинающемся с анализа общих вопросов юрисдикции. Ж. Аби-Сааб напоминает, что в международном праве не существует трибуналов «общей юрисдикции», имеются только специализированные, черпающие свои полномочия из согласия сторон. Юрисдикция любого трибунала ограничивается в четырех измерениях: предметном (*ratione materiae*), субъектном (*ratione personae*), пространственном (*ratione loci*) и временном (*ratione temporis*). Он отмечает, что у трибунала МЦУИС есть внешние границы юрисдикции, определяемые сферой действия Вашингтонской конвенции, и внутренние границы специальной юрисдикции — сфера согласия сторон. Таким образом, трибунал МЦУИС при решении вопроса о собственной юрисдикции по всем четырем измерениям должен использовать трехступенчатый подход, выясняя, попадает ли спор: 1) в компетенцию МЦУИС (в соответствии с Вашингтонской конвенцией); 2) в сферу действия применимого ДИС; 3) в сферу действия согласия сторон²⁰.

В то же время концепция допустимости касается в первую очередь возможности надлежащего рассмотрения жалобы в рамках арбитражной процедуры, но не имеет никакого отношения к вопросам согласия сторон (Abi-Saab Dissent, 9–19).

По мнению Ж. Аби-Сааба, вопрос возможности рассмотрения массовых споров лежит именно в сфере юрисдикции трибунала, а не в сфере допустимости (Abi-Saab Dissent, 126–127). Он снова возвращается к поднятым трибуналом вопросам разницы между простым многосторонним разбирательством с большим количеством истцов и массовыми жалобами. По его мнению, предложенная трибуналом концепция производства, изначально характеризующегося как обобщенное разбирательство, но приобретающего позже черты разбирательства по представительскому иску, нежизнеспособна. Он указывает, что в случае обобщенного разбира-

²⁰ В силу указанных выше особенностей выражения согласия в международном инвестиционном арбитраже второй и третий этапы чаще всего сливаются в один этап толкования ДИС.

тельства его характерные черты проявляются на стадии, предшествующей непосредственно судебному или арбитражному разбирательству, а затем дело все равно рассматривается как совокупность индивидуальных жалоб. Напротив, если в ходе рассмотрения спора правоприменитель использует механизмы рассмотрения жалоб, подразумевающие вынесение решения, создающего правовые последствия сразу для группы однородных исков, без рассмотрения каждого из них в отдельности, то речь идет о производстве из представительского иска (Abi-Saab Dissent, 129–140). Говоря об обстоятельствах данного дела, Ж. Аби-Сааб указывает, что жалобы держателей внешнего долга Аргентины имели массу характерных черт, отличающих их друг от друга, таких как дата, место и иные обстоятельства приобретения соответствующих бумаг, применимое право, валюта обязательств и т. д. (Abi-Saab Dissent, 141–144). Исходя из этого, жалобы можно было обобщить (с целью более эффективного администрирования) на предшествующей разбирательству стадии, но в дальнейшем они должны были рассматриваться в индивидуальном порядке. Это соответствовало бы процедуре рассмотрения обобщенных жалоб. В то же время трибунал не пошел по этому пути, внедрив под видом смешанного типа рассмотрения массовых жалоб типичное производство из представительского иска (Abi-Saab Dissent, 149).

Продолжая свой анализ, Ж. Аби-Сааб ссылается на решение Верховного суда США по делу *Stolt-Nielsen*. Он указывает, что в данном деле, а также в схожем решении по делу *AT&T Mobility LLC v. Concerpcion*²¹ суд указал на необходимость специального согласия на классовый арбитраж, поскольку он значительно отличается по своей правовой природе от обычного арбитража между двумя сторонами (Abi-Saab Dissent, 146–153).

Критикует Ж. Аби-Сааб и интерпретацию умолчания Вашингтонской конвенции по вопросам возможности рассмотрения массовых исков. Первая часть его критики касается некорректной трактовки трибуналом целей и задач Конвенции (Abi-Saab Dissent, 154–161), однако в контексте настоящей статьи рассмотрим подробнее более релевантную вторую часть. Поскольку, как уже было отмечено выше, Ж. Аби-Сааб трактует возможность массового арбитража именно в контексте согласия сторон, он указывает на то, что факт непредвиденности массового арбитража на момент подписания Вашингтонской конвенции, верно отмеченный трибуналом, как раз свидетельствует о том, что такая разновидность арбитража не может охватываться простым согласием Аргентины на рассмотрение споров в рамках МЦУИС, выраженным в соответствующем ДИС (Abi-Saab Dissent, 162–166). По сути, Ж. Аби-Сааб критикует единственный уровень анализа, на котором остановился трибунал, — анализ согласия, содержащегося в применимом ДИС. Интересно, что при этом он указывает на то, что трибунал сконцентрировался на анализе согласия в контексте Вашингтонской конвенции. Полагаем, это наблюдение не совсем верно. Как отмечалось выше, анализ Вашингтонской конвенции трибуналом лежал не в плоскости юрисдикции или согласия, а в плоскости допустимости. На наш взгляд, трибунал пошел еще дальше, чем это видит Ж. Аби-Сааб, и ограничил свой юрисдикционный анализ лишь вопросом наличия или отсутствия согласия на арбитраж как таковой — как и в любом другом разбирательстве.

²¹ *AT&T Mobility LLC v. Concerpcion*, 563 U.S. 333. Дата обращения 1 октября, 2020. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/333>.

Ж. Аби-Сааб указывает, что и фактические обстоятельства (переход количественных отличий в качественные за счет увеличения числа истцов до десятков тысяч и требуемых в связи с этим процедурных изменений), и юридические соображения (доказательства квалифицированного умолчания в подготовительных материалах и тот факт, что все многосторонние разбирательства в МЦУИС либо были основаны на прямом согласии ответчика, либо рассматривались в отсутствие возражений) свидетельствуют о квалифицированном характере умолчания (Abi-Saab Dissent, 168–175). В заключение Ж. Аби-Сааб отмечает, что все известные прецеденты рассмотрения массовых жалоб на международно-правовом уровне (подробно описанные нами выше) основывались на четком согласии сторон на именно такую процедуру (Abi-Saab Dissent, 176–189).

Подведем краткий итог. На наш взгляд, важнейшим фундаментальным разногласием между большинством и Ж. Аби-Саабом стал вопрос о том, должна ли возможность массовых разбирательств оцениваться с точки зрения допустимости или с точки зрения юрисдикции. Именно от ответа на этот вопрос во многом зависит трактовка умолчания в Вашингтонской конвенции. Ж. Аби-Сааб встает на описанную нами выше двухступенчатую модель оценки юрисдикции трибунала и ставит легитимный вопрос: если возможность массовых разбирательств не предусматривалась Вашингтонской конвенцией, а применимое ДИС выражало лишь согласие на передачу спора в МЦУИС, будет ли соответствовать рассмотрение массового спора требованию ясного и недвусмысленного согласия на арбитраж? В то же время большинство участников трибунала, переведя вопрос массовых разбирательств целиком в сферу допустимости, по сути, отказалось от юрисдикционного анализа Вашингтонской конвенции в пользу более процедурного, технического подхода. Действительно, трибунал делает важное замечание о том, что он, безусловно, имел бы юрисдикцию на рассмотрение индивидуальных жалоб, а значит, вопрос их объединения является не юрисдикционным, а именно процедурным. Но нам видится определенный изъян в этой логике. Как подчеркнул Ж. Аби-Сааб с опорой на американскую практику, рассмотрение массовых исков в арбитраже слишком отлично по своей природе от обычного двух- или даже многостороннего арбитража. Это тот самый случай, когда целое представляет собой нечто большее, чем просто сумму его частей. Будучи результатом согласия сторон, арбитраж должен особенно серьезно подходить к вопросам юрисдикции и скептически оценивать сферу такого согласия. Полагаем, что предпринятая трибуналом попытка «срезать путь» к признанию себя компетентным рассматривать спор путем перевода вопросов массового арбитража из сферы согласия в сферу допустимости, не учитывает в полной мере указанного выше различия между обычным и массовым арбитражем.

2.2.2. Дела Ambiente Ufficio u Alemanni

Несмотря на то что дело Abaclat стало по-настоящему резонансным и породило обширные дискуссии в профессиональной и академической среде, аргентинский кризис стал основанием для еще двух разбирательств, отвечающих критериям множественности истцов и однородности требований. Интересно, что в обоих делах трибуналы не пошли по пути, избранному арбитрами в деле Abaclat. Ключевым

фактором для их решения стали количество истцов и отсутствие характерных для производства из представительского иска черт.

В деле *Abaclat* *Ambiente Ufficio*²² трибунал прямо указал, что важнейшим отличием данного спора от *Abaclat* является отсутствие представительского элемента: все истцы в нем действовали от своего имени и были четко идентифицируемы (*Ambiente Ufficio*, 115–116). В связи с этим, по мнению трибунала, речь идет не о массовом споре, а о простом многостороннем разбирательстве (*Ambiente Ufficio*, 121–122). Вторым важным обстоятельством, которым трибунал подтвердил свой вывод, стало количество истцов. Арбитры указали, что, в отличие от дела *Abaclat*, затрагивающего интересы от 180 тыс. до 90 тыс. истцов на разных этапах, в данном деле речь шла лишь о 90 истцах. Это, на взгляд трибунала, дополнительно подтверждает, что такие жалобы не отвечают характерным чертам массовых исков и выступают лишь совокупностью индивидуальных жалоб, рассматриваемых в рамках одного производства (*Ambiente Ufficio*, 119–120). Интересно, что в этом деле для координации действий истцов также была создана организация, подобная ТФА в деле *Abaclat*, однако трибунал пришел к выводу, что в этом случае она лишь оказывала поддержку в координации действий отдельных истцов, но не давала им указаний и не контролировала процесс (*Ambiente Ufficio*, 277). Основываясь на изложенном, трибунал признал наличие у себя юрисдикции, обойдя вопрос о допустимости массовых споров в соответствии с Вашингтонской конвенцией и ограничившись лишь признанием возможности многосторонних разбирательств в рамках МЦУИС.

Эти соображения не нашли поддержки члена трибунала С.Т.Бернандеса. В своем особом мнении²³ он указал, что данное разбирательство носило все характерные черты массового спора в форме объединенных жалоб — одной из двух разновидностей массовых жалоб, выделенных составом арбитров в деле *Abaclat* (*Bernandez Dissent*, 73). Более того, проанализировав текст Вашингтонской конвенции и применимого ДИС в контексте международно-правовых правил толкования (*Bernandez Dissent*, 78–94), а также практику МЦУИС (*Bernandez Dissent*, 95–97), он пришел к выводу, что молчание сторон не может интерпретироваться как согласие даже на простую процедуру многостороннего разбирательства — и в этом случае требуется прямое согласие государства на такую процедуру, выраженное, например, в применимом ДИС.

Интересный путь анализа схожих вопросов трибунал избрал в деле *Alemanni*²⁴. В данном случае анализ трибуналом вопроса о возможности рассмотрения в рамках единого производства жалоб 74 истцов был сосредоточен на интерпретации умолчания по вопросам многосторонних споров в Вашингтонской конвенции. Трибунал обошел стороной вызвавшие жаркие дискуссии в деле *Abaclat* утверждения о массовом характере жалоб и отличиях таких жалоб от простой совокупности индивиду-

²² *Ambiente Ufficio and Others v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/08/9. Decision on Jurisdiction and Admissibility (далее — *Ambiente Ufficio*). Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf>.

²³ *Ambiente Ufficio and Others v. Argentine Republic*. Dissenting Opinion, Santiago Torres Bernandez (далее — *Bernandez Dissent*). Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1487.pdf>.

²⁴ *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8. Decision on Jurisdiction and Admissibility (далее — *Alemanni*). Дата обращения 1 октября, 2020. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4061.pdf>.

альных исков, ограничив сферу своего решения о юрисдикции в этом аспекте лишь подробной интерпретацией ст. 25 Вашингтонской конвенции с целью выяснить, допускает ли она множественность истцов в разбирательстве и включаются ли такие разбирательства в понятие «споры». По мнению трибунала, положительный ответ на этот вопрос будет означать, что выраженное в ДИС согласие на передачу споров в МЦУИС является достаточным для признания юрисдикции рассматривать многосторонний спор. При этом трибунал, по сути, отбросил толкование вопросов ДИС в качестве документа, выражающего согласие сторон (Alemanni, 270–271). Как мы видим, в данном случае трибунал пошел по пути, кардинально отличающемуся от дела *Abaclat*. По результатам анализа арбитры решили, что в Вашингтонской конвенции ничто не указывает на невозможность рассмотрения споров, характеризующихся множественностью истцов, а значит, в этом аспекте ничто не препятствует юрисдикции трибунала рассматривать спор. Данное решение, идущее в разрез как с толкованиями большинства арбитров в деле *Abaclat*, так и с особым мнением Ж. Аби-Сааба²⁵, вызвало обеспокоенность в экспертной среде (Strong 2014; Maynard 2016). Фокус арбитража на понятии «споры» и последующий анализ наличия согласия на многосторонний арбитраж в этом контексте не только не поспособствовали единообразию арбитражной практики, но и серьезно усложнили разбирательство: состав арбитров отложил принятие решения о юрисдикции до стадии исследования фактических обстоятельств дела, что не соответствует принципам процессуальной экономии в арбитраже (обычно решение о юрисдикции выносится до перехода к рассмотрению дела — так называемая бифуркация производства позволяет сторонам серьезно сэкономить время и деньги в случае, если трибунал вынесет решение об отсутствии у себя компетенции рассматривать спор).

3. Выводы

Как демонстрирует проанализированная нами практика МЦУИС, вопросы правовой природы массового арбитража могут иметь принципиальное значение для определения наличия или отсутствия юрисдикции трибуналов рассматривать споры, характеризующиеся множественностью истцов и однородностью фактических обстоятельств.

Первостепенное значение имеет вопрос о том, являются ли массовые иски самостоятельным феноменом или разновидностью простых многосторонних разбирательств. Именно от ответа на него зависят дальнейшие тесно связанные направления анализа, а именно:

- подходы к последовательности и объему толкования Вашингтонской конвенции и применимого ДИС в части согласия на такой арбитраж (признавая массовые иски самостоятельным феноменом, мы невольно сталкиваемся с объективной необходимостью описанного выше двухступенчатого анализа юрисдикции);
- отнесение вопросов возможности многостороннего арбитража к сфере юрисдикции или к сфере допустимости.

²⁵ Однако данные подходы объединяет возвращение вопросов возможности рассмотрения массовых жалоб в сферу юрисдикции из сферы допустимости.

Несмотря на существенные отличия в правовом регулировании, на данном этапе анализа существенное значение приобретают подробно проанализированные нами особенности правовой природы международно-правовых механизмов рассмотрения массовых споров. Система инвестиционного арбитража не существует в вакууме, и правоприменители, понимая это, ориентируются на похожие правовые режимы, причем их внимание может акцентироваться как на сходствах (все разновидности массовых разбирательств характеризуются многочисленностью однородных требований, вытекающих из одинаковых обстоятельств, но поданных разными истцами, во всех случаях присутствует особый процессуальный характер производств из представительского иска), так и отличиях (массовый инвестиционный арбитраж, в отличие от американских классовых исков, все равно характеризуется строго определенным кругом истцов; в то же время, в отличие от международно-публично-правовых механизмов, инвестиционный арбитраж не является механизмом разрешения споров, специально созданным для урегулирования массовых жалоб, напротив, он ориентирован на тщательное рассмотрение индивидуальных споров между инвесторами и принимающими государствами).

Аргентинские «массовые споры», безусловно, стали уникальными прецедентами для МЦУИС, которые неизбежно окажут влияние на дальнейшее развитие арбитражной практики применительно к вопросу массовых исков. При этом даже в рамках трех рассмотренных нами схожих дел трибуналы использовали три различных подхода к данному вопросу. Все это как нельзя лучше свидетельствует об отсутствии единообразного подхода к указанной проблеме и о необходимости развития практики. На наш взгляд, особое мнение Ж. Аби-Сааба задает наиболее корректную концептуальную рамку для дальнейшего анализа. Содержащийся в нем акцент на всесторонней оценке согласия государства как ключевого требования к наличию у трибунала компетенции рассматривать спор, по нашему мнению, в наибольшей степени отвечает интересам предсказуемости, добровольности и справедливости современной системы рассмотрения международных инвестиционных споров. Полагаем, что отправной точкой для принятия решения о возможности существования массовых споров в правовой системе МЦУИС должен стать юрисдикционный анализ, а не рассуждения о «допустимости». Именно в парадигме юрисдикционного анализа двухступенчатая процедура оценки наличия или отсутствия согласия на арбитраж обретает смысл. Подмена вопросов согласия соображениями допустимости идет вразрез с требованиями четкого и недвусмысленного согласия принимающего государства на арбитраж. Особенности правовой природы массового арбитража свидетельствуют о том, что такое согласие должно существовать специфически в отношении процедуры массового арбитража и не может выводиться из простого согласия на передачу спора в МЦУИС в рамках арбитражной процедуры. Противоположный подход в конечном счете может негативно сказаться на доверии государств — реципиентов инвестиций, и без того проявляющих значительный скепсис в отношении современной системы рассмотрения инвестиционных споров, к международно-правовым механизмам защиты капиталовложений. Остается лишь выразить надежду, что в условиях существующей противоречивой практики по данному вопросу будущие трибуналы, сталкивающиеся с массовыми спорами, проследуют именно по этому пути.

Библиография/References

- Bederman, David J. 1992. "The glorious past and uncertain future of international claims tribunals". *International Courts for the Twenty-First Century*. Ed. by Mark W. Janis, 161–195. Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff.
- Born, Gary B. 2009. *International commercial arbitration*. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.
- Caron, David D. 1990. "The nature of the Iran — United States Claims Tribunal and the evolving structure of international dispute resolution". *American Journal of International Law* 84 (1): 104–156.
- Carrion, Manuel Gomez. 2015. "Joinder of third parties: New institutional developments". *Arbitration International* 31 (3): 479–505.
- Garmozza, Anton P. 2009. "Arbitration agreement as a basis for international commercial tribunals' competence to resolve investment disputes". *Treteiskii sud* 1 (61): 87–106. (In Russian)
- Giroud, Sandrine, Sam Moss. 2015. "Mass claims processes under public international law". *Collective Redress in Europe: Why and How?* Ed. by Eva Lein, Duncan Fairgrieve, Marta Otero Crespo, Vincent Smith, 481–503. London, British Institute of International and Comparative Law.
- Heiskanen, Veijo. 2009. "Arbitrating mass investor claims: Lessons of international claims commissions". *Multiple Party Actions in International Arbitration*, 297–323. Oxford, Oxford University Press.
- Kabra, Ridhi. 2015. "Has Abaclat v. Argentina left the ICSID with a 'mass'ive problem?" *Arbitration International* 31 (3): 425–453.
- Khan, Rahmatullah. 1990. *The Iran — United States Claims Tribunal: Controversies, cases, and contribution*. Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Stefan Kroll. 2001. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague, Kluwer Law International.
- Maynard, Simon. 2016. "A new framework for the analysis of multi-party claims". *The Journal of World Investment and Trade* 17 (1): 117–125.
- Meise Bay, Alexandra K., Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham. 2009. "Consent and due process in multi-party investor-state arbitrations". *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Ed. by Christina Binder, Ursula Kriebbaum, August Reinisch, and Stephan Wittich, 54–75. Oxford, Oxford University Press.
- Nater-Bass, Gabrielle. 2009. "Class action arbitration: A new challenge?" *ASA Bulletin* 27 (4): 671–690.
- Nolan, Michael D., Freddy G. Sourgens, Hugh Carlson. 2012. "Leviathan on life support? Restructuring sovereign debt and international investment protection after Abaclat". *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011–2012*. Ed. by Karl P. Sauvant, 485–538. Oxford, Oxford University Press.
- Redfern, Alan, Martin Hunter. 2004. *Law and practice of international commercial arbitration*. London, Sweet & Maxwell.
- Schreuer, Christoph H., Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, 2009. *The ICSID Convention: A commentary*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Schwarzenberger, Georg. 1978. "Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations". *Notre Dame Law Review* 53 (4): 715–733.
- Steingruber, Andrea M. 2012. *Consent in international arbitration*. Oxford, Oxford University Press.
- Strong, Stacie I. 2010. "From class to collective: The de-americanization of class arbitration". *Arbitration International* 26 (4): 493–548.
- Strong, Stacie I. 2014. "Consent in multiparty investment arbitration — The most recent installment". Accessed October 1, 2020. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/12/11/consent-in-multiparty-investment-arbitration-the-most-recent-installment>.
- Szczudlik, Katarzyna B. 2014. "Mass claims under ICSID". *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* 4: 70–102.
- Wuhler, Norbert. 1999. "The United Nations Compensation Commission: A new contribution to the process of international claims resolution". *Journal of International Economic Law* 2 (2): 249–272.

Статья поступила в редакцию 1 ноября 2020 г.;
рекомендована к печати 15 марта 2022 г.

Контактная информация:

Ксенофонтов Константин Евгеньевич — канд. юрид. наук; c.xenofontov@gmail.com

Mass claims in international investment arbitration

K. E. Ksenofontov

HSE University,
20, ul. Myasnitskaya, Moscow, 101000, Russian Federation

For citation: Ksenofontov, Konstantin E. 2022. “Mass claims in international investment arbitration”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 2: 396–414. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2022.207> (In Russian)

Following the economic crisis in Argentina international investment tribunals faced a new challenge: mass claims characterized with multiple claimants bringing the significant amount of homogeneous investment protection claims against the host state. Neither the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, nor applicable bilateral investment treaties cover the tribunals’ power to resolve mass claims. They are silent on crucial questions of jurisdiction and consent and do not address important procedural issues either. In these circumstances arbitral tribunals face the inevitable gap-filling process, which boils down to the critically important question of legal nature of mass claims. If mass claims are nothing more than a mere variety of “ordinary” claims, than the issues of special or “secondary” consent are irrelevant, since the general consent for arbitration will suffice for the tribunal to find itself competent to resolve the dispute. By contrast, if mass claims are different in their legal nature from “ordinary” bi- or multiparty arbitration, they cannot “fit” into the scope of parties’ general consent. In controversial *Abaclat* decision the majority ruled that the questions of tribunal’s powers to decide on mass claim brought by Italian investors against Argentina pertain to the sphere of admissibility rather than jurisdiction. This analysis was not accepted by dissenting arbitrator G. Abi-Saab. Interestingly, other multi-party “Argentinian” awards followed the line of argument which significantly differed from both the majority opinion in *Abaclat* and G. Abi-Saab’s dissent. This only highlights the controversial nature of mass claims in international investment arbitration. This article is dedicated to analysis of jurisdictional issues raised in the course of “Argentinian” arbitrations. Since this analysis is strongly intertwined with two other systems of resolution of mass claims, namely American class arbitration and public international law mechanisms dealing with the compensations for states’ international wrongdoings, these two mechanisms are also explored to provide better context and understanding.

Keywords: international investment arbitration, mass claims, class action, collective remedies, jurisdiction of tribunal, collective claims, international disputes.

Received: November 1, 2020

Accepted: March 15, 2022

Author’s information:

Konstantin E. Ksenofontov — Dr. Sci. in Law; c.xenofontov@gmail.com