ПРИЛОЖЕНИЕ № 2 К СЕМИНАРУ № 6
II КУРС МАГИСТРАТУРЫ

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ) РОССИИ

ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО, СРАВНИТЕЛЬНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА, МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА:

LIBER AMICORUM

в честь

А.А. КОСТИНА, О.Н. ЗИМЕНКОВОЙ, Н.Г. ЕЛИСЕЕВА

Составители и научные редакторы:
С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина

СТАТУТ
МОСКВА 2013

Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже

Р.М. Ходыкин,
к.ю.н., партнер лондонского офиса фирмы
«*Berwin Leighton Paisner LLP*»

Глобализация повлекла увеличение числа споров, в которых российские компании и граждане предстают перед иностранными судами и арбитражами. Такие споры зачастую связаны с правовыми феноменами, неизвестными российскому правопорядку. Одному из таких феноменов – антиисковым обеспечительным мерам (*anti-suit injunctions*) – посвящена настоящая статья.

Обеспечительные меры суда являются процессуальным институтом, позволяющим предотвратить злоупотребления со стороны недобросовестных участников процесса, направленных на затруднение исполнения будущего решения.

Антиисковые обеспечительные меры (*anti-suit injunctions*), которые некоторыми авторами именуются «запретом предъявить иск»[1], по характеру и содержанию являются запретом, выданным судом, имеющим юрисдикцию в отношении спора, против стороны судебного разбирательства инициировать или продолжать судебные разбирательства в другом суде. Такие меры в течение продолжительного времени применяются в странах общего права. Между тем их можно встретить и в других правовых системах, в частности Австралии, США[2], Канаде, Франции, Германии[3] и даже России[4].

[1] См. *Кабатова Е.В.* Принятие обеспечительных мер при арбитражном разбирательстве // Актуальные вопросы российского частного права: Сб. статей, посвященный 80-летию со дня рождения В.А. Дозорцева / Сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост. – М.: Статут, 2008 (СПС «Консультант Плюс»).

[2] Обзор см: *Gee S.* Commercial Injunctions. 5th edition. – Sweet & Maxwell, 2004. – P. 393–396.

[3] *Gaillard E.* Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration // Pervasive Problems in International Arbitration / Edited by *Loukas A. Mistelis* and *Julian D.M. Lew*. – Kluwer Law International, 2006. – P. 201–202.

[4] Известно как минимум об одном деле, где ходатайство об антиисковых обеспечительных мерах было удовлетворено: Определение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 2 октября 2002 г. по делу № А56-30789/02.

Антиисковые меры многократно выносились против российских компаний, что повлекло их критику со стороны российского судейского корпуса. Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванов относит запреты судиться в судах других государств к «очевидному злоупотреблению правом» и считает их одним из проявлений недобросовестной конкуренции правовых систем[1]. При этом неправильно думать о том, что антиисковые меры применяются только в отношении российских сторон. Также они применялись в отношении сторон, которые начали разбирательство в США, Канаде, Индии и многих других странах.

Позиция английского права

Обеспечительные меры в целом и антиисковые в частности в английском праве являются средством правовой защиты, основанном на праве справедливости. Исторически общее право (*common law*) не знало такого средства правовой защиты, как обеспечительные меры, поэтому суды не имели возможности защитить сторону при помощи этого института, даже когда необходимость в защите была очевидной. Обеспечительные меры стали продуктом права справедливости (*equity*), которое в определенный момент исторического развития начало применяться судами Канцлера, а позже и всеми судами Англии.

Будучи продуктом права справедливости, изначально обеспечительные меры применялись в ситуации, когда требовалось гарантировать честный результат. Как любое средство правовой защиты по праву справедливости, антиисковые меры могли быть получены только в ситуации, когда у истца «чистые руки», т.е. он сам не нарушил своих обязательств.

Основания выдачи обеспечительных мер, запрещающих судебную активность в иностранном государстве, могут быть различными, они не оставались неизменными в английском прецедентном праве. Изначально основания для их принятия были следующими: такие меры могут быть выданы, если судебное разбирательство в иностранном го-

[1] См.: *Иванов А.А.* Недобросовестная конкуренция правовых систем: современные проблемы. Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации А.А. Иванова на пленарном заседании Международного юридического форума в Санкт-Петербурге (17 мая 2012 г.) (http://www.arbitr.ru/press-centr/news/speeches/52580.html (по состоянию на 30 октября 2012 г.)).

сударстве является недобросовестным (*vexatious*) и отягощающим процесс (*oppressive*) в *надлежащем* суде[1]. Также указывалось, что при этом такие меры не должны лишать истца преимуществ, которые он может иметь в иностранном суде[2]. Со временем рамки применения антиисковых обеспечительных мер значительно расширились[3].

Во-первых, антиисковые обеспечительные меры могут быть приняты английским судом, если разбирательство в иностранном суде начато в нарушение пророгационного соглашения, предусматривающего исключительную подсудность дела английским судам. Например, в деле *OT Africa* (2005)[4] Апелляционный суд Англии принял обеспечительные меры в форме запрета в отношении стороны, которая вела разбирательство в Канаде в нарушение оговорки об исключительной юрисдикции английских судов. В этом разбирательстве канадские суды позднее признали необходимость приостановить разбирательство в Канаде, поскольку обстоятельства дела не имели реальной связи с Канадой, даже несмотря на то, что при отсутствии оговорки о юрисдикции, канадские суды имели бы юрисдикцию рассматривать этот спор[5].

Во-вторых, антиисковые обеспечительные меры также возможны как средство борьбы с нарушением арбитражной оговорки. В частности, в делах *C v D* (2007)[6] и *BNP Paribas S.A. v OJSC Russian Machines & JSC Ingosstrakh-Investments*[7] обеспечительные меры запрещали стороне продолжать разбирательства в российских судах, которые, по мнению суда, нарушали оговорку об арбитраже в Лондоне.

В ситуации, если между сторонами спора есть оговорка об исключительной подведомственности спора английскому суду или арбитражу, и одна из сторон предъявляет иски в другой стране, английский суд выдает антиисковые обеспечительные меры практически во всех

[1] Такие примеры можно найти еще в судебной практике XIX в.: *Hayman v Helm* (1882) 24 Ch.D. 531.

[2] См.: *Societe Aerospatiale v Lee Kui Jack* (1987).

[3] О современном состоянии гражданского процессуального права по этому вопросу см.: *Эндрюс Н.* Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж: Пер. с англ.; Под ред. Р.М. Ходыкина. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 434–441.

[4] *OT Africa Line Ltd v Magic Sportwear Corpn* [2005] EWCA Civ 710; [2006] 1 All ER (Comm) 32; [2005] 2 Lloyd's Rep 170; [2005] 1 CLC 923.

[5] *OT Africa Line Ltd v Magic Sportwear Corpn* [2006] FCA 284; [2007] 1 Lloyd's Rep 85 (Federal Court of Appeal, Canada).

[6] *C v D* [2007] EWCA Civ 1282; [2008] 1 Lloyd's Rep 239.

[7] [2011] EWHC 308 (Comm).

случаях[1]. Кроме того, в некоторых случаях такие меры могут быть выданы и в ситуации, когда разбирательство за границей начато третьим лицом, но суд считает, что такое третье лицо действует сообща со стороной арбитражного соглашения и начало разбирательство в другой стране с единственной целью затруднить рассмотрение дела в международном арбитраже или сделать невозможным исполнение решения арбитража в будущем[2].

В-третьих, применение антиисковых обеспечительных мер возможно, если соглашением сторон предусмотрена обязательная процедура медиации до подачи иска в суд или арбитраж, а одна из сторон в нарушение этой процедуры сразу подает иск. Например, в деле *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd* (2002)[3] соответствующая оговорка представляла собой так называемое многоступенчатое положение, в соответствии с которым стороны сначала должны были провести переговоры между собой по возникшему спору. В случае неудачных переговоров оговорка предусматривала обязательную медиацию, если после этого спор оставался неразрешенным, то в соответствии с оговоркой спор должен был быть передан на рассмотрение суда. В подобных случаях суд может (с исключениями, описанными ниже в данной статье) принять: (i) антиисковые обеспечительные меры – приказ, запрещающий нарушающей стороне продолжать преждевременное арбитражное разбирательство; (ii) антиисковые обеспечительные меры, приостанавливающие преждевременное гражданское разбирательство в иностранном государстве; или (iii) приказ о приостановлении преждевременного гражданского разбирательства в Англии, который действует до отмены судом[4].

Наконец, в-четвертых, такие меры могут также быть получены и в ситуациях, когда юрисдикция английского суда основывается на объективных критериях, а не на соглашении сторон, но при этом должен выполняться ряд условий.

Так, в некоторых случаях английские суды выпускали подобного рода обеспечения в пользу наиболее благоприятной юрисдикции для истца. В деле *Castahno v Brown and Root (UK) Ltd* (1981) португаль-

[1] См.: *Sohio Supply Co v Gatoil (USA) Inc* (1989); *Ultisol Transport Contractors Ltd v Bouygues Offshore SA* (1996), и др.

[2] См., например: *BNP Paribas S.A. v OJSC Russian Machines &JSC Ingosstrakh-Investments* [2011] EWHC 308 (Comm).

[3] [2002] 2 All ER (Comm) 1041.

[4] Подробнее см.: *Эндрюс Н.* Указ. соч. – С. 376–378.

ский гражданин был нанят на работу Панамской компанией для работы на судне, плавающем под флагом США. Во время пребывания судна в Англии этому работнику был причинен серьезный вред здоровью, повлекший его госпитализацию. Работник предъявил иск в английский суд к судовладельцам и работодателю, однако некоторое время спустя он по совету американских адвокатов прекратил производство в Англии и предъявил иск в суд штата Техас, поскольку право этого штата позволяло ему взыскать бóльшую сумму компенсации вреда. Ответчики обратились в английский суд с требованием запретить истцу продолжать судебное разбирательство в Техасе, обосновывая свое заявление тем, что вред был причинен на территории Англии и Уэльса, следовательно, надлежащим форумом является суд Англии. Суд первой инстанции принял испрашиваемые антиисковые меры в пользу ответчиков, однако указанный приказ суда был отменен решением палаты лордов, которая указала следующее: для того, чтобы оправдать предоставление обеспечительных мер, должно быть показано, что ответчики подсудны английскому суду, а также, что в этом суде справедливость может быть осуществлена при меньшем неудобстве и расходах для истца, а также, что такие обеспечительные меры не будут лишать истца личных или юридических преимуществ, которые ему доступны в Техасе.

При этом английский суд не должен вмешиваться просто потому, что в английском суде будет более удобно рассмотреть дело, ибо английский суд обязан уважать решения иностранного суда. Выдача антиисковых мер возможна судом только, если очевидно, что английский суд вне всяких сомнений имеет юрисдикцию[1].

Между тем такой подход в ряде случаев не мог быть признан оправданным, поскольку он по своей сути был аналогичным тесту «неудобного суда» (*forum non convenience*)[2], согласно которому суды прекращали производство по делу, если признавали, что надлежащим судом является иностранный суд и в нем может быть осуществлена спра-

[1] *Gee S.* Op. cit. – P. 399.

[2] Согласно доктрине «неудобного суда» суд может отказаться рассматривать дело, если признает, что дело может быть более эффективно и быстро рассмотрено в ином суде. См., подробнее: *Каргополов С.Г.* Выбор судебной юрисдикции (подсудности) на основе доктрины «Forum non convenience» в судопроизводстве США и Англии // Международное публичное и частное право. – М.: Юрист, 2003. – № 4. – С. 46–49; *Барнашов А.В.* Экстерриториальная юрисдикция в США: Forum non conveniens // Журнал международного частного права. – 1999 – № 4 (26). – С. 45–54.

ведливость с большим удобством при меньших судебных расходах. Поэтому такой подход не мог быть признан правильным, так как он приводит к тому, что «в случае, когда существуют различные взгляды в английском и иностранном судах на то, какой из них имеет юрисдикцию по рассмотрению этого спора, английский суд будет без основания приписывать себе правомочия рассматривать дело путем выдачи обеспечительных мер»[1].

Учитывая сказанное, иной тест для выдачи антиисковых мер был установлен в прецеденте *Re Maxwell Communications Corp.* (№ 2) (1992), он звучит следующим образом:

(а) если основной вопрос состоит в том, какой из судов, английский или иностранный, является более подходящим форумом для рассмотрения данного дела, то этот вопрос обычно может решаться иностранным судом по принципу *forum non convenience* и английскому суду не следует вмешиваться в решение этого вопроса;

(б) однако если в исключительных случаях английский суд придет к выводу, что судебный процесс в иностранном суде будет недобросовестным и отягощающим процесс и что английский суд является надлежащим судом, т.е. более подходящим форумом для рассмотрения спора, то суд может выдать обеспечительные меры, предотвращающие рассмотрение иска в иностранном суде;

(в) при решении вопроса о том, является ли процесс в иностранном суде недобросовестным и отягощающим, необходимо принимать во внимание возможную несправедливость для истца, если меры не были даны, и возможную несправедливость для ответчика, если были.

Другими словами, английский суд должен всегда находить разумный баланс.

Для получения подобных мер стороне в английском суде или международном арбитраже на территории Англии, необходимо обратиться в государственный суд с соответствующим заявлением. В большинстве случаев такие приказы выносятся как предварительные обеспечительные меры *ex parte*, т.е. без вызова сторон, одновременно с назначением даты очных слушаний по делу (*inter party hearings*), где каждая из сторон может представить свои объяснения. По результатам очных слушаний суд может либо оставить обеспечительные меры в силе, либо отменить (изменить) их.

Нарушение стороной антиисковых обеспечительных мер влечет ответственность за неуважение к суду. Суд имеет юрисдикцию приме-

[1] *El Du Pont De Nemours and Co v Agnew* (№ 2) (1988).

нять такие санкции в отношении всех лиц, находящихся на его территории, поэтому при отказе исполнять антиисковые меры, правонарушитель может быть подвергнут наказанию, если он находится на территории Англии.

Ответственность за нарушение может быть достаточно суровой, например, тюремное заключение на срок, который суд посчитает разумным (пределы не установлены), денежный штраф, конфискация имущества.

Надо отметить, что тюремное заключение за подобные правонарушения применяется крайне редко и осторожно. Чаще всего оно применяется судами при неуважении к судебным органам высших судебных инстанций, случаи тюремного заключения за неисполнение антиисковых мер единичны, хотя и встречаются в практике. Совсем недавно за сообщение суду недостоверных сведений о своих активах к тюремному заключению сроком 22 месяца был приговорен гражданин Казахстана М. Аблязов[1], поскольку лжесвидетельствование под присягой является одним из самых суровых проявлений неуважения к суду.

Чаще всего к правонарушителям применяется ответственность в виде штрафа, такая ответственность может налагаться либо альтернативно, либо кумулятивно с другими формами ответственности. Законодательного ограничения размера штрафа английское право не предусматривает, несмотря на это английские суды исходят из того, что при обычных обстоятельствах штраф за неуважение к суду не должен превышать 2500 фунтов стерлингов. Между тем, если суд сочтет, что общественная опасность правонарушения слишком высокая и затрагивает публичные интересы, то на правонарушителя может быть наложен и более серьезный штраф, например в одном деле штраф составил 75 тыс. фунтов стерлингов, т.е. около $150 тыс.

При правонарушениях небольшой общественной опасности наказанием может быть принудительное доставление в суд и обязание публично извиниться перед судом.

Вопрос о том, совершено ли подобное правонарушение и какова его тяжесть определяется английским судом, принявшим судебный акт об обеспечительных мерах. Таким образом, стороне, которая считает, что антиисковые меры против нее были приняты необоснованно, следует представлять свои аргументы суду, вынесшему судебный акт.

[1] См.: *Spence A.* Fugitive banker given a week to surrender or forfeit assets // The Times, 2 March 2012; Judge ramps up pressure on missing Kazakh mogul // The Financial Times, USA Edition, 2 March 2012.

Вторжение в юрисдикцию иностранного суда или средство борьбы со злоупотреблениями?

Надо сказать, что антиисковые обеспечительные меры достаточно давно критикуются в разных частях света. Профессор Эммануэль Гайяр указывает, что изначально задуманные как средство борьбы с недобросовестными и отягчающими процесс разбирательствами в иностранном суде, антиисковые обеспечительные меры со временем стали методом навязывания английских взглядов по вопросу о том, в каком суде правильнее рассматривать спор[1].

В литературе было высказано предположение, что широкое использование английскими судами запретов начинать или продолжать судебный процесс за рубежом объясняется историческими причинами: будучи крупной колониальной державой, Англия считала возможным в определенной степени вмешиваться в гражданское судопроизводство иностранных государств[2].

Фактически большинство критиков сходятся во мнении, что такие меры представляют собой вторжение в юрисдикцию иностранного суда.

Прежде чем проверить правильность данного аргумента, нужно отметить еще один важный момент – позиция английского права состоит в том, что подобные меры не вторгаются в юрисдикцию иностранных судов, так как они действуют *in personam*, т.е., запреты накладываются на сторону, а не на иностранный суд. Именно стороне предписывается воздержаться от совершения процессуальных действий в иностранном суде или, напротив, совершить их (например, принять меры к прекращению производства по делу).

Как указал лорд Хобхауз в деле *Turner v Grovit* (2001): «Данный вид ограничительных приказов обычно именуется антиисковыми обеспечительными мерами (anti-suit injunction). Этот термин вводит в заблуждение, так как создает впечатление, что приказ адресован другому суду и имеет для него обязательную силу. Можно было бы предположить, что юрисдикция иностранного суда ставится под сомнение и запрет представляет собой приказ иностранному суду не осуществлять полномочия, предоставленные ему правом его государства. Все это неверно. Когда английский суд принимает ограничительный приказ, этот

[1] *Gaillard E.* Op. cit. – P. 201.

[2] *Кабатова Е.В.* Указ соч.

приказ адресуется только соответствующей стороне. Он не направлен против иностранного суда... Приказ имеет обязательную силу только для данной стороны и действует только в случае, если данная сторона подчиняется юрисдикции английских судов и может быть принуждена к исполнению приказа: запрет ограничивает только сторону, подчиняющуюся юрисдикции суда, в отношении которой запрет будет эффективным средством защиты»[1].

В судебных прецедентах и юридической литературе указывается, что такие обеспечительные меры должны выноситься судом только в исключительных случаях, с тем, чтобы избежать даже намека на вторжение в юрисдикцию иностранного суда[2].

Между тем, подобное обоснование не убедило стороны и иностранные суды, и вопрос о законности таких обеспечительных мер в рамках Европейского союза стал предметом рассмотрения в Суде Европейского союза.

Как известно, в рамках Европейского союза действует Регламент ЕС № 44/2001 от 22 декабря 2000 г. о юрисдикции, признании и принудительном исполнении решений по коммерческим делам (далее – Брюссельский регламент). Предшественником Брюссельского регламента являлась Конвенция стран ЕС о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам (заключена в Брюсселе 27 сентября 1968 г., далее – Брюссельская конвенция)[3]. Брюссельский регламент устанавливает унифицированные правила о подведомственности и подсудности гражданских дел и исходит из принципа уважения между судами государств-участников.

Антиисковые обеспечительные меры неоднократно обжаловались со ссылкой на международные договоры Европейского союза.

В решении Суда Европейского союза по делу *Turner v Grovit* (C-159/02) было признано, что вынесение антиисковых обеспечительных мер, запрещающих разбирательство в суде другой страны ЕС, несовместимо с положениями Брюссельской конвенции. При этом решение прямо говорит о том, что сама Конвенция основывается на доверии, которое одно договаривающееся государство оказывает правовой системе другого и его юрисдикционным органам. Принятие английским судом запрета, подкрепленного санкцией, продолжать разбирательство в другой

[1] [2001] UKHL 65; [2002] 1 WLR 107.

[2] См., например: *Castanho v Brown and Root (UK) Ltd* (1981).

[3] См.: *Ходыкин Р.М.* Еще один год британского МЧП // Московский журнал международного права. – 2003. – №4. – С. 252.

стране ограничивает возможность для стороны начать или продолжить разбирательство в иностранном суде и по сути подрывает юрисдикцию этого суда; любая обеспечительная мера, запрещающая предъявление иска в суд должна рассматриваться как вторжение в юрисдикцию иностранного суда, что несовместимо с положениями Брюссельской конвенции[1]. При этом Суд ЕС особо указал, что его вывод не колеблет тот факт, что меры принимаются против стороны, а не иностранного суда, поскольку решение о наличии или отсутствии юрисдикции у суда должно приниматься только им самим и любая оценка этого вопроса судами Англии означает нарушение принципа доверия, который, как указано выше, был краеугольным камнем Брюссельской конвенции[2].

Кроме того, отдельно Судом Европейского союза был рассмотрен вопрос о том, могут ли английские суды принимать обеспечительные меры в поддержку арбитража в Англии, тогда как в силу прямого указания 1 (2) Брюссельского регламента последний не регулирует арбитраж. В такой ситуации английский суд посчитал, что он вправе выдать антиисковые обеспечительные меры, запрещающие стороне продолжать в судах Италии судебное разбирательство по вопросам, подпадающим под действие арбитражного соглашения в пользу английского арбитража. Суд Европейского союза опять же не согласился с таким подходом и в решении по делу *Allianz SpA etc v West Tankers*[3] постановил, что английские суды не могут принимать антиисковые обеспечительные меры также в отношении арбитража, препятствующие стороне арбитражного разбирательства продолжать неправомерное судебное разбирательство в судах страны-участницы в зоне юрисдикции ЕС (т.е. в странах-участницах, на которые распространяется Брюссельский регламент), поскольку суд одного государства-участника ЕС не имеет права пересматривать юрисдикцию суда другого государства.

Как указывает Нил Эндрюс, «в соответствии с этим решением антиисковые обеспечительные меры, хотя и направленны на сторону, а не на иностранный суд, косвенно лишают иностранный суд права осуществлять свою юрисдикцию в соответствии с тем же Регламентом. Это является нарушением европейской аксиомы, согласно которой суд каждой страны-участницы при рассмотрении гражданского или коммерческого дела, связанного с [Брюссельским] Регламентом, вправе

[1] *Turner v Grovit* (C-159/02), § 24–27.

[2] Там же, § 28.

[3] *Allianz SpA etc v West Tankers, 'The Front Comor'* (C-185/07).

самостоятельно определять, обладает ли он юрисдикцией для рассмотрения по существу данного спора. Помимо этого враждебность Суда Европейского союза по отношению к антиисковым обеспечительным мерам могла возникнуть из прагматичной мысли о том, что даже если судьи лондонского Высокого суда могут безошибочно применять запреты судебных разбирательств только в случаях, когда их применение, безусловно, оправдано, суды других стран-участниц могут быть не столь надежными. Другая причина возражения Суда Европейского союза против принятия антиисковых обеспечительных мер – возможность противоречия между собой таких приказов, принятых в разных странах-участницах»[1].

Таким образом, на сегодняшний день суды Англии не вправе выдавать антиисковые меры ограничивающие право стороны на разбирательство дела в другом суде Европейского союза. В то же время английские суды все еще выносят запреты стороне начинать или продолжать разбирательства в судах стран, не входящих в Европейский союз, в том числе в России.

Конечно, читатель может задуматься о том, почему запрет подавать иск в суд страны Европейского союза рассматривается как вторжение в юрисдикцию такого суда, а вот ограничение возможности стороны судиться в судах России или Китая не рассматривается в качестве такового?

С одной стороны, можно утверждать, что одно и то же процессуальное действие не может в одних случаях рассматриваться как вмешательство в деятельность иного судебного учреждения, а в других – нет. С другой стороны, нельзя забывать, что вышеприведенные решения Суда Европейского союза основываются на существовании международного договора между странами Европейского союза, а также на доверии между юридическими системами и судами этих государств, которое явилось базисом Брюссельского регламента. Несмотря на то, что в обязанности английского суда входит уважение иностранных судов и их судебных актов, и именно этим они руководствуются при исполнении решений иностранных судов, уровень доверия к судам различных государств может существенно различаться[2].

[1] *Эндрюс Н.* Указ соч.– С. 441–449.

[2] Например, в решении по делу *Aeroflot v Berezovsky & Glushkov* [2012] EWHC 3017 (Ch) английский суд отказал в признании и приведении в исполнение решения Головинского районного суда г. Москвы на том основании, что это решение нарушало принцип окончательности судебных актов.

Кроме того, несмотря на достаточно необычный для российского правосознания характер антиисковых обеспечительных мер, нельзя отрицать и положительные стороны этого института.

В одном из дел палата лордов указала, что антиисковые обеспечительные меры являются «ценным инструментом» для суда по месту арбитража, который должен осуществлять контролирующие функции, в частности такой подход поддерживает правовую определенность и снижает риск существования противоречивых судебных и арбитражных решений[1].

Эта фраза удачно суммирует преимущества антиисковых обеспечительных мер. Даже если допустить правильность утверждений о том, что рассматриваемые меры вторгаются в юрисдикцию иностранного суда, трудно спорить с тем, что такие меры содействуют правовой определенности и снижают риск принятия противоречивых решений.

Кроме того, антиисковые меры можно также рассматривать как один из способов разрешения коллизий юрисдикций. В современном российском праве вопрос разрешения пререканий о подведомственности дела не нашел адекватного урегулирования, в отечественной доктрине среди основных способов разрешения коллизий юрисдикций называют законодательные изменения, направленные на более четкое разграничение компетенции[2]. По сути вопрос о подсудности и подведомственности дела решается судом либо на стадии принятия искового заявления к своему производству (ст. 127, 129 АПК РФ, ст. 133–135 ГПК), либо при рассмотрении ходатайств о прекращении производства по делу или об оставлении иска без рассмотрения (ст. 148, 150 АПК РФ, ст. 220, 222 ГПК РФ). Российский подход имеет существенные недостатки, которые не являются предметом рассмотрения в настоящей статье[3]. Очевидно одно – антиисковые обеспечительные меры могут быть подспорьем для добросовестной стороны при разрешении коллизий юрисдикций, особенно в ситуации, когда иск предъявляется в суд в нарушение подписанного сторонами арбитражного или пророгационного соглашения. Как пишет И.С. Чупрунов, «даже если разбирательство во «внедоговорном» форуме будет приостановлено или прекращено (например, в результате применения anti-suit injunction),

[1] *Allianz SpA etc v West Tankers, 'The Front Comor'* (C-185/07), § 17.

[2] Обзор литературы приведен в следующей работе: *Елисеев Н.Г.* Разрешение коллизий подведомственности // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2007. – № 8 (СПС «Консультант Плюс»).

[3] Там же.

судебные расходы, понесенные потерпевшим лицом, могут оказаться невозмещенными... Как следствие, сторона, пострадавшая от нарушения юрисдикционной оговорки, вполне может столкнуться с серьезными финансовыми и временными затратами, которые будут ею понесены исключительно для того, чтобы защититься от недобросовестных действий другого участника спора, и которые могут в результате оказаться не возмещенными в полном объеме»[1]. Соответственно антиисковые меры охраняют интересы добросовестной стороны, которая стремится лишь к тому, чтобы их споры были разрешены тем форумом, который закреплен соглашением сторон.

Антиисковые обеспечительные меры с точки зрения российского гражданского процессуального права

С точки зрения российского процессуального права нужно рассмотреть два вопроса. Первый вопрос: допускает ли российское процессуальное право вынесение антиисковых обеспечительных мер? Второй вопрос: что делать российскому суду или арбитражному суду, если на одно из лиц, участвующих в деле, наложен подобный запрет?

Обращаясь к первому вопросу, необходимо отметить, что российские стороны иногда обращаются с ходатайствами о принятии подобных обеспечительных мер, однако в практике удалось найти лишь один случай удовлетворения подобного ходатайства, но и это определение было отменено вышестоящим судом, о чем будет подробно рассказано ниже. Допускает ли российский процессуальный закон подобное обеспечение иска?

Прежде всего ст. 250 АПК РФ изложена следующим образом: «По делам с участием иностранных лиц, отнесенным к компетенции арбитражных судов в Российской Федерации в соответствии с главой 32 настоящего Кодекса, арбитражный суд в Российской Федерации может принять обеспечительные меры по правилам главы 8 настоящего Кодекса». В ГПК РФ аналогичной нормы не содержится.

Статья 91 АПК РФ и ст. 140 ГПК РФ перечисляют виды обеспечительных мер, которые могут быть приняты судом и арбитражным судом, среди которых отсутствует такая мера, как запрет начинать или

[1] *Чупрунов И.С.* Допустимость взыскания убытков из нарушения арбитражного или пророгационного соглашений // Вестник гражданского права. – 2011. – № 6 (СПС «Консультант Плюс»).

продолжать рассмотрение дела в ином суде или третейском суде. Это, однако, само по себе не означает, что такие меры не могут быть приняты. Например, в силу п. 2 ч. 1 ст. 140 ГПК РФ суд может принять меры в виде «запрещения ответчику совершать определенные действия», при этом такая формулировка, рассматриваемая в отрыве от других норм, может допускать и запрещение судебных разбирательств в ином суде. Надо сказать, что аналог этой нормы в АПК РФ (п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ) сформулирован как возможность запрещения ответчику и другим лицам «совершать определенные действия, *касающиеся предмета спора*» (курсив мой. – *Р.Х.*), что уже усложняет ситуацию, так как требует определенной связи между истребуемым запретом и предметом спора.

При этом ч. 1 ст. 91 АПК РФ и ч. 1 ст. 140 ГПК РФ прямо наделяют суд правом принять «иные обеспечительные меры», но только ГПК РФ прямо закрепляет требование о соответствии таких мер «целям, указанным в статье 139 настоящего Кодекса». Можно ли руководствуясь данными нормами принять антиисковые обеспечительные меры, запрещающие стороне разбирательство в ином суде?

Общим для обоих кодексов основанием к принятию обеспечительных мер является ситуация, при которой непринятие мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта (ст. 90 АПК РФ, ст. 139 ГПК РФ). Представляется, что по этому основанию принятие антиисковых обеспечительных мер вряд ли возможно с точки зрения российского процессуального закона, несмотря на право суда принять «иные обеспечительные меры». Это, в частности, вытекает из требования о том, что обеспечительные меры должны относиться к предмету иска и быть соразмерны заявленному требованию. Предметом иска не может быть разбирательство в ином суде и, как следствие, ни при каких обстоятельствах непринятие обеспечительных мер не затруднит исполнение судебного акта.

В этой связи представляется интересным ходатайство о принятии антиисковых обеспечительных мер, рассмотренное Арбитражным судом г. Москвы. Обстоятельства дела кратко могут быть суммированы следующим образом. Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ (далее – МКАС) рассматривался спор между Максимовым Н.В. и ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» (далее – НЛМК). Решением МКАС от 31 марта 2011 г. по делу № 244/2009 были удовлетворены требования Максимова Н.В. и взыскана сумма задолженности. Впоследствии решение МКАС было отменено определением Арбитражного суда г. Москвы.

Максимов Н.В., несмотря на отмену этого решения арбитражным судом, обратился в суды иностранных государств с заявлениями о признании и приведении в исполнение решения МКАС[1]. НЛМК в свою очередь обратился в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Максимову Н.В. о признании сделки недействительной и взыскании с Максимова Н.В. 5 391 644 064,74 рубля. НЛМК также было заявлено ходатайство о принятии обеспечительных мер в виде «запрета Максимову Н.В., а также любым иным лицам, действующим за и от имени НЛМК денежных средств по Соглашению... в том числе путем приведения в исполнение решения МКАС при ТПП РФ... отмененного определением Арбитражного суда г. Москвы». В определении Арбитражного суда г. Москвы от 15 августа 2012 г. по делу № А40-26424/2011-83-201 заявителю отказано в принятии обеспечительных мер на том основании, что заявленные меры не связаны с предметом спора, кроме того, истцом не представлено доказательств, свидетельствующих о том, что непринятие истребуемых обеспечительных мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта. Интересно отметить, что в данном определении суд не указал, что такие обеспечительные меры в принципе невозможны по российскому праву, однако, как мы писали выше, требование о связи с предметом иска делает получение таких обеспечительных мер невозможным.

В то же время, ч. 2 ст. 90 АПК РФ предусматривает еще одно основание для принятия обеспечительных мер, а именно «в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю». При этом позиция Высшего Арбитражного суда РФ состоит в том, что по этому основанию обеспечительные меры могут быть направлены на сохранение существующего состояния отношений (*status quo*) между сторонами[2]. Наверное, по этому основанию больше возможностей обосновать допустимость антиисковых обеспечительных мер.

Но анализ возможности принятия российским судом антиисковых арбитражных мер был бы неполным без учета положений Конституции

[1] Известны случаи, когда решения МКАС были признаны и приведены в исполнение за границей, несмотря на их отмену Арбитражным судом г. Москвы, поскольку иностранный суд установил, что при отмене решения МКАС арбитражным судом были допущены нарушения действующего российского законодательства. См.: NETHERLANDS: Supreme Court decision in Rosneft v Yukos // Global Arbitration Review, Volume 5 – Issue 4; Dutch court criticises Russian annulment decision, 8 May 2009 (www.globalarbitrationreview.com (по состоянию на 1 ноября 2012 г.)).

[2] Пункт 9 постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

РФ. Часть 1 ст. 46 Конституции РФ декларирует, что «каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод». Далее, ч. 1 ст. 47 закрепляет правило о том, что «никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом».

Строго говоря, в данных нормах Конституции РФ нет ничего, что бы препятствовало суду принимать антиисковые обеспечительные меры, если такие меры направлены на то, чтобы дело было рассмотрено тем судом, к подсудности которого дело отнесено законом (например, по нормам о договорной подсудности) и при этом сторона не лишается судебной защиты, т.е. все свои аргументы и доказательства такая сторона может представить в суд, обладающий юрисдикцией. Однако нельзя не отметить, что данные нормы Конституции РФ в России толкуются как запрещающие любые ограничения возможности подать иск в суд. Если исходить из этого подхода, то вряд ли можно признать соответствующим Конституции РФ запрет другому лицу на обращение в суд или продолжение судебного разбирательства. Как указывается в одном из комментариев к АПК РФ, обеспечительные меры имеют своей целью защиту интересов заявителя, а не лишение другого лица возможности и права осуществлять свою законную деятельность[1].

В российской правоприменительной практике автору удалось найти лишь один пример, когда антиисковые обеспечительные меры были приняты арбитражным судом. Дело рассматривалось Третейским судом при Санкт-Петербургском юридическом обществе по рассмотрению экономических споров. Венгерская сторона третейского разбирательства обратилась в Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением по вопросу компетенции третейского суда и одновременно с ходатайством о принятии обеспечительных мер.

Определением Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 2 октября 2002 г. по делу № А56-30789/02 третейскому суду запрещено «производство по третейскому разбирательству и совершение процессуальных действий по делу № 185/ОК-2002 до рассмотрения настоящего дела в арбитражном суде». Данное определение оставлено в силе арбитражным судом апелляционной инстанции.

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа отменил указанное определение: «Сопоставив предмет спора по настоящему де-

[1] Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. д.ю.н., профессора В.В. Яркова. – М.: Инфотропик медиа, 2011. – С. 317.

лу и принятые судом меры, кассационная инстанция приходит к выводу, что указанные меры не направлены на обеспечение в будущем исполнения решения арбитражного суда.

Кроме того, запрещение третейскому суду производства по третейскому разбирательству и совершение процессуальных действий по делу № 185/ОК-2002 ограничивает полномочия Третейского суда и нарушает установленные законом права участников третейского разбирательства, что не соответствует положениям статьи 90 АПК РФ».

Таким образом, можно констатировать, что пока крайне малочисленная российская судебная практика исходит из недопустимости принятия антиисковых обеспечительных мер.

Теперь перейдем к рассмотрению вопроса о том, что делать российскому суду в ситуации, когда вынесен запрет иностранным судом, препятствующий стороне продолжать разбирательство в российском суде.

Как указано выше, подобные запреты выносятся не против суда, а против стороны по делу. При этом антиисковые меры сконструированы таким образом, что обычно они не требуют признания и приведения в исполнение в иностранном государстве, поскольку применение санкций против нарушившей стороны предполагается в юрисдикции английского суда, т.е. когда такая сторона въезжает на территорию Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии. Поэтому именно сторона, а не российский суд, решает, продолжать ли ей разбирательство в российском суде (понимая возможные неблагоприятные последствия).

В международной практике иногда стороны обращаются в суд иной страны с просьбой вынести встречные запреты, запрещающие стороне обращаться в суд с ходатайством о принятии антиисковых мер или продолжении разбирательства по такому ходатайству[1], однако, как показано выше, на данном этапе российский суд вряд ли удовлетворит ходатайство о выдаче антиисковых обеспечительных мер, будь то встречные или нет.

Однако в некоторых случаях российские суды предпочитают не оставаться в стороне от происходящего.

В качестве примера приведем дело, рассмотренное Арбитражным судом г. Москвы. Суть дела заключалась в следующем: в России было заявлено два иска о недействительности соглашения купли-продажи акций российского банка, при этом иски заявлял один из акционеров российского банка. Соглашение содержало арбитражную оговорку о рассмотрении всех споров в арбитраже по Регламенту Международной торговой палаты с местом проведения арбитража в Лондоне, к моменту подачи исков в арбитражные суды в России международный арбитраж уже начал свою работу, однако состав арбитража еще не был полностью сформирован.

[1] См.: *Gaillard E.* Op. cit. – P. 206–208.

Ответчик по делу в Арбитражном суде г. Москвы обратился в отделение Коммерческого суда Высокого суда Правосудия в Лондоне с просьбой о принятии антиисковых мер, запрещающих истцу продолжать судебные разбирательства в России или инициировать новые. Приказом Коммерческого суда просьба ответчика была удовлетворена и истцу, его представителям, агентам и адвокатам было запрещено совершать любые действия, направленные на продолжение разбирательства, кроме действий по откладыванию рассмотрения спора, при этом очные слушания по вопросу антиисковых мер были назначены на неделю позже даты предварительного судебного заседания в российском суде.

Во время предварительного судебного заседания в Арбитражном суде г. Москвы сторона по делу представила приказ английского суда и заявила о своей невозможности совершать какие-либо процессуальные действия. В том числе сторона пояснила, что она не может предоставить истребованные доказательства, поскольку в этом случае она нарушит судебный акт английского суда, что может повлечь ответственность, установленную английским правом.

Российский арбитражный суд отложил предварительное судебное заседание и в определении об отложении указал, что данный приказ английского суда противоречит ст. 45 и 46 Конституции РФ, в силу чего не подлежит применению на территории Российской Федерации; суд, разъясняя стороне указанные выше обстоятельства, обязал истца и иных участвующих в деле лиц, во избежание применения ответственности за воспрепятствование осуществлению правосудия по экономическим спорам, предпринять действия, направленные на разрешение настоящего дела Арбитражным судом г. Москвы.

Процитированное определение Арбитражного суда г. Москвы было переведено на английский язык и представлено английскому суду во время очных слушаний. Судья Колман (*Mr. Justice Colman*), рассматривающий дело, был поставлен перед дилеммой, что делать с антиисковыми мерами при коллизии судебных актов в отношении одной стороны. В этой ситуации он посчитал самым лучшим вариантом обя-

зать стороны обратиться к медиатору и сделать добросовестную попытку к разрешению спора. При этом судья Колман вынес специальное определение, где изложил мотивы своего решения и обратился к российскому суду с просьбой поддержать мирное урегулирование спора сторонами. При таких обстоятельствах и по ходатайству сторон, Арбитражный суд г. Москвы отложил рассмотрения дела, так как стороны обратились к посреднику в целях урегулирования спора.

В конечном счете дело было урегулировано мирным путем и многочисленные судебные тяжбы в различных юрисдикциях были прекращены[1].

Антиисковые меры и международный арбитраж

Нельзя не отметить еще одну тенденцию, касающуюся антиисковых обеспечительных мер, а именно мер, запрещающих рассматривать дело в международном коммерческом арбитраже (третейском суде).

Применительно к международному арбитражу антиисковые меры можно разбить на три основных категории. С одной стороны, такие меры истребуются стороной с целью предотвратить разрешение дела составом арбитража или, наоборот, другая сторона пытается предотвратить судебное разбирательство в нарушение арбитражного соглашения. Также подобные запреты иногда выносятся после вынесения решения составом арбитража с целью затруднить или сделать невозможным его признание и приведение в исполнение[2]. Если государственный суд удовлетворяет ходатайство стороны, в большинстве случаев запрет накладывается на стороны, но в отличие от рассмотрения дела государственным судом встречаются запреты, адресованные непосредственно составу арбитража[3].

В упоминавшемся выше единственном российском деле, где ходатайство об антиисковых обеспечительных мерах было удовлетворено арбитражным судом, как раз имела место попытка воспрепятствовать рассмотрению дела Третейским судом при Санкт-Петербургском юридическом обществе по рассмотрению экономических споров. Определением Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской об-

[1] Дело: *C v RHL* [2005] EWHC 873 (Comm).

[2] Например, дело *KBC v Pertamina*. Подробнее об этом деле: *Gaillard E.* Op. cit. – P. 206–208.

[3] *Gaillard E.* Op. cit. – P. 203.

ласти от 2 октября 2002 г. по делу № А56-30789/02 третейскому суду запрещено «производство по третейскому разбирательству и совершение процессуальных действий по делу № 185/ОК-2002 до рассмотрения настоящего дела в арбитражном суде».

Важно отметить, что отменяя указанное определение, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа указал помимо прочего, что «запрещение третейскому суду производства по третейскому разбирательству и совершение процессуальных действий по делу № 185/ОК-2002 ограничивает полномочия Третейского суда и нарушает установленные законом права участников третейского разбирательства, что не соответствует положениям статьи 90 АПК РФ. Действующим законодательством не предусмотрена возможность вмешательства арбитражного суда в деятельность третейских судов и запрещения им осуществлять производство по третейскому разбирательству и процессуальные действия».

Такой вывод суда нельзя не признать правильным. Арбитражное соглашение, заключенное сторонами, имеет дерогационный эффект – оно исключает юрисдикцию государственных судов[1].

Как указал Конституционный суд в Постановлении от 26 мая 2011 г. 10-П[2]: «По смыслу статей 10, 11 (ч. 1), 118 (ч. 1) и 124–128 Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», третейские суды не осуществляют государственную (судебную) власть и не входят в судебную систему Российской Федерации, состоящую из государственных судов. Это, однако, не означает, что Конституция Российской Федерации исключает тем самым возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами в процедуре третейского разбирательства посредством третейских судов, действующих в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями.

[1] См., например: *Лебедев С.Н.* Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / МГИМО (У) МИД России / Кафедра междунар. частн. и гражд. права; Сост. А.И. Муранов. – М.: Статут, 2009. – С. 222.

[2] «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

Предоставление заинтересованным лицам права по своему усмотрению обратиться за разрешением спора в государственный суд (суд общей юрисдикции, арбитражный суд) в соответствии с его компетенцией, установленной законом, или избрать альтернативную форму защиты своих прав и обратиться в третейский суд – в контексте гарантий, закрепленных статьями 45 (часть 2) и 46 Конституции Российской Федерации, само по себе не может рассматриваться как их нарушение, а, напротив, расширяет возможности разрешения споров в сфере гражданского оборота».

Таким образом, можно констатировать, что на сегодняшний день также невозможно вынесение российскими судами обеспечительных мер, которые каким-либо образом препятствуют рассмотрению дела в международном арбитраже (третейском суде).

Что же касается международных арбитражей, в литературе сейчас активно обсуждаются антиарбитражные меры, касающиеся двух инвестиционных споров, а именно: дело Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia (далее – *Himpurna v Indonesia*), а также дело *Salini Costruttori S.p.A. v The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority* (далее – *Salini v Ethiopia*)[1].

Оба дела рассматривались в порядке инвестиционного арбитража, т.е. по иску иностранного инвестора к принимающему государству. Кроме того, в соответствии с арбитражными оговорками в контрактах местом арбитража в обоих делах была указана территория государства-реципиента, что обычно свидетельствует о применении законодательства места арбитража субсидиарно к регламенту арбитражного института и соглашению сторон. Оба дела характеризуются тем, что государственные суды страны-реципиента приняли обеспечительные меры, запрещающие арбитражное разбирательство, более того, в деле *Himpurna v Indonesia* суд наложил денежные санкции за невыполнение данного судебного акта в сумме 1 млн дол. за каждый день производства по делу. Причем в этом деле с заявлением в суд обратилось не само государство, которое являлось стороной арбитражного разбирательства, а государственная компания, которая находилась под полным государственным контролем, при этом суд принял обеспечительные меры, хотя по законодательству Индонезии у истца отсутствовало право на иск в материальном смысле.

[1] ICC Case № 10623, December 7, 2001, Award Regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction // 21 ASA Bulletin 59, 2003.

В результате оба дела были рассмотрены по существу в порядке арбитража, несмотря на наличие подобных запретительных мер. При этом мотивы арбитражных трибуналов касательно своего права рассматривать спор по существу и при наличии подобных мер, весьма схожи.

Во-первых, составы арбитража признали, что с точки зрения международного права антиарбитражные меры исходят от государств, которые являются стороной арбитражного разбирательства (в обоих случаях – ответчиками). Поскольку государственные суды являются органами государственной власти, такими же, как законодательные и исполнительные органы государства, такие судебные акты являются актами, исходящими от стороны арбитражного разбирательства и не могут обосновать неисполнение арбитражного соглашения.

Во-вторых, в обоих делах было указано, что подчинение международного арбитража законодательству места его проведения не является безусловным, поскольку полномочия международного арбитража вытекают не из дискреционной власти суверена, а из международного порядка. В деле *Salini v Ethiopia* состав арбитража указал, что он есть порождение договора, а не орган государства, следовательно, прямая обязанность арбитров обеспечить, чтобы арбитраж не был сорван одной стороной.

В-третьих, в обоих случаях арбитры признали, что действия стороны являются нечестными и недобросовестными. К тому было множество оснований как юридического, так и фактического характера. Например, дело *Himpurna v Indonesia* широко известно тем, что один из арбитров был похищен в аэропорту во время перелета к месту арбитражного разбирательства[1]. При таких обстоятельствах арбитры пришли к выводу о необходимости игнорировать антиарбитражные меры для обеспечения интересов справедливости и состязательности.

Несмотря на то, что решения по обоим делам порождают множество вопросов о правовой природе арбитража и праве, применимом к арбитражному разбирательству[2], можно констатировать, что до настоящего времени антиарбитражные меры не позволяют недобросовестным участникам процесса злоупотреблять своими процессуальными возможностями.

[1] Решение арбитража ad hoc от 16 октября 1999 г. по делу Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia, 15 (2) INT'L Arb. Rep. A1 (2000) XXV Y.B. Com. Arb. 109 (2000).

[2] См., подробнее: *Partasides C.* Solutions Offered by Transnational Rules in Case of Interference by the Courts of the Seat // Towards a Uniform International Arbitration Law? – 2005. – P. 157–161.

Здесь хочется опять обратиться к словам Э. Гайяра, который считает, что «принципы международного арбитражного права предполагают, что воздержание [от принятия антиисковых мер] есть наиболее адекватный ответ национальных судов на недобросовестные попытки обойти арбитражное соглашение путем подачи недобросовестных исков в суд»[1].

Интересно отметить, что суды в некоторых случаях наоборот стремятся поддержать рассмотрение дела в арбитраже, например в одном из дел суд постановил, что антиисковые обеспечительные меры будут обоснованы, для того чтобы обязать сторону воздержаться от разбирательства в Нью-Йорке, целью которого было «пересмотреть» применение лондонским арбитражем страхового права Нью-Йорка (это право уже было применено в «промежуточном арбитражном решении»). Английский апелляционный суд постановил, что оспаривание этого арбитражного решения в нью-йоркском разбирательстве недопустимо и приведет к хаосу. Английское арбитражное решение может быть оспорено только в судебном порядке в соответствии с (ограничительным) механизмом, предусмотренным английским Законом об арбитраже 1996 г. Коротко говоря, «выбор места арбитража должен совпадать с выбором места применения средств правовой защиты, направленных на обжалование арбитражного решения»[2].

В заключение хочется сказать, что антиисковые обеспечительные меры являются крайне интересным институтом, который на первый взгляд кажется чуждым российскому цивилистическому процессу. В результате такие меры являются благодатной почвой для критики со стороны российского судейского корпуса и предпринимателей за «вторжение в юрисдикцию российских судов». Между тем в этой статье мы попытались показать также положительные черты таких мер, например, как разрешение коллизии юрисдикций на ранней стадии спора, избежание ситуации в которой существуют противоречивые решения судов и международных арбитражей. Хочется надеяться, что более взвешенный подход к подобным обеспечительным мерам позволит судам и исследователям по-новому взглянуть на этот крайне интересный процессуальный институт.

---

[1] *Gaillard E.* Op. cit. – P. 211.

[2] *Эндрюс Н.* Указ. соч. С. 439.

Новые горизонты международного арбитража

Под редакцией
А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина

Выпуск 1

infotropic media
Москва • Берлин
Инфотропик Медиа 2013

А.И. Ядыкин,
старший юрист, Debevoise & Plimpton LLP

ИНСТИТУТ «АНТИИСКОВЫХ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР» (ANTI-SUIT INJUNCTIONS) И ВОЗМОЖНОСТЬ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ РОССИЙСКИМИ СУДАМИ В СВЯЗИ С ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

I. Введение

В настоящее время одной из характерных черт разрешения коммерческих споров (прежде всего международных) является частое возникновение так называемых «параллельных» разбирательств, когда фактически один и тот же спор одновременно передается на рассмотрение различных юрисдикционных органов[1]. На практике существует большое разнообразие ситуаций, в которых возможно возникновение таких параллельных процессов – как судебных, так и третейских[2].

[1] «Технически» возможны различные варианты соотношения процессов во времени – возможны как «параллельные», так и «последовательные» процессы. Для упрощения в данной статье любые сценарии, при которых один и тот же вопрос рассматривается различными юрисдикционными органами, именуются «параллельными» разбирательствами (процессами), независимо от соотношения различных конкурирующих процессов во времени.

[2] В рамках данной статьи термины «арбитражный» и «третейский», а также производные от них словосочетания используются как синонимы, если из контекста не следует иное. В данной статье термин «третейский суд» используется в том же значении, что в Законе о МКА, т.е. обозначает единоличного третейского судью (арбитра) или коллегию из третейских судей (арбитров), рассматривающих дело, а не какое-либо постоянно действующее третейское учреждение.
Автору не известен какой-либо официальный единообразный перевод термина «anti-suit injunctions». Представляется удачным использованный в недавней публикации Р.М. Ходыкина термин «антиисковые обеспечительные меры». См.: *Ходыкин Р.М.* Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: *LIBER AMICORUM* в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева / Сост. и науч. ред. *С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина*. М.: Статут, 2013. С. 274–297. Хотя, безусловно, могут существовать и иные варианты перевода данного термина на русский язык.

В рамках данной статьи рассматривается вопрос о возможном применении российскими судами или самим составом третейского суда института «антиисковых обеспечительных мер»[3] для пресечения параллельных судебных разбирательств, возникающих при наличии между сторонами третейского соглашения (т.е. прямо или косвенно связанных с третейским процессом (в т.ч. с международным коммерческим арбитражем) и направленных на его «подрыв» или, напротив, на его защиту). Для целей данной статьи под «антиисковыми обеспечительными мерами» понимается процессуальный акт (приказ, постановление) компетентного юрисдикционного органа, запрещающий какому-либо лицу или лицам возбуждение или продолжение какого-либо разбирательства в другом юрисдикционном органе.

Следует сразу же отметить, что по данному вопросу в настоящее время в России отсутствует сколько-нибудь подробное правовое регулирование и имеется крайне ограниченная судебная практика. Вопрос о возможности применения в России «антиисковых обеспечительных мер» представляется также относительно новым для российской правовой доктрины и недостаточно разработанным в ней. Так, если в зарубежной юридической литературе вопросы об «антиисковых обеспечительных мерах»

достаточно подробно исследованы, в российской юридической литературе крайне мало работ, посвященных мировому опыту в данной области[4], а также вопросу о возможности применения «антиисковых обеспечительных мер» с точки зрения действующего российского законодательства[5]. Цель данной статьи состоит в том, чтобы по возможности максимально полно осветить проблематику возможного применения «антиисковых обеспечительных мер» в рамках действующего российского законодательства и наметить подходы к применению подобных обеспечительных мер.

II. Проблематика «параллельных» разбирательств применительно к третейскому разбирательству

Хотя автором не ставилась задача исследовать все многообразие возможных вариантов «параллельных» разбирательств, равно как и задача детального исследования всей их проблематики, представляется, что для целей настоящего исследования будет полезно привести некоторую общую информацию о типичных видах «параллельных» разбирательств и о вызванных ими юридических проблемах (в качестве контекста для решения вопроса о возможном применении «антиисковых обеспечительных мер»).

[4] См.: *Кабатова Е.В.* Принятие обеспечительных мер при арбитражном разбирательстве // Актуальные вопросы российского частного права: сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В.А. Дозорцева / *Сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост.* М.: Статут, 2008 // СПС «Консультант Плюс». См. также: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[5] Автору удалось обнаружить лишь две работы, где предпринимался анализ по данному вопросу: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297; *Карабельников Б.Р.* Международный коммерческий арбитраж: учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 60–62.

Характерным, но далеко не единственным примером «параллельных» разбирательств, связанных с третейским разбирательством, является возбуждение стороной спора, находящегося на рассмотрении третейского суда (международного коммерческого арбитража), искового производства в государственном суде с целью воспрепятствовать ведению процесса в международном коммерческом арбитраже и создать основания для последующего отказа в признании и приведении в исполнение третейского решения в стране ответчика. Возможны и ситуации «превентивного» обращения с иском в государственный суд до возбуждения третейского разбирательства, равно как и ситуации, когда сторона, против которой уже вынесено третейское решение, пытается передать спор на рассмотрение по существу в государственный суд, невзирая на наличие третейского решения.

Отличительной особенностью российской правоприменительной практики является широкое использование механизма так называемых «косвенных исков»[6] со стороны акционеров (участников) хозяйственного общества, заключившего третейское соглашение. Например, в ситуации, когда российское акционерное общество выступает в качестве ответчика в международном коммерческом арбитраже по спору, возникшему в рамках договора, вполне типичной тактикой ответчика является инициирование подачи иска в российский арбитражный суд от имени какого-либо акционера ответчика с требованием о признании договора недействительным. Широко распространена практика предъявления косвенных исков в подобных случаях в связи

[6] Подобное обозначение принято в российской юридической литературе, хотя с процессуальной точки зрения иск акционера к обществу и его контрагенту о признании недействительным заключенного ими договора является, строго говоря, «прямым» (регулярным) иском, в отличие, например, от акционерных косвенных исков. В литературе по гражданскому процессу такие иски также принято именовать «производные иски».

с нарушением порядка одобрения крупных сделок или сделок с заинтересованностью[7]. Российской судебной практике известны и иные «технологии» оспаривания сделок в российских судах сторонами, не связанными третейским соглашением — в частности, по основанию нарушения законодательства об иностранных инвестициях в «стратегические» хозяйственные общества[8]. Вынесение российским судом решения о признании договора недействительным само по себе не влечет прекращения производства по делу в международном коммерческом арбитраже за пределами РФ, но, с высокой долей вероятности, будет являться препятствием к дальнейшему признанию и приведению в исполнение в РФ третейского решения, если таковое будет вынесено против ответчика и будет противоречить выводам российского суда[9].

[7] На основании соответственно п. 6 ст. 79 и п. 1 ст. 84 Федерального закона № 208-ФЗ от 26.12.1995 г. (с изменениями и дополнениями) «Об акционерных обществах» в отношении акционерных обществ и п. 5 ст. 45, п. 5 ст. 46 Федерального закона № 14-ФЗ от 08.02.1998 г. (с изменениями и дополнениями) «Об обществах с ограниченной ответственностью». Типичным примером использования механизма косвенного иска в российском суде при наличии договорного спора, переданного на рассмотрение международного арбитража, является дело по спору между компанией Ciments Français и компанией «Сибирский цемент». См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 05.06.2012 г. № 76/12 и судебные акты нижестоящих судов по тому же делу. В данном деле косвенный иск акционера был удовлетворен, но в последующем вынесенные судебные акты были отменены и дело направлено на новое рассмотрение, что в целом отражает наметившийся в судебной практике относительно консервативный подход к подобного рода искам, явно направленным на «подрыв» третейского разбирательства и предотвращение исполнения третейского решения.

[8] В качестве примера можно привести судебные акты, вынесенные по делу о признании недействительным соглашения о создании совместного предприятия на основе ОАО «Мегафон» по иску ОАО «Телекоминвест», не являвшегося стороной соглашения (в частности, см.: Постановление ФАС Московского округа от 21.02.2011 г. № КГ-А40/17997-10 по делу № А40-40521/10-22-354).

[9] Вероятным основанием к отказу в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в РФ в данном случае будет нарушение публичного порядка — п. V.2. (b) Конвенции ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (Нью-Йорк, 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция), пп. 2 п. 2 ч. 1 ст. 36 Закона РФ № 5338-1 от 07.07.1993 г. «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА). Этой позиции последовательно

Возникновение «параллельных» процессов не обязательно свидетельствует о применении стороной спора каких-либо недобросовестных методов. Так, сторона может добросовестно заблуждаться относительно наличия и действительности третейского соглашения или относительно его распространения на конкретный спор и/или круг лиц. Сторона также может пользоваться законными возможностями для возбуждения «параллельных» разбирательств в целях защиты своих интересов. Одним из известных примеров из области инвестиционного арбитража являются параллельные инвестиционные арбитражные дела *Lauder/CME*, в которых рассматривались параллельные иски иностранного инвестора и его контролирующего акционера к Республике Чехия, поданные в связи с фактической экспроприацией властями Чехии имущества иностранного инвестора. В данном деле инвестиции были осуществлены CME — голландской компанией — что позволило CME предъявить иск в арбитраж на основании договора о защите инвестиций (BIT) между Голландией и Чехией. Одновременно с этим контролирующий акционер CME, г-н Лаудер, в качестве индивидуального инвестора подал отдельный иск к тому же ответчику на основании BIT между Великобританией и Чехией. Оба «параллельных» арбитражных процесса базировались на одном и том же наборе фактов. В данном случае возбуждение «параллельных» арбитражных процессов позволило истцу легитимно увеличить свои шансы на присуждение компенсации[10].

придерживаются российские арбитражные суды. См., например: Определение ВАС РФ от 27.08.2012 г. № ВАС-17458/11 по делу № А27-781/2011.

[10] Любопытно, что составы арбитража, сформированные для параллельного рассмотрения исков CME и г-на Лаудера, пришли к разным выводам по существу дела. В конечном итоге в деле по иску CME действия Чехии были признаны фактической экспроприацией иностранной инвестиции, и истцу была присуждена компенсация убытков. Более подробно о данном деле см.: *Rivkin D.W.* The Impact of Parallel and Successive Proceedings on Enforcement of Arbitral Awards // Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration / Edited by *Bernardo M. Cremades* and *Julian D.M. Lew*. ICC Publishing, 2005. Pp. 269–305.

В то же время в большом количестве случаев «параллельные» разбирательства способны лишить стороны ряда важнейших преимуществ третейского процесса — например, затянуть и усложнить дело, привести к увеличению стоимости разбирательства и, самое главное, привести к принятию различными юрисдикционными органами противоречащих друг другу решений (в том числе по существу дела и по вопросу о наличии компетенции), что, естественно, негативно влияет на перспективы признания и приведения в исполнение третейского решения, фактически сводя на нет такие традиционно отмечаемые специалистами преимущества третейского разбирательства по сравнению с судебным, как быстрота и относительная дешевизна разрешения спора[11], окончательность и конфиденциальность решения. К примеру, может возникать риск двойного взыскания, судебные процессы по делам об отмене третейского решения и о его признании и приведении в исполнение могут оказаться сложными и дорогостоящими, а конфиденциальность решения может быть утрачена в процессе оспаривания решения в государственных судах[12].

Ярким примером того, до какой степени существование «параллельных» процессов может усложнить международный арбитражный процесс, является известное дело *Karaha Bodas v Pertamina*. В данном деле возник спор между компанией Karaha Bodas Co. LLC (KBC) и индонезийской государственной компанией Pertamina в рамках договора на строительство и управление

[11] Автор не утверждает, что третейское разбирательство во всех случаях является экономически более эффективным и быстрым по сравнению с процессом в государственных судах. Третейское разбирательство традиционно считается более быстрым и дешевым способом разрешения споров по сравнению с судебными процессами в ряде западных стран, хотя существует тенденция к усложнению и удорожанию прежде всего международных арбитражных процессов, особенно по крупным делам. Следует также отметить, что с точки зрения затрат на ведение дела и сроков его рассмотрения производство в российских государственных судах выгодно отличается от производства в судах ряда западных стран.

[12] Подробнее — см.: *Rivkin D. W.* Op.cit. Pp. 269–305.

электростанцией в Индонезии, заключенного KBC в качестве подрядчика и Pertamina в качестве заказчика. После того как власти Индонезии приостановили реализацию проекта, компания KBC обратилась в арбитраж в Швейцарии, и в декабре 2000 г. в ее пользу было вынесено решение. Вскоре после этого компания KBC обратилась в суд штата Техас за признанием и исполнением решения. Параллельно с этим компания Pertamina безуспешно добивалась отмены арбитражного решения по месту проведения арбитража (в Швейцарии), а затем также подала заявление об отмене того же решения в Индонезии, причем индонезийский суд вынес решение об отмене арбитражного решения несмотря на то, что Индонезия не являлась местом проведения арбитража. При этом индонезийский суд издал судебный акт о введении обеспечительных мер, запрещающих KBC осуществлять принудительное исполнение принятого в его пользу арбитражного решения, в то время как американский окружной суд издал судебный акт о введении встречных обеспечительных мер против Pertamina, запретив реализацию обеспечительных мер, введенных индонезийским судом (т.е. принял «анти-антиисковые меры»). В конечном итоге приказ американского окружного суда о встречных обеспечительных мерах был отменен, но арбитражное решение было признано на территории США, после чего (в 2004 г.) Верховный суд Индонезии отменил решение нижестоящего суда об отмене этого арбитражного решения. Таким образом, хотя в данном деле наличие «параллельных» процессов в конечном итоге не явилось препятствием к признанию арбитражного решения, уже после вынесения решения сторонам потребовалось провести дополнительные длительные судебные процессы, понести значительные расходы, а также юридические риски привлечения к ответственности в связи с неисполнением судебных решений[13].

[13] *Rivkin D. W.* Op. cit. Pp. 269–305. По вопросам о возможных негативных последствиях параллельных процессов и о способах устранения этих последствий см. также: *Francisco Orrego Vicuña*. Lis Pendens Arbitralis // Dossier of the ICC Institute of World

III. Правовые механизмы пресечения или устранения негативного воздействия «параллельных» разбирательств

Комментаторами выделяется ряд юридических мер и механизмов, способных либо предотвратить возникновение «параллельных» процессов, либо снизить их негативное воздействие на третейский процесс, в частности:

- предотвращение возможности «параллельных» разбирательств на уровне международно-правовых документов (в частности, путем включения в BIT и многосторонние соглашения о защите инвестиций так называемых «*fork-in-the-road clauses*», согласно которым в случае обращения инвестора в арбитраж инвестор не имеет права параллельно предъявлять аналогичные требования в государственном суде);

- консолидация (объединение) третейских разбирательств и привлечение третьих лиц (там, где это допустимо с процессуальной точки зрения);

- приостановление разбирательства до завершения параллельного разбирательства (там, где это допустимо с процессуальной точки зрения), в том числе на основании международно-правового принципа вежливости (*comity*);

- признание преюдициальной и (или) обязательной силы вынесенного решения (*res judicata*) в параллельных разбирательствах

Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration / Edited by *Bernardo M. Cremades* and *Julian D.M. Lew*. ICC Publishing, 2005. Pp. 207–219; *Hobér K.* Parallel Arbitration Proceedings – Duties of the Arbitrators: Some Reflections and Ideas // Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration / Edited by *Bernardo M. Cremades* and *Julian D.M. Lew*. ICC Publishing, 2005. Pp. 243–269.

и прекращение параллельных идентичных процессов (*lis pendens*) (при наличии процессуальных оснований)[14];

- иные способы устранения потенциального конфликта решений, в том числе в рамках используемой в американском праве концепции *collateral estoppel*[15].

Одним из распространенных в мировой практике механизмов предотвращения потенциального «конфликта решений» в рамках параллельных разбирательств является принятие антиисковых обеспечительных мер.

В российской правовой системе также действуют определенные механизмы предотвращения параллельных разбирательств, связанных с третейским разбирательством. Эти правовые механизмы закреплены на уровне документов международного права[16] и отражены на уровне национального законодательства.

Прежде всего отметим, что согласно п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции каждое участвующее в ней государство признает арбитражные соглашения, а согласно п. 3 той же статьи суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Аналогичные положения закреплены в п. 1 ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ

[14] Достаточно сложным отдельным вопросом является вопрос о применении концепций *res judicata* и *lis pendens* в контексте международного арбитража, а не судебных процессов. Данный вопрос в целом находится за рамками данного исследования.

[15] *Rivkin D.W.* Op. cit. Pp. 269–305.

[16] Под документами международного права для целей данной статьи понимаются, в том числе и международные источники, не являющиеся юридически обязательными (не имеющие силы международного договора).

о международном торговом арбитраже (далее – Типовой закон). Отвод государственному суду за неподведомственностью в связи с наличием арбитражного (третейского) соглашения предусмотрен также п. 1 ст. VI Европейской конвенции от 21 апреля 1961 г. «О внешнеторговом арбитраже» (далее – Европейская конвенция). В п. 3 ст. VI Европейской конвенции также предусмотрено, что если одна из сторон в арбитражном соглашении подала заявление с просьбой об арбитраже, то государственный суд, в который может в последующем обратиться другая сторона с иском по тому же предмету или вопросу об отсутствии, недействительности или утрате силы арбитражным соглашением, должен отложить вынесение решения по вопросу о компетенции арбитражного суда до тех пор, пока арбитражный суд не вынесет решения по существу дела, поскольку у государственного суда нет достаточно существенных оснований для отступления от этого правила.

Российское национальное законодательство следует за нормами международного права. Так, положения п. 1 ст. 8 Типового закона практически дословно воспроизведены в п. 1 ст. 8 Закона о МКА. В действующем процессуальном законодательстве содержатся нормы о том, что иск, поданный в суд при наличии третейской оговорки, должен быть оставлен без рассмотрения, если только суд не установит, что третейское соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, абз. 6 ст. 222 ГПК РФ). Если же имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, государственный суд должен прекратить производство по делу, за исключением случаев, если арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, абз. 6 ст. 220 ГПК РФ).

Хотя приведенные выше правовые механизмы, закрепленные в документах международного права и на уровне российского национального законодательства, в определенных случаях не позволяют стороне, заключившей третейское соглашение, а тем более стороне, против которой вынесено третейское решение, уклониться от согласованного третейского механизма разрешения споров, очевидно, что эти правовые механизмы далеко не во всех случаях будут применимы.

Прежде всего обращает на себя внимание, что указанные защитные правовые механизмы действуют только в отношении сторон, заключивших третейское соглашение[17], и только в отношении споров, подпадающих под действие третейского соглашения. Кроме того, оговорки о праве государственного суда рассмотреть иск по существу в случае, когда суд устанавливает, что третейское соглашение является недействительным, утратившим силу или не подлежащим исполнению, потенциально могут быть использованы для обоснования наличия у государственного суда компетенции рассматривать дело по существу[18]. В литературе отмечаются недостатки подхода к устранению коллизий юрисдикции в рамках действующего законодательства. Рассмотрение данного вопроса в целом лежит за пределами данной статьи[19].

---

[17] Одним из актуальных вопросов, активно обсуждаемых в зарубежной литературе по вопросам международного арбитража и встречающихся в практике, является вопрос о распространении действия арбитражного соглашения на лиц, которые не подписывали соглашение, на основании различных правовых теорий. В связи с объемностью данной темы она не может быть рассмотрена в рамках данной статьи. Подробнее см.: *Hanotiau B.* Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. Kluwer Law International, 2005. Chapter II.

[18] За рамки данной статьи выходит вопрос о том, каким правовым стандартом должен руководствоваться государственный суд при определении того, что третейское соглашение недействительно, не может быть исполнено или утратило силу.

[19] См. обзор источников по данной теме: *Елисеев Н.Г.* Разрешение коллизий подведомственности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007, № 8 // СПС «Консультант Плюс».

То обстоятельство, что существующие правовые механизмы позволяют только частично предотвратить возникновение параллельных судебных разбирательств, направленных на обход третейского соглашения, очевидно при взгляде на российскую судебную практику с ее широким использованием исков от лиц, формально не связанных третейским соглашением. В этой связи рассмотрим вопрос о том, может ли механизм «антиисковых обеспечительных мер» предоставить необходимую защиту третейского разбирательства от параллельных разбирательств.

IV. Понятие, виды и международная практика применения «антиисковых обеспечительных мер»

А. Понятие «антиисковых обеспечительных мер»

Понятие «антиисковых обеспечительных мер» объединяет по существу совершенно различные по своей природе институты введения обеспечительных мер государственными судами и непосредственно составом арбитража (третейского суда). Обеспечительные меры[20] государственного суда принимаются непосредственно судом как органом государственной власти. Они обеспечены механизмом принуждения и за их неисполнение наступает юридическая ответственность, в принципе, на тех же основаниях, как за неисполнение любого судебного акта. Ситуация с обеспечительными мерами третейского суда представляется более сложной с учетом природы третейского разбирательства как особой процедуры разрешения споров,

[20] В различных правопорядках используется достаточно разнообразная терминология для обозначения обеспечительных мер, в том числе. *interim measures, interim relief, conservatory measures*. В данной статье анализ нюансов использования терминологии по вопросам об обеспечительных мерах не проводится.

основанной на автономии воли сторон. Третейский суд по определению не может принимать никаких обеспечительных мер, распространяющихся на третьи лица, не являющиеся стороной третейского соглашения. Кроме того, третейский суд не имеет по отношению к сторонам власти и не может непосредственно применить к ним какие-либо принудительные меры. Зачастую единственной реальной санкцией, которая может быть применена самим третейским судом к стороне за неподчинение акту (постановлению) третейского суда о какой-либо обеспечительной мере, являются «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*»), которые состав арбитража может сделать в отношении стороны в связи с ее процессуальным поведением[21]. В то же время, даже несмотря на отсутствие у постановлений третейского суда об обеспечительных мерах реальной принудительной силы, на практике стороны третейского разбирательства, как правило, исполняют такие постановления.

Также отметим, что в некоторых правовых системах постановление третейского суда о введении обеспечительных мер может быть приведено в исполнение принудительно при поддержке государственных судов, а за неисполнение соответствующего процессуального акта государственного суда лицо, которому этот процессуальный акт адресован, может быть привлечено к ответственности.

Б. Правовые основания для применения «антиисковых обеспечительных мер»

Автору не известны какие-либо универсальные международно-правовые источники, прямо регулирующие применение судами «антиисковых обеспечительных мер». Представляется, что

[21] Обширный и спорный вопрос о том, какие конкретно правовые последствия могут иметь в третейском разбирательстве *adverse inferences*, лежит за пределами данного исследования.

вопрос о возможности и процедуре применения подобных обеспечительных мер регулируется соответствующими национальными правовыми нормами.

Вопрос о применении «антиисковых обеспечительных мер» непосредственно третейским судом также не урегулирован на уровне юридически обязывающих документов международного права и должен решаться в рамках применимого арбитражного регламента[22] и норм *lex arbitri*[23].

При этом подход к данному вопросу во многих ведущих юрисдикциях унифицирован путем имплементации в национальное законодательство Типового закона в первоначальной редакции или в редакции 2006 г.

Обращает на себя внимание подход к обеспечительным мерам в рамках Типового закона.

Если первоначальная редакция ст. 17 Типового закона содержала лишь общую формулировку, согласно которой *«арбитражный суд может... распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер* ***в отношении предмета спора***[24], *которые он*

[22] См., например, широкие формулировки о праве третейского суда ввести необходимые обеспечительные меры (без какого-либо ограничения по видам мер) в п. 1 ст. 28 Арбитражного регламента ICC 2012 г.

[23] В иностранной юридической литературе высказывается и мнение о наличии у состава арбитража (третейского суда) общих, не основанных на какой-либо конкретной норме национального права полномочий на принятие необходимых мер к защите третейского процесса. См.: *Gaillard E.* Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators // In Albert Jan van der Berg (ed) International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series, 2006 Montreal Volume 13. Kluwer Law International. Pp. 236–239.

[24] Использование в первоначальной редакции ст. 17 Типового закона формулировки *«в отношении предмета спора»* вызывало многочисленные споры в зарубежной доктрине по поводу того, должна ли данная формулировка (основанная, в свою очередь, на тексте ст. 26 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ) трактоваться узко (вплоть до признания возможности применения обеспечительных мер

считает необходимыми», та же статья в редакции 2006 г. содержит максимально широкую формулировку о праве третейского суда распорядиться о любых обеспечительных мерах, **не обязательно в отношении предмета спора**. В частности, предусмотрена возможность принятия обеспечительных мер, направленных на сохранение статус-кво (п. 2 (a) ст. 17) и на предотвращение или пресечение действий, способных причинить ущерб или создать угрозу (*harm or prejudice*) третейскому процессу (п. 2 (b) ст. 17). Типовой закон прямо не называет такого возможного вида обеспечительных мер, как антиисковые. В то же время опубликованные комментарии Рабочей группы по подготовке изменений 2006 г. к Типовому закону ясно показывают, что разработчики Типового закона подразумевали, что формулировка (п. 2 (b) ст. 17) предусматривает, в том числе «антиисковые обеспечительные меры»[25].

B. Мировая практика применения «антиисковых обеспечительных мер»

«Антиисковые обеспечительные меры», прежде всего, судебные, являются одним из традиционных юридических механизмов для предотвращения параллельных разбирательств, используемых прежде всего в странах англосаксонской правовой семьи (в Англии, США, Канаде, Австралии и т.д.) и в некоторых иных правовых системах (в том числе в правовых системах Франции и Германии)[26].

Для целей данной статьи интерес представляет практика применения «антиисковых обеспечительных мер» (прежде всего

только в отношении вещей, являющихся объектом спора) или более широко. См.: *Graham Luis Enrique.* Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime) in Albert van der Berg (ed), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference // ICCA Congress Series, 2009 Dublin Volume 14. Kluwer Law International, 2009. Pp. 539–541.

[25] Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее 43-й сессии (Вена, 3–7 октября 2005 г.) // Доступно на сайте http://goo.gl/a8P8c (по состоянию на 31 мая 2013 г.).

[26] *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

судебных) в Англии как стране, имеющей, возможно, наиболее давние традиции применения данного института. Как отмечается английскими комментаторами, английские суды традиционно наделены правом запрещать ответчику, на которого распространяется юрисдикция данного суда, начинать или продолжать гражданское разбирательство в иностранном государстве или участвовать в арбитраже. В частности, подобный судебный запрет («антиисковая обеспечительная мера») может быть принят судом, если указанные процессуальные действия нарушают пророгационную оговорку, согласно которой исключительным правом разрешать споры обладают суды Англии[27]. Подобный запрет, в частности, был принят английским судом по делу *OT Africa* (2005) с целью помешать стороне вести производство в канадском суде в обход оговорки об исключительной юрисдикции английских судов[28]. «Антиисковые обеспечительные меры» также принимаются английскими судами в целях поддержки оговорки о проведении арбитража в Англии (иными словами, в целях запрета обхода арбитражной оговорки), как это было сделано по делу *C v D* (2007)[29]. Еще одним примером ситуации, когда с точки зрения английского гражданского процесса допускается введение «антиисковых обеспечительных мер», является попытка стороны обойти «многоступенчатую» оговорку о разрешении споров, предусматривающую обязательность проведения медиации до предъявления иска в арбитраж[30]. Наконец, английские суды могут принять «антиисковые обеспечительные меры» в виде запрещения стороне ведения процесса в иностранном суде и в некоторых иных

[27] *Эндрюс Н.* Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Под ред. *Р.М. Ходыкина*. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 434. Подробно об антиисковых обеспечительных мерах в праве Англии см. также: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[28] *Эндрюс Н.* Указ. соч. С. 438.

[29] Там же. С. 439.

[30] Дело: *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd* (2002) [2002] 2 All ER (Comm) 1041.

случаях, когда английский суд обладает юрисдикцией и является надлежащим судом для рассмотрения спора, в то время как судебный процесс в иностранном суде был бы недобросовестным (*vexatious*) и отягощающим (*oppressive*)[31].

Английские суды занимают позицию, что принятие ими «антиисковых обеспечительных мер», в принципе, не является вторжением в юрисдикцию судов иностранных государств, поскольку подобный судебный запрет на ведение параллельного процесса за границей адресован не иностранному суду, а стороне, на которую распространяется юрисдикция английского суда. Соответственно, принятие обеспечительных мер само по себе не способно повлечь таких юридических последствий, как прекращение процесса в иностранном суде, однако несоблюдение английского судебного запрета стороной может повлечь привлечение данной стороны к ответственности по английскому праву за неисполнение судебного акта. Так, в недавнем деле *BNP Paribas S.A. v OJSC Russian Machines & JSC Ingosstrakh-Investments* английский суд запретил российским лицам продолжать российское параллельное судебное разбирательство. Несмотря на то, что в подобных случаях английский судебный приказ об «антиисковых обеспечительных мерах», очевидно, не подлежит признанию и приведению в исполнение на территории РФ[32], наличие такого приказа и угроза применения уголовно-правовых санкций за его неисполнение к тем лицам, которым он был адресован, может быть очень серьезным сдерживающим фактором, побуждающим сторону, которой адресованы «антиисковые обеспечительные меры», выполнить предъявляемые к ней требования суда[33].

[31] Дело: *Re Maxwell Communications Corp.* (№ 2) (1991); *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[32] См. п. 26 Информационного письма от 07.07.2004 г. № 78 Президиума ВАС РФ.

[33] Показательный пример дела, в котором английский *anti-suit injunction* фактически был исполнен участниками российского судебного процесса под угрозой применения к ним лично английских уголовно-правовых санкций за неуважение к суду приведен в издании: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

Отметим, что с учетом правовой позиции Суда Европейского союза, сформулированной в ряде решений, выдача английскими судами «антиисковых обеспечительных мер», препятствующих проведению параллельных судебных процессов на территории других стран ЕС, признана несовместимой с правом ЕС (в частности, с Регламентом ЕС № 44/2001 и предшествовавшей ему Брюссельской конвенции о юрисдикции и принудительном исполнении судебных решений 1968 г.)[34], что в настоящее время препятствует выдаче английских судебных «антиисковых обеспечительных мер» в отношении подобных судебных процессов в зоне юрисдикции ЕС, но не препятствует выдаче подобных судебных запретов в отношении ведения дел в судах стран, находящихся за пределами зоны юрисдикции ЕС, в том числе в российских судах.

Что касается глобальной практики применения «антиисковых обеспечительных мер», комментаторами отмечается все более активное использование этого института в различных странах в делах, связанных с международным арбитражем. Отмечается большое разнообразие используемых на практике видов «антиисковых обеспечительных мер»[35]. Так, в контексте международного арбитража «антиисковые обеспечительные меры» могут быть приняты как с целью помешать ведению третейского разбирательства и в последующем создать препятствия к признанию и приведению в исполнение вынесенного решения, так и с целью защитить третейское разбирательство. Также отмечается, что принятие «антиисковых обеспечительных мер» возможно как в ходе третейского разбирательства, так

[34] Решения Суда Европейского союза по делам *Turner v Grovit* (C-159/02) и *Allianz SpA etc v West Tankers* (C-185/07).

[35] Подробнее см.: *Gaillard E.* Reflections of the use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration // Pervasive Problems in International Arbitration / Edited by *Loukas A. Mistelis* and *Julian D.M. Lew.* Kluwer Law International, 2006. Pp. 201–217.

и после его завершения (т.е. после вынесения третейского решения), с целью помешать приведению решения в исполнение. Наконец, что касается судебных «антиисковых обеспечительных мер», направленных против третейского разбирательства, то возможно принятие «антиисковых обеспечительных мер», адресованных как стороне или сторонам, так и непосредственно составу третейского суда.

Показательными примерами являются, в частности:

- дело *Hubco v WAPDA*, в котором пакистанский суд по заявлению пакистанской стороны спора, переданного на рассмотрение арбитража по Арбитражному Регламенту Арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC) в Лондоне, принял судебный запрет в отношении дальнейшего ведения дела в арбитраже, мотивированный тем, что договор, из которого возник спор, якобы был заключен в результате коррупционной схемы и являлся в целом незаконным, что делало спор не подлежащим рассмотрению в арбитраже;

- дело *SGS v Pakistan*, в котором пакистанский суд принял судебный запрет в адрес SGS на продолжение международного инвестиционного арбитражного спора в рамках ICSID, где ответчиком выступал Пакистан; интересно, что в данном деле состав арбитража проигнорировал судебный запрет и продолжил рассмотрение дела, приняв, в свою очередь, процессуальный акт об обязании Пакистана как ответчика по делу не возбуждать производство (в рамках своего национального законодательства) по факту нарушения пакистанского судебного запрета;

- дело *Salini Construttori S.p.A v The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority*, в котором

суды в Эфиопии (стране ответчика) приняли «антиисковые обеспечительные меры», адресованные не только истцу, но и непосредственно составу арбитража, который рассматривал дело по Арбитражному Регламенту МТП, и отдельно приняли решение об отсутствии у состава арбитража компетенции; в данном широко известном деле состав арбитража принял промежуточное решение по вопросу о наличии юрисдикции и о приостановлении производства по делу, в котором сослался на свою обязанность продолжать ведение дела, несмотря на принятые в Эфиопии судебные акты, и подтвердил, что не считает себя связанным указанными актами;

- уже упоминавшееся выше дело *KBC v Pertamina*, в котором индонезийским судом уже после принятия арбитражного решения были приняты «антиисковые обеспечительные меры» в виде запрета выигравшему дело истцу осуществлять принудительное исполнение решения, после чего техасским судом были приняты встречные «антиисковые обеспечительные меры», обязывающие индонезийскую сторону отозвать заявление, поданное ею в индонезийский суд (в конечном итоге как «антиисковые обеспечительные меры» индонезийского суда, так и встречные антиисковые меры техасского суда оказались неэффективными, несмотря на то, что за их нарушение в обоих случаях была предусмотрена суровая ответственность)[36];

- дело *Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia*, в котором также был принят индонезийский судебный запрет на продолжение ведения дела в арбитраже по регламенту ICC за пределами Индонезии, и также было вынесено арбитражное

[36] *Gaillard E.* Op. cit. Pp. 201–217.

решение по существу дела, несмотря на наличие подобного судебного акта[37].

V. Подход к вопросу об «антиисковых обеспечительных мерах» в действующем российском законодательстве

Как уже упоминалось выше, известен ряд случаев, когда английскими судами принимались «антиисковые обеспечительные меры» против российских сторон с целью запрета ведения ими (или связанными с ними лицами) процессов в российских судах, направленных на обход арбитражной оговорки в пользу LCIA и/или создание юридических оснований для последующего отказа в признании и приведении в исполнение в РФ иностранного арбитражного решения. Зададимся вопросом, допускает ли действующее российское законодательство принятие «антиисковых обеспечительных мер» (как судебных, так и третейских), подобных рассмотренным выше мерам, применяемым в практике иных государств. Рассмотрим также подход к данному вопросу в российской юридической литературе и правоприменительной практике.

A. Неопределенность в вопросе о возможности применения «антиисковых обеспечительных мер»

В Законе о МКА, Федеральном законе от 24.07.2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — «ФЗ о третейских судах») и АПК РФ содержатся положения о применении обеспечительных мер третейскими судами и государственными арбитражными судами. Перечни возможных к применению

[37] Подробнее см.: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

обеспечительных мер в рамках всех указанных нормативных актов являются открытыми. При этом отсутствуют какие-либо нормы, которые бы прямо регулировали вопрос о возможности именно «антиисковых обеспечительных мер», позволяли бы их применять или, наоборот, непосредственно запрещали бы применение подобных обеспечительных мер. В связи с этим возникает вопрос о том, допускается ли в соответствии с действующим российским законодательством применение «антиисковых обеспечительных мер» в случае, если подобный вид мер подпадает под широкие общие определения обеспечительных мер в Законе о МКА, ФЗ о третейских судах и АПК РФ (вопрос о том, соответствуют ли «антиисковые обеспечительные меры» применимым законодательным определениям и «техническим» требованиям, предъявляемым к обеспечительным мерам, рассматривается ниже отдельно). Иными словами, существуют ли какие-либо нормы, которые препятствуют применению «антиисковых обеспечительных мер» в России уже в принципе, даже не касаясь вопроса о соответствии подобного специфического вида обеспечительных мер общим законодательным требованиям «технического» характера, применимым к обеспечительным мерам в целом.

Представляется, что для решения данного вопроса необходимо рассмотреть влияние:

- норм Нью-Йоркской конвенции;
- российских конституционных гарантий;
- имплементирующей положения Типового закона ст. 5 Закона о МКА, согласно которой по вопросам, регулируемым данным законом, никакое судебное вмешательство не может иметь места, кроме случаев, предусмотренных в самом Законе о МКА.

Заслуживает внимания и отдельный вопрос о том, возможно ли в принципе (с точки зрения международного публичного права) принятие российских «антиисковых обеспечительных мер», рассчитанных, подобно обеспечительным мерам английских судов, на применение за границей.

Б. Позиция в рамках Нью-Йоркской конвенции

В соответствии с п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции каждое из Договаривающихся Государств признает юридическую силу третейских соглашений при условии, что объект спора может быть предметом арбитражного разбирательства. На практике данная норма реализуется через механизм направления сторон государственным судом в третейский суд при наличии действительного третейского соглашения.

Согласно п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили третейское соглашение, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Очевидно, при узком, буквальном толковании данной нормы она не распространяется на вопросы принятия государственным судом обеспечительных мер. В то же время, как отмечается в литературе, данная норма закрепляет общий принцип конвенции, в соответствии с которым не допускается вмешательство государственных судов в третейское разбирательство при наличии действительного третейского соглашения[38]. Исходя из этого может быть сделан вывод о том, что «антиисковые обеспечительные меры», направленные против третейского разбирательства, потенциально могут рассматриваться как противоречащие требованиям

[38] *Кабатова Е.В.* Указ. соч.

конвенции (за исключением случаев, когда третейское соглашение недействительно)[39].

В то же время, представляется, что в любом случае не противоречат Нью-Йоркской конвенции «антиисковые обеспечительные меры», направленные на поддержку третейского разбирательства, а не вмешательство в него (например, на прекращение параллельного разбирательства в государственном суде).

B. Конституционные гарантии

Одной из серьезных правовых проблем при использовании российских судебных «антиисковых обеспечительных мер» может стать их потенциальное несоответствие конституционным гарантиям. Прежде всего речь идет о праве на **судебную защиту**, закрепленном в ч. 1 ст. 46 Конституции РФ и на уровне документов международного права (в частности, ст. 8 Всеобщей декларации прав человека; ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о правах человека).

Конституционными гарантиями обеспечено и **право на разрешение спора в третейских судах**, что отмечено Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ) в Постановлении от 26.05.2011 г. № 10-П: *«В Российской Федерации право сторон гражданско-правового спора на его передачу в третейский суд основано на статье 45 (часть 2) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее статьей 8 (часть 1), согласно которой в Российской Федерации гарантируются свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции, и статьей 34 (часть 1),*

[39] В литературе высказывается и более радикальный взгляд, согласно которому любое применение «антиисковых обеспечительных мер», направленное против третейского разбирательства, является ненадлежащим и противоречит Нью-Йоркской конвенции. См.: *Born G.B.* International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. Pp. 1051–1054.

закрепляющей право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».

КС РФ последовательно занимает позицию о том, что данное право относится к основным неотчуждамым правам и свободам, которое при этом ни при каких обстоятельствах не подлежит ограничению[40]. Вместе с тем, как указывается в п. 2 Постановления КС РФ от 26.05.2011 г. № 10-П, Российская Федерация обеспечивает право на судебную защиту *«... посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости,* ***на основе законодательно закрепленных критериев, которые в нормативной форме (в виде общих правил) предопределяют, в каком суде и в какой процедуре подлежит рассмотрению конкретное дело, что позволяет суду (судье), сторонам, другим участникам процесса, а также иным заинтересованным лицам избежать правовой неопределенности в данном вопросе»***. Таким образом, может быть сделан вывод о том, что право на судебную защиту, хотя и не может быть произвольно ограничено, не является тем не менее абсолютным: оно реализуется посредством обращения не во всякий суд, а в компетентный суд.

В п. 2 Постановления КС РФ от 26.05.2011 г. № 10-П также выражена правовая позиция, основанная, в том числе и на практике Европейского суда по правам человека, о том, что заключение третейского соглашения не противоречит праву на судебную защиту, которое в рамках третейского разбирательства *«... обеспечивается возможностью обращения в предусмотренных законом случаях в государственный суд, в частности путем подачи заявления об отмене решения третейского суда либо о выдаче*

[40] См., например: п. 1.1 Постановления КС РФ от 12.03.2001 г. № 4-П, п. 2 Определения КС РФ от 18.12.2008 г. № 1086-О-П.

исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда...».

С учетом приведенных выше норм Конституции РФ и правовых позиций КС РФ представляется, что вопрос о конституционности «антиисковых обеспечительных мер» может быть решен следующим образом:

- по общему правилу, «антиисковые обеспечительные меры» в виде запрета лицу пользоваться принадлежащим ему правом на судебную защиту, а равно и правом на разрешение дела в третейском разбирательстве в соответствии с третейским соглашением, вероятно, нарушают конституционные гарантии;

- вместе с тем вряд ли будет нарушением конституционных гарантий ограничение, посредством «антиисковых обеспечительных мер», процессуальных действий, направленных на рассмотрение дела судом, не компетентным рассматривать спор (с нарушением установленных правил подсудности и подведомственности);

- наконец, возможны и ситуации, в которых применение «антиисковых обеспечительных мер», как представляется, будет направлено не на ограничение, а на обеспечение права на судебную защиту (например, в ситуации, когда применение таких обеспечительных мер позволяет лицу защитить свои права в государственном суде при отсутствии действительного третейского соглашения — предположим, к примеру, что подпись лица на третейском соглашении подделана).

В целом, представляется, что могут существовать ситуации, когда применение «антиисковых обеспечительных мер» оправданно

с точки зрения конституционных гарантий[41]. В то же время вряд ли возможно заранее, без учета конкретных обстоятельств дела, дать какой-либо универсальный ответ на вопрос о допустимости с конституционной точки зрения того или иного вида «антиисковых обеспечительных мер».

Г. Нормы Закона МКА о недопустимости судебного вмешательства

Одним из аргументов против «антиисковых обеспечительных мер» в делах, связанных с международным арбитражем, является то, что в ст. 5 Типового закона закреплен принцип недопустимости судебного вмешательства по вопросам, урегулированным Типовым законом, за исключением предусмотренных в нем случаев. Отмечается, что большая часть стран, имплементировавших положения Типового закона в свое законодательство, предпочли перечислить конкретные ситуации, в которых национальный суд может вмешиваться в деятельность арбитража. Россия, как известно, имплементировала в свое национальное законодательство положения Типового закона, в том числе и ст. 5 Типового закона. В российской доктрине высказано мнение о том, что имплементирующая норма (ст. 5 Закона о МКА) делает невозможным принятие российскими судами любых «антиисковых обеспечительных мер», направленных либо на запрещение третейского (арбитражного) разбирательства, либо на обязание сторон к участию в нем[42].

При анализе ст. 5 Закона о МКА прежде всего обратим внимание на то, что она касается только международного арбитража

[41] В данной статье не затрагивается сложный вопрос о возможности конфликта между конституционными правами различных лиц и механизмах разрешения такого конфликта.

[42] В литературе изложено и мнение, что, исходя из существующего в РФ толкования конституционного права на судебную защиту, применение «антиисковых обеспечительных мер» вряд ли возможно. См.: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297. *Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 60–62.

и не распространяется на «внутреннее» третейское разбирательство в рамках ФЗ о третейских судах. Обратим внимание также на то, что согласно п. 1 ст. 1 Закона о МКА он только в ограниченном объеме применяется к международному арбитражу, если место его проведения находится за границей (к такому разбирательству применимы только ст. 8, 9, 35 и 36 Закона о МКА, что позволяет говорить о том, что вопрос о возможном применении в России «антиисковых обеспечительных мер» в отношении такого иностранного разбирательства Законом о МКА не урегулирован).

Что касается международного коммерческого арбитража на территории России, к которому Закон о МКА применим в полном объеме, обратим внимание на формулировку ст. 5 о недопустимости вмешательства суда только *«... по вопросам, регулируемым настоящим Законом»*. Отметим и то, что ст. 9 Закона о МКА, в полном соответствии с Типовым законом, предусматривает, что обращение стороны арбитражного (третейского) разбирательства в государственный суд за получением обеспечительных мер само по себе не является несовместимым с арбитражной оговоркой (хотя в рамках ст. 9 не конкретизируется перечень возможных обеспечительных мер).

Исходя из ст. 5 и 9 Закона о МКА, представляется, что применение «антиисковых обеспечительных мер», направленных на ограничение проведения международного коммерческого арбитража в России (в частности, судебный запрет на проведение арбитражного разбирательства), равно как и на обязание сторон к совершению определенных действий в рамках третейского разбирательства, скорее всего, действительно вступает в противоречие с Законом о МКА (как, впрочем, и с Нью-Йоркской конвенцией). Сложнее согласиться с позицией о том, что и «проарбитражные» «антиисковые обеспечительные меры» нарушают ст. 5 Закона

о МКА. С точки зрения автора, подобные «антиисковые обеспечительные меры», оказывающие непосредственное воздействие не на сам международный арбитраж, а лишь на препятствующие ему параллельные судебные разбирательства, вряд ли могут считаться судебным вмешательством по вопросам, урегулированным Законом МКА (так как вопрос о пресечении параллельных разбирательств Закон о МКА не регулирует, за единственным исключением – п. 1 ст. 8, требующего прекращения производства по делу в случае обращения с иском в суд при наличии арбитражного соглашения; к тому же, возможность обращения за судебной поддержкой предусмотрена ст. 9 Закона о МКА).

Д. Допустимость принятия «антиисковых обеспечительных мер», рассчитанных на применение за границей, с точки зрения норм международного права и корреспондирующих норм национального права

Международно-правовой принцип суверенного равенства государств, закрепленный в п. 1 ст. 2 Устава ООН, в принципе не позволяет российским судебным органам принимать какие-либо меры, нарушающие суверенитет иностранных государств.

Согласно ч. 1 ст. 4 Конституции РФ, суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию. За пределами действия суверенитета РФ (а значит, и юрисдикции российских судебных органов) находятся территории иностранных государств, т.е. российские судебные органы, в принципе, не могут напрямую принудить какое-либо иностранное лицо (в том числе иностранный суд или арбитражный институт), на которое не распространяется их территориальная юрисдикция, к совершению каких-либо действий или к отказу от совершения каких-либо действий. Этот же вывод следует из применения принципов международного права, определяющих границы суверенитета государств (а издание судебного акта, безусловно, является реализацией

суверенитета) и не допускающих нарушения суверенитета иностранного государства.

Территориальные границы действия актов российских арбитражных судов отражены и в ч. 1 ст. 16 АПК РФ, согласно которой вступившие в законную силу судебные акты арбитражного суда являются обязательными для органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц и граждан и *подлежат исполнению на всей территории Российской Федерации*[43]. *A contrario,* исходя из данной нормы (и тем более исходя из принципов международного права) вряд ли можно говорить о какой-либо принудительной силе российского судебного акта об обеспечительных мерах за пределами РФ. Представляется, что российский судебный акт о применении «антиисковых обеспечительных мер», предусматривающий необходимость приостановления иностранного судебного (арбитражного) процесса, вряд ли может подлежать принудительному исполнению в иностранном государстве (если только иное не следует из национального законодательства соответствующего государства или из международного договора, что представляется маловероятным), так как будет нарушать принцип суверенного равенства государств (а, возможно, и иные принципы международного права)[44].

В то же время следует обратить внимание на формулировку в п. 1 ст. 16 АПК о всеобщей обязательности судебного акта. Данная формулировка в сочетании с ч. 2 той же статьи, а также ст. 315 УК РФ создают условия для привлечения к уголовной

[43] Аналогичная норма содержится в ст. 6 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации».

[44] В частности, может быть поднят вопрос о нарушении принципа международной вежливости (*comity*). Подробный анализ принципов суверенного равенства и международной вежливости и их применения к судебным актам государств не входит в предмет данного исследования.

ответственности любых лиц, не исполняющих судебный акт. Таким образом, механизм экстерриториального действия российских «антиисковых обеспечительных мер» по сути может быть аналогичным механизму действия аналогичных обеспечительных мер в странах общего права (а именно, вместо формального признания и приведения в исполнение судебного акта об обеспечительных мерах в иностранном государстве, действие обеспечительной меры достигается за счет угрозы применения к лицу, которому она адресована, ответственности за неисполнение решения суда.

Зададимся вопросом, не означает ли применение подобных обеспечительных мер в отношении ведения судебных или арбитражных процессов за границей (фактически предписывающих стороне произвести определенные действия в иностранном суде или арбитраже и тем самым предопределяющих ход проводимого за рубежом судебного или арбитражного процесса), косвенного расширения юрисдикции российских судов за пределы территории РФ и нарушения суверенитета иностранных государств. Представляется, что в данном вопросе, как минимум, существует почва для споров и обвинений российских судов во вмешательстве в вопросы ведения судебных и арбитражных процессов за границей, подобно тому, как английские суды подвергаются критике за выдачу *anti-suit injunctions* в отношении судебных и арбитражных процессов за границей[45] (равно как и для встречных аргументов о том, что введения обеспечительных мер в России в отношении стороны, по отношению к которой российские суды имеют юрисдикцию, правомерно и не равнозначно вынесению судебного акта, напрямую подменяющего собой решение иностранного суда).

[45] По данному вопросу см., в частности: *Рожкова М.* Обеспечительные меры иностранного суда // ЭЖ-Юрист. 2006. № 30 // СПС «Консультант Плюс».

VI. Соответствие «антиисковых обеспечительных мер» общим процессуальным нормам о применении обеспечительных мер

A. Применение антиисковых обеспечительных мер судами

Далее рассмотрим вопрос о процессуальной возможности «антиисковых обеспечительных мер» при рассмотрении дел в государственных арбитражных судах (с учетом того, что в целом данный вопрос более подробно урегулирован АПК РФ по сравнению с ГПК РФ и существует достаточно подробно разработанная правовая позиция ВАС РФ по различным вопросам применения арбитражными судами обеспечительных мер).

Согласно ч. 1 ст. 90 АПК РФ, *«арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, и иного лица может принять* ***срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя (обеспечительные меры)»***. Обеспечительные меры допускаются на любой стадии процесса, *«если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю»* (ч. 2 ст. 90 АПК РФ).

В качестве признаков обеспечительных мер в российской доктрине принято выделять: **срочность** (необходимость безотлагательного разрешения спора); **временный характер** (ограниченность срока действия обеспечительных мер определенных периодом); **направленность на защиту**

нарушенных имущественных или неимущественных интересов заявителя; соразмерность заявленному имущественному требованию[46].

Предусмотренные главой 8 АПК РФ обеспечительные меры применяются по делам с участием российских лиц, а также по делам с участием иностранных лиц, отнесенным к компетенции арбитражных судов в Российской Федерации в соответствии с главой 32 АПК РФ (ст. 250 АПК РФ). В ч. 1 ст. 91 АПК РФ (применительно к корпоративным спорам – также ч. 3 ст. 225.6 АПК РФ) приведен перечень допустимых обеспечительных мер, который является открытым. В нем прямо не упоминаются «антиисковые обеспечительные меры».

(1) Критерий «связи с предметом спора»

Среди видов обеспечительных мер, прямо перечисленных в ст. 91 АПК РФ, выделим возможный запрет ответчику и иным лицам *«совершать определенные действия,* ***касающиеся предмета спора»*** (п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ). Применение данной нормы взыскателем может оказаться затруднено в связи с тем, что норма требует определенной связи между истребуемым запретом и предметом спора[47]. Критерий «связи с предметом спора» подразумевает, что истребуемые обеспечительные меры (судебный запрет) должны быть непосредственно связаны с предметом спора[48]. Отметим, что само по себе понятие «**непосред-**

[46] Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. *В.В. Яркова*. М.: Инфотропик Медиа, 2011 // СПС «Консультант Плюс» (комментарий к ст. 90 АПК РФ).

[47] В литературе высказывается и мнение об отсутствии невозможности существования связи «антиисковых обеспечительных мер» с предметом спора, поскольку предметом иска не может быть разбирательство в ином суде. См.: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[48] Пункт 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров». Хотя данное Постановление

ственной связи» с предметом спора является категорией оценочной, и вряд ли существуют какие-либо надежные критерии для определения того, насколько тесно испрашиваемые антиисковые обеспечительные меры должны быть связаны с предметом спора для того, чтобы считать установленной указанную «непосредственную связь».

В отсутствие четких критериев для определения необходимого уровня взаимосвязи истребуемых обеспечительных мер с предметом спора представляется, что обоснование права на введение подобных обеспечительных мер на практике может оказаться крайне затруднительным или даже невозможным. Предположим, например, что в международном коммерческом арбитраже на территории России рассматривается иск о возмещении убытков и параллельно одна из сторон спора инициирует разбирательство в государственном суде (например, дело о признании договора недействительным) с целью воспрепятствовать ведению третейского разбирательства или создать условия для последующего отказа в приведении в исполнение решения. В качестве альтернативного варианта рассмотрим случай, когда сторона по делу в международном коммерческом арбитраже передает тот же самый спор на рассмотрение в государственный суд. Предположим также, что государственный суд принимает дело к своему производству и дело рассматривается в государственном суде по существу (к примеру, в случае, когда государственный суд пришел к выводу, что арбитражная оговорка недействительна и не препятствует рассмотрению дела). Параллельное разбирательство

непосредственно касается вопросов принятия обеспечительных мер в связи с проведением в акционерном обществе общего собрания акционеров, представляется, что ряд приведенных в нем правовых позиций имеет общеправовое значение и распространяется также и на принятие обеспечительных мер в иных случаях. Критерий взаимосвязанности с предметом спора также упоминается в п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

в государственном суде в этих случаях будет взаимосвязано с «основным» разбирательством в международном коммерческом арбитраже, и возможна аргументация, что «антиисковые обеспечительные меры» в отношении разбирательства в государственном суде связаны со **спором**, рассматриваемым в международном коммерческом арбитраже. В то же время у испрашиваемых «антиисковых обеспечительных мер» в рассматриваемом примере нет какой-либо тесной связи с **предметом спора** по делу, рассматриваемому в международном арбитраже, т.е. с конкретными исковыми требованиями (в данном случае — о взыскании убытков). С учетом этого, представляется вероятным, что государственный суд в данном случае откажет в принятии «антиисковых обеспечительных мер» со ссылкой на отсутствие «непосредственной связи» испрашиваемых обеспечительных мер именно с предметом спора (хотя, как указывалось выше, с учетом оценочного характера этого критерия вопрос о наличии такой связи должен рассматриваться с учетом всех обстоятельств конкретного дела и вряд ли возможно заранее утверждать, что требование «непосредственной связи с предметом спора» во всех случаях влечет невозможность применения «антиисковых обеспечительных мер»).

Следует отметить, что хотя АПК РФ прямо не предусматривает, что *«иные обеспечительные меры»* должны быть обязательно связаны с предметом спора, представляется, что позиция ВАС РФ состоит в том, что наличие непосредственной связи с предметом спора является общим требованием ко всем видам обеспечительных мер[49], хотя данная правовая позиция и не основана непосредственно на тексте АПК РФ.

[49] Пункт 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров», п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» от 09.12.2002 г. № 11;

(2) Критерий соразмерности

Еще одним важнейшим критерием, которому должны соответствовать обеспечительные требования в российском гражданском процессе, является их соразмерность заявленному требованию[50]. В самом АПК РФ содержание критерия «соразмерности» не раскрывается. Позиция ВАС РФ по этому вопросу (в контексте оценки соразмерности предварительных обеспечительных мер, которые согласно АПК РФ могут быть введены только в целях защиты имущественных интересов) состоит в том, что оценка соразмерности производится арбитражным судом с учетом соотносимости права и интереса, о защите которых просит заявитель, стоимости имущества, на которое он просит наложить арест, либо имущественных последствий запрещения совершения определенных действий должнику, а также на основе иных критериев[51]. Прежде всего отметим гибкое использование для оценки соразмерности ряда возможных факторов, закрытый перечень которых отсутствует. Представляется, что применение данных оценочных факторов в деле, где истребуются «антиисковые обеспечительные меры», зависит от обстоятельств конкретного дела, и вряд ли применение критерия соразмерности может являться абсолютным препятствием для применения рассматриваемого вида обеспечительных мер. Кроме того, обратим внимание на то, что ВАС РФ рассматривает вопрос о соразмерности обеспечительных мер в контексте их соответствия заявленным имущественным требованиям. Между тем обеспечительные меры (в том числе, возможно, и «антиисковые обеспечительные меры») согласно АПК РФ могут вводиться и в обеспечение неимущественных

п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10. 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

50 Часть 2 ст. 91 АПК РФ. См. также п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров» и п. 10, 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

51 Пункт 7 Обзора практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер, утвержденного Информационным письмом ВАС РФ от 07.07.2004 г. № 78.

требований. Представляется, что исходя из правовой позиции ВАС РФ, *a contrario* к подобным требованиям критерий соразмерности непосредственно не применяется, но при этом в любом случае должен обеспечиваться баланс интересов сторон и разумность применения обеспечительных мер (см. ниже), и кроме того, интересы ответчика также защищаются путем применения института встречного обеспечения; размер встречного обеспечения по требованиям неимущественного характера определяется судом исходя из размера возможных убытков ответчика, причиненных обеспечительными мерами[52]. С учетом приведенных обстоятельств, по мнению автора, представляется спорной высказанная в литературе точка зрения[53] о том, что применение к обеспечительным мерам критерия соразмерности (наряду с требованием об относимости к предмету иска) приводит к тому, что с точки зрения российского процессуального законодательства применение «антиисковых обеспечительных мер» вряд ли возможно.

(3) Недопустимость обеспечительных мер, имеющих своей целью не защиту интересов заявителя, а лишение другого лица возможности и права осуществлять свою законную деятельность[54]

Представляется, что применение данного оценочного критерия зависит от фактических обстоятельств дела. По крайней мере,

52 Пункт 4 в сочетании с п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер». В том же Постановлении критерий соразмерности указывается в п. 10 в качестве одного из общих, универсальных критериев введения обеспечительных мер. Аналогичная позиция выражены в более ранних актах ВАС РФ, в частности, в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров» от 09.07.2003 г. № 11. Представляется, что в п. 13 Постановления № 55 ВАС РФ конкретизировал позицию в части того, что критерий соразмерности применяется только к имущественным требованиям.

53 *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

54 Пункт 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров».

наличие данного критерия вряд ли может быть абсолютным препятствием, во всех случаях, к принятию «антиисковых обеспечительных мер». Отметим, что «антиисковые обеспечительные меры», направленные на фактическое лишение другого лица принадлежащих ему прав (прежде всего права на судебную защиту компетентным судом, которому подсудно дело), могут быть невозможны и в силу несоответствия рассмотренным выше конституционным гарантиям.

(4) Прочие критерии

В соответствии с правовой позицией ВАС РФ при оценке доводов заявителя о необходимости введения обеспечительных мер судам следует, в частности, иметь в виду:

- разумность и обоснованность требования заявителя о введении обеспечительных мер;
- вероятность причинения заявителю значительного ущерба в случае непринятия обеспечительных мер;
- обеспечение баланса интересов заинтересованных сторон;
- предотвращение нарушения при принятии обеспечительных мер публичных интересов, интересов третьих лиц[55].

Представляется, что данные критерии, в силу их общего и оценочного характера, не могут служить абсолютным препятствием к применению «антиисковых обеспечительных мер». Вопрос о допустимости «антиисковых обеспечительных мер» с учетом данных критериев должен будет решаться в каждом случае

[55] Пункт 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

отдельно с учетом фактических обстоятельств дела при условии, что принятие судебных «антиисковых обеспечительных мер» по делу в принципе допустимо с точки зрения приведенных выше более общих критериев и правовых требований.

(5) Невозможность исполнения судебного акта и предотвращение значительного ущерба

Согласно ч. 2 ст. 90 АПК РФ обеспечительные меры допускаются на любой стадии арбитражного процесса, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, **в том числе, если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации**, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю.

Отметим, что в принципе, в зависимости от обстоятельств дела, возможны ситуации, позволяющие аргументировать, что в случае непринятия российских «антиисковых обеспечительных мер» станет невозможным исполнение российского решения за границей и/или заявителю будет причинен значительный ущерб. Таким образом, в принципе возможны ситуации, в которых введение российским судом «антиисковых обеспечительных мер» может быть обосновано со ссылкой на нормы АПК РФ и на позицию ВАС РФ о том, что одним из оснований для введения обеспечительных мер может являться необходимость сохранения имущественного *status quo*[56]. Что касается критерия последующего затруднения исполнения судебного акта в случае непринятия обеспечительных мер, то представляется затруднительным заранее прийти к какому-либо определенному выводу о том, будет ли этот оценочный критерий применим в конкретном деле. Так,

[56] Там же, п. 9.

если в российском суде рассматривается материальное требование к иностранному ответчику (и при этом, к примеру, российским судом сделан вывод о недействительности арбитражной оговорки, что позволяет российскому суду рассмотреть дело по существу), рассмотрение дела в иностранном суде и вынесение решения по существу дела может в дальнейшем создать препятствие для признания и принудительного исполнения российского судебного решения за рубежом. В других случаях, в зависимости от обстоятельств дела, для российской стороны, действительно, может оказаться затруднительным или невозможным обоснование того, почему непринятие российских «антиисковых обеспечительных мер» затруднит будущее исполнение российского судебного акта. В то же время следует учитывать, что альтернативным основанием для введения обеспечительных мер согласно ч. 2 ст. 90 АПК РФ является наличие риска причинения заявителю значительного ущерба в случае непринятия обеспечительных мер. Хотя данный критерий, как и прочие рассмотренные критерии, является оценочным и невозможно заранее, без учета всех обстоятельств, определить, будет ли он применим в конкретном деле, вполне можно представить ситуации, когда непринятие «антиисковых обеспечительных мер» влечет значительный имущественный ущерб, по крайней мере, косвенный (например, в связи с невозможностью последующего исполнения российского третейского решения за рубежом в связи с принятием иностранным судом решения по тому же вопросу, противоречащего российскому решению).

(6) Юрисдикция по делам с участием иностранных лиц

Согласно ст. 250 АПК РФ, по делам с участием иностранных лиц, отнесенным к компетенции арбитражных судов в Российской Федерации в соответствии с главой 32 АПК РФ, арбитражный суд в Российской Федерации может принять обеспечительные

меры по правилам главы 8 АПК РФ, т.е. по общим правилам, применяемым в рамках АПК РФ к обеспечительным мерам. Таким образом, в принципе, если спор потенциально относится к юрисдикции российских арбитражных судов (т.е. ими могло бы быть рассмотрено материально-правовое требование к иностранному ответчику), российским арбитражным судом также могут быть введены обеспечительные меры в отношении иностранного ответчика.

(7) Регулирование аналогичных вопросов в отношении введения обеспечительных мер в судах общей юрисдикции

В рамках ГПК РФ вопрос об «антиисковых обеспечительных мерах» прямо не решен.

Так, согласно ст. 139 ГПК РФ, *«по заявлению лиц, участвующих в деле, судья или суд может принять меры по обеспечению иска. Обеспечение иска допускается во всяком положении дела, если непринятие мер по обеспечению иска может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда»*. Отметим, что в рамках ГПК РФ не предусмотрено альтернативное основание для принятия обеспечительных мер, предусмотренное АПК РФ (вероятность причинения значительного ущерба заявителю). В то же время, как отмечалось выше, применительно к обеспечительным мерам в рамках АПК РФ, в принципе, могут существовать ситуации, когда непринятие «антиисковых обеспечительных мер» может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда. В то же время далеко не во всех случаях можно будет доказать непосредственную связь между испрашиваемыми «антиисковыми обеспечительными мерами» и невозможностью будущего исполнения решения. Кроме того, обратим внимание на то, что в ст. 139 ГПК РФ, в отличие от аналогичной нормы АПК РФ, нет ссылок на невозможность исполнения судебного решения за границей, что потенциально ограничивает

возможность применения «антиисковых обеспечительных мер» в судах общей юрисдикции.

Как и в рамках АПК РФ, перечень прямо предусмотренных законом видов обеспечительных мер включает запрещение ответчику совершать определенные действия (п. 2 ч. 1 ст. 140 ГПК РФ — в данном случае, в отличие от аналогичной нормы АПК РФ, не используется квалифицирующий признак *«в отношении предмета спора»*) и запрещение третьим лицам совершать определенные действия в отношении предмета спора (п. 3 ч. 1 ст. 140 ГПК РФ). Как и в рамках АПК РФ, перечень допустимых обеспечительных мер является открытым и возможно принятие *«иных обеспечительных мер»* (ч. 1 ст. 140 ГПК РФ).

Как и в рамках АПК РФ, предусмотрена необходимость соразмерности обеспечительных мер (п. 3 ст. 140 ГПК РФ).

Каких-либо специальных норм о применении обеспечительных мер по делам с участием иностранных лиц ГПК РФ не содержит, но представляется, что это не препятствует применению к иностранным лицам обеспечительных мер при условии соблюдения общих требований ГПК РФ о подсудности дела с участием иностранных лиц российским судам (глава 44 ГПК РФ).

Б. Возможность введения антиисковых обеспечительных мер самим третейским судом

В соответствии со ст. 17 Закона о МКА, если стороны не договорились об ином, третейский суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких **обеспечительных мер в отношении предмета спора**, которые он считает необходимым. Данная норма Закона о МКА соответствует ст. 17 Типового закона в первоначальной редакции. Представляется, что формулировка о возможности обеспечительных мер только

в отношении предмета спора вряд ли позволяет обосновать применение «антиисковых обеспечительных мер» по причинам, которые рассматривались выше применительно к критерию «непосредственной связи с предметом спора» в отношении судебных «антиисковых обеспечительных мер». Данное ограничение в рамках Типового закона было снято в рамках изменений, внесенных в него в 2006 г. Как указывалось выше, новые формулировки ст. 17 прямо рассчитаны на то, чтобы предоставить третейскому суду безусловное право принять «антиисковые обеспечительные меры» в отношении стороны спора. В то же время в российском законодательстве обновленная редакция Типового закона на данный момент не имплементирована.

Что касается «внутреннего» третейского разбирательства, соответствующая норма (п. 1 ст. 25 ФЗ о третейских судах) практически идентична ст. 17 Закона о МКА и также предусматривает возможность обеспечительных мер только *«в отношении»* предмета спора. Соответственно, представляется, что на данный момент принятие «антиисковых обеспечительных мер» в рамках «внутреннего» третейского разбирательства также вряд ли возможно.

VII. Позиция российской судебной практики

На данный момент в России существует крайне ограниченная судебная практика по вопросам принятия «антиисковых обеспечительных мер». В литературе обсуждаются фактически только два дела, в которых заявители обращались в российские арбитражные суды с заявлениями о принятии подобных обеспечительных мер. В первом из дел Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области по заявлению об обеспечительных мерах принял определение, которым третейскому суду было запрещено производство по третейскому разбирательству и совершение

процессуальных действий до рассмотрения дела в арбитражном суде[57]. Определение об обеспечительных мерах было отменено ФАС Северо-Западного округа, который пришел к выводу, что запрещение третейскому суду производства по третейскому разбирательству *«... ограничивает полномочия Третейского суда и нарушает установленные законом права участников третейского разбирательства, что не соответствует положениям статьи 90 АПК РФ. Действующим законодательством не предусмотрена возможность вмешательства арбитражного суда в деятельность третейских судов и запрещения им осуществлять производство по третейскому разбирательству и процессуальные действия».* Комментаторами данный вывод суда признается правильным и учитывающим дерогационный эффект арбитражной оговорки[58]. Представляется, что в ситуации, когда заявитель испрашивает «антиисковые обеспечительные меры» с целью обхода действительной арбитражной оговорки и необоснованного перенесения рассмотрения вопроса о компетенции из третейского суда в государственный, указанные выводы суда заслуживают полной поддержки. Вместе с тем, очевидно, что этим не исчерпывается все многообразие ситуаций, когда могут понадобиться «антиисковые обеспечительные меры». Соответственно, вряд ли приведенная правовая позиция суда (являющаяся, в любом случае, позицией по конкретному делу, не обязательной для применения судами по другим делам) является во всех случаях препятствием к применению «антиисковых обеспечительных мер».

Вторым известным примером является обращение ОАО «НЛМК» в арбитражный суд с заявлением о признании сделки недействительной с одновременным заявлением о применении «антиисковых обеспечительных мер» в виде запрета ответчику (Н.В. Максимову)

[57] Определение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 02.10.2002 г. по делу № А56–30789/02.

[58] *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

получать денежные средства по указанному договору, причитающиеся ответчику в соответствии с решением МКАС при ТПП РФ, отмененным определением Арбитражного суда г. Москвы (впоследствии оставленным в силе после последовательных попыток обжалования в судах всех уровней). В данном деле суд отказал в применении «антиисковых обеспечительных мер» по той причине, что суд не усмотрел в данном деле связи между испрошенными мерами и предметом спора и посчитал недоказанным, что непринятие обеспечительных мер в данном деле может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта[59]. При этом суд не сделал вывода о том, что «антиисковые обеспечительные меры» не допустимы вообще или не могут применяться в подобного рода делах. Оставляя без комментария мотивировку определения об отказе в применении антиисковых обеспечительных мер, отметим, что решение вопроса об обеспечительных мерах в данном деле в любом случае не может считаться универсальным и отражающим раз и навсегда установленную позицию российских судов при решении вопроса об «антиисковых обеспечительных мерах» в новых делах со схожими обстоятельствами, не говоря уже о делах с иным набором обстоятельств.

Отметим еще одно дело, в котором (в контексте рассмотрения российским судом дела о банкротстве) испрашивались обеспечительные меры в виде запрета иностранной организации вести дела в иностранных судах против российского общества, в отношении которого велось дело о банкротстве. В применении обеспечительных мер было отказано на том основании, что АПК РФ не предусматривает ограничения стороны в праве на судебную защиту своих интересов в иностранном государстве[60].

[59] Определение Арбитражного суда г. Москвы от 15.08.2012 г. по делу № А40–26424/2011–83–201.

[60] Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20.06.2000 г. по делу № Ф03-А51/00-1/993.

В целом, несмотря на наличие единичных случаев, в которых суды решали вопрос о принятии «антиисковых обеспечительных мер» тем или иным образом, представляется, что пока что преждевременно было бы говорить о формировании какой-либо единообразной и устойчивой практики по данному вопросу. Тем не менее показательно, что в двух из трех рассмотренных дел основанием к отказу в применении (либо к отмене) «антиисковых обеспечительных мер» было обращение суда к конституционным нормам о праве на судебную защиту, а не к техническим процессуальным нормам, регулирующим собственно вопросы применения обеспечительных мер, что, вероятно, свидетельствует о том, что наиболее серьезные проблемы, которые необходимо преодолеть для принятия антиисковых мер, лежат в конституционно-правовой плоскости.

VIII. Основные выводы

(1) Вопрос о возможном применении «антиисковых обеспечительных мер» как специфического вида обеспечительных мер, принимаемых судами и третейскими судами, прямо не урегулирован действующим российским законодательством. Вопрос о допустимости подобного рода обеспечительных мер остается открытым, и его решение зависит от соответствия института «антиисковых обеспечительных мер» фундаментальным правовым нормам (нормам международного права, прежде всего Нью-Йоркской конвенции), конституционным гарантиям, а также нормам национального права по вопросу о недопустимости произвольного судебного вмешательства в дела международного коммерческого арбитража.

(2) С точки зрения требований Нью-Йоркской конвенции, вероятно, недопустимо применение «антиисковых обеспечительных

мер», направленных на ограничение или пресечение третейского разбирательства при наличии действительной третейской оговорки. Подобного рода обеспечительные меры также, вероятно, противоречат требованиям Закона о МКА. В то же время «антиисковые обеспечительные меры», направленные на поддержку третейского разбирательства, представляются допустимыми.

(3) «Антиисковые обеспечительные меры» не должны приводить к нарушению конституционных гарантий, в том числе к лишению какого-либо лица права на судебную защиту его прав компетентным судом, равно как и права на разрешение спора в третейском порядке в соответствии с согласованной третейской процедурой разрешения споров. Указанные конституционные гарантии, вероятно, не нарушаются в случаях, когда лицо, в отношении которого истребуются «антиисковые обеспечительные меры», допускает явные злоупотребления правилами о подведомственности или подсудности споров. Возможны и иные ситуации, когда «антиисковые обеспечительные меры» допустимы с конституционной точки зрения.

(4) Механизм экстерриториального действия российских «антиисковых обеспечительных мер» фактически (за исключением тех маловероятных случаев, когда такие российские меры исполняются в иностранном государстве в силу международного договора или соглашения, на основе принципа взаимности или по иным основаниям) может быть основан только на «непрямом» воздействии (т.е. не путем прямого воздействия на иностранный суд или предмет спора, а путем воздействия на стороны, находящиеся в юрисдикции российского суда, угрозой уголовного преследования за неисполнение судебного акта). Соответствие подобного правового механизма территориальным пределам действия суверенитета РФ (а значит, и пределам действия юрисдикции российских судов) может быть поставлено под сомнение

на основании аргументации, что подобные обеспечительные меры все равно представляют собой косвенное вмешательство в юрисдикцию иностранного суда и нарушение суверенитета иностранного государства.

(5) Для применения российскими государственными судами «антиисковых обеспечительных мер» как прямо не поименованного в законодательстве вида обеспечительных мер требуется соблюдение ряда процессуальных предпосылок и требований, конкретизированных ВАС РФ. Вопрос о том, соответствуют ли «антиисковые обеспечительные меры» всей совокупности предъявляемых к обеспечительным мерам процессуальных требований, должен решаться в каждом случае индивидуально, но на основании анализа всех обстоятельств дела. Представляется, что одним из наиболее проблематичных является требование о наличии непосредственной связи с предметом спора. Это же требование, как представляется, затрудняет принятие «антиисковых обеспечительных мер» третейскими судами в рамках действующего законодательства. Данная проблема может быть устранена в случае внесения изменений в нормы АПК РФ и ГПК РФ, а также законодательство о третейских судах (в том числе в случае имплементации ст. 17 Типового закона в редакции 2006 г.).

(6) Несмотря на приведенные выше ограничения и возможные правовые сложности, представляется, что на данный момент не существует каких-либо универсальных оснований, в соответствии с которыми применение «антиисковых обеспечительных мер» было бы запрещено уже в принципе, без учета конкретных обстоятельств дела.

ЖУРНАЛ ДЛЯ ДЕЛОВЫХ ЛЮДЕЙ
Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

АВГУСТ 2014
Выходит с 1992 года

WWW.IGZAKON

ЗАКОН



Налоговая оптимизация как преступление

Перспективы кодификации концепции бенефициарного собственника в России

Уведомление иностранного ответчика в международном гражданском процессе

Современные российские амнистии: основания и последствия

Оксана БАЛАЯН
«Выиграют те, кто знает рынок и законодательство азиатских стран»

ТЕМА НОМЕРА: Споры, осложненные иностранным элементом: материально-правовые и процессуальные аспекты

ISSN 08694
9 770869 440002



ЯРКОВ
ВЛАДИМИР ВЛАДИМИРОВИЧ

заведующий кафедрой
гражданского процесса
УрГЮА,
доктор юридических наук,
профессор, заслуженный
деятель науки РФ

ПРИМЕНЕНИЕ АНТИИСКОВЫХ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР РОССИЙСКИМИ СУДАМИ: ПОЧЕМУ БЫ И НЕТ?

Автор развивает дискуссию о возможности признания в российском процессе конструкции *anti-suit injunction*, перенося ее в плоскость использования подобных мер российскими судами.

Ключевые слова: обеспечение иска, обеспечительные меры, anti-suit injunction, запрет параллельного процесса, иностранный суд

Вопрос о возможности применения обеспечительной меры в виде запрета на возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса (*anti-suit injunction*) периодически обсуждается в доктрине и судебной практике. Например, в п. 32 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 09.07.2013 № 158 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» была выражена позиция о том, что «принятые иностранным судом обеспечительные меры в виде запрета на участие в рассмотрении спора в судах Российской Федерации не препятствуют рассмотрению спора компетентным российским судом». В доктрине высказываются различные мнения, от предложения внимательно изучить данный институт на предмет его применимости к российскому процессу[1] до его отрицания в силу целого ряда причин, главной из которых является противоречие публичному порядку нашей страны[2].

[1] См., напр.: *Комаров И.С.* Защита ответчика против иска в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2012. С. 25–27; *Ходыкин Р.М.* Антисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: liber amicorum в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева / под ред. С.Н. Лебедева, Е.В. Кабатовой, А.И. Муранова и др. М., 2013. С. 274–296.

[2] См., напр.: *Рожкова М.А.* Обеспечительные меры иностранного суда // ЭЖ-Юрист. 2006. № 30.

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

Попробуем вновь оценить все аргументы за и против, но только относительно не возможности исполнения в нашей стране таких мер, принятых иностранными судами (в основном английскими), а возможности их применения российскими судами в условиях возбуждения или наличия процесса за рубежом. Возьмем для примера довольно типичный корпоративный спор в ситуации, когда российские граждане владеют действующим на территории Российской Федерации российским юридическим лицом, например ООО «Х», через цепочку компаний, созданных за рубежом для управления своей предпринимательской деятельностью на российской территории. Спор связан со статусом этого ООО, причем одна часть конечных владельцев — граждан России обратилась в российский суд, а другая — в иностранный.

Природа обеспечительной меры в виде запрета на участие в иностранном судебном процессе (*anti-suit injunction*).

Эта обеспечительная мера исторически появилась в английском праве и представляет собой запрет ответчику, на которого распространяется юрисдикция английского суда, начинать или продолжать гражданское разбирательство в иностранном государстве или участвовать в арбитраже[3]. В случае нарушения такого запрета в отношении нарушителя могут быть применены меры процессуального и уголовного воздействия за неуважение к суду.

Термин «антиисковые обеспечительные меры» (*anti-suit injunction*) порой «…вводит в заблуждение, так как создает впечатление, что приказ адресован другому суду и имеет для него обязательную силу. Можно было предположить, что юрисдикция иностранного суда ставится под сомнение и запрет представляет собой приказ иностранному суду не осуществлять полномочия, предоставленные ему правом государства. Все это неверно»[4].

Профессор Н. Эндрюс для объяснения особенностей рассматриваемой обеспечительной меры приводит выдержку из английского судебного решения: «Когда английский суд принимает ограничительный приказ, этот приказ адресуется только соответствующей стороне. Он не направлен против иностранного суда… Приказ имеет обязательную силу только для данной стороны и действует только в случае, если данная сторона подчиняется юрисдикции английских судов и может быть принуждена к исполнению приказа… Мы подчеркиваем, что запреты, выдаваемые для указанных целей, направлены против недобросовестной стороны, а не против судов других юрисдикций»[5]. На то обстоятельство, что приказ английского суда о запрете на действительное или потенциальное участие лица в другом процессе адресован потенциальной или действительной стороне спора, а не другому суду, указывает также автор специального исследования по данной теме Т. Рафаэл[6].

Известный специалист в сфере международного гражданского процесса германский профессор Х. Шак пишет, что если иностранный процесс уже начат, то «с помощью такого распоряжения суда истцу запрещается продолжать вести начатый в иностранном суде процесс. Подобный запрет адресован не иностранному суду (что противоречило бы международному праву), а истцу, который принуждается… забрать свое исковое заявление обратно или же отказаться от дальнейшего участия в процессе»[7].

> Хотя запрет на участие лица в иностранном процессе является мерой правовой защиты, исторически возникшей в системе общего права — в Англии и США, его применение не отвергается полностью специалистами из государств системы гражданского права.

В частности, Х. Шак пишет, что «в Германии иск о понуждении ответчика к отказу от ведения иностранного судебного процесса имеет шансы на успех, если существует материально-правовое требование воздержаться от ведения иностранного судебного процесса»[8]. Такой подход интересен для нас, поскольку общеизвестно, что российский гражданский процесс, а сле-

[3] *См.: Эндрюс Н.* Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж. М., 2012. С. 434. Здесь приводятся выдержки из дела *Turner v. Grovit* (2001).

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

[4] Там же. С. 435.

[5] Там же. С. 436.

[6] См.: *Raphael T.* The Anti-Suit Injunction. Oxford, 2008. P. 4.

[7] *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право: учеб. М., 2001. С. 377.

[8] Там же.

дом за ним и арбитражный по историческим корням происходят из гражданского процесса Германии.

Кроме того, в последнем издании книги Т. Рафаэла, посвященной *anti-suit injunction*, приводится судебная практика Апелляционного суда г. Парижа (Франция) и Верховного земельного суда г. Дюссельдорфа, ФРГ (*Oberlandesgericht*) следующего содержания:

— в деле № 10/01643 «Вивенди против Жерар» (*Vivendi v. Gerard*), рассмотренном Апелляционным судом г. Парижа (*Cour d'Appel de Paris*) 28 апреля 2010 г., суд отклонил апелляцию на отказ Суда большой инстанции (*Tribunal de Grande Instance*, *TGI*) вынести запрет на судопроизводство (*anti-suit injunction*) в отношении судебного процесса, возбужденного в одном из судов США. В то же время вместо того, чтобы указать, что французские суды не вправе выносить такие судебные запреты, суд апелляционной инстанции, как и Суд большой инстанции, отметил, что в удовлетворении соответствующей просьбы отказано на том основании, что юрисдикция США является надлежащим местом рассмотрения дела (*natural forum*), а также что манипулирование подсудностью (*forum shopping*) не установлено; кроме того, факт очевидного злоупотребления не нашел своего подтверждения. Апелляционный суд воздержался от рассмотрения вопроса о своем праве на вынесение соответствующего судебного запрета. Схожую аргументацию использовал бы английский суд при отказе в вынесении запрета судопроизводства[9];

— Верховный земельный суд г. Дюссельдорфа отклонил заявление о вынесении запрета судопроизводства (*application for an anti-suit injunction*) для того, чтобы ограничить возможность предъявления иска до рассмотрения дела Федеральным ведомством надзора за деятельностью картелей (*German Cartel Office,* антимонопольный орган ФРГ). В то же время суд признал, что в принципе он обладает таким полномочием, отказ же был обусловлен тем фактом, что необходимость принятия специального средства судебной защиты в качестве превентивной меры не нашла подтверждения[10].

Таким образом, указанные суды Франции и ФРГ не приняли акта о запрете ответчику на проведение процесса в другом суде не потому, что сочли себя неполномочными, а потому, что отсутствовали все необходимые предпосылки для издания такого судебного акта.

Обобщая изложенное, можно описать *anti-suit injunction* следующим образом:

во-первых, это адресованный другому лицу запрет на возбуждение или ведение параллельного процесса в другом суде;

во-вторых, эта мера адресована именно конкретным лицам — физическим или юридическим;

в-третьих, она не адресована иностранному суду и не ставит под сомнение компетенцию иностранного суда;

в-четвертых, она основывается на компетенции английского суда исходя из закона либо соглашения сторон либо иных обстоятельств, имеющих юридико-фактическое значение для конкретного процесса в английском суде;

в-пятых, в конечном счете она представляет собой способ борьбы со злоупотреблением одной из сторон своими процессуальными правами путем недобросовестных действий по ведению параллельного процесса в другом суде с целью затруднить рассмотрение либо сделать невозможным исполнение будущего решения английского суда. Значит, ее эффективность следует оценивать именно сквозь призму борьбы со злоупотреблениями процессуальными правами, направленной на то, чтобы исключить конфликт компетенций разных судов и будущих судебных актов.

Можно ли вывести из российского процессуального законодательства данную обеспечительную меру в виде запрета на участие лица в иностранном судебном процессе?

Поскольку перечень обеспечительных мер, указанных в ст. 90 АПК РФ, не является закрытым и исчерпывающим, то наряду с ними суды вправе применять и иные меры, выбор которых определяется целями защиты прав участников процесса, прежде всего истца, а также осуществления задач судопроизводства

[9] См.: *Raphael T*. The Anti-Suit Injunction. Updating Supplement. Oxford, 2010. P. 1–2.
[10] Ibid. P. 2.

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

в арбитражных судах и судах общей юрисдикции. Не случайно, что в ч. 1 ст. 91 АПК РФ прямо говорится, что «арбитражными судами могут быть приняты иные обеспечительные меры».

Более точно по этому поводу сказано в ст. 140 ГПК РФ: «В необходимых случаях судья или суд может принять иные меры по обеспечению иска, которые отвечают целям, указанным в ст. 139 ГПК [Основания для обеспечения иска]». Главным при выборе обеспечительной меры является соответствие истребуемой истцом или другой стороной меры ее целям и наличие всех необходимых признаков для ее применения.

Например, в ряде федеральных законов, в частности ст. 225.6 АПК, ст. 1302 и 1312 ГК РФ, содержатся более конкретные способы обеспечения иска, отражающие специфику определенного вида юридической деятельности.

> Таким образом, хотя процессуальный закон прямо не предусматривает обеспечительной меры в виде запрета на возбуждение и/или продолжение лицом иностранного судебного процесса, ее использование нельзя исключать, поскольку необходимость в ней может возникнуть в рамках конкретного процесса, исходя из целей применения обеспечительных мер, когда она следует из существа требований истца и действий ответчика и направлена на исключение параллельного процесса в иной юрисдикции для предотвращения причинения ущерба участникам дела, рассматриваемого в российском суде.

Для применения такой меры основным вопросом для суда будет доказанность ее необходимости со стороны заявителя и установление всех требуемых юридико-фактических обстоятельств, на что обращалось внимание в доктрине при толковании положений ст. 91 АПК РФ. В частности, Н.В. Павлова справедливо пишет, что «кодекс закрепляет право арбитражного суда принять иные обеспечительные меры»[11].

Главным при выборе иной обеспечительной меры являются критерии, связанные с фактическими обстоятельствами рассматриваемого судом дела, особенностями спорных материальных правоотношений, в определенных случаях — с участием иностранных лиц, соответствием заявленной обеспечительной меры требованиям заявителя и предмету спора, а также всем общим условиям применения любой обеспечительной меры: срочность, временный характер, защита имущественных интересов заявителя, соразмерность обеспечительных мер заявленному требованию[12].

Суд вправе в силу своих полномочий выбрать любую необходимую и целесообразную обеспечительную меру, соответствующую целям конкретного судебного процесса.

Кроме того, обеспечительная мера в виде запрета на возбуждение и/или продолжение иностранного процесса может быть принята в рамках п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ как «запрещение ответчику и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора», поскольку по сути она представляет собой как раз такое запрещение. Следовательно, она охватывается более широким видом обеспечительных мер, названным в п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ.

Может ли возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса, предметом которого являются спорные активы, рассматриваться как «действие, касающееся предмета спора», по смыслу п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ?

Ответ на этот вопрос зависит от характера и степени взаимосвязи между требованиями соответствующей стороны в иностранном и российском процессах. Как разъяснено в п. 10 Постановления Пленума

[11] Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А.А. Иванова. М., 2011. С. 330; см. также: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.В. Яркова. М., 2011. С. 321 (автор комментария — В.В. Ярков); Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. Д.А. Фурсова. М., 2011. С. 229 (автор комментария — В.В. Калинин).

[12] Об условиях применения обеспечительных мер подробнее см.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А.А. Иванова. С. 320–335 (автор комментария — Н.В. Павлова); Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.В. Яркова. С. 315–321 (автор комментария — В.В. Ярков); Арбитражный процесс: учеб. / под ред. М.К. Треушникова. М., 2007. С. 282–286 (автор главы — С.А. Иванова); Арбитражный процесс: учеб. / под ред. В.В. Яркова. М., 2014. С. 189–200 (автор главы — В.В. Ярков).

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.10.2006 № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер», при рассмотрении заявления о применении обеспечительных мер суду надлежит оценить, насколько истребуемая заявителем конкретная обеспечительная мера связана с предметом заявленного требования, соразмерна ему и каким образом она обеспечит фактическую реализацию целей обеспечительных мер, обусловленных основаниями, предусмотренными ч. 2 ст. 90 АПК РФ.

Под предметом спора понимаются объекты гражданских прав или иные объекты гражданских, публичных и иных правоотношений, защита которых допускается в арбитражных судах[13]. Поэтому если один и тот же объект, например недвижимость, пакет акций или доля в компании, является предметом спора как в российском, так и иностранном суде, то возбуждение и/или продолжение соответствующего иностранного судебного процесса подпадает под указанные в процессуальном законодательстве «действия, касающиеся предмета спора» по смыслу п. 3 ч. 1 ст. 140 ГПК и п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ.

Именно так охарактеризовал их А.А. Иванов в своем выступлении на II Санкт-Петербургском Международном Юридическом Форуме: «Анализ современного опыта конкуренции правовых систем показывает, что в ряде случаев имеет место очевидное злоупотребление правом, а именно — затягивание в национальные суды споров, относящихся к подведомственности судов другого государства»[14].

В этом смысле запрет на возбуждение и/или продолжение иностранного процесса в условиях наличия исключительной компетенции российского суда может являться как раз той самой мерой, которая может исключить условия для злоупотребления процессуальными и материальными правами в отношении предмета спора, находящегося в сфере ведения российской юрисдикции. Как указывалось выше, запрет на возбуждение и/или участие в иностранном процессе может быть квалифицирован и применен судом на основании п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ как «запрещение ответчику и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора».

Может ли принятие судебного акта иностранным судом в отношении предмета спора затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта российского суда в отношении того же предмета спора?

Да, такое вполне возможно в условиях двух параллельных процессов в отношении одного и того же предмета спора. Данная проблема имеет основания в конфликтах (конкуренции) юрисдикций и получила уже определенное освещение в литературе[15].

Применительно к заданному вопросу отметим, что согласно ч. 2 ст. 90 АПК РФ основания обеспечительных мер определены следующим образом: «Обеспечительные меры допускаются на любой стадии арбитражного процесса, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю». Указание на то, что к числу оснований применения обеспечительных мер относится **затруднительность или невозможность исполнения судебного акта российского суда за рубежом,** подтверждает богатое содержание этой нормы, которая с точки зрения целей применения учитывает возможность международного оборота российских судебных актов.

Принятие судебного акта иностранным судом в отношении предмета спора вполне может затруднить или сделать в принципе невозможным исполнение судебного акта компетентного российского суда в отношении того же предмета спора. В таком случае возник-

[13] См., напр.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.В. Яркова. С. 102 (автор комментария — А.М. Гребенцов).

[14] См. URL: http://arbitr.ru/press-centr/news/52579.html (дата обращения: 04.08.2014).

[15] См., напр.: *Ф. Барьер, Ф. Дидье, Ф. Дюпишо и др.* Цивилистические правовые традиции под вопросом. По поводу докладов *Doing business* Всемирного банка. М., 2007; *Ярков В.В.* Защита прав инвесторов в условиях конкуренции правовых систем (отдельные вопросы) // Судебная защита прав инвесторов: сб. науч. ст. СПб., 2010. С. 39–59; *Иванов А.А.* Недобросовестная конкуренция правовых систем: современные проблемы // II Санкт-Петербургский международный юридический форум, доклад от 17.05.2012. URL: http://arbitr.ru/press-centr/news/52579.html (дата обращения: 04.08.2014).

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

нет вопрос о приоритете одного из судебных актов, последствия разрешения которого предсказать достаточно сложно. Правила ст. 252 АПК РФ регулируют процессуальные последствия рассмотрения иностранным судом дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, однако их применение ограничено сугубо тождественными исками и условием о том, что процесс за рубежом был начат ранее российского.

Поэтому наличие за рубежом судебного процесса в отношении предмета спора, по поводу которого компетентным является российский суд, способно затруднить или сделать невозможным исполнение за рубежом российского судебного решения, а также причинить значительный ущерб истцу по российскому делу. Следовательно, и принятие иностранного судебного акта в отношении одного и того же предмета спора может привести к конфликту двух судебных актов и невозможности исполнения решения российского суда в сфере международного гражданского процесса.

Может ли возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса и принятие иностранным судом судебного акта в отношении предмета спора причинить значительный ущерб истцу по российскому делу?

Ответ на этот вопрос вытекает из ранее сказанного. Да, развитие иностранного судебного процесса и принятие иностранным судом судебного акта в отношении предмета спора, по которому ведется процесс в российском суде, способно причинить значительный ущерб истцу в российском процессе.

Такой ущерб может заключаться: 1) в несении истцом по российскому делу дополнительных материальных издержек по одновременному ведению дел в российском и иностранном суде и за рубежом; 2) в конфликте компетенций и принятии противоречивых судебных актов, законную силу которых по иностранному праву истцу придется тем либо иным способом преодолевать в процессе экзекватуры; 3) в потенциальной утрате права на исполнение на территории иностранной юрисдикции российского судебного решения в связи с непризнанием последнего, поскольку одновременно будет существовать судебный акт иностранного суда по схожему делу.

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

Теперь можно подойти к главному вопросу: **противоречит ли российскому процессуальному законодательству применение российским судом обеспечительной меры в виде запрета на возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса?**

Полагаем, что применение такой обеспечительной меры в отношении лиц, нарушающих исключительную компетенцию российского суда, не противоречит российскому процессуальному законодательству по следующим причинам.

1. Как уже отмечалось выше, перечень обеспечительных мер не является исчерпывающим и применение дополнительных мер осуществляется в соответствии с общими условиями и целями института обеспечительных мер, отраженных в главе 8 АПК и главе 13 ГПК РФ.

2. Основания обеспечительных мер определены в общем в ч. 1 и 2 ст. 90 АПК РФ следующим образом:

«1. Арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, а в случаях, предусмотренных АПК, и иного лица может принять срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя (обеспечительные меры).

2. Обеспечительные меры допускаются на любой стадии арбитражного процесса, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю».

Указанные основания имеются при наличии недобросовестных действий, направленных на рассмотрение дела, наиболее тесно связанного с российским правопорядком, в иностранной юрисдикции, поскольку такие действия направлены, как мы уже говорили, на создание конфликта двух юрисдикций, который может причинить ущерб российскому истцу и сделать невозможным исполнение российского судебного акта за рубежом.

В ст. 90 и ч. 2 ст. 91 АПК РФ названы присущие всем обеспечительным мерам **признаки**: срочность, временный характер, защита имущественных интересов заявителя, соразмерность обеспечительных мер заявленному требованию.

Срочность означает безотлагательность и процедурную упрощенность разрешения заявления об обеспечительных мерах.

Временный характер обеспечительных мер заключается в ограниченности их действия определенным периодом, в зависимости от того, на какой стадии процесса заявлено соответствующее ходатайство, удовлетворено оно или нет.

Защита имущественных или неимущественных интересов заявителя отражается в целевой направленности обеспечительных мер: обеспечении иска или имущественных интересов заявителя. Меры обеспечения иска применяются в отношении как физических лиц, так и организаций, стремящихся передать спор в иностранную юрисдикцию.

Соразмерность обеспечительных мер заявленному требованию заключается в соответствии (адекватности) имущественного интереса заявителя мерам, о применении которых он ходатайствует перед арбитражным судом. Они не должны причинять имущественного ущерба ответчику, в связи с чем в ст. 94 АПК РФ развернуто регламентируется возможность встречного обеспечения.

При применении обеспечительной меры в виде запрета соответствующему лицу на возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса все указанные условия будут соблюдены:

— через правило срочности будут защищены имущественные интересы заявителя;

— будет обеспечена возможность исполнения будущего судебного акта российского суда за рубежом и защита прав и интересов заявителя;

— обеспечительные меры будут носить временный характер (до завершения процесса в российском суде);

— запрет на движение параллельного процесса за рубежом или требование о его прекращении в иностранном суде соразмерны с действиями ответчика изменить незаконным образом компетенцию и обойти юрисдикцию российского суда.

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

> По указанным соображениям применение российским судом обеспечительной меры в виде запрета на возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса и на совершение иных действий, направленных на поддержание требований относительно предмета спора в иностранном суде, соответствует российскому процессуальному законодательству.

3. Применение такой меры имеет все необходимые основания, поскольку перечень обеспечительных мер не является исчерпывающим. Кроме того, основания ее применения связаны с обеспечением исполнения будущего судебного акта, в том числе за рубежом, и нацелены на предотвращение причинения заявителю значительного ущерба, который неизбежно возникнет при ведении двух параллельных процессов и появлении двух судебных актов разных государств.

Важно также отметить, что ходатайство о применении запрета на возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса может иметь под собой основу в виде либо исключительной (ст. 248 АПК РФ), либо альтернативной компетенции российского суда (например, ст. 247 АПК РФ), в частности в случаях, когда одна из сторон недобросовестно манипулирует подсудностью и уклоняется от необходимости рассмотреть спор в рамках наиболее тесно связанного со спорным отношением российского правопорядка. Кроме того, такое ходатайство может быть основано на правилах специальной компетенции российского арбитражного суда по корпоративному спору (ч. 4.1 ст. 38 АПК и ст. 225.1 АПК РФ), в особенности с учетом публично-правового элемента в конкретном корпоративном споре и того, что в такие споры может быть вовлечено большое число участников, не все из которых участвуют в иностранном процессе[16].

В приведенном нами в начале статьи примере спор по поводу ООО «Х» по всем своим признакам, бесспорно, относится к компетенции российских судов как корпоративный (глава 28.1 АПК РФ). Как известно, центральным вопросом применения этой главы является предварительная квалификация спора как корпоративного, которая должна производиться в со-

[16] См. в качестве примера полемику по корпоративным спорам: Арбитрабильность корпоративных споров // Закон. 2012. № 3. С. 15–31.

ответствии со ст. 225.1 АПК РФ. Поскольку данная статья развивает правила ст. 33 Кодекса о специальной подведомственности арбитражных судов, то в основе определения подведомственности и квалификации спора как корпоративного лежит не субъектный состав, а предметный критерий, базирующийся на характере и содержании спора.

При этом перечень из девяти видов споров в ст. 225.1 АПК РФ, насколько следует из его содержания, представляется примерным, так как главные критерии корпоративного спора содержатся в абз. 1 рассматриваемой статьи:

корпоративный спор — это спор, связанный с созданием юридического лица, управлением им или участием в: юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом.

Такой порядок определения подведомственности является оптимальным, поскольку позволяет избежать споров о компетенции и каких-либо коллизий в процессе правоприменения, исключает возможность возникновения альтернативной подведомственности. В этом случае не имеет значения субъектный состав, ведь определяющим и практически единственным критерием подведомственности является характер дела.

В случае спора между физическими лицами в отношении управления и участия в юридическом лице ООО «Х» (критерий, указанный в абз. 1 ст. 225.1 АПК РФ), осуществляемого через цепочку компаний-посредников, которые никакой самостоятельной производственной функции не выполняют и используются только для организации владения и управления активами на территории Российской Федерации, налицо тесная связь с российской юрисдикцией. Спорящие лица не только ведут предпринимательскую деятельность на территории РФ, здесь же находится основной объем доказательств и осуществляется сама производственная деятельность, которая в данном деле и представляет собой основную имущественную ценность и по поводу которой возник спор.

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

В действительности требование истцов, заявленное в отношении «конечного актива», находящегося на территории РФ, — ООО «Х», в контексте договоренностей сторон спора, в том числе об управлении и участии в этом обществе, направлено на определение прав сторон спора в отношении общества и реализацию компаниями-посредниками этих прав. В таком случае, помимо связи с управлением юридическим лицом или участием в нем, можно говорить также о споре, связанном с принадлежностью акций, долей в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паев членов кооперативов, установлением их обременений и реализацией вытекающих из них прав (п. 2 ст. 225.1 АПК РФ). Полагаем, что можно найти аргументы для распространения на данное дело п. 5 ч. 1 ст. 248 АПК РФ.

> Исполнение обеспечительной меры в виде запрета на возбуждение и/или продолжение иностранного процесса должно происходить путем направления определения российского суда к ответчику с требованием о запрете на возбуждение и/или продолжение иностранного судебного процесса и на совершение иных действий, направленных на поддержание требований относительно предмета спора в иностранном суде.

Исполнение, в том числе принудительное, такого определения может осуществляться по правилам ст. 96 АПК РФ, предусматривающей в том числе наложение штрафов на виновное лицо, а также взыскание понесенных заинтересованным лицом убытков с другой стороны — ответчика. Возможна также постановка вопроса о привлечении виновных в неисполнении судебного акта лиц к административной или уголовной ответственности.

В качестве примера подобного подхода хотелось бы привести позицию Арбитражного суда г. Москвы, выраженную в определении от 15.08.2012 по делу № А40-26424/2011 по результатам рассмотрения заявления ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» о принятии обеспечительных мер по иску к Н.В. Максимову и ОАО «Макси-групп». Истец подал заявление об обеспечении иска, в котором просил принять обеспечительные меры в виде: 1) запрета Максимову Н.В., а также любым иным лицам, действующим от его имени и в его интересах, совершать действия по взысканию с ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат»

денежных средств по заключенному ранее соглашению, в том числе путем приведения в исполнение решения МКАС при ТПП РФ и обращения на его основании взыскания на имущество ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат»; 2) запрета Максимову Н.В. совершать уступку каким-либо третьим лицам, в том числе физическим и юридическим, находящимся и осуществляющим деятельность за пределами Российской Федерации, прав по взысканию с ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» денежных средств по соответствующему соглашению на основании решения МКАС при ТПП РФ.

Проще говоря, истец просил запретить ответчику обращаться в иные юрисдикционные органы, как в России, так и за рубежом, за совершением юридически значимых действий, равносильных по характеру получению приказа о запрете ответчику начинать или продолжать разбирательства с истцом в других юрисдикциях.

Арбитражный суд г. Москвы отказал в удовлетворении ходатайства ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат», однако не из-за отсутствия у суда такого полномочия, а в связи с тем, что истец не представил доказательств, свидетельствующих о том, что «непринятие истребуемых обеспечительных мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта в случае удовлетворения исковых требований. Заявленные обеспечительные меры не связаны с предметом спора».

Таким образом, в заключение можно сказать, что при наличии соответствующих оснований обеспечительные меры в виде запрета ответчику на участие в других судебных и арбитражных процессах вполне могут быть рассмотрены как правомерные с точки зрения российского арбитражного процессуального законодательства.

Loaded: 04-11-2014 PMt 17:59:15

КЕМБРИДЖСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

Нил Эндрюс

СИСТЕМА ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА АНГЛИИ

СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО, МЕДИАЦИЯ И АРБИТРАЖ

Перевод с английского

Под редакцией Р.М. Ходыкина

Москва • Берлин

Инфотропик Медиа 2012

10.15 По вопросу о вероисповедании арбитров и запрещенных формах дискриминации при выборе арбитров см. параграф **10.11** выше (следует иметь в виду, что Верховный суд должен рассмотреть апелляцию по делу *Jivraj v Hashwani* (2010), в котором Апелляционный суд отменил арбитражную оговорку, требующую от арбитров принадлежности к определенной конфессии)[1055].

Антиисковые обеспечительные меры в отношении неправомерных разбирательств за пределами Европейского союза

10.16 Английские суды с давних пор наделены правом запрещать ответчику, на которого распространяется юрисдикция данного суда, начинать или продолжать гражданское разбирательство в иностранном государстве или участвовать в арбитраже. Такой запрет выдается, в частности, если указанные процессуальные действия будут нарушать оговорку об исключительной юрисдикции, в соответствии с которой единственным выбранным местом разрешения споров является

v Elektrim Finance BV and others [2005] EWHC 1412 (Ch); [2005] 2 All ER (Comm) 476; [2005] 2 Lloyd's Rep 755, Mann J; об этих изменениях см.: S Nesbitt and H Quinlan, 'The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses' (2006) 22 Arbitration International 133; D Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (London, 2005), 4-29; R Merkin, *Arbitration Law* (Informa Business Publishing, London, 2006).

[1055] [2010] EWCA Civ 712; [2010] IRLR 797; [2010] NPC 73.

Англия. В деле *Turner v Grovit* (2001)[1056], направленном Палатой лордов в Суд Европейского союза, лорд Хобхаус сделал следующие резкие замечания относительно права английских судов выдавать запреты судебных разбирательств:

22 ...Все еще возникают некоторые предрассудки и заблуждения в отношении природы ограничительного приказа, принятого в настоящем деле, и оснований, при которых он может применяться. Важно не поддаться этим заблуждениям.

23 Данный вид ограничительных приказов обычно именуется антиисковыми обеспечительными мерами (anti-suit injunction). Этот термин вводит в заблуждение, так как создает впечатление, что приказ адресован другому суду и имеет для него обязательную силу. Можно было бы предположить, что юрисдикция иностранного суда ставится под сомнение и запрет представляет собой приказ иностранному суду не осуществлять полномочия, предоставленные ему правом его государства. Все это неверно. Когда английский суд принимает ограничительный приказ, этот приказ адресуется только соответствующей стороне. Он не направлен против иностранного суда... Приказ имеет обязательную силу только для данной стороны и действует только в случае, если данная сторона подчиняется юрисдикции английских судов и может быть принуждена к исполнению приказа:

[56] [2001] UKHL 65; [2002] 1 WLR 107.

«запрет ограничивает только сторону, подчиняющуюся юрисдикции суда, в отношении которой запрет будет эффективным средством защиты».

24 Право принимать приказ зависит от того, имели ли место неправомерные действия ограничиваемой стороны, на которые заявитель вправе жаловаться и предотвращение которых составляет его законный интерес. …Это личное средство правовой защиты от неправомерных действий физических лиц. Существенным условием для его использования является вина. …Кроме того, поскольку такой приказ косвенно затрагивает иностранный суд, его следует использовать с осторожностью и только тогда, когда этого требуют цели правосудия. Мы подчеркиваем, что запреты, выдаваемые для указанных целей, направлены против недобросовестной стороны, а не против судов других юрисдикций».

25 …По английскому праву лицо имеет иммунитет от судебного преследования в определенной юрисдикции (национальной или иностранной) только при наличии конкретного фактора, предоставляющего ему такой иммунитет. Содержащаяся в договоре арбитражная оговорка или оговорка об исключительной юрисдикции дает такое основание с тем, чтобы лицо могло осуществить свое право на применение оговорки. Заявитель не обязан доказывать, что предусмотренное договором место разрешения споров удобнее какого-либо другого; соглашение сторон договора делает это за него…

26 Принятие ограничивающего приказа не зависит от отрицания или предпочтения юрисдикции иностранного суда. …Таким образом, юрисдикция, устанавливаемая иностранным судом, может быть экстратерриториальной (или «чрезмерной») юрисдикцией, не признанной на международном уровне. Международное признание юрисдикции, установленной иностранным судом, становится существенным только на этапе исполнения решений и постановлений иностранного суда судами другого государства. Ограничительные приказы идут в дело на более раннем этапе и представляют собой не решение относительно юрисдикции иностранного суда, а оценку действий соответствующей стороны, использующей эту юрисдикцию. Английское право придает значение этому различию. Действительно, типичная ситуация, в которой принимается ограничительный приказ, возникает, когда иностранный суд должен или желает установить юрисдикцию; иначе в ограничительном приказе не было бы необходимости и он бы не выдавался.

27 Лицо, ходатайствующее о выдаче ограничительного приказа, должно иметь законный интерес в удовлетворении ходатайства, и принятие приказа должно быть необходимым для защиты такого интереса. Если заявитель полагается на установленный договором иммунитет от судебного преследования в иностранном государстве (к примеру, в силу оговорки об исключительной юрисдикции или арбитражной оговорки), то, при отсутствии некоторых исключительных обстоятельств, он на основании договора имеет законный интерес в принудительном осуществлении данного права

в отношении другой стороны договора. Но если он основывает свое требование на действиях другого лица, которые являются недобросовестными не в силу договора, английское право требует наличия законного интереса в виде разбирательства в этом государстве, которое нуждается в защите посредством выдачи ограничительного приказа.

Например, в деле *OT Africa* (2005)[1057] Апелляционный суд Англии принял обеспечительные меры в форме запрета в отношении стороны, которая вела разбирательство в Канаде в нарушение оговорки об исключительной юрисдикции английских судов. В этом разбирательстве канадские суды[1058] позднее признали необходимость выдать приказ о приостановлении разбирательства в Канаде, поскольку обстоятельства дела не

[1057] *OT Africa Line Ltd v Magic Sportwear Corpn* [2005] EWCA Civ 710; [2006] 1 All ER (Comm) 32; [2005] 2 Lloyd's Rep 170; [2005] 1 CLC 923, лорд-судья Лонгмор указал в п. [33]: *«сторона, возбуждающая разбирательство в ином суде, нежели тот, что был согласован с другой стороной в качества суда для разрешения любых споров, нарушает договор. Обычное средство правовой защиты при таком нарушении договора – выдача запрета на продолжение разбирательства, если не будет доказано, что возмещение убытков является достаточным средством; но обычно убытки не являются достаточным средством защиты, поскольку их трудно рассчитать, для чего необходимо сравнить преимущества и недостатки соответствующих судов. Возможно, это даже более серьезное нарушение правил вежливости, чем выдача запрета судебного разбирательства»*. Также он указал в п. [38]: *«В настоящем деле нет сомнений, что канадские суды обладают юрисдикцией; единственный вопрос – можно ли позволить стороне воспользоваться этой бесспорной юрисдикцией. Если она согласилась этого не делать, то нет ничего предосудительного в том, чтобы воспрепятствовать ей в совершении таких действий»*.

[1058] *OT Africa Line Ltd v Magic Sportwear Corpn* [2006] FCA 284; [2007] 1 Lloyd's Rep 85 (Federal Court of Appeal, Canada).

имели реальной связи с Канадой, даже несмотря на то, что при отсутствии оговорки о юрисдикции канадские суды имели бы юрисдикцию вне зависимости от нее. Антиисковые обеспечительные меры также возможны как средство борьбы с нарушением арбитражной оговорки. Решение английского Апелляционного суда по делу *C v D* (2007) является примером выдачи запрета для предотвращения разбирательств в иностранных государствах и поддержки оговорки об «арбитраже в Лондоне»[1059]. Суд постановил, что антиисковые обеспечительные меры будут обоснованы для того, чтобы обязать сторону воздержаться от разбирательства в Нью-Йорке, целью которого было «пересмотреть» применение лондонским арбитражем страхового права Нью-Йорка (это право уже было применено в «промежуточном арбитражном решении»). Английский Апелляционный суд постановил, что оспаривание этого арбитражного решения в нью-йоркском разбирательстве недопустимо и приведет к хаосу. Английское арбитражное решение может быть оспорено только в судебном порядке в соответствии с (ограничительным) механизмом, предусмотренным английским Законом об арбитраже 1996 г. Коротко говоря, *«выбор места арбитража должен совпадать с выбором места применения средств правовой защиты, направленных на обжалование арбитражного решения»*[1060]. Фактически в апелляции на арбитражное решение, подаваемой в лондонский

[1059] *C v D* [2007] EWCA Civ 1282; [2008] 1 Lloyd's Rep 239.

[1060] ibid, at [17], *per* Longmore LJ.

Высокий суд и касающейся вопроса права, могут оспариваться только ошибки в применении английского права (вопросы иностранного права не подлежат рассмотрению)[1061]. Что касается апелляции, в которой указывается на «серьезные нарушения» со стороны арбитража, Палата лордов постановила в деле *Lesotho* (2005), что «серьезные нарушения» (serious irregularities) – не то же самое, что ошибка в применении права[1062].

10.17 *Дело West Tankers (анализ см. ниже) касается только судебных разбирательств в Европе.* Английский Коммерческий суд в деле *Shashoua v Sharma* (2009)[1063] и Апелляционный суд в деле *Midgulf International Ltd v Groupe Chimiche Tunisien (2010)*[1064] подтвердили, что решение Суда Европейского союза по делу *West Tankers (Allianz SpA etc v West Tankers, 'The Front Comor', 2009 г.)*[1065] не исключает использования антиисковых обеспечительных мер в отношении сторон,

[1061] Это следствие определения «вопроса права» в ст. 82(1) Закона об арбитраже 1996 г.; проблема касается пределов действия ст. 69 Закона об арбитраже 1996 г. (апелляция в суд по «вопросу права, возникающему из арбитражного решения»; выбор материального права регулируется ст. 46(1) Закона 1996 г.).

[1062] Ст. 68 Закона об арбитраже (серьезное нарушение); ошибка в применении права не является превышением полномочий для целей ст. 68(2)(b), как постановил лорд Штейн в деле *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA* [2005] UKHL 43; [2006] 1 AC 221, п. [31] и [32] (лорды Скотт, Роджер и Хоффманн поддержали его; лорд Филипс представил особое мнение).

[1063] [2009] EWHC 957, at [39].

[1064] [2010] EWCA Civ 66; [2010 1 CLC 113.

[1065] *Allianz SpA etc v West Tankers* (C-185/07) [2009] 1 AC 1138; [2009] 1 All ER (Comm) 435; [2009] 1 Lloyd's Rep. 413; [2009] 1 CLC 96; [2009] ILPr 20; *«Таймс»*, 13 февраля 2009 г.; указано в: E Peel (2009) 125 LQR 365.

намеревающихся начать или уже ведущих разбирательства в судах государства, которое не является участником Европейского сообщества или системы Луганской конвенции.

Антиисковые обеспечительные меры в отношении неправомерных разбирательств в пределах Европейского союза

10.18 Решением Суда Европейского союза по делу *Allianz SpA etc v West Tankers, 'The Front Comor' (2009)*[1066] установлено, что английские суды более не могут выдавать «антиисковые обеспечительные меры», препятствующие стороне арбитражного разбирательства продолжать неправомерное судебное разбирательство в судах страны-участницы в зоне юрисдикции ЕС (т.е. в странах-участницах, на которые распространяется Брюссельский Регламент о юрисдикции 2001 г.)[1067]. В деле *West Tankers (2009)* Суд Европейского союза заключил:

[1066] *Allianz SpA etc v West Tankers, 'The Front Comor'* (C-185/07) [2009] 1 AC 1138; [2009] 1 All ER (Comm) 435; [2009] 1 Lloyd's Rep. 413; [2009] 1 CLC 96; [2009] ILPr 20; *«Таймс»*, 13 февраля 2009 г.; указано в: E Peel (2009) 125 LQR 365; H Seriki, 'Declaratory relief and arbitration: the aftermath of *The Front Comor*' (2010) 7 JBL 541-55 H Seriki, 'Anti-Suit Injunctions, Arbitration and the ECJ: An Approach Too Far?' (2010) 7 JBL 24; Peter Schlosser, 'Europe – Is it Time to Reconsider the Arbitration Exception from the Brussels Regulation?' [2009] Int ALR 45; Alexis Mourre and Alexandre Vagenheim, 'The Arbitration Exclusion in Regulation 44/2001 after West Tankers' [2009] Int ALR 75; Philip Clifford and Oliver Browne, 'Lost at Sea or a Storm in a Tea Cup? Anti-suit Injunctions after West Tankers' [2009] Int ALR 19; Andrew Pullen, 'The Future of International Arbitration in Europe: West Tankers and the EU Green Paper' [2009] Int ALR 56.

[1067] Регламент Совета 44/2001 от 22 декабря 2001 г. «о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим делам».

«Регламент Совета (ЕС) № 44/2001 от 22 декабря 2000 г. о юрисдикции и признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим делам не позволяет суду страны-участницы принять приказ, препятствующий лицу начать или продолжать разбирательство в судах другой страны-участницы, на том основании, что указанное разбирательство противоречит арбитражной оговорке».

В соответствии с этим решением антиисковые обеспечительные меры, хотя и адресованы стороне, а не иностранному суду, косвенно *лишают иностранный суд права осуществлять свою юрисдикцию в соответствии с тем же Регламентом*. Это является нарушением европейской аксиомы, согласно которой суд каждой страны-участницы при рассмотрении гражданского или коммерческого дела, связанного с Регламентом, вправе самостоятельно определять, обладает ли он юрисдикцией для рассмотрения по существу данного спора[1068]. Помимо этого, враждебность Суда Европейского союза по отношению к антиисковым обеспечительным мерам могла возникнуть из прагматичной мысли о том, что даже если судьи лондонского Высокого суда могут безошибочно применять антиисковые обеспечительные меры только

[1068] ibid, at [28], [29], цитируется дело: *Erich Gasser GmbH v Misat Srl Case C-116/02* [2003] 1 ECR 14693; [2005] QB 1; [2004] 1 Lloyd's Rep 222; *Overseas Union Insurance Ltd v New Hampshire Co Case C-351/89* [1991] 1 ECR I-3317; [1992] QB 434; [1992] 2 All ER 138; [1992] 1 Lloyd's Rep 204.

в случаях, когда их применение безусловно оправдано, суды других стран-участниц могут быть не столь надежными[1069]. Другая причина возражения Суда Европейского союза против принятия антиисковых обеспечительных мер – возможность противоречия между собой таких приказов, принятых в разных странах-участницах. В отношении этого опасения см. следующие замечания Суда Европейского союза в деле *Turner v Grovit* (2004)[1070]:

«Нельзя исключить возможность того, что даже если в одном договаривающемся государстве будет принят запрет, суд другого договаривающегося государства может, тем не менее, вынести решение. Также нельзя исключать возможность того, что суды двух договаривающихся государств, в которых допускаются такие меры, могут принять противоречащие друг другу запреты».

Конкурирующие и одновременные процессы в пределах ЕС после дела West Tankers. Что, если суд страны-участницы ЕС сочтет, что он может вынести решение по существу дела и отклонит указание на то, что к спору применима арбитражная оговорка? Если этот суд постановит, что отсутствует арбитражная оговорка, которая препятствовала бы ему вынести

[1069] Автор этих строк услышал данное соображение на европейском коллоквиуме.

[1070] [2005] 1 AC 101; [2004] ECR I-3565, at [30].

решение, то, согласно ст. 32(4) Закона о юрисдикции и решениях по гражданским делам 1982 г. (Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982) (Соединенное Королевство), решение по существу дела (например, о присуждении денежных средств), вынесенное судом страны-участницы по вопросу, на который распространяется действие Регламента о юрисдикции 2001 г.[1071], признается в Англии в разбирательствах, на которые распространяется действие указанного Регламента. На это указал лорд-судья Лоуренс Коллинз в деле *Youell v La Reunion Aerienne* (2009)[1072]. А Апелляционный суд в деле *National Navigation Co v Endesa Generacion SA ('The Wadi Sudr')* (2009)[1073] отменил странное решение судьи Глостера[1074] и подтвердил, что английские суды признают обязательную силу решения суда страны-участницы по предварительному вопросу, связанному с наличием, действительностью и пределами действия арбитражной оговорки, если указанное решение вынесено в рамках Регламента о юрисдикции 2001 г.[1075] Лорд-судья Уоллер объяснил[1076]:

[1071] Регламент Совета ЕС 44/2001 от 22 декабря 2001 г. «о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим делам».

[1072] [2009] EWCA Civ 175; *The Times*, 27 March 2009, at [32].

[1073] [2009] EWCA Civ 1397.

[1074] [2009] EWHC 196 (Comm).

[1075] Регламент Совета 44/2001 от 22 декабря 2001 г. «о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим делам».

[1076] [2009] EWCA Civ 1397, at [46].

«Решение по предварительному вопросу считается вынесенным в рамках регламента, если оно принимается в ходе разбирательства, на основную часть которого распространяется действие регламента».

Лорд-судья Мур-Бик в деле *National Navigation Co v Endesa Generacion SA ('The Wadi Sudr')* (2009)[1077] указал, что для арбитров имеет обязательную силу процессуальный принцип эстоппель по спорным вопросам (issue estoppels) (в российском праве issue estoppels имеет значительное сходство с преюдицией, так как эта концепция не позволяет пересматривать вопросы, уже разрешенные в судебном акте. – *Примеч. ред.*) относительно признания ранее принятого решения иностранного суда, которое имело бы обязательную силу как разрешенный вопрос *(res judicata)* в соответствии с принципами общего права, совершенно вне зависимости от Регламента о юрисдикции:

«...таким образом, сам Регламент не обязывает арбитров признавать решения судов стран-участниц ЕС, но из этого не следует, что иностранные решения (судов стран-участниц или иных стран) можно игнорировать в арбитражном разбирательстве. Решение иностранного суда, который обладает юрисдикцией в соответствии с английскими нормами коллизионного права, являющееся окончательным решением по существу дела, должно быть признано по общему праву: см. Dicey and Morris and Collins, The

[1077] [2009] EWCA Civ 1397, at [118]; H Seriki, 'Declaratory relief and arbitration: the aftermath of *The Front Comor*' (2010) 7 JBL 541-55.

Conflict of Laws, 14th ed. paragraphs 14-027 – 14-029. Таким образом, арбитры, применяющие английское право, обязаны применять данную норму. В этом нет ничего нового; давно признается, что решение иностранного суда может стать основанием для запрета возражений в силу res judicata – см., например, The Sennar (No 2) [1985] 1 WLR 490 – и этот принцип постоянно применяется в арбитражных разбирательствах».

Это заявление отменяет решение судьи Коммерческого суда Бертона 2008 г. (по делу *CMA SA Hyundai MIPO Dockyard Co Ltd*, 2008[1078], см. следующий абзац), в котором он постановил, что лондонские арбитры не обязаны признавать и применять решение суда страны-участницы, если данное решение было основным в разбирательстве, проводившемся в нарушение арбитражной оговорки. Судья Бертон ошибочно счел, что решение суда страны-участницы по спорному аспекту арбитражной оговорки в деле, на которое распространяется действие европейского Регламента о юрисдикции[1079], имеет обязательную силу только для судов стран-участниц, но не для арбитров, находящихся в пределах европейской юрисдикции. Здесь не учтен эстоппель по спорным вопросам, в соответствии с которым иностранное решение является обязательным для арбитров.

[1078] [2008] EWHC 2791 (Comm); [2009] Lloyd's Rep 213.

[1079] Регламент Совета 44/2001 от 22 декабря 2001 г. «о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим делам».

На момент написания этих строк (март 2011 г.) еще ожидается окончательная реакция[1080] европейских законодателей на проблему, возникшую в связи с делом *Allianz SpA etc v West Tankers, 'The Front Comor' (2009)*[1081] (по этому вопросы должны быть проведены консультации на национальном уровне). Предлагаемая ЕС поправка имеет следующий вид (проект части 4 ст. 29 Регламента о юрисдикции)[1082]: «*Если согласованное или установленное место арбитража находится в стране-участнице, суды другой страны-участницы, юрисдикция которых оспаривается на основании арбитражно-*

[1080] Позиция, занятая в деле *West Tankers*, сейчас изучается Европейской Комиссией и уже породила большое количество споров и предложений (включая недавний «Зеленый документ» по пересмотру Регламента Совета (ЕС) 44/2001 о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим делам, Брюссель, 21 апреля 2009 г., COM(2009), применение Брюссельского регламента) о том, как устранить очевидное расхождение между постановлением Суда Европейского союза и явной практической необходимостью, осознаваемой арбитражем и юридическим сообществом ЕС. Ожидается, что после консультаций, которые сейчас продолжаются, ЕС предложит законодательное решение, возможно, в виде введения в Брюссельский регламент специального исключения для арбитража. Как будут развиваться события, пока неясно.

[1081] *Allianz SpA etc v West Tankers, 'The Front Comor'* (C-185/07) [2009] 1 AC 1138; [2009] 1 All ER (Comm) 435; [2009] 1 Lloyd's Rep. 413; [2009] 1 CLC 96; [2009] ILPr 20; *The Times*, 13 February, 2009; noted E Peel (2009) 125 LQR 365; H Seriki, 'Declaratory relief and arbitration: the aftermath of *The Front Comor*' (2010) 7 JBL 541-55 H Seriki, 'Anti-Suit Injunctions, Arbitration and the ECJ: An Approach Too Far?' (2010) 7 JBL 24; Peter Schlosser, 'Europe – Is it Time to Reconsider the Arbitration Exception from the Brussels Regulation?' [2009] Int ALR 45; Alexis Mourre and Alexandre Vagenheim, 'The Arbitration Exclusion in Regulation 44/2001 after West Tankers' [2009] Int ALR 75; Philip Clifford and Oliver Browne, 'Lost at Sea or a Storm in a Tea Cup? Anti-suit Injunctions after West Tankers' [2009] Int ALR 19; Andrew Pullen, 'The Future of International Arbitration in Europe: West Tankers and the EU Green Paper' [2009] Int ALR 56.

[1082] Составленное Европейской Комиссией «Предложение по Регламенту Европейского Парламента и Совета о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим делам». Brussels 14/12/2010 COM (2010) 748 Final 2010/0383 (COD).

го соглашения, должны приостановить разбирательство, когда суды страны-участницы, в которой проводится арбитраж или находятся арбитры, начинают разбирательство, чтобы (в качестве основной или побочной цели) решить вопрос о наличии, действительности или действии данного арбитражного соглашения. Настоящий абзац не препятствует суду, чья юрисдикция оспаривается, отказаться от своей юрисдикции в вышеуказанной ситуации, если того требует право его государства. После разрешения вопроса о наличии, действительности или действии арбитражного соглашения суд, рассматривавший данный вопрос, должен отказаться от своей юрисдикции».

Как работает этот механизм? Допустим, договор между П и Д предусматривает, что споры в отношении него будут рассматриваться арбитражем в Лондоне. В нарушение этого положения П подает иск против Д в парижский суд. После того, как Д начал судебное разбирательство в Лондоне, добиваясь подтверждения обязательной силы арбитражной оговорки, парижский суд обязан приостановить свое разбирательство. Английское решение по этому вопросу будет иметь обязательную силу для всех судов стран-участниц. Следует заметить, что, хотя арбитры, назначенные в соответствии с оговоркой, вправе принять решение о начале арбитражного разбирательства, самостоятельно оценив действительность и пределы действия арбитражной оговорки, все же, с учетом предлагаемой поправки, установление арбитрами своей юрисдикции не является юриди-

DOI: 10.7574/cjicl.02.04.138
Cambridge Journal of International and Comparative Law **(2)**4: 960–973 (2013)

THE ANTI-SUIT INJUNCTION AND THE EU: LEGAL TRADITION AND EUROPEANISATION IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Neil A Dowers[*]

1 Introduction

The anti-suit injunction is a traditional international private law (*IPL*) remedy used by common law courts. This paper shall describe the use of the anti-suit injunction by courts in England, before setting out the approach taken by the Court of Justice of the European Union (*Court of Justice*) in two landmark cases to the use of anti-suit injunctions within Europe. This paper will ask whether the erosion of this IPL tradition through Europeanisation is to be regretted, concluding that, in this instance, tradition had to be abandoned in the name of progress.

2 The traditional approach to the anti-suit injunction

The anti-suit injunction is a court order rendered against a private party with the aim either of preventing that party raising an action in another forum, or forcing that party to discontinue such an action if already started. If the party disregards the anti-suit injunction and continues with the foreign action, it will face sanctions in the enjoining forum. The anti-suit injunction is a very powerful

[*] LLB (Hons) (Glasgow), LLM (Cornell), candidate for PhD in Law and tutor at the University of Edinburgh. With thanks to my supervisor at Edinburgh, Dr Simone Lamont-Black, for her characteristically meticulous comments on a draft and for encouraging and helping me to consider this topic with an open mind. Thanks also to my friends Scott WD Macpherson and Amany Chamieh for proof reading in draft at extremely short notice. Any errors and opinions remain my own.

Copyright © the Author(s).
This work is licensed under a Creative Commons Attribution–NonCommercial–NoDerivs 3.0 License.

tool in preventing duplicative litigation, especially if the party has business, assets, or even attractive business prospects in the issuing forum.[1]

English courts draw their jurisdiction to render anti-suit injunctions from the general power to issue injunctions 'in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so', enshrined in the Senior Courts Act 1981 (England and Wales).[2] The exact extent of the power is ill-defined and has been the subject of a great many cases.[3] For the purposes of this paper, the most important point to note is simply that the courts consider themselves to have jurisdiction to issue anti-suit injunctions, irrespective of the conditions under which they will exercise that jurisdiction.

The courts' struggle with the correct use of the anti-suit injunction is relevant for three main reasons. First, it helps to explain why the remedy is so controversial and demonstrates some of the reasons the Court of Justice would ultimately choose to ban its use within Europe. Second, it demonstrates that English courts were not 'trigger happy' with anti-suit injunctions, which they would only issue in fairly extreme circumstances. Finally, the case law demonstrates a difference in approach between those anti-suit injunctions that protect a contractual agreement to sue in a particular forum and those that do not, a difference that will remain relevant throughout this paper.

The anti-suit injunction is so controversial because it represents an indirect interference with the judicial processes of a foreign sovereign state, as courts in England[4] and the USA[5] have noted. English authority suggests that the courts consider the order to be addressed solely to a party over whom the English court enjoys *in personam* jurisdiction[6] and not to the foreign court, and therefore any interference with the foreign judicial process is not unconscionable. This reasoning has come under much criticism and has been dubbed the 'English

---

[1] J J Barceló III, 'Anti-Foreign-Suit Injunctions to Enforce Arbitration Agreements' in A Rovine (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation* (2007) 107, 108.

[2] Senior Courts Act 1981 (England and Wales) s 37 (1). *South Carolina Insurance Co v Assurantie Maatschappij 'De Zeven Provincien' NV* [1987] AC 24 (HL), 39 (Lord Brandon).

[3] See S Gee, *Commercial Injunctions* (5th edn, 2004), ch 14.

[4] *Turner v Grovit* [2001] UKHL 65, [2002] 1 WLR 107, para 28 (Lord Hobhouse); *Airbus Industrie GIE v Patel and Others* [1999] 1 AC 119 (HL), paras 131–2 (Lord Goff).

[5] The US Supreme Court acknowledged over 150 years ago that in practical terms an anti-suit injunction is a direct interference in the judicial proceedings of an independent forum. *Peck v Jenness* 48 US (7 How) 625 (1949). For a more recent expression of that opinion, citing *Peck*, see: *Laker Airways Ltd v Pan American Airways* 559 F Supp 1124 at 1128 (DC Cir, 1983).

[6] *Turner v Grovit*, above n 4, para 23 (Lord Hobhouse); *Donohue v Armco Inc and others* [2001] UKHL 64, [2002] 1 Lloyd's LR 425, para 19 (Lord Bingham).

artifice'.[7] Even the House of Lords' own case law is inconsistent in its application of this theory, with Lord Goff having explicitly acknowledged in *Airbus Industrie* that 'this part of the law is concerned with the resolution of clashes between jurisdictions'.[8] The controversy within Europe is compounded by a clash of legal traditions: only common law courts will issue anti-suit injunctions, while the civil law tradition views the remedy as offensive against sovereignty and international law.[9] Furthermore, the grant of anti-suit injunctions is self-evidently offensive to the principles of international comity.[10]

The English courts therefore faced something of a minefield in delineating when exactly it would be appropriate to issue an anti-suit injunction. Ultimately, the court would distinguish between two categories of cases: those in which the court was asked for an anti-suit injunction to enforce an agreement to sue in a particular forum—sometimes also expressed negatively as a contractual right not to be sued in another forum—and all other cases.

In the former category of cases, where proceedings are brought in a forum other than that contractually agreed between the parties, there will be a presumption in favour of issuing the anti-suit injunction unless the opposing party can demonstrate compelling reasons why the court should not do so.[11] This is true whether the agreement gives jurisdiction to a court[12] or an arbitral tribunal.[13] These circumstances provide 'the paradigm case for the prompt issue of an injunction'[14] with 'no good reason for diffidence'.[15]

In all other cases, 'diffidence' might very well be considered the byword.

---

[7] C Ambrose, 'Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?' (2003) 52 *ICLQ* 401, 404–10.

[8] *Airbus Industrie*, above n 4, para 131 (Lord Goff).

[9] *Re the Enforcement of An English Anti-Suit Injunction* Case 3VA 11/95 Oberlandesgericht (Regional Court of Appeal) Düsseldorf 10 January 1996, [1997] ILPr 320, paras 5, 12; J Harris, 'Restraint of Foreign Proceedings—The View from the Other Side of the Fence' (1997) *CJQ* 283; Barceló, above n 1, 4.

[10] Ibid. See also R Fentiman, 'Anti-Suit Injunctions—Comity Redux?' (2012) 71 *CLJ* 273; T Kruger, 'The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v Grovit' (2004) 53 *ICLQ* 1030, 1033.

[11] *Donohue*, above n 6, paras 24 (Lord Bingham) and 45 (Lord Woodborough). See also Gee, above n 3, 401–2.

[12] *National Westminster Bank plc v Utrecht-America Finance Co* [2001] EWCA 658, [2001] CLC 1372, para 1384 (Clarke LJ).

[13] *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan SpA* [1995] 1 Lloyd's LR 87 (CA), paras 94–7 (Leggatt LJ, Millett LJ and Neill LJ) (*The Angelic Grace*).

[14] Ibid, para 94 (Leggatt LJ).

[15] Ibid, para 96 (Millett LJ).

Caution is necessary for the same reasons outlined above as to why the anti-suit injunction is a controversial remedy, especially the interference with judicial proceedings in a foreign sovereign state.[16] In deciding whether to grant an injunction, the court will not apply rigid principles,[17] but will consider whether the party against whom the injunction is sought has acted unfairly in pursuing its action in the foreign forum.[18] This might include, for example, where the foreign action is vexatious or oppressive.[19] It will consider which is the more appropriate forum for resolution of the dispute,[20] but will not issue an injunction solely on the basis of this so-called *forum non conveniens* doctrine.[21] The court will also consider whether an anti-suit injunction is required to protect a sufficiently important public policy interest,[22] and whether there is any specific reason that the foreign proceedings should be allowed to continue. Such reasons could include, for example, the availability of any remedy in the foreign forum not available in England,[23] or the fact that the foreign proceedings are at an advanced stage.[24] Finally, the court will consider whether the target of the injunction is amenable to the jurisdiction of the court and therefore whether the injunction will provide an effective remedy.[25] In summary, the court will consider numerous factors, with the overarching proviso that it should exercise its power to issue anti-suit injunctions cautiously due to comity and policy considerations.

The dichotomous approach can be explained as follows. The court recognises the possibility for dispute[26] as to the appropriate forum absent contractual agreement, and 'cannot arrogate itself the power to resolve that dispute by granting an injunction';[27] a possibility it does not see where the parties have made

[16] *De Zeven Provincien*, above n 2, para 40 (Lord Brandon); *Donohue*, above n 6, para 19 (Lord Bingham); *National Westminster Bank*, above n 12, 1382 (Clarke LJ).
[17] Gee, above n 3, 398.
[18] *British Airways Board and others v Laker Airways Ltd* [1985] AC 58 (HL), para 81 (Lord Diplock).
[19] *Airbus Industrie*, above n 4, para 133 (Lord Goff).
[20] Ibid.
[21] *EI Du Pont de Nemours & Company and Endo Laboratories Inc v Agnew* [1988] 2 Lloyd's LR 240 (CA), para 23 (Dillon LJ).
[22] Gee, above n 3, 399.
[23] *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v Lee Kui Jak and another* [1987] AC 871 (HL), para 896 (Lord Goff).
[24] Ibid, para 880 (Lord Goff).
[25] *Donohue*, above n 6, para 19 (Lord Bingham).
[26] This refers to the possibility for dispute *between itself and another court* and not dispute between the parties.
[27] *National Westminster Bank*, above n 12, para 28 (Lord Clarke).

an agreement conferring jurisdiction.[28]

The stage is set, then, with the English courts willing and able to issue anti-suit injunctions, readily where there is an agreement conferring jurisdiction, hesitantly otherwise. By contrast, most other member states of the European Union view the anti-suit injunction as offensive to sovereignty. Enter the Court of Justice.

3 The Brussels Regime and the Court of Justice approach

The Court of Justice considered the anti-suit injunction in two contexts in two leading cases: *Turner*[29] and *West Tankers*.[30] Before considering these judgments, it is necessary to describe briefly the legal climate in which they were handed down.

The first important point to note is the existence of the Brussels Regime. The Brussels Regime is a collective term for a set of instruments allocating jurisdiction between European Union member states in civil and commercial matters.[31] The relevant instruments to this part of this discussion are the Brussels Convention of 1968[32] and the Brussels I Regulation.[33] One of the principal goals of the Brussels Regime is to resolve conflicts of jurisdiction between member states,[34] which is also one of the reasons that the English courts issue anti-suit injunctions.[35]

The second important factor to note is the development of the normative concept of 'mutual trust' between member states. Mutual trust is mentioned as a foundational principle of the Brussels I Regulation,[36] though not of the Brussels

[28] *The Angelic Grace*, above n 13, para 96 (Lord Millett).

[29] Case C-159/02, *Gregory Paul Turner v Felix Fareed Ismail Grovit and others* [2004] ECR I-3565.

[30] Case C-185/07, *Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA) and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc* [2009] ECR I-663.

[31] Here used in the sense of both direct jurisdiction and indirect jurisdiction (i.e. recognition and enforcement). For discussion of these terms, see R Michaels, 'Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions' in E Gottschalk, R Michaels, G Ruhl & J von Hein (eds), *Conflict of Laws in a Globalizing World* (2006) 29.

[32] Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 27 September 1968, 1262 UNTS 153 (*Brussels Convention*).

[33] *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* [2000] OJ L 12/1 (*Brussels I Regulation*).

[34] Brussels Convention, above n 32, Preamble.

[35] *Airbus Industrie*, above n 4, para 131 (Lord Goff).

[36] Brussels I Regulation, above n 33, Recitals 3 and 16.

Convention. In the IPL context, mutual trust has at its heart the notion that courts of one member state should respect the right of the court of another member state to determine its own jurisdiction and respect the result it reaches. The concept clearly underlies the judgment in the *Overseas Union* case,[37] albeit not expressly mentioned, and was a central part of the *ratio decidendi* in the *Gasser* case,[38] decided under the Brussels Convention one year before *Turner*. Mutual trust has also been argued to be a wide-ranging, long-standing tenet of European law, specifically visible in case law concerning fundamental freedoms.[39]

It was in this context that the *Turner* case came before the Court of Justice. The facts, in relevant part, are as follows. Turner, a British national, began proceedings for unfair dismissal against his Spanish employer before the Employment Tribunal in London in May 1997. In July 1998, the employer began an action against Turner for a large sum of damages in respect of breach of contract before a Madrid first instance court. Turner sought an anti-suit injunction against these proceedings, which was granted on the basis that the Spanish proceedings were brought in bad faith and with the intent of obstructing the ongoing English proceedings.[40] The injunction was then appealed via the Court of Appeal[41] all the way to the House of Lords, which was obliged to make a preliminary reference to the Court of Justice.[42]

The question referred to the Court of Justice was:

> Is it inconsistent with the [Brussels Convention] (subsequently acceded to by the United Kingdom) for the courts of the United Kingdom to grant restraining orders against defendants who are threatening to commence or continue legal proceedings in another Convention country when those defendants are acting in bad faith with the intent and purpose of frustrating or obstructing proceedings properly before the English courts?[43]

[37] Case C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd and others v New Hampshire Insurance Company* [1991] ECR I-03317.

[38] Case C-116/02, *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl* [2003] ECR I-14693, para 72.

[39] See generally F Blobel & P Spath, 'The Tale of Multilateral Trust and the European Law of Civil Procedure' (2005) *ELR* 528, 533; *National Westminster Bank*, above n 12, para 28 (Lord Clarke); *The Angelic Grace*, above n 13, para 96 (Lord Millett). The authors argue that mutual trust is an important element in the decision of the landmark *Cassis de Dijon* case: Case C-120/78, *Rewe-Zentrale AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR I-00649.

[40] *Turner v Grovit* [1999] 1 All ER (Comm) 445.

[41] *Turner v Grovit* [2000] QB 345.

[42] *Turner v Grovit*, above n 4.

[43] Ibid, para 21 (Lord Hobhouse).

Note that the proceedings were already underway before the courts of England, which had accepted jurisdiction under the Brussels Convention. This would mean that under Article 21 of the Brussels Convention the Spanish courts would have to stay or dismiss proceedings, being the court second-seised of the same dispute. Note also that the injunction issued was not enforcing a contractual right of Turner not to be sued in Spain. It was therefore the kind of injunction the English courts hesitate to issue.

The House of Lords relied on this hesitancy in arguing in favour of the anti-suit injunction in its preliminary reference.[44] Other arguments raised included the rather weak contention that issuing an anti-suit injunction does not entail interference with the jurisdiction of the foreign court, discussed above.[45] Finally, it was argued that the anti-suit injunction should be considered compatible with the Brussels Convention as it furthers a legitimate aim of the Convention by providing an effective mechanism to prevent parallel proceedings.[46] The prevention of parallel proceedings was clearly a goal of the Convention,[47] and would later be expressly enshrined in a recital to the Brussels I Regulation.[48] The House of Lords therefore reasoned that, because it achieves a goal of the Convention in a way not expressly prohibited by the Convention, use of the anti-suit injunction should be permitted within Europe.

The crux of the argument against the anti-suit injunction's compatibility with the Convention was based on the doctrine of mutual trust. The anti-suit injunction, it was argued, casts doubt on 'the reciprocal trust established between the various national legal systems'.[49] Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer believed this fact should be decisive, as the Convention represented an important landmark in European judicial co-operation, which is 'imbued with the concept of mutual trust, which presupposes that each State recognises the capacity of other legal systems to contribute independently, but harmoniously, to attainment of the stated objectives of integration'.[50]

The Court of Justice agreed, placing the principle of mutual trust paramount in its judgment.[51] The Court deals easily with the UK's arguments in favour

[44] Ibid, paras 24–7 (Lord Hobhouse).
[45] Ibid, paras 22–3 (Lord Hobhouse). See also discussion above n 7–11.
[46] Ibid, para 36 (Lord Hobhouse).
[47] See Brussels Convention, above n 32, Arts 21, 27 (3).
[48] Brussels I Regulation, above n 33, Recital 15.
[49] Case C-159/02, *Gregory Paul Turner v Felix Fareed Ismail Grovit and others* [2004] ECR I-3565, Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, para 30.
[50] Ibid, para 31.
[51] Ibid, paras 24–5.

of the anti-suit injunction, reasoning that the Convention deliberately does not permit one court to review the jurisdiction of another[52] and that an anti-suit injunction 'must be seen as interfering with the jurisdiction of the foreign court'.[53] The anti-suit injunction is, therefore, incompatible with the Convention and the principle of mutual trust, no matter how sparingly, or under what circumstances, it is utilised.

The UK's argument that the anti-suit injunction achieves stated goals of the Convention was also rejected. The Court points out that the use of anti-suit injunctions leaves no room for the operation of the Article 21 *lis pendens* rule, which could otherwise have been invoked by Turner to compel the Madrid court to stay proceedings.[54] It also raises concerns that allowing the use of anti-suit injunctions would create new conflicts, not contemplated or regulated by the Convention.[55]

The Court of Justice in *Turner* effectively banned the use of anti-suit injunctions in situations where the Brussels Convention allocates jurisdiction. Applying the doctrine of mutual trust, the court first-seised which has accepted jurisdiction must allow a court second-seised to determine its own jurisdiction under the Convention, which would mean staying proceedings or declining jurisdiction under the *lis pendens* rule. English courts would thus no longer be able to issue anti-suit injunctions against proceedings in another member state to protect litigants where the English court has jurisdiction under the Convention, which would include cases where the English court is designated in an exclusive choice of court agreement.[56]

The decision was greeted with disappointment, if not surprise, by English commentators.[57] That the Court of Justice would not look favourably on perceived interference with the Brussels Convention's allocation of jurisdiction could hardly come as a shock. What, though, of cases where the Convention does not allocate jurisdiction?

This question would come before the Court of Justice in the *West Tankers* case.[58] The relevant facts are as follows. A ship owned by West Tankers and

---

[52] Ibid, para 26.
[53] Ibid, para 27.
[54] Ibid, para 30.
[55] Ibid.
[56] Jurisdiction under a choice of court agreement is governed by the Brussels Convention, Art 17.
[57] See e.g. A Briggs, 'Anti-suit injunctions and Utopian ideals' (2004) 120 *LQR* 529; C Hare, 'A lack of restraint in Europe' (2004) 63 *CLJ* 570.
[58] *West Tankers*, above n 30.

chartered by an Italian party collided with and damaged a dock owned by the latter in Syracuse, Italy. The charterparty contained a clause for arbitration of disputes in London. The Italian party was indemnified by its Italian insurers up to the limit of its policy, and recovered the balance of damages in London arbitration without incident. The insurers then began a subrogated action before the Italian courts in Syracuse to recover from West Tankers the sum paid out under the insurance policy. The action before the court was in tort and, but for the potentially effective arbitration clause, the Italian courts would have had jurisdiction under the Brussels I Regulation,[59] which had by then largely superseded the Brussels Convention.[60] West Tankers applied to the English courts for an anti-suit injunction restraining any proceedings by the insurer other than London arbitration, which was granted because under English law a party pursuing a subrogated right is also subrogated into an arbitration clause binding on the original parties to the dispute.[61] The same is not necessarily true in Italian law, and although the New York Convention points to the law of the seat of the arbitration (in this case English law) as the appropriate law to resolve this question,[62] it is unclear what result the Italian court might have reached as to its own jurisdiction. The insurer appealed the anti-suit injunction to the House of Lords, which made a preliminary reference to the Court of Justice on the question:

> Is it consistent with EC Regulation 44/2001 for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings in another Member State on the ground that such proceedings are in breach of an arbitration agreement?[63]

The facts of this case differ from those in *Turner* because the Brussels I Regulation does not allocate jurisdiction where arbitration is concerned. In fact, the Brussels I Regulation expressly excludes arbitration from its scope, as had the Brussels

[59] Brussels I Regulation, above n 33, Art 5 (3).

[60] There is continuity between the Brussels Convention and the Brussels I Regulation, per Recital 19 of the Regulation, and jurisprudence of the former is applicable to the latter where relevant. See e.g. the Court of Justice's references in the *West Tankers* judgment, above n 30, para 28, to several Brussels Convention cases.

[61] *West Tankers Inc v Ras Riunione Adriatica di Sicurta SpA* [2005] EWHC 454 (Comm).

[62] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June 1958, 330 UNTS 3, Art V (1) (a) (*New York Convention*).

[63] *West Tankers Inc v Ras Riunione Adriatica di Sicurta SpA and Others* [2007] 1 All ER (Comm) 794, para 23 (Lord Hoffmann) (*West Tankers (HL)*).

Convention.[64] The Court of Justice had already held in the *Marc Rich* case that the existence of an action on the merits in another member state should not interfere with court proceedings in support of arbitration.[65] Furthermore, since *The Angelic Grace*,[66] the English courts had readily issued anti-suit injunctions in support of arbitration, and commentators, including some eminent civilian scholars, have argued that the protection of an arbitration agreement is a situation in which issuing an anti-suit injunction could be considered justifiable.[67] Finally, it should be noted that London is one of the few truly thriving international arbitration hubs in Europe, and it was feared that any interference with England's arbitration process might harm London's arbitration practice.[68] In the totality of the circumstances, and especially because of the exclusion of arbitration from the Brussels I Regulation, it was entirely conceivable that the Court of Justice might reach a different conclusion on the anti-suit injunction in *West Tankers* than in *Turner*.

Ultimately, however, the court reached the same conclusion: the anti-suit injunction could not be used, even in these circumstances, to restrain proceedings in another member state. In a judgment that focused more on broad policy than technical legal arguments, the Court of Justice ruled that, because the Italian courts would have had jurisdiction over the substantive dispute under the Brussels I Regulation but for the arbitration clause, the English courts could not interfere in its decision whether or not to exercise that jurisdiction; to do so would be to interfere with the effectiveness of the Regulation.[69] This is true even though the Brussels I Regulation does not provide a set of rules allocating jurisdiction where an arbitration agreement is concerned and the English proceedings in support of arbitration are expressly excluded from the Regulation's scope. The English courts must allow the Italian proceedings to run their course, and the Italian court to determine whether it will accept jurisdiction under the Regulation or refuse it under Article II (3) of the New York Convention.[70] The mutual trust

[64] Brussels I Regulation, above n 33, Art 1 (2) (d); Brussels Convention, above n 32, Art 1 (4).

[65] Case C-190/89, *Marc Rich & Co AG v Società Italiana Impianti PA* [1991] ECR I-3855, paras 26–9.

[66] *The Angelic Grace*, above n 13.

[67] B Hess, T Pfeiffer & P Schlosser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member states* [2007] Study JLS/C4/2005/03, para 123 (*Heidelberg Report*); Barceló, above n 1, 2.

[68] A Trukhtanov, 'Anti-suit injunctions in support of arbitration—is the ECJ about to take away the English court's powers?' (2007) 10 *Int ALR* 136; B Steinbruck, 'The impact of EU law on anti-suit injunctions in aid of English arbitration proceedings' (2007) 26 *CJQ* 358. See also *West Tankers* (HL), above n 63, paras 17–21 (Lord Hoffmann).

[69] *West Tankers*, above n 30, paras 24, 28–30.

[70] Ibid, paras 28, 33.

between the courts of the member states requires this result.[71]

And so it was that the Court of Justice finally prohibited the use of the anti-suit injunction by English courts against proceedings in other European member states, stripping the courts of their traditional remedy in IPL. The decision was met with dismay by English commentators who feared that London might suffer as an arbitration venue, but there was little they could do beyond grinding their teeth and looking towards a new future without anti-European-suit injunctions.[72]

4 A new legal tradition

It is clear that the Court of Justice's rulings on the anti-suit injunction have substantially limited access to a long-standing and 'important and valuable weapon' of the English courts in IPL.[73] The English courts have long viewed themselves as having the prerogative to issue an anti-suit injunction, to the extent that the order has become a part of English, and indeed common-law, legal tradition.[74] This tradition has clearly been eroded by the Europeanisation of IPL and the intervention of the Court of Justice.

However, it is important to consider what has come in the anti-suit injunction's place and not to criticise change for criticism's sake. The Court of Justice's rulings in the anti-suit injunction cases, together with its rulings in other IPL cases, have begun to usher in a new paradigm and perhaps the beginnings of a new tradition in European IPL: a tradition of mutual trust.[75] The emergence of

[71] Ibid, para 30.

[72] See S Dutson & M Howarth, 'After West Tankers—the rise of the 'foreign torpedo'?' (2009) 75 *Arbitration* 334; S Camilleri, 'The Front Comor—the end of arbitration as we know it?' (2010) 6 *CSLR* 214; J Tumbridge, 'European anti-suit injunctions in favour of arbitration agreements—a sea change?' (2010) 21 *ICCLR* 177; H Seriki, 'Anti-suit injunctions, arbitration and the ECJ: an approach too far?' (2010) 1 *JBL* 24; Y Baatz & A Sandiforth, 'A setback for arbitration' (2009) *STL* 1; J Chuah., 'Serious blow to international commercial arbitration: The Front Comor' (2009) 57 *SLR*, 53. See also: A Dickinson, 'Dickinson on West Tankers: Another One Bites the Dust', *Conflict of Laws Blog*, 11 February 2009, <http://conflictoflaws.net/2009/dickinson-on-west-tankers-another-one-bites-the-dust/> [accessed 11 February 2013]; J Harris, 'Harris on West Tankers', *Conflict of Laws Blog*, 12 February 2009, <http://conflictoflaws.net/2009/harris-on-west-tankers/> [accessed 11 February 2013].

[73] *Pena Copper Mines Ltd v Rio Tinto Co Ltd* [1911-13] All ER 209 (CA); *West Tankers* (HL), above n 63, para 19 (Lord Hoffmann).

[74] Barceló, above n 1, 2.

[75] See *Overseas Union*, above n 37; Case C-533/08, *TNT Express Nederland BV v Axa Versicherung AG* [2010] ECR I-04107, paras 49, 54–6; Case C-139/10, *Prism Investments BV v van der Meer* [2011]

a trust-based system, in which courts in different European member states co-operate and respect one another's ability to decide and decisions rendered, has been recognised in scholarship.[76] This is a move from legal imperialism to legal communitarianism; from unilateralism to multilateralism. It is a new way of approaching cases of *lis pendens* more in line with IPL in an internationalised form, such as the Brussels I Regulation or the proposed worldwide equivalent Hague Convention. This new approach is better suited to our increasingly globalised world.

But how well does this new approach work? At least in theory, where the Brussels I Regulation allocates jurisdiction, the mutual-trust-based approach should work well. In a situation such as in *Turner*, where the English court is the first-seised of an action and takes jurisdiction, any court subsequently seised should of its own motion decline jurisdiction under the *lis pendens* rule.[77] Note that this is at any rate a situation in which the English courts would have been hesitant to issue anti-suit injunctions, so it will only be in a tiny minority of cases that a litigant who would otherwise have applied successfully for an injunction must now put his faith in the judgement of the foreign rather than the English court. The situation is different where the English court is second-seised of the same action, in which case it will have to stay proceedings pending the decision of the foreign court and will no longer be able to wrest control over a dispute by way of injunction. The exception to this is where the Brussels I Regulation provides for the exclusive jurisdiction of the courts of one member state, in which case the court having exclusive jurisdiction will be allowed to proceed regardless.[78]

The English courts were always more ready to issue an anti-suit injunction to protect a choice of court agreement.[79] Under the ruling in *Gasser*, the jurisdiction of courts under these agreements was not protected in the same way as exclusive jurisdiction under Article 22 of the Brussels I Regulation, but

---

ECR I-09511, paras 27, 31; Case C-619/10, *Trade Agency Ltd. v Seramico Investments Ltd* [2012] OJ C 72/25; Case C-514/10, *Wolf Naturprodukte GmbH v SEWAR spol Sro* [2012] OJ C 13/37, para 25.

[76] See J Mance, 'Exclusive jurisdiction agreements and European ideals' (2004) 120 *LQR* 357, *passim*; E B Crawford, 'The uses of putativity and negativity in the conflict of laws' (2005) 54 *ICLQ* 829, 838; F Blobel & P Spath, above n 39, *passim*; L Merrett, 'The enforcement of jurisdiction agreements within the Brussels regime' (2006) 55 *ICLQ* 315, 329; L Demeyere, 'Commercial litigating in the European Union: a changing landscape' (2008) 4 *IBLJ* 481, *passim*; P Shine, 'A matter of trust' (2009) 159 *NLJ* 1093; A Mourre & A Vagenheim, 'The arbitration exclusion in Regulation 44/2001 after West Tankers' (2009) 12 *Int ALR* 75, 78.

[77] Brussels I Regulation, above n 33, Art 27.

[78] Ibid, Art 22; *Overseas Union*, above n 37, para 26.

[79] See *National Westminster Bank*, above n 12.

was subject to the ordinary *lis pendens* rule at Article 27.[80] In the Brussels I Regulation Recast, which will take effect on 10 January 2015,[81] this rule has been reversed, meaning that proceedings before a court designated in a choice of court agreement will be able to proceed regardless of whether that court was first- or second-seised of the action.[82] The courts of other member states will be required to stay once the designated court has been seised.[83] This should support party autonomy and enhance the effectiveness of choice of court agreements in a far less divisive fashion than the unilateral injunction of proceedings before one court by another.[84] The prohibition of the anti-suit injunction should thus cause little-to-no harm in situations where the Brussels Regime allocates jurisdiction.

The same cannot be said for situations in which the Brussels I Regulation does not allocate jurisdiction, namely, where the anti-suit injunction would have been issued to protect an arbitration agreement. In this case, it is Article II (3) of the New York Convention that allocates jurisdiction to the arbitral tribunal rather than any rule of the Brussels I Regulation. Indeed, because of the exclusion of arbitration at Article 1 (2) (d) of the Brussels I Regulation and the combined case law of *Marc Rich*[85] and *West Tankers*,[86] there is effectively a right to commence parallel court proceedings alongside arbitration. The only thing preventing the parallel arbitration and litigation of the entire dispute is the hope for harmonious application of the New York Convention, which is not subject to oversight and enforcement by a supranational body like the Court of Justice. This is so despite arguments from commentators that the enforcement of an arbitration agreement should be considered a special case,[87] calls for reform to protect arbitration agreements in the Heidelberg Report,[88] and a proffered solution in the Commission's Green Paper[89] and Recast proposal,[90] ultimately rejected by the

[80] *Gasser*, above n 38, paras 42–54.

[81] *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)* [2012] OJ L 351/1, Art 81 (*Brussels I Regulation Recast*).

[82] Ibid, Recital 22, Art 31.

[83] Ibid.

[84] N A Dowers & D Holloway, 'Brussels I Recast passed' (2013) 16 *Int ALR* N18, N21.

[85] *Marc* Rich, above n 65.

[86] *West Tankers*, above n 30.

[87] Barceló, above n 1, 2; Ambrose, above n 7, 419.

[88] Heidelberg Report, above n 67, para 123.

[89] *European Commission Green paper on the review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, COM (2009) 175 final, s 6.

[90] *European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on*

European Parliament[91] and discarded as the legislature pursued other legislative priorities.[92] Instead of this, the Recast adds a recital[93] reaffirming the arbitration exclusion in an unclear fashion likely to cause as many problems as it solves.[94] It is also inconsistent with the autonomy-based approach to choice of court agreements taken in the Brussels I Recast.[95] The English courts are therefore quite likely to find themselves in a position where they wish they still had access to anti-suit injunctions to protect arbitration agreements. Nonetheless, this is a problem that could and should be solved by a rethinking of the Brussels I Regulation's relationship with arbitration[96] and not by the regressive step of re-instating the anti-suit injunction.

5 Conclusion

The replacement of the English tradition of issuing anti-suit injunctions as an IPL remedy by a European tradition of mutual trust in the administration of justice by courts of member states is to be welcomed. It is a progressive step that should bring European countries closer together where the previously prevailing approach in England would be likely to drive them apart. The exception to this positive assessment of the paradigm-shift in European IPL is in respect of arbitration agreements, where the anti-suit injunction has been taken from the English courts without provision of an effective alternative under the Brussels I Regulation or the Recast. This author takes the view that this is a problem inherent in the Regulation's relationship, or lack thereof, with arbitration, best addressed when the instrument is next reviewed, and certainly not a problem that justifies regression to the archaic practice of restraint of proceedings before foreign courts. In short, this is an area in which tradition should not be allowed to stand in the way of progress.

---

jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) COM (2010) 748 final, s 36.

[91] *European Parliament Resolution of 7 September 2010 on the implementation and review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (2009/2140(INI))* [2010] OJ C 308 E/36, paras 5–8.

[92] See the Council's Press Release on the Recast: *Recast of the Brussels I Regulation: towards easier and faster circulation of judgments in civil and commercial matters within the EU* 16599/12 PRESSE 483.

[93] Brussels I Regulation Recast, above n 81, Recital 12.

[94] For a summary of the changes and a short comment, see Dowers & Holloway, above n 84.

[95] Ibid, N21.

[96] Ibid.

Документ предоставлен КонсультантПлюс

СУДЕБНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ СОБЛЮДЕНИЯ АРБИТРАЖНЫХ ОГОВОРОК: ПОЛОЖЕНИЕ В АНГЛИЙСКОМ ПРАВЕ <1>

Н. ЭНДРЮС

<1> Перевод осуществлен Иваном Новиковым, студентом 5 курса юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета. - Примеч. ред.

Эндрюс Нил, профессор частного права и гражданского судопроизводства Кембриджского университета.

Английские суды поддерживают третейские соглашения, используя целый ряд средств и способов. Целью данной статьи является изучение этих различных способов. Они касаются утверждения, что 1) есть действительное третейское соглашение, которое суд должен соблюдать (и остановить судебное разбирательство в Англии), или 2) английский суд должен непосредственно поддержать третейскую договоренность, выдав судебный приказ, определение или присудив компенсацию (за убытки). В статье также упоминается возможность иностранного суда принять противоположное решение относительно третейского соглашения. Стоит также отметить, что в соответствии с английским третейским законодательством третейский суд имеет право издавать приказ, хотя ему и не хватает принудительной силы судебного запрета. Основным способом поддержки третейского соглашения является приостановление английского судебного разбирательства, если это разбирательство было инициировано стороной третейского соглашения и данное разбирательство может явиться нарушением этого соглашения. Такой же способ установлен Нью-Йоркской конвенцией (1958 г.). Но общее право является более надежным, предоставляя так называемый судебный запрет на разбирательство в другой юрисдикции. Данный запрет направлен не против иностранного суда (или третейского суда), а против иностранного истца, который не выполняет третейское соглашение. Тем не менее Европейский суд справедливости в деле Allianz SpA v. Wild Tankers (2009 г.) <1> посчитал, что английские суды больше не могут выдавать такие запреты в рамках европейского правового пространства (это, однако, оставляет им возможность выдавать такие приказы, если истец начал судебное разбирательство вне зоны ЕС). Другим средством защиты от нарушения третейского соглашения является возмещение ущерба, которое в Англии выполняет только компенсационную функцию, но никак не карательную.

<1> Allianz SpA etc v. West Tankers, "The Front Comor", (C-185/07) [2009] 1 AC 1138, ECJ.

Ключевые слова: иностранный гражданский процесс; гражданский процесс Англии.

Courts ensuring compliance with arbitration clauses: the position in English law
N. Andrews

Andrews Neil, Professor of Private Law and Civil Process at Cambridge University.

The English courts will uphold arbitration agreements using a range of remedies or devices. The purpose of this article is to examine these various responses. These responses concern the central allegation that (i) there is a valid arbitration agreement to which the court needs to defer (by the stay of English judicial proceedings); or (ii) the English court should directly support the arbitration agreements by the grant of negative relief (an injunction), a declaration, or compensation (damages). The possibility of a foreign court making a contradictory decision concerning the arbitration clause is also mentioned. It will also be noted that under English arbitration law the arbitral tribunal has power to issue an anti-suit

order, although such an order lacks the coercive potency of a court injunction.

The main way in which an arbitration agreement can be upheld is for the court simply to stay English judicial proceedings if the latter have been brought by a party to the arbitration agreement and those proceedings involve breach of that agreement. The same method is endorsed by the New York Convention (1958) among Contracting States. But the Common Law is more robust by providing the so-called "anti-suit injunctions". These are in fact aimed not at a foreign court (or arbitral tribunal) but at the foreign litigant who has failed to comply with the arbitration clause. However, the European Court of Justice in Allianz SpA v. West Tankers (2009) held that English courts can no longer issue these injunctions within the European juridical zone (this leaves intact, however, the English courts' power to issue injunctions where the offending litigant has commenced proceedings outside this European zone). Another remedy for breach of an arbitration agreement is damages, which in England can only be compensatory, as distinct from punitive.

Key words: foreign civil process; English civil process.

1. Приостановление судебного разбирательства в защиту действительного третейского соглашения

В п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции (1958 г.) говорится:

"Суд договаривающегося государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

Сторона третейского соглашения (заявитель), если против нее было возбуждено судебное разбирательство по делу, может обратиться в суд для его приостановления независимо от того, является ли она ответчиком по основному иску или истцом по встречному иску <1>. Суд не имеет права действовать по своему усмотрению при принятии решения о приостановлении судебного разбирательства. Он должен приостановить дело, если не будет доказано, что третейское соглашение является "недействительным, утратило силу или не может быть исполнено" <2>. Приостановление судебного разбирательства является основным механизмом для начала действия третейского соглашения.

<1> См.: п. 1 ст. 9 английского Закона об арбитраже 1996 г. Как указано лордом Вульфом в деле Patel v. Patel ([2000] QB 551, 556, CA), это положение базируется на п. 1 ст. 8 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ; на ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г.; по сути дела, фраза "не имеет юридической силы, недействительно или не может быть исполнено" в п. 4 ст. 9 указанного Закона (см. ниже) - буквальное повторение этих положений. Статья 9 английского Закона об арбитраже 1996 г. устанавливает: "(1) Сторона третейского соглашения, против которой было возбуждено судебное разбирательство (посредством иска или встречного иска) по делу, которое, в соответствии с соглашением, должно быть передано в арбитраж, может (после представления другим сторонам по разбирательству соответствующего уведомления) обратиться в суд, в котором было возбуждено судебное разбирательство, с заявлением о приостановлении судебного разбирательства постольку, поскольку оно касается такого дела... (4) При получении заявления, представленного в соответствии с положениями настоящей статьи, суд обязан распорядиться о приостановлении разбирательства, за исключением тех случаев, когда суд убежден, что арбитражное соглашение не имеет юридической силы, недействительно или не может быть исполнено".

<2> См.: п. 4 ст. 9 английского Закона об арбитраже 1996 г.

Заявитель должен совершить соответствующие процедурные действия (если в таковых есть необходимость) для подтверждения того, что в отношении его возбуждено судебное разбирательство.

Но заявитель не должен предпринимать "какие-либо шаги в этом разбирательстве для того, чтобы ответить на основную претензию (claim)". В этом-то и состоит суть того, что ответчик сделал шаг в разбирательстве, который четко указывает на тот факт, что он отказался от исполнения

третейского соглашения и решил ответить по существу в судебном заседании. В деле Capital Trust Investments Ltd. v. Radio Design TJ AB (2002 г.) Апелляционный суд постановил, что ответчик в судебном процессе "не пересек Рубикон" в целях п. 3 ст. 9 Закона об арбитраже 1996 г., поскольку его ответы на претензии не создали никаких подозрений, что он откажется от третейского производства. Здесь ответчик просил: 1) приостановить судебное разбирательство; 2) применить упрощенное производство против истца на "экспресс-основе", так как это будет необходимо только в том случае, если будет отказано в приостановлении судебного разбирательства.

Точно так же судья Сэйлз по делу Bilta (UK) Ltd. v. Nazir (2010 г.) постановил, что ответчик "не пересек Рубикон", обратившись в суд с просьбой о продлении времени, в течение которого он будет строить защиту. Для оппонента было ясно, что мотивом ответчика при этом было получить больше времени на то, чтобы определить, подпадает ли соответствующий спор под третейское соглашение.

В случае многоуровневой оговорки о разрешении споров, в которой говорится, что должны быть какие-то досудебные процедуры (например, различные уровни переговоров, медиация и только потом арбитраж), заявитель может требовать приостановления дела даже до того, как эти процедуры были исчерпаны.

Наконец, если суд отказывает в приостановлении, Закон об арбитраже дает истцу выход из процедурного "замкнутого круга" ("Catch 22"). Подобная тупиковая ситуация могла бы возникнуть, если бы: 1) стороны договорились, что третейское решение будет предварительным условием для любого производства (так называемое условие Scott v. Avery), но 2) истец теперь не в состоянии перейти к третейскому разбирательству, так как началось судебное производство, и 3) в то же время это судебное разбирательство останется без движения из-за условия Scott v. Avery.

Возможность английских судов приостанавливать судебное разбирательство не ограничивается ст. 9 Закона об арбитраже 1996 г. В случае необходимости суд может приостановить его в пользу заявителя (чаще всего ответчика), который не является участником соответствующего третейского соглашения.

Данная позиция была отражена в деле Reichhold Norway ASA v. Goldman Sachs International (2000 г.), где английский суд приостановил судебное разбирательство, отдавая приоритет незаконченному третейскому разбирательству в Норвегии между RN и J (последний был продавцом акций). Иск RN в Англии против GS был связан с той же покупкой акций. Ввиду тесной связи между английским судебным процессом и норвежским третейским производством, а также принимая во внимание тот факт, что норвежский арбитраж не будет длиться более года, английский апелляционный суд признал, что приостановление судебного разбирательства будет здесь уместным. Пункт 1 ст. 9 Закона об арбитраже 1996 г. требует, чтобы заявление о приостановлении судебного разбирательства было подано участником арбитражного соглашения.

Однако случай Reichhold Norway (2000 г.) является исключением, как это показывает следующий случай. Судья Хендерсон отказался от приостановления в деле Mabey & Johnson Ltd. v. Danos (2007 г.). Он не применил в качестве прецедента дело Reichhold Norway (2000 г.), которое было рассмотрено выше. В деле Mabey A жаловался, что он стал жертвой мошенничества, совершенного D Co. и его частными агентами X, Y и Z. Судебное разбирательство было инициировано в отношении всех этих предполагаемых нарушителей. Но приостановление было сделано только в отношении D Co., так как не оспаривалось, что A и D Co. являются участниками третейского соглашения (Ямайка была выбрана в качестве места проведения арбитража). Это оставило X, Y и Z в качестве ответчиков в деле, возбужденном A. Из них только X требовал приостановления. Однако оно не могло быть совершено на основании того, что в соответствии с п. 1 ст. 9 Закона об арбитраже 1996 г. X не является участником третейского соглашения. Тем не менее X ходатайствовал об обязательной юрисдикции (см. предыдущий раздел), чтобы добиться приостановления (предусмотренного в п. 3 ст. 49 Закона о старших судах 1981 г. и примененного в исключительном случае, рассмотренном выше). Тем не менее судья Хендерсон отклонил ходатайство X о приостановлении производства по делу против него (это бы оставило иск против Y и Z и вызвало необходимость приостановления данных разбирательств против указанных ответчиков). В деле Mabey судья Хендерсон согласился, что "есть веские соображения против приостановления разбирательства", особенно необходимость гласного судебного разбирательства в Англии такого рода обвинений в мошенничестве.

В деле A v. B (2006 г.) судья Колман приостановил судебное разбирательство, в котором недовольный участник швейцарского арбитражного соглашения просил выдать судебный запрет против арбитра и заявлял, что третейское разбирательство было недействительным и не имеющим силы. Судья Колман постановил, что приостановление должно иметь место: это английское судебное разбирательство было прямым вторжением в швейцарское третейское разбирательство и в то, что швейцарские суды должны иметь возможность осуществлять контроль над данным разбирательством и соответствующим третейским решением. Приостановление судьей Колманом разбирательства по иску против арбитра было принято в соответствии с обязательной судебной юрисдикцией, установленной п. 3 ст. 49 Закона о старших судах 1981 г. Пункт 1 ст. 9 Закона об арбитраже 1996 г. не был причиной приостановления. Это потому, что данное положение требует, что лицо, ходатайствующее о приостановлении судебного разбирательство, должно быть: 1) стороной третейского соглашения; 2) лицом, "против которого данное разбирательство было инициировано". В данном случае второе условие не было выполнено, так как судопроизводство было инициировано в отношении арбитра, а не одной из сторон арбитражного производства.

2. Судебный запрет на разбирательство в другой юрисдикции как средство поддержки третейских соглашений <1>

<1> Все указанные здесь работы изданы до дела AES ([2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889): Born G. International Commercial Arbitration: In 2 vols. Kluwer Law International, 2009. Ch. 7 (см. особенно с. 1033 - 1057); Idem. International Arbitration: Cases and Materials. Aspen Publishers, 2010. P. 64 - 67; Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 15th ed. Sweet & Maxwell, 2012. P. 16-088 ff.; GeeS. Commercial Injunctions. 5th ed. Sweet & Maxwell, 2006. Ch. 14; 6th ed. Sweet & Maxwell, 2013; Raphael T. The Anti-Suit Injunction. Oxford University Press, 2008 (см. особенно ч. 7; см. также ч. 4); Redfern and Hunter on International Arbitration / Ed. by N. Blackaby and C. Partasides. 5th ed. Oxford University Press, 2009. P. 5.135-5.138; Russell on Arbitration / Ed. by D.St.J. Sutton, J. Gill, M. Gearing. 23rd ed. Sweet & Maxwell, 2007. P. 7-011 ff.

Английские суды имеют установленную много лет назад компетенцию обязать ответчика, по отношению к которому суд обладает должной юрисдикцией, воздерживаться от начала или продолжения иностранного гражданского судебного разбирательства или от участия в третейском разбирательстве, если это (иностранное судебное разбирательство или английский или иностранный арбитраж) может явиться нарушением исключительной подведомственности путем выдвижения Англии как места урегулирования спора или нарушением арбитражного соглашения. Возможность суда выдавать судебные запреты на разбирательство в другой юрисдикции основана на общем праве суда издавать судебный запрет, что установлено в п. 1 ст. 37 Закона о старших судах 1981 г. Апелляционный суд выдал такой приказ еще в 1911 г. в поддержку арбитражного соглашения. В деле Noble Assurance Co. v. Gerling-Konzern General Insurance Co. судья Тоульсон, опираясь на решения Палаты лордов, сформулировал общие критерии, регулирующие судебный запрет на разрешение дела в другой юрисдикции (будь то в поддержку исключительной юрисдикции или арбитражных соглашений):

"1) возможность [выдавать судебный запрет] должна быть осуществлена, когда цели правосудия требуют этого;

2) в случае если суд примет решение о выдаче запрета на разбирательство в иностранном суде, это будет направлено не против иностранного суда, а против сторон разбирательства, которые будут заинтересованы в продолжении процесса;

3) судебный запрет будет выдаваться только тому лицу, на которое распространяется юрисдикция суда и в отношении которого судебный запрет будет эффективным средством правовой защиты;

4) так как такой запрет косвенно влияет на иностранный суд, он должен выдаваться с предельной осторожностью".

Английский судебный запрет направлен на стороны, но не на иностранные суды и должен предоставляться с определенной осторожностью. На это было обращено внимание Палаты лордов

в деле Turner v. Grovit (2001 г.). В данном деле Палата лордов сделала ссылку на Европейский суд справедливости. Лорд Хобхаус начал с того, что отметил возможность терминологической путаницы: "Определенные предубеждения и непонимание еще имеют тенденцию сохраняться как касательно природы такого типа запретительного судебного приказа в этом деле, так и оснований его [требования]". Он отметил, что судебный запрет действует только против отдельного ответчика: "Когда английский суд издает судебный запрет, он адресует это только сторонам, которые находятся перед ним. Данный запрет не направлен против иностранного суда..." Он далее отметил, что английские суды должны осторожно подходить к таким личным запретам: "Если такой приказ косвенно влияет на иностранный суд, юрисдикция должна осуществляться с осторожностью и только если цели правосудия того требуют..."

Тем не менее ясный и точный анализ лорда Хобхауса был не состоянии убедить некоторых цивилистов, которые делали акцент скорее на практическом эффекте запрета на рассмотрение дела в другой юрисдикции (иностранное судебное разбирательство запрещено, хотя и направлено против стороны в судебным разбирательстве), чем на теории.

Судебные запреты на рассмотрение дела в другой юрисдикции как средство поддержки третейских соглашений: Верховный суд Соединенного Королевства в деле AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant (2013 г.) <1> (см. разд. 3 настоящей статьи) подтвердил, что право выдавать запрет на рассмотрение дела в другой юрисдикции предоставлено судам только в соответствии со ст. 37 Закона о старших судах 1981 г. (по общему правилу о выдаче судебных запретов). Стороны третейского соглашения, таким образом, косвенно обязуются воздерживаться от судебных тяжб. Данный судебный запрет направлен на инициирование третейского производства и исключение других форм разрешения споров. По своей сути судебный запрет является ответной мерой на договорные нарушения, где возмещение убытков не будет адекватным средством правовой защиты, потому что они будут включать в себя компенсацию ущерба после того, как поезд ушел ("after the horse has bolted"). Логика решения AES заключается в том, что нет никакой необходимости устанавливать полномочие суда на выдачу запрета как часть внутреннего законодательства об арбитраже (в том числе и Закона об арбитраже 1996 г.). И основным решением Верховного суда по делу AES является то, что ограничения на судебные запреты в целях поддержки третейского производства, содержащиеся в разд. 44 Закона об арбитраже 1996 г., не имеют никакого отношения к судебному запрету на рассмотрение дела в другой юрисдикции. Данная позиция была кратко изложена лордом Мансом в решении Верховного суда по делу AES (2013 г.) следующим образом <2>: "Где запрет используется для того, что сдерживать иностранное производство в нарушение третейского соглашения... должна применяться ст. 37 Закона 1981 г., но не ст. 44 Закона 1996 г."

<1> [2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889.

<2> AES, [2013] UKSC35; [2013] 1 WLR 1889, at [48].

Если коллегия арбитров уже определена, то есть еще одна возможность: арбитры также обладают полномочиями выносить окончательные судебные запреты и (по соглашению сторон) выдавать временные запреты на рассмотрение дела в другой юрисдикции. По этой причине Лорд Манс указал на осторожность при применении ст. 37 Закона 1981 г.:

"Полномочия, обеспеченные ст. 37 Закона 1981 г., должны осуществляться с осторожностью и с учетом системы и понятий Закона 1996 г., если третейское производство уже начато либо находится на стадии подготовки. Суд в соответствии со ст. 37, если он считает это целесообразным, может предоставить любой судебный запрет скорее на временной основе в ожидании результатов текущих или будущих третейских разбирательств, чем на постоянной основе".

3. Примеры применения судебного запрета на рассмотрение дела в другой юрисдикции в целях содействия третейскому разбирательству

Верховный суд в деле AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant (2013 г.) <1> сделал заявление, что существовало обязательное третейское

соглашение, а также поддержал судебный запрет на рассмотрение дела в другой юрисдикции, несмотря на то что страна, не входящая в ЕС (Казахстан), заявила, что предполагаемый пункт противоречит его внутренней и внешней политике. В этом контексте иностранное решение не является обязательным для английских судов. AES имел концессионные права на запуск гидроэлектростанции в Казахстане, а U был ее собственником. Основные положения концессионного соглашения регулировались законодательством Республики Казахстан, но в то же самое соглашение была включена третейская оговорка, которая определяла Лондон в качестве места проведения арбитража и включала правила ICC. U, собственник гидроэлектростанции, обратился в суд в отношении AES в Казахстане, утверждая, что AES нарушил свои договорные обязанности, не предоставив информации по концессионным активам. В свою очередь, AES получил от судьи Английского коммерческого суда Бертона окончательный запрет для U, собственника гидроэлектростанции, на продолжение судебного разбирательства в Казахстане. Английский суд также постановил, что иностранный суд ошибочно охарактеризовал поведение английского истца перед иностранным судом как согласие на участие в этом разбирательстве и решение иностранного суда по вопросу об этом согласии все равно не является обязательным для английского суда.

<1> [2013] UKSC 35; [2013] 1WLR 1889.

В деле C v. D (2007 г.) английский Апелляционный суд выдал судебный запрет на рассмотрение дела в другой юрисдикции для предотвращения начала иностранного разбирательства и в поддержку третейской оговорки. Суд постановил, что данный запрет был необходим, чтобы удержать сторону от начала разбирательства в Нью-Йорке в соответствии с невыгодными положениями нью-йоркского права о страховании. Английский суд постановил, что было бы неверным позволить оспаривание этого решения в нью-йоркском судебном разбирательстве. Третейское решение может быть оспорено только в соответствии со средствами, предусмотренными и регулируемыми английским Законом об арбитраже 1996 г.

В деле Midgulf International Ltd. v. Groupe Chimiche Tunisien (2010 г.) Апелляционный суд постановил, что процесс в Тунисе, начатый с целью утвердить, что никакого третейского соглашения не существовало, был попыткой подорвать эффективность этого соглашения. Английский суд имел юрисдикцию в отношении тунисского истца, и судебный запрет на рассмотрение дела в другой юрисдикции должен был быть выдан.

В деле Niagara Maritime SA v. Tianjin Iron & Steel Group Co. Ltd. был предоставлен судебный запрет с целью удержать ответчика от продолжения судебного разбирательства в Китае ввиду того, что китайский судебный процесс никак не соответствует решению о проведении третейского разбирательства в Лондоне. Не было никаких сомнений в том, что третейское соглашение было правомерно включено в договор между сторонами.

4. Запрет на рассмотрение дела в другой юрисдикции в рамках Европейского союза

Большинство юрисдикций из романо-германской правовой семьи встали на позицию, противоположную той, что есть сейчас в Англии. Стало очевидным, что судебный запрет является камнем преткновения общего права и традиций континентального права. Европейский суд в деле Allianz SpA etc. v. West Tankers, "The Front Comor" (2009 г.) постановил, что английские суды не могут выдавать судебные запреты на рассмотрение дела в другой юрисдикции по отношению к судам государств - членов ЕС. Данное запрещение распространяется на все формы английского судебного запрета, направленные на защиту стороны, которая начинает судебное разбирательство в государстве - члене ЕС. Запрет к тому же включает попытки удержать участников третейского соглашения от продолжения таких противоправных судебных разбирательств в судах государств - членов ЕС в зоне юрисдикции ЕС. В деле Allianz SpA etc. v. West Tankers, "The Front Comor" Европейский суд справедливости пришел к выводу, что:

"Несовместимо с Регламентом N 44/2001 Совета ЕС [теперь он будет называться Правилами подсудности (2012 г.) (важные для нас части которых вступают в силу 10 января 2015 г.)] "О

юрисдикции и признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам" для суда государства - члена ЕС выдавать судебный запрет, чтобы сдерживать человека от начала или продолжения судебного разбирательства в судах другого государства-члена на том основании, что такое разбирательство будет противоречить третейскому соглашению".

Согласно этому решению, английский судебный запрет хотя и направлен на участника процесса, а не на иностранный суд, непосредственно лишит иностранный суд права определить свою собственную юрисдикцию согласно указанным Правилам. Это будет посягать на аксиому Европейского союза, согласно которой суд любого государства - члена ЕС, рассматривающий гражданский или коммерческий спор, затрагивающий Регламент, должен иметь возможность самостоятельно определить, подведомствен ли ему данный спор. Еще одной причиной враждебного отношения Европейского суда справедливости к английскому судебному запрету является прагматичное предположение, что, даже несмотря на то что опытные судьи Высокого суда Лондона применяют данный запрет, только если это необходимо, суды других государств-членов не могут быть достаточно надежными. Как заявил Европейский суд справедливости в деле Turner v. Grovit (2004 г.):

"Не может быть исключена возможность того, что, даже если судебный запрет был выдан судом одного из договаривающихся государств, решение тем не менее может быть принято судом другого договаривающегося государства. Кроме того, не может быть исключена возможность того, что суды двух договаривающихся государств, которые предприняли такие меры, могут выдавать совершенно противоположные запреты".

Верховный суд в деле AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant (2013 г.) подтвердил, что Европейский суд справедливости в деле West Tankers (Allianz SpA etc. v. West Tankers, "The Front Comor" (2009 г.)) не исключает возможности выдачи запрета по отношению к лицам, которые намереваются начать или уже начали судебное разбирательство в суде государства, которое не является ни государством - членом ЕС, ни участником Луганской конвенции.

Наконец, необходимо отметить, что Правила подсудности (2012 г.) вступают в силу 10 января 2015 г. Там уже не будет запрещения выдачи английского судебного запрета (который был запрещен решением Европейского суда в деле Allianz SpA etc v. West Tankers, "The Front Comor" (2009 г.)).

5. Убытки за нарушение третейского соглашения

По английскому праву лицу, нарушившему условия третейского соглашения, может быть предписано выплатить компенсацию другой стороне. В Англии третейское соглашение рассматривается как особый вид договора. Соответственно, 1) английский суд признает решение третейского суда о компенсации ущерба, причиненного в результате нарушения арбитражного соглашения, или 2) присуждение компенсации причиненного ущерба может быть сделано непосредственно судом в Англии. В деле Mantovani v. Carapelli Spa (1980 г.) Апелляционный суд одобрил оба предложения. Возможность возмещения ущерба также отметил судья Колман при рассмотрении дела West Tankers в суде первой инстанции.

Дело CMA SA Hyundai Mipo Dockyard Co. Ltd. (2008 г.) является подтверждением первого случая. Здесь сторона, представляющая судостроительную компанию (эта сторона присоединилась к третейскому соглашению в результате новации), нарушила третейское соглашение, продолжая судебное разбирательство во Франции, которое было ошибочно начато еще до новации. Судья английского Коммерческого суда Бертон оставил в силе решение арбитров Лондона по следующим вопросам: 1) третейское соглашение было заключено по поводу вопроса, ставшего предметом французского судебного разбирательства; 2) следовательно, это было нарушением стороной третейского соглашения, так как она не прекратила судебное разбирательство во Франции сразу после того, как стала участником договора, включавшего третейское соглашение, в результате новации; 3) убытки, которые должны быть возмещены за нарушение третейского соглашения, состояли из расходов на разбирательство во Франции, а также из расходов за потерянное время.

Возможность возмещения убытков за нарушение третейских соглашений стала очень

актуальной. Этот вопрос был поднят юристами общего права на дискуссии экспертов в мае 2009 г. Тем не менее профессор Томас Пфайфер (Гейдельбергский университет) на том же заседании был менее оптимистичен. По его мнению, Европейский суд справедливости может рассматривать это как еще одно нарушение "взаимного доверия".

6. Расходы

Нарушение третейского соглашения, как правило, дает право английскому суду выдать судебный приказ на "определение размера компенсации" в отношении расходов, понесенных в результате приостановления английского гражданского производства либо выдачи судебного запрета на рассмотрение дела в другой юрисдикции, с того момента, как эти действия были осуществлены в поддержку третейского соглашения.

7. Непоследовательные иностранные решения, касающиеся третейских соглашений

Верховный суд в деле AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant (2013 г.) отметил, что решение суда государства, не входящего в ЕС, не признающее наличие действительного третейского соглашения, не является обязательным для английских судов. На факты повлияло то, что английские суды не признали решение казахстанского суда, который заявлял о том, что третейское соглашение (лондонское) не имеет юридической силы, что оно противоречит государственной политике Казахстана.

Данное решение подтверждает ст. 32 Закона о гражданской юрисдикции и судебных решениях 1982 г. Решение иностранного суда о том, что третейское соглашение является недействительным или неисполнимым, не является обязательным для английских судов ("не признается или не исполняется в Соединенном Королевстве" (ст. 32(1) Закона 1982 г.)). На основании этих положений английские суды не признали решение казахстанского суда, которое определяло третейское соглашение как недействительное. И это решение казахстанского суда было определено как неверное.

Как отмечалось выше, позиция несколько отличается, если дело касается суда государства - члена ЕС. В отношении данных судов позицию можно сформулировать следующим образом:

1) решение суда государства - члена ЕС (например, о возмещении убытков в деле, вытекающем из гражданских отношений) должно быть признано и исполнено в Англии, даже если это решение будет лишать юридической силы третейское соглашение;

2) тем не менее Правила подсудности (2012 г.) (соответствующие части которого вступят в силу 10 января 2015 г.) ясно дают понять, что решение государства-члена в отношении а) действительности или б) недействительности предполагаемого третейского соглашения не будет представлять собой решение, требующее признания и исполнения;

3) правило, указанное в подп. б) п. 2), применяется даже при том, что случайное определение того, что не было никакого третейского соглашения, представляет собой предварительный этап в вынесении решения по существу судом государства - члена ЕС (как уже упоминалось в п. 1), основное решение будет являться решением, требующим признания и исполнения).

8. Заключение

1. Третейское соглашение создает завуалированное "негативное" право не быть участником процесса, иначе как в соответствии третейским соглашением, в котором заявитель и ответчик являются сторонами.

2. Приостановление судебного разбирательства является первоначальным шагом для защиты третейского соглашения. А п. 1 и 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции (1958 г.) требуют от договаривающихся государств признавать третейские соглашения.

3. Но английские суды являются более надежными: они могут издавать судебный запрет для того, чтобы остановить сторону, которая пытается начать судебное разбирательство за пределами Англии, если это поведение направлено на нарушение третейского соглашения. Кроме того,

английские суды могут также сделать заявление в этом контексте независимо или в дополнение к судебному запрету на рассмотрение дела в другой юрисдикции.

4. Но если судебное разбирательство, которое нарушает третейское соглашение или исключительную подведомственность, происходит в государствах - членах ЕС, выдача такого судебного запрета запрещена. В деле West Tankers (2009 г.) Европейский суд справедливости постановил, что судебный запрет на рассмотрение дела в другой юрисдикции не может быть выдан для того, чтобы остановить ответчика от начала или продолжения судебного разбирательства в другом государстве - члене ЕС. Вне географической зоны этого ограничения английские суды сохраняют право издавать судебные запреты такого рода, например, если разбирательство осуществляется в Нью-Йорке или Сингапуре, т.е. на территории стран, не являющихся членами ЕС.

5. Право английских судов выдавать такие запреты предоставляется в соответствии со ст. 37(1) Закона о старших судах 1981 г., Закона об арбитраже 1996 г.

6. Статья 37(1) Закона о старших судах 1981 г. устанавливает в качестве единственного основания для судебного запрета "завуалированное" право не быть участником судебного процесса, иначе как в соответствии с третейским соглашением (см. п. 1 выше). Статья 44 Закона об арбитраже 1996 г. не применяется для этой цели. Кроме того, английские суды могут также сделать заявление в этом контексте.

7. Если английский суд выдает судебный приказ на том основании, что существует действительное третейское соглашение, данное решение создает "недопустимость возражений по уже решенному вопросу" (issue esstopel) в отношениях между этими сторонами. Отсюда следует, что третейский суд, местом которого выбрана Англия (или, даже если место арбитража находится за пределами Англии, третейский суд должен признать принцип res judicata общего права), будет использовать эстоппель, если этот вопрос возникнет в споре между теми же сторонами.

8. В английском праве могут быть возмещены убытки, причиненные нарушением третейского соглашения.

References

Mustill M., Boyd S. Commercial Arbitration: Companion Volume. Lexis Nexis, 2001. P. 267.

Mustill M., Boyd S. Commercial Arbitration. 2nd ed. Lexis Nexis, 1989.

Born G. International Commercial Arbitration: In 2 vols. Kluwer Law International, 2009. Ch. 7.

Born G. International Arbitration: Cases and Materials. Aspen Publishers, 2010. P. 64 - 67.

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 15th ed. Sweet & Maxwell, 2012. P. 16-088 ff.

Gee S. Commercial Injunctions. 5th ed. Sweet & Maxwell, 2006.

Raphael T. The Anti-Suit Injunction. Oxford University Press, 2008.

Redfern and Hunter on International Arbitration / Ed. by N. Blackaby and C. Partasides. 5th ed. Oxford University Press, 2009. P. 5.135-5.138.

Russell on Arbitration / Ed. by D.St.J. Sutton, J. Gill, M. Gearing. 23rd ed. Sweet & Maxwell, 2007. P. 7-011 ff.

Andrews N. Injunctions in Support of Civil Proceedings and Arbitration // Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures / Ed. by R. Sturner, M. Kawano. Mohr Siebeck, 2011. P. 319 - 344.

Jacobs R., Masters L., Stanley P. Liability Insurance in International Arbitration: The Bermuda Form. 2nd ed. Hart Publishing, 2011.

Seriki H. Anti-Suit Injunctions, Arbitration and the ECJ: An Approach Too Far? // The Journal of Business Law. 2010. Issue 1. P. 24.

Schlosser P. Europe - Is it Time to Reconsider the Arbitration Exception from the Brussels Regulation? // International Arbitration Law Review. 2009. N 4. P. 45.

Mourre A., Vagenheim A. The Arbitration Exclusion in Regulation 44/2001 after West Tankers // International Arbitration Law Review. 2009. N 5. P. 75.

Clifford Ph., Browne O. Lost at Sea or a Storm in a Tea Cup? Anti-suit Injunctions after West Tankers // International Arbitration Law Review. 2009. N 1. P. 19.

Pullen A. The Future of International Arbitration in Europe: West Tankers and the EU Green Paper // International Arbitration Law Review. 2009. N 4. P. 56.

Andrews N. Civil Processes: In 2 vols. Intersentia, 2013. Vol. 1: Court Proceedings. Ch. 16.

ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ ИНОСТРАННОГО СУДА

М. РОЖКОВА

Марина Рожкова, ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, кандидат юридических наук.

Тема обеспечительных мер сегодня, пожалуй, одна из самых актуальных. И страницы журналов пестрят мнениями и суждениями, высказываемыми различными юристами в отношении допустимости применения обеспечительных мер в тех или иных случаях, широты судейского усмотрения при рассмотрении ходатайства об их принятии, ошибок при их применении и отмене и т.п. В большинстве случаев эти рассуждения касаются обеспечительных мер, применяемых арбитражными судами в Российской Федерации, и лишь иногда встречаются работы, в которых рассматриваются обеспечительные меры, допускаемые иностранным правом и применяемые иностранными судами.

Если в процессе иностранец

В целом меры обеспечения иска в иностранных судах имеют немало схожего с обеспечительными мерами, предусмотренными российским законодательством: иностранными судами применяются такие обеспечительные меры, как арест имущества ответчика, запрет совершать определенные действия и т.д.

Но в тех случаях, когда стороной по делу выступает иностранное лицо, вопрос допустимости их применения приобретает особую остроту и его решение требует применения норм международного права.

Главным здесь является то, что в соответствии с общепринятыми принципами международного права акты судебного органа конкретного государства имеют законную силу и действуют только в пределах территории этого государства. В том случае, если решение суда одного государства требует его исполнения на территории другого государства, то такое исполнение возможно только на основании специального судебного решения суда государства, на территории которого это решение должно исполняться. Вплоть до момента вынесения такого специального судебного решения о приведении в исполнение любое решение иностранного суда не влечет никаких правовых последствий. Но как только решение иностранного суда получает упомянутое специальное судебное разрешение на его исполнение, оно (решение) приобретает юридическую силу на территории государства, где подлежит исполнению.

Как и судебный акт по существу спора, судебный акт о применении обеспечительной меры не может быть исполнен на территории другого государства в отсутствие специального судебного решения государства, на территории которого эта мера должна быть применена. Иными словами, акт иностранного суда о применении обеспечительных мер может быть исполнен только при условии вынесения судом государства, на территории которого предполагается применение обеспечительных мер, специального судебного решения о приведении в исполнение этого акта иностранного суда.

Экстратерриториальный характер

Иностранные суды в некоторых случаях применяют обеспечительные меры, носящие экстратерриториальный характер. Например, таковой мерой в Соединенном Королевстве будет запрет Марева (Mareva Injunction), представляющий собой арест имущества или денежных средств, принадлежащих ответчику, а также запрет покидать территорию юрисдикции английского суда, представляющий собой принудительное задержание ответчика, если он применяется в отношении ответчика-иностранца <*>. И надо специально отметить, что применение запрета Марева допустимо на территории других государств, где имеются активы ответчика-иностранца, только при условии, что он признан судом этих государств и тем самым может быть приведен в исполнение (оговорка Бабанафт (Babanaft Proviso)).

<*> См. подробнее: Ерпылева Н.Ю. Международный гражданский процесс: основные проблемы современного развития / Адвокат. 2004. N 2, 3 (февраль, март).

Обычно же стороны обращаются с ходатайством о применении обеспечительных мер, к примеру в виде ареста имущества, в суд того государства, на территории которого это имущество находится, даже если спор разрешается в суде другого государства. Такое правило, в частности, прямо закреплено в ст. 24 Брюссельской конвенции о юрисдикции и исполнении (иностранных) судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г. (в которой Россия не участвует), предоставляя истцу обратиться с ходатайством об обеспечительных мерах в суд любого государства - члена ЕС, на территории которого находится

имущество ответчика, если гражданско-правовой спор по существу рассматривается в суде одного из государств - членов ЕС.

Но встречаются и ситуации, когда иностранным судом предпринимаются попытки применения к ответчику-иностранцу обеспечительных мер, носящих экстратерриториальный характер, при отсутствии к тому каких-либо правовых оснований. И примером этому может послужить следующее конкретное дело.

Меры ответственности...

Иностранные компании "A" и "B" в 2004 году обратились в Высокий Суд Правосудия (Соединенное Королевство) с иском к российской компании "C" о возложении на нее мер ответственности. По мнению истцов, такая ответственность могла быть возложена на ответчика на основании односторонней сделки, им якобы совершенной.

Ответчик, в свою очередь, в 2005 году предъявил в Арбитражный суд г. Москвы иск о признании упомянутой сделки недействительной.

После предъявления российской компанией "C" названного иска в российский суд (Арбитражный суд г. Москвы) иностранные компании "A" и "B" заявили ходатайство в Высокий Суд Правосудия, рассматривающий дело, о применении к компании "C" обеспечительных мер.

Приказом от 13 марта 2006 года судья коллегии по коммерческим делам Отделения Королевской Скамьи Высокого Суда Правосудия удовлетворил ходатайство и вынес приказ, содержащий ограничивающий запрет (Restraining Injunction) о следующем.

Во-первых, российской компании "C" до вынесения судебного решения или до дальнейшего приказа Суда запрещалось совершать какие-либо действия в связи с процессами, инициированными им в судах России, а также инициировать другие процессы в отношении оспариваемой сделки, кроме как в рамках судебного процесса Англии и Уэльса.

Во-вторых, как указал Суд, приказ не препятствует ответчику (российской компании "C") осуществлять эти действия при условии предварительного выраженного в прямой письменной форме согласия истцов (иностранных компаний "A" и "B").

В-третьих, как следовало из приказа, неподчинение ему влекло за собой привлечение к ответственности за неуважение к суду руководства российской компании "C" (в виде тюремного заключения или штрафа), а также наложение ареста на имущество. Суд также оставлял за собой право применить и иные средства судебной защиты, направленные против ответчика (российской компании "C").

Какие выводы можно сделать, ознакомившись с этим запретом английского суда?

Первое, что, несомненно, бросается в глаза, - это то, что данному приказу английским судом придан экстратерриториальный характер. Запрет предъявлять в суд исковые требования или совершать действия по ведению уже начатого судебного процесса распространяется на территорию другого суверенного государства - России.

Таким образом, исходя из общепринятых норм международного права для исполнения данного приказа английского суда на территории России необходимо специальное судебное решение российского суда (здесь - арбитражного суда) о признании и приведении его в исполнение.

ВАС РФ разъяснил

Между тем из буквального содержания нормы п. 1 ст. 241 АПК следует, что признанию и приведению в исполнение на территории России подлежат решения судов иностранных государств, принятые ими по существу спора. Данный вывод нашел свое подтверждение в п. 26 Обзора практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер, утвержденного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 N 78, в котором указано следующее. Положения АПК РФ не предусматривают возможности приведения в исполнение иных, помимо решений, актов судов иностранных государств, принятых ими до или после рассмотрения спора по существу. Нормы АПК РФ распространяются только на окончательные решения, вынесенные в результате рассмотрения спора о конкретном предмете и по конкретным основаниям при анализе всего комплекса доказательств в полноценной процедуре, тогда как обеспечительные меры принимаются в ускоренном порядке и на основании анализа сокращенного объема доказательств.

Следовательно, данный приказ английского суда не может быть признан и приведен в исполнение на территории России и, таким образом, не имеет юридической силы.

Вторым будет вывод о том, что данный приказ противоречит ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод, устанавливающей, что каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

Иными словами, ограничив право российской компании "C" обращаться в российский

государственный суд с требованиями, относящимися к юрисдикции российского суда согласно правилам международной подсудности, и поддерживать уже начатый в российском государственном суде процесс, английский суд нарушил права российской компании, гарантированные Европейской конвенцией по защите прав человека и основных свобод.

Второй вывод прямо перетекает в третий: данный судебный запрет нарушает права российской компании "С", которыми она обладает на основании Конституции РФ.

Как известно, ст. 46 Конституции РФ гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод, а ст. 47 Конституции РФ закрепляет правило о том, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. В силу этого на территории Российской Федерации никто не вправе каким-либо образом ограничивать возможности физического или юридического лица обращаться за судебной защитой либо поддерживать уже начатый судебный процесс. Равно как ни обращение в суд, ни ведение уже начатого судебного процесса не могут быть поставлены в зависимость от письменного согласия противной стороны (как это имело место в данном деле).

При таких обстоятельствах запрет английского суда на осуществление российской компанией действий по судебной защите своих прав на территории Российской Федерации, бесспорно, является противоправным и нарушает российский публичный порядок. Те же выводы можно сделать и в отношении пункта приказа, допускающего совершение этих действий российской компанией с предварительного письменного согласия другой стороны по делу (иностранных компаний "А" и "В").

И четвертый вывод, который можно сделать, ознакомившись с текстом анализируемого приказа, - это то, что подспудно в нем присутствует неуважение к российским судам. Иным образом сложно расценить запрет на предъявление в российский суд исков и запрет на ведение в российском суде процессов по требованиям, связанным с делом, рассматриваемым в английском суде.

Реформа системы гражданского судопроизводства в Соединенном Королевстве, начатая лордом Woolf и направленная на усиление судебной активности с целью обеспечить быстрое и с наименьшими затратами судебное разбирательство дела, повлекла за собой усиление судебной активности. Однако полномочия английского суда не являются настолько широкими, что его приказ при явном противоречии общепринятым нормам международного права, Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод сам по себе обладает экстратерриториальным эффектом и имеет юридическую силу на территории другого государства, публичному порядку которого он также противоречит.

REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION

Nigel Blackaby
Constantine Partasides
with
Alan Redfern
Martin Hunter

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

courts of the place of arbitration, or by resisting attempts to obtain recognition or enforcement of the award.

(vi) Form of court intervention

5.128 Although a national court's role in reviewing the correctness of a tribunal's award on jurisdiction is well established, the type of intervention the court is meant to undertake is not so clear. Is the court to have a *de novo* hearing, considering the jurisdiction question afresh; or is it merely to review the tribunal's decision applying a presumption that this decision is correct? There is little settled law on this point. A 1995 US Supreme Court decision held that the type of intervention depends upon whether the parties agreed to submit the 'arbitrability' of their dispute to arbitration.[178] If so, the arbitral tribunal is the primary judge, and the court must apply a cautious standard of review; if not, the court is the primary judge and is required to undertake a full *de novo* hearing.[179] The court held that a clear intent to 'arbitrate arbitrability'[180] was required to limit the court's form of intervention. Arguably, however, an arbitration clause which incorporated a set of rules which stated the competence-competence principle could be said to do just this.[181]

(g) International agreements on the jurisdiction of national courts

5.129 Where there are treaties in place between different countries establishing rules as to which courts may take jurisdiction, the parties may be restricted as to where they may go to seek a judicial remedy. Within the EU, for example, a measure of uniformity as to which State courts may accept jurisdiction is established by Regulation 44/2001,[182] which supersedes the Brussels and Lugano Conventions. Article 1(2)(d) of Regulation 44/2001 specifically excludes arbitrations from the application of the Convention. Article 2 establishes a basic rule (subject to limited exceptions) that persons shall be sued in the courts of the State in which they are domiciled. A potential conflict consequently arises when a legal action is brought in one of the Member States but there is a claim that the dispute is covered by an arbitration clause providing for arbitration in a different Member State. The party seeking to avoid arbitration may claim that there was no binding arbitration agreement and that the court of his or her domicile has jurisdiction and not the courts

[178] *Kaplan v MK Investments Inc* (US) 115 Supreme Court 1920 (1995); 131 LEd2d 985 (1995).

[179] Ibid, at 1923–1924.

[180] 'Arbitrability' here is not a question of public policy, as it is in the correct use of the term, but rather a question of whether or not the dispute comes within the scope of the arbitration clause.

[181] Most rules do. See for instance, AAA Arbitration Rules, Art 15.1; ICC Rules, Art 6.2; LCIA Rules, Art 23.1; UNCITRAL Rules, Art 21.1.

[182] Official Journal of the European Union, No L12/1, 16 January 2001.

at the seat of the arbitration. The other party may reply that a question as to the validity of an arbitration agreement is itself excluded from the application of the Convention, under Article 1(2), as being connected with an arbitration.

5.130 This precise situation occurred in the *Marc Rich* case, in which an English court was asked to rule on the validity of an arbitration agreement as part of the process of considering an application for support of the arbitral process (in the appointment of an arbitrator), while simultaneously an Italian court (which would have jurisdiction under the Convention were it not for the arbitration agreement) was asked to act as if no valid arbitration agreement existed. The ECJ held that the arbitration exclusion of the Brussels Convention (Article 1(2)(d) of Regulation 44/2001) extended to litigation before a national court in respect of the arbitrator. As a consequence, it was admissible for the English courts to intervene in the appointment of an arbitrator notwithstanding the domicile of the defendant in Italy.[183] This appears to be sound. The exclusion exception of Article 1(2)(d) would be deprived of any real meaning if the Regulation were to apply to applications in support of arbitration.

5.131 Another area of tension between the EU jurisdiction regime and the arbitration exception was exposed in *Van Uden Maritime v Deco-Line.*[184] The claimant was a Dutch corporation that had started an arbitration against a German respondent in the Netherlands for monies due under a charterparty. The claimant also sought an interim payment from the national courts in the Netherlands pursuant to the Netherlands Arbitration Act. The Hoge Raad of the Netherlands referred the question to the ECJ as to whether it had jurisdiction to make a provisional order pending determination of a dispute by an arbitral tribunal on the basis of Article 24 of the Brussels Convention (now Article 31 of Regulation 44/2001) which states:

> Application may be made to the courts of a Contracting State for such provisional, including protective, measures as may be available under the law of that State, even if, under this Convention, the courts of another Contracting State have jurisdiction as to the substance of the matter.

5.132 The respondent argued that there was no such jurisdiction since the arbitration exception applied. The ECJ disagreed and held that 'provisional measures are not in principle ancillary to arbitration proceedings but are ordered in parallel to such proceedings and are intended as measures of support. They concern not arbitration as such *but the protection of a wide variety of rights.*' The net result is that such

[183] *Marc Rich Co AG v Societa Italiana Impianti PA (The Atlantic Emperor)* [1989] 1 Lloyd's Rep 548 (CA); the appeal of this case was referred to the ECJ and was heard on 17 October 1990; [1992] 1 Lloyd's Rep 342 (ECJ). See also the discussion in Hascher, 'Arbitration under the Brussels Convention' (1997) 13 Arb Intl 33.

[184] Case C-391/95 [1999] 2 WLR 1181.

applications benefit from the protection of the Regulation such that there can be no concurrent proceedings (Articles 21–23). Further, an application for interim measures from an EU national court in support of an arbitration can be enforced under Regulation 44/2001 in any other court in the EU. This is a strong incentive to seek such measures within the EU since interim measures from a national court may not be enforced automatically elsewhere pursuant to the New York Convention.

5.133 The same area of conflict was addressed in the case of *Allianz SpA, and another v West Tankers Inc.*[185] In this matter, West Tankers Inc had chartered a vessel to Erg SpA pursuant to a charterparty which provided for disputes to be resolved by arbitration in England. The vessel had a collision with a jetty in an Italian port and Erg claimed compensation from its insurers up to the limit of its insurance cover and commenced arbitration proceedings in London against West Tankers for the excess. West Tankers denied liability for the damage caused by the collision. Having paid Erg compensation under the insurance policies for the loss it had suffered, the insurers brought proceedings against West Tankers before the Italian courts in order to recover the sums they had paid to Erg based on their statutory right of subrogation. West Tankers raised an objection of lack of jurisdiction on the basis of the existence of the arbitration agreement.

5.134 In parallel, West Tankers brought proceedings before the English courts, seeking a declaration that the dispute with the insurers was to be settled by arbitration pursuant to the arbitration agreement and an 'anti-suit' injunction restraining the insurers from pursuing the proceedings commenced before the Italian courts. The English High Court upheld West Tankers' claims and granted the anti-suit injunction sought against the insurers. The latter appealed against that judgment to the House of Lords and argued that the grant of such an injunction was contrary to Regulation 44/2001 since they had a right to bring a claim in the Italian courts and, if the Italian courts took jurisdiction, then that should be the end of the matter.

5.135 The House of Lords first referred to judgments in which it was held that an anti-suit injunction restraining a party from commencing or continuing proceedings in a court of another Member State cannot be compatible with the system established by Regulation 44/2001, even where it is granted by the court having jurisdiction under that regulation. That is because the regulation provides a complete set of uniform rules on the allocation of jurisdiction between the courts of the Member States which must trust each other to apply those rules correctly. However, that principle could not, in the view of the House of Lords, be extended

[185] Case C-185/07 *Allianz SpA and another v West Tankers Inc* European Court of Justice—Decision of 10 February 2009.

to arbitration, which was excluded from the scope of Regulation 44/2001 by virtue of Article 1(2)(d). Since there was no set of uniform Community rules in relation to arbitration, it was clear from the *Marc Rich* case that the exclusion in Article 1(2)(d) of Regulation 44/2001 applies both to arbitration proceedings and legal proceedings in relation to arbitration. As a consequence, the House of Lords concluded that an anti-suit injunction addressed to the Italian court would not infringe the regulation. However, it stayed its proceedings pending a preliminary ruling to address the question: 'Is it consistent with Regulation No 44/2001 for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings in another Member State on the ground that such proceedings are in breach of an arbitration agreement?'

5.136 The ECJ concluded that, although the subject-matter of the proceedings was arbitration (and thus outside of the scope of Regulation 44/2001), an anti-suit injunction against a court of another Member State which considered it had validly taken jurisdiction under Regulation 44/2001 would have consequences which could undermine its effectiveness. This was particularly so where proceedings were seeking to prevent the exercise by the courts of a Member State of their jurisdictional privileges under Regulation 44/2001. In these circumstances, it was exclusively a matter for the courts first seised of the dispute pursuant to the Brussels Convention (in this case the Italian courts) to determine the validity of an arbitration agreement relied upon by a respondent in order to contest its jurisdiction. Otherwise it would amount to stripping that court of the power to determine its own jurisdiction under Regulation 44/2001. Such anti-suit injunctions were consequently held to be incompatible with the Regulation. The Court noted also that this solution was consistent with Article II(3) of the New York Convention which vests the courts of a State seised of a matter in respect of which an arbitration agreement exists of the power to refer the matter to arbitration.

5.137 The ECJ's decision in the *West Tankers* case has been widely criticised by commentators for not taking into account the fundamental principles of arbitration law and the reality of arbitral practice, namely that parties select specific jurisdictions as seats for their arbitrations because of their arbitration-friendly judicial systems.[186] It is argued that parties expect the national courts at the seat of the arbitration to enforce agreements to arbitrate and protect their supervisory jurisdiction. Nevertheless, some commentators have suggested that courts at the seat of the arbitration may continue to enforce arbitration agreements through alternative

[186] See, eg, P Merkin (ed), 'Anti-suit injunctions: the future of anti-suit injunctions in Europe' (2009) 9:4 Arbitration Law Monthly 1; P Clifford and O Browne, 'Lost at sea or a storm in a teacup? Anti-suit injunctions after *Allianz SPA (formerly Riunione Adriatica di Sucurta SPA) v West Tankers Inc*' (2009) 12 Int ALR 19, K Noussia, 'Antisuit injunctions and arbitration proceedings: What does the future hold?' (2009) 26 J Intl Arb 311.

means such as declaring the validity of the arbitration agreement, ordering its specific performance, or awarding damages for the breach of agreements to arbitrate.[187]

5.138 The ECJ's recent decision may not be the final word in this controversy—a legislative solution may yet be adopted. Prior to the issuance of the *West Tankers* decision, the Heidelberg Report on the Application of the Brussels I Regulation 44/2001, based on consultations with the 25 EU Member States, was presented to the European Commission.[188] The report found that most of the Member States 'adopted a critical attitude towards a possible extension of the [Regulation] to arbitration' as there was concern that this might undermine the functioning of the 1958 New York Convention.[189] Nevertheless, the authors of the Heidelberg Report recommended the elimination of the arbitration exception to the Regulation in order to avoid conflicting decisions by national courts of EU Member States in support of arbitration.[190] In the wake of the *West Tankers* decision, and pursuant to the Heidelberg Report, the EU published a Green Paper launching a broad consultation on ways to improve the operation of the Regulation.[191] One of the proposals outlined in the paper is to include within the Regulation a special rule granting exclusive jurisdiction to the courts of the EU Member State of the place of arbitration designated in the parties' arbitration agreement.[192] At the time of writing, the proposals contained in the Green Paper remain controversial, and their ultimate fate is uncertain.

[187] See N Byford and A Sarwar, 'Arbitration clauses after West Tankers: the unanswerable conundrum? Practical solutions for enforcing arbitration clauses' (2009) Int ALR 29; P Merkin (ed), 'Anti-suit injunctions: the future of anti-suit injunctions in Europe' (2009) 9:4 Arbitration Law Monthly 1; J Michaelson and G Blanke, 'Anti-suit injunctions and the recoverability of legal costs as damages for breach of an arbitration agreement' (2008) 74 Arbitration 12; and VV Veeder QC, 'The Brussels Regulation, the Lugano Convention, the Arbitration Exception and the New Schlosser Report', presentation at the ICC UK Annual Arbitration Conference, 6 November 2008.

[188] B Hesse, T Pfeiffer, and P Schlosser, *The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States,* Study JLS/C4/2005/03. This report was prepared further to Art 73 of Regulation 44/2001 obliging the European Commission to present a report on its application within five years of its entry into force.

[189] Ibid, paras 107–109.

[190] Ibid, paras 119–135.

[191] Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Brussels, 21 April 2009, COM(2009) 175, accompanying the Report from the Commission to the European Parliament on the same topic.

[192] This proposal was previously advanced by Hans van Houtte in his article 'Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?' (2005) 21 Arb Intl 509, 518.

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

INTERNATIONAL ARBITRATION 2006:

BACK TO BASICS?

GENERAL EDITOR: ALBERT JAN VAN DEN BERG

with the assistance of the
International Bureau of the
Permanent Court of Arbitration
The Hague

Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators

Emmanuel Gaillard[*]

TABLE OF CONTENTS

		Page
I.	Introduction	235
II.	The Arbitral Tribunal's Jurisdiction to Issue Anti-suit Injunctions	237
III.	The Recognition of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction to Issue Anti-suit Injunctions	244
IV.	The Advisability of the Issuance of Anti-suit Injunctions by Arbitral Tribunals	261
V.	The Legal Regime of the Issuance of Anti-suit Injunctions by Arbitral Tribunals	265

I. INTRODUCTION

It has become increasingly frequent in international arbitration for a recalcitrant party to attempt to disrupt the arbitral process by bringing the dispute covered by the arbitration agreement before national courts (ordinarily those of that party's own State) and seeking an "anti-suit injunction" from those courts. The nuisance introduced into international arbitration by this type of measure has been widely commented upon and criticized.[1] The fact that the mechanism of anti-suit injunctions—in this instance, anti-arbitration injunctions—originates from common law systems in no way means that the disruption of the arbitral process is specific to those systems. Courts in civil law countries such as Brazil or Venezuela have had recourse to this mechanism in the same way as courts in common law countries such as Pakistan, India or the United States.[2]

---

* Partner and head of the International Arbitration Group, Shearman & Sterling LLP; Professor of Law, University of Paris XII°; Member of ICCA.

1. On anti-suit injunctions in international arbitration, see Emmanuel GAILLARD, ed., *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI Series on International Arbitration No. 2* (Juris Publishing 2005) (hereinafter *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*). See also the report by Julian LEW, "Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts", this volume, pp. 185-220.

2. For the numerous examples of anti-suit injunctions issued by domestic courts against arbitral proceedings at the request of one of the parties, see *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, op. cit.*, fn. 1; Emmanuel GAILLARD, *"Il est interdit d'interdire: Réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international"*, Rev. Arb. (2004) p. 47; "Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration" in L.A. MISTELIS & D.M. LEW, eds., *Pervasive Problems in International Arbitration* (Kluwer 2006) p. 203. On the situation in Latin America, see Horacio A. GRIGERA NAÓN, "Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences" in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (ICC Publishing 2005) (hereinafter *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*) p. 335.

Although severe criticism has been expressed in relation to orders issued by domestic courts enjoining the parties, an arbitral institution or the arbitrators from proceeding with or participating in an arbitration, the frequency of the parties' recourse to anti-suit injunctions has not diminished in any manner. In reaction, in those jurisdictions most familiar with the mechanism of anti-suit injunctions, the question was raised as to the possibility for the courts to provide support to the arbitral process by enjoining the recalcitrant party from proceeding with its request for an anti-suit injunction, or prohibiting the party targeted by the injunction from complying with the first court's decision. This chain reaction results in anti-anti-suit injunctions whereby each State court prohibits a party either from proceeding with an arbitration or from pursuing its disruptive attempts against an arbitral proceeding. Neither situation, however, offers a suitable response to the extent that, in each case, the domestic court's injunction is based on the presumption that that court's view of the existence and validity of the arbitration agreement will have absolute extraterritorial effect.[3]

Although less often debated,[4] the question has arisen as to whether arbitrators, when they are confronted with a party's attempt to submit a dispute that is covered by an arbitration agreement to a domestic court – or another arbitral tribunal[5] – may issue an injunction to prohibit that party from escaping the arbitration agreement. In other words, may arbitrators issue anti-suit injunctions? Three situations are, in this respect, relevant: when a party starts a court action in relation to a dispute that is covered by an arbitration agreement; when the court seized decides that it has jurisdiction to hear the dispute; when the court, having decided that it has jurisdiction, enjoins the other party from initiating an arbitral proceeding or from pursuing an ongoing arbitral proceeding. In other words, the arbitral tribunal may be confronted with the introduction of a parallel court action or with an existing court action, and a possible anti-arbitration injunction issued by the court. In all these situations, the same outcome is sought, more or less successfully, by the recalcitrant party: disrupt or terminate the arbitral proceeding by submitting the dispute that is covered by the arbitration agreement to another court. What is the appropriate response in such cases? Must the arbitrators comply with anti-suit injunctions issued against them and stay the arbitral proceeding? Should they ignore anti-suit injunctions issued against them on the basis of the fundamental principle of competence-competence and the recognition of the existence

3. See Emmanuel GAILLARD, "The Misuse of Anti-Suit Injunctions", New York Law Journal (1 August 2002) pp. 3 and 7; "*KBC v. Pertamina*: Landmark Decision on Anti-Suit Injunction", New York Law Journal (2 October 2003) pp. 3 and 8.

4. See Laurent LÉVY, "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators", in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, fn. 1, p. 115.

5. In practice, this question arises less frequently, for example when a dispute arises as to the respective scope of two distinct arbitration agreements (see, e.g., the example given by L. LÉVY in his article, *op. cit.*, fn. 4, p. 115) or, in investment arbitration, when a contractual claim is brought before the arbitral tribunal having jurisdiction over such claims and, at the same time, another claim is brought before the tribunal having jurisdiction on the basis of the investment protection treaty containing an umbrella clause for the violation of such clause. See also Kaj HOBÉR, "Parallel arbitration proceedings – Duties of the Arbitrators" in *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* (ICC Publishing 2005) p. 243.

and validity of the arbitration agreement on the basis of which the arbitral tribunal has been constituted? Can, and should, the arbitrators issue anti-suit injunctions against a recalcitrant party? All these questions are addressed below through the examination of the arbitrators' jurisdiction to issue anti-suit injunctions (II), the widespread recognition of such jurisdiction in arbitral case law (III), the advisability of arbitral anti-suit injunctions (IV) and the legal regime of such measures (V).

II. THE ARBITRAL TRIBUNAL'S JURISDICTION TO ISSUE ANTI-SUIT INJUNCTIONS

Well-established principles of international arbitration law unquestionably provide the basis for the arbitrators' jurisdiction to issue anti-suit injunctions. These are the jurisdiction to sanction violations of the arbitration agreement and the power to take any measure necessary to avoid the aggravation of the dispute or to protect the effectiveness of the final award (*1*). Contrary views, which have denied arbitrators the power to issue anti-suit injunction, are unpersuasive (*2*).

1. The Legal Bases of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction to Issue Anti-suit Injunctions

The notion that, in issuing anti-suit injunctions, arbitrators would make use of powers exclusively vested in State courts, echoes past debates over the power of the arbitrators to award punitive damages[6] or "*astreintes*".[7] Such power is deeply rooted in well recognized principles of international arbitration law, namely the arbitrators' jurisdiction to sanction all breaches of the arbitration agreement and the arbitrators' power to take any appropriate measures either to avoid the aggravation of the dispute or to ensure the effectiveness of their future award.

a. Jurisdiction to sanction, by equivalent or in kind, violations of the arbitration agreement

The agreement by which two or more parties undertake to submit to international arbitration the disputes which may arise in relation to their contract unquestionably grants arbitrators the power to decide all questions related to the merits of the dispute brought before them.

However, the jurisdiction thus conferred to the arbitral tribunal by the arbitration agreement is not confined to the resolution of the merits of the dispute. The two main

---

6. M. Scott DONAHEY, "Punitive Damages in International Commercial Arbitration", 10 J. Int'l Arb. (1993, no. 3) p. 67; E. Allan FARNSWORTH, "Punitive Damages in Arbitration", 7 Arb. Int. (1991, no. 1) p. 3; for US case law, see *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52 (1995), 10 Int'l Arb. Rep. (Mar. 1995) p. 3, and Rev. Arb. (1995) p. 295, commentary by Laurent NIDDAM, *ibid.*, p. 301.
7. See Laurent LÉVY, "*Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse*", 19 ASA Bull. (2001, no. 1) p. 21. For the French case law, see *S.A. Otor Participations, "Emballage 48", Yves Bacques and Michèle Bouvier [together "the founders"] v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1 and S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 2 [together, "Carlyle"]*, Paris Court of Appeal, 7 October 2004, reported by Denis BENSAUDE, "*S.A. Otor Participations v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1*: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration", 22 J. Int'l Arb. (2005, no. 4) p. 357.

effects of the arbitration agreement are to oblige the parties to submit all disputes covered by the arbitration agreement to arbitration, and to confer jurisdiction on the arbitral tribunal to hear all disputes covered by the arbitration agreement. It is thus a fundamental principle of arbitration law that arbitrators have the power to rule on their own jurisdiction, a principle that is the corollary of the principle of the autonomy of the arbitration agreement. Under this latter principle, any claim that the contract containing the arbitration agreement is void or voidable has no impact on the arbitration agreement and the arbitrators' jurisdiction. Thus the principle of autonomy allows arbitrators to examine any challenges to their jurisdiction based on the alleged ineffectiveness of the disputed contract. The principle of competence-competence further allows the arbitrators to decide any challenge to the arbitration agreement itself.

The fundamental principles of international arbitration law thus allow any disputes related to the arbitration agreement to be decided by the arbitrators themselves, something that has been widely recognized in case law[8] and in domestic arbitration statutes or international arbitration rules.[9] They provide solid grounds to the arbitrators to decide such matters notwithstanding the parties' attempts to frustrate the arbitral process by escaping their contractual undertaking to arbitrate their dispute.

Against this background, the arbitrators' jurisdiction to decide disputes relating to the arbitration agreement contains, by definition, the jurisdiction to decide breaches of the obligation to arbitrate. It also contains the arbitrators' power to sanction any breaches that are ascertained on that basis.[10] Arbitral jurisdiction would, otherwise, be simply negated. By comparison, a significant body of case law has developed in national systems according to which submitting disputes that are covered by an arbitration agreement to the domestic courts, or refusing to perform the undertaking to arbitrate, amounts to breaches of the arbitration agreement.[11] Domestic courts have further ruled that damages can be awarded on that ground,[12] taking into account, for the quantification of the damages, the costs incurred by the party brought before a national court in the face of an arbitration agreement.

---

8. See generally Emmanuel GAILLARD, John SAVAGE, eds., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) (hereinafter *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*) paras. 388 et seq. and paras. 647 et seq.; Julian LEW, Loukas A. MISTELIS, Stefan KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2001) pp. 390 et seq.; Jean-François POUDRET, Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international* (Bruylant 2002) pp. 407 et seq.
9. See Art. 6(2) of the ICC Arbitration Rules; Art. 23.1 of the LCIA Arbitration Rules; Art. 21(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules.
10. For a different view, see Laurent LÉVY, *op. cit.*, fn. 4, p. 120.
11. See, e.g., *Aggeliki Charis Compania Maritime S.A. v. Pagnan SPA*, [1995] 1 Lloyd's Law Rep. 87; *Shell International Petroleum Co. Ltd. v. Coral Oil Co. Ltd.*, [1999] 1 Lloyd's Law Rep. 72; *Through Transport Mutual Insurance Association (EURASIA) Ltd. v. New India Assurance Co. Ltd.*, [2005] 1 Lloyd's Law Rep. 67.
12. See, e.g., *Mantovani v. Carapelli S.p.A.*, [1980] 1 Lloyd's Law Rep. 375. See also Jane WESSEL, Sherri NOTH COHEN, "In Tune with Mantovani: The 'Novel' Case of Damages for Breach of an Arbitration Agreement", Int. A.L.R. (2001) p. 65.

Arbitral case law shows that arbitral tribunals have repeatedly recognized their power to award damages for the breach by a party of its undertaking to arbitrate its dispute, taking into account the costs incurred by the other party in domestic proceedings notwithstanding the arbitration agreement.[13] Such compensation is nothing more than the reparation, by equivalent, of the breach of the arbitration agreement. Ordinary rules of reparation, however, also provide for reparation in kind. In other words, arbitrators have the power to sanction a contractual breach either by an award of damages or by ordering specific performance, the recalcitrant party being ordered to cease such breach and take all necessary measures to restore the situation. In that context, anti-suit injunctions ordered by the arbitrators are in reality nothing more than an order given to the party acting in breach of the arbitration agreement to comply with its contractual undertaking to arbitrate the dispute it has submitted to domestic courts.[14]

b. Power to take any measure necessary to avoid the aggravation of the dispute or to protect the effectiveness of the award

In deciding the dispute before them and assessing the question of whether or not they may order anti-suit injunctions, the arbitrators often refer to the principle according to which the parties must refrain from any conduct that may aggravate their dispute.[15]

Submission of the matters covered by an arbitration agreement to the domestic courts, or even the risk of such submission, constitutes a factor that may aggravate the dispute between the parties, and that may justify the issuance of an order addressed to the parties prohibiting such conduct.[16] Depending on the facts of each case, it is within the arbitrators' power, as recognized in international arbitration law, to decide whether a decision in the form of an anti-suit injunction directed to one or more parties is the appropriate measure designed to prohibit conduct which may aggravate the dispute.[17]

A further principle may justify the recourse by the arbitrators to anti-suit injunctions in the context of the protection of the arbitral process. It is an entrenched principle of

13. See, e.g., ICC Award No. 5946 (1990), ICCA *Yearbook Commercial Arbitration* XVI (1991) (hereinafter *Yearbook*) p. 97; ICC Award No. 8887 (April 1997), 11 ICC Bull. (2000, no. 2) p. 91; Final Award dated 13 July 1993, *Yearbook* XXII (1997) p. 197; Final Award dated 19 September 2003, *Yearbook* XXVIII (2003) p. 100.

14. For a review of the case law in this respect, see infra Part III.

15. See, e.g., ICC Award No. 3896 (dated 23 December 1982), 110 J.D.I. (1983) p. 914, commentary by Sigvard JARVIN, *ibid.*, p. 918 (English translation in Sigvard JARVIN, Yves DERAINS, eds., *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985* (ICC Publishing/Kluwer 1990) p. 161); *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Request for Provisional Measures of 9 December 1983, 24 I.L.M. (1985) p. 365; ICC Case No. 10596, Interlocutory Award (2000), *Yearbook* XXX (2005) p. 66 ("the parties must refrain from any conduct (whether action or inaction) which may aggravate the dispute, and ... arbitrators sitting under the ICC Rules have the power to issue decisions prohibiting such conduct", *ibid.*, para. 17).

16. See, e.g., *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Order dated 6 September 2005, para. 45 (published on the ICSID website).

17. For a review of the case law in this respect, see infra Part III.

international arbitration that arbitrators must render an award capable of being recognized and enforced.[18]

By submitting to a domestic court a matter that is covered by an arbitration agreement, and creating the risk of multiple, and possibly divergent, decisions on such matter (including on the question of the existence and the validity of the arbitration agreement), a party may not only breach the arbitration agreement but also undermine the effectiveness of the award to be rendered by the arbitrators. In that context, it is not questionable that the power to issue anti-suit injunctions is only one aspect of the arbitrators' power to take all necessary measures to protect the international effectiveness of their future award.[19]

2. *Analysis of Arguments Sometimes Raised to Deny Arbitrators the Power to Issue Anti-suit Injunctions*

The arbitrators' power to issue anti-suit injunctions is not unanimously recognized. Three types of criticism have been expressed in this respect, all of which have in common the meaning and scope of the principle that arbitrators have jurisdiction to decide their own jurisdiction.

Under a first view, it would be somehow improper for an arbitral tribunal to address injunctions to State courts. A second critical position is advanced on the basis that domestic courts, too, have competence-competence. Finally, it has been maintained that an arbitral tribunal that issues anti-suit injunctions would be a judge in its own cause. Each of these positions will be examined in turn.

---

18. See, e.g., Art. 35 of the ICC Arbitration Rules; Art. 32.2 of the LCIA Arbitration Rules. See also ICC Case No. 9593, Final Award (December 1998), 11 ICC Bull. (2000, no. 1) p. 105, at pp. 109-110 ("The Arbitral Tribunal urges both parties to refrain from taking any steps that may deprive of any purpose the Arbitral Tribunal's decision to be rendered following the hearing to be held on....").

19. See the recent decision by the High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial Court, *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Production*, 2 March 2006, [2006] EWHC 345 (Comm). The High Court had to decide on the request for annulment of an award in which the arbitral tribunal held that it had jurisdiction and ordered the claimant to desist from carrying claims brought before the Ecuadorian courts on subject matters related to the arbitration. The Court refused to vacate the award under Sect. 68 of the 1996 Arbitration Act, considering that the arbitrators, who acted under the UNCITRAL Arbitration Rules, did not exceed their powers by ordering in their award that a party should refrain from pursuing national judicial actions connected to the subject matter of the BIT arbitration. The Court found that the justification on which the tribunal based its order (avoidance of the risk of double recovery by the investor) shows that the anti-suit injunctions were "consequential declarations that follow from the tribunal's decision that [the investor] is entitled to monetary compensation" (para. 125). Judge Aiksen further held that, "[i]n principle, it seems to me, the tribunal must have the power to make orders that are intended to give the proper effect to its primary order granting [the investor] monetary compensation" (para. 125) and that "[i]t is an order which is consequential to the order granting [the investor] monetary compensation, and is made so as to ensure that [the investor] does not obtain a double recovery" (para. 127).

a. It is somehow improper for an arbitral tribunal to address injunctions to State courts

Some scholars have expressed the view that an arbitral tribunal should not issue anti-suit injunctions because such orders interfere with the State courts' jurisdiction or the parties' fundamental right of seeking relief before those courts:

> "... it is highly doubtful whether an arbitral tribunal should be allowed to tell another tribunal or a state court what to do, or whether it should be allowed to interfere indirectly with the working of another arbitral tribunal by ordering one of the parties what to do in the other arbitration or litigation".[20]

It has been suggested that, even when issuing an order to prohibit the parties from submitting their dispute to the State courts in order to protect the arbitral proceedings, "arbitrators must ensure that these measures do not violate a party's fundamental right of seeking relief before national courts".[21]

These views overlook the fact that, other than in relation to the right to seek interim measures for which jurisdiction remains vested in the State courts, the parties who enter into an arbitration agreement accept, by definition, to waive their right to resort to domestic courts for the settlement of their dispute. By entering into the arbitration agreement, the parties undertake to submit to arbitration any disputes covered by their agreement, thereby renouncing to have recourse to the courts of a given country for the settlement of the same disputes, the corollary principle being that such courts are prohibited from hearing such disputes and that, if seized of a matter covered by the arbitration agreement, they will be required, under the applicable rules, to refer the parties to arbitration.[22]

---

20. Pierre KARRER, "Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please", in *International Arbitration and National Courts, The Never Ending Story*, ICCA Congress Series no. 10 (2001) (hereinafter *ICCA Congress Series no. 10*) p. 97, at p. 106. For a different view, see Horacio A. GRIGERA NAÓN, "Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences", in *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, *op. cit.*, fn. 2, p. 335, at p. 340. See also ICC Case No. 9593, Final Award (December 1998), *op. cit.*, fn. 18, p. 110, which is often referred to as establishing the principle of the arbitrators' refusal to issue anti-suit injunctions, although, in that case, the outcome was determined by the fact that the court proceedings were outside the scope of the arbitration agreement ("... [the tribunal] has no authority to interfere in State Court proceedings dealing with the compliance of prior judicial decisions rendered and thus outside the scope of the arbitration clause and its subject matter"). See also *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2 dated 16 October 2002, 18 ICSID Review–FILJ (2003, no. 1) p. 293, at p. 301 (the tribunal rejected the request to enjoin the respondent State from "commencing or participating in all proceedings in the courts of Pakistan relating in any way to this arbitration in the future", on the basis that the request would have required to "enjoin a State from conducting the normal processes of criminal, administrative and civil justice within its own territory").

21. Laurent LÉVY, *op. cit.*, fn. 4, p. 123.

22. See, in particular, Art. 8 of the UNCITRAL Model Law, or Art. II(3) of the New York Convention (the court of a Contracting State, "when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request

The relevant question, therefore, is not a party's fundamental right to seek relief before national courts, but whether a valid arbitration agreement exists and whether the dispute is covered by such agreement, and who has jurisdiction to decide these questions. In that context, the answer is provided by the rules of international arbitration law concerning the interaction between arbitral tribunals and domestic courts: accepting the principle of competence-competence and the arbitrators' inherent power to determine their jurisdiction on the basis of the arbitration agreement entails the consequence that domestic courts should not, in parallel and with the same degree of scrutiny, rule on the same issue, at least at the outset of the arbitral process. In other words, when seized of the matter, the courts should limit, at that stage, their review to a prima facie determination that the agreement is not null and void, inoperative or incapable of being performed.

Recognizing the arbitrators' power of first determination of their jurisdiction by no means suggests that domestic courts relinquish their power to review the existence and validity of an arbitration agreement or that the parties lose any fundamental right in that respect. The acceptance by the national legal systems—by way of rules incorporated in arbitration statutes or in international conventions—that the courts refer the parties to arbitration simply means that the courts, when making a *prima facie* determination that there exists an arbitration agreement and that it is valid, leave it to the arbitrators to rule on the question and recover their power of full scrutiny at the end of the arbitral process, after the award is rendered by the arbitral tribunal. Under this rule, known as the negative effect of the rule of competence-competence, the arbitrators must be the *first* (as opposed to the *sole*) judges of their own jurisdiction and the courts' control is postponed to the stage of any action to enforce or to set aside the arbitral award rendered on the basis of the arbitration agreement. As a result, a court that is confronted with the question of the existence or validity of the arbitration agreement must refrain from hearing substantive arguments as to the arbitrators' jurisdiction until such time as the arbitrators themselves have had an opportunity to do so.[23] A fortiori, a court that is seized of a party's claim pertaining to the merits of a dispute covered by an arbitration agreement must refer the parties to arbitration or, at the very least, exercise self-restraint,[24] the parties having relinquished their right to seek relief before national courts upon entering into the arbitration agreement.

b. Arbitral anti-suit injunctions deny the State courts' competence-competence

Somewhat related to the argument according to which arbitral tribunals are not in a position to address injunctions to State courts, a second type of reasoning lays emphasis

---

of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed".).

23. On the notion of competence-competence generally, see *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, fn. 8, paras. 650 et seq.; on the negative effect of competence-competence and the prima facie review more particularly, see Emmanuel GAILLARD, "*La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*", in *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, *op. cit.*, fn. 2, p. 311.

24. On the notion of self-restraint, see the references at fns. 2 and 3.

on the co-existence between the jurisdiction of arbitral tribunals and that of State courts, each being entitled to equal recognition of its jurisdiction to rule on its own jurisdiction:

> "... Jurisdiction is something that is declared, not something that can be ordered. Declaring jurisdiction enables the arbitrator to rule on the merits of the dispute before him but does not comprise the power to exclude the jurisdiction of others.
>
> Confronted with existing or impending parallel proceedings with a similar subject matter, arbitrators may only rule on their own jurisdiction. If arbitrators affirm their jurisdiction, this may result in discouraging a party from referring the matter to a domestic court or another arbitral tribunal. Yet the arbitrators may not enjoin the party in this regard. Arbitrators may neither decide on the jurisdiction of a court (or that of another arbitral tribunal) nor, *a fortiori*, on the cogency of the case brought before such court (or arbitral tribunal). In other words, arbitrators should not enjoin the parties from bringing an action in a court (or another arbitral tribunal) on the sole ground that they retain jurisdiction whereas the court (or arbitral tribunal) does not."[25]

This view seems to be based on the premise that, in issuing anti-suit injunctions, arbitrators will decide the question of the State courts' jurisdiction in lieu of the State courts:

> "... Nevertheless, in deciding upon the jurisdiction of a court or another arbitral tribunal, arbitrators must respect the following basic principles:
>
> 1. Each court or arbitral tribunal has the power to decide on its own jurisdiction...."[26]

Such a position, however, discounts the fact that the dispute which is covered by the arbitration agreement is, by definition, excluded from the jurisdiction of the State courts. As recognized by the same authority, "[a]dmittedly, in upholding their jurisdiction, arbitrators implicitly declare that any other court or arbitral tribunal is prevented from ruling on the same subject matter. In due course, domestic courts, at least those of the seat of the arbitration, will have the last word in this respect."[27]

The recognition of the courts' competence-competence is therefore not at issue. Nor is there any doubt as to the fact that ordering a party to comply with its undertakings under the arbitration agreement does not result in negating the exercise of the courts' competence-competence. The question is rather one of the existence, validity and scope of the arbitration agreement, with a right of first determination by the arbitrators, the courts recovering their power of full scrutiny at the end of the arbitral process.

---

25. Laurent LÉVY, *op. cit.*, fn. 4, p. 120. See also Pierre KARRER, *op. cit.*, fn. 20, p. 106.
26. Laurent LÉVY, *op. cit.*, fn. 4, p. 117.
27. *Ibid.*

c. The arbitral tribunal is a judge in its own cause when issuing anti-suit injunctions

A further view has been suggested according to which arbitrators issuing anti-suit injunctions should exercise utmost care so as to avoid such measures to be more harmful than the problem they are seeking to resolve, something that would occur when the measure "leads to the annulment of the award on the ground that the arbitral tribunal has been the judge in its own cause and, hence, lacked impartiality".[28]

The rationale behind this proposition is not convincing. This warning suggests that, because in deciding on their own jurisdiction arbitrators would be the judge in their own cause, they could not as a matter of principle be entrusted with the determination of their jurisdiction, something that fundamentally conflicts with the principle of competence-competence. Furthermore, an arbitral award would likely be set aside if rendered in the absence of an arbitration agreement or on the basis of an arbitration agreement that is void or has expired, or if the arbitral tribunal has ruled without complying with the mission conferred upon it. The issuance of an order to the parties to comply with their agreement to arbitrate, however, is merely a measure designed to protect the arbitrators' jurisdiction, be it in the presence of an existing and valid arbitration agreement or on the basis of a *prima facie* determination that there exists an arbitration agreement and that it is valid, until such time as the arbitrators have made a final determination, subject to the domestic courts' power of full scrutiny at the end of the arbitral process. Any other understanding would imply a fundamental distrust of the arbitral process and the arbitrators' ability to be entrusted with the mission of determining whether they have been established on the basis of an existing and valid arbitration agreement and reaching decisions that are fair and that protect the interests of society as well as those of the parties to the dispute.

III. THE RECOGNITION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL'S JURISDICTION TO ISSUE ANTI-SUIT INJUNCTIONS

The conclusion that arbitrators, as a matter of principle, have jurisdiction to issue anti-suit injunctions is consistent with, and confirmed by, international arbitration practice. Anti-suit injunctions have been issued in a significant number of ICSID and Iran-US arbitrations, as well as in international commercial arbitration proceedings (*1*). The Reports of the UNCITRAL Working Group on Arbitration concerning possible modifications of the UNCITRAL Model Law also confirm that the arbitrators' power to issue such injunctions is both widespread and legitimate (*2*).

1. Arbitral Case Law

a. ICSID

Requests addressed to ICSID tribunals to enjoin a party to refrain from initiating or continuing State court proceedings are far from being a recent trend. In fact, this issue was raised in the very first ICSID arbitration in 1972, *Holiday Inns S.A. and others v.*

28. Laurent LÉVY, *op. cit.*, fn. 4, p. 129.

Morocco.[29] The tribunal ordered both parties "to abstain from any measure incompatible with the upholding of the Contract and to make sure that the action already taken should not result in any consequences in the future which would go against such upholding". Regarding the risk that a party might raise questions before the Moroccan courts which were also before the arbitral tribunal, the tribunal held that "[i]n such a hypothetical situation the Moroccan tribunals should refrain from making decisions until the Arbitral Tribunal has decided these questions or, if the Tribunal had already decided them, the Moroccan tribunals should follow its opinion. Any other solution would, or might, put in issue the responsibility of the Moroccan State and would endanger the rule that international proceedings prevail over internal proceedings."[30]

In *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Guinea*,[31] the parties entered into a contract under which a mixed company (Sotramar) was to be established in order to export Guinean bauxite from Guinea to Europe and North America. The contract contained an ICSID arbitration clause. The contract was never performed and a dispute arose between the parties as to which of them was responsible. Claiming that Guinea was refusing to participate in ICSID proceedings, MINE obtained an order from a US court compelling arbitration before the AAA. In the AAA arbitration, in which Guinea did not participate, an award was rendered in favor of MINE. Guinea then appeared in the US proceedings in which MINE moved to confirm the AAA award and sought the dismissal of the motion on the ground that the arbitral tribunal had lacked jurisdiction. MINE eventually filed a request for arbitration with ICSID, seeking both a finding that Guinea was liable and an award for damages. In the meantime, on the basis of the AAA award, MINE had obtained attachments on Guinean assets from Swiss and Belgian courts. Guinea asked the ICSID tribunal to order that the company dissolve all the attachments. The tribunal at first refused to grant the request as premature, because Guinea had not yet presented any defense in the State court proceedings, but the ICSID tribunal later issued an unreported order finding that, by initiating legal action to enforce the AAA award, MINE had breached both the requirement of exclusivity of ICSID arbitration (pursuant to Art. 26 of the Convention) and the ICSID arbitration agreement. Furthermore, the tribunal stated that these actions had harmed the respondent, and it therefore recommended that MINE:

> "immediately withdraw and permanently discontinue all pending litigation in national courts and it commence no new action ... [and] dissolve every existing attachment and that it seek no new remedy in any national court".[32]

---

29. *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1, reported by Pierre LALIVE, "The First 'World Bank' Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Problems", 51 British Yearbook of International Law (1980) p. 123, at p. 134. This commentary represents the only available source on this matter.
30. *Ibid.*, p. 137 and p. 160.
31. *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Award of 6 January 1988, 4 ICSID Rep. (1997) p. 59.
32. As reported in the Award dated 6 January 1988, *ibid.*, p. 69.

The tribunal also made it clear that, should MINE not comply with the recommendation, it would take this failure into account in its award.[33]

In *Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) v. Slovak Republic*, the dispute related to a "Collection Agreement" between CSOB, the Ministry of Finance of the Slovak Republic and the Ministry of Finance of the Czech Republic, which contained an ICSID arbitration clause. During the arbitration, a bankruptcy proceeding was initiated before the Bratislava Regional Court against the Slovak Collection Company. Although the Slovak Collection Company was not a party to the ICSID arbitration, CSOB argued that the arbitration and the bankruptcy case involved the same issues, namely "the nature and the extent of the Slovak Republic's obligations to fund the Slovak Collection Company and the validity and quantum of CSOB's claims against the Slovak Collection Company".[34]

For this reason, CSOB requested that the tribunal order "that Respondent take all necessary measures immediately to stay until the issuance of the final award in this arbitration the bankruptcy proceeding". After having rejected the request twice,[35] in January 1999, the tribunal recommended the suspension of the Slovakian bankruptcy proceedings, which dealt "with matters under consideration by the Tribunal in the instant arbitration", after the Regional Court had denied the claimant's application for a stay. It recommended that the national bankruptcy proceedings

> "be suspended to the extent that such proceedings might include determinations as to whether the Slovenska inkasni spol. s.r.o. [Slovak Collection Company] has a valid claim in the form of a right to receive funds from the Slovak Republic to cover its losses as contemplated in the Consolidation Agreement at issue in this arbitration".[36]

By Procedural Order No. 5 dated 1 March 2000, the tribunal not only reiterated its previous Order, but also recommended that the bankruptcy proceedings

---

33. MINE subsequently presented evidence that it had withdrawn the attachments and discontinued the litigation, as reported in the Award dated 6 January 1988, *ibid.*, p. 69. As a counterclaim, Guinea sought to recover the expenses and legal fees it had incurred both to reverse the US court's confirmation of the AAA award and to obtain the release of the attachments. The tribunal denied the former claim (since MINE had not attempted to avoid ICSID arbitration by seeking to compel arbitration and because Guinea was properly informed of all judicial and arbitral proceedings) and upheld the latter claim, awarding Guinea a sum for the costs and legal fees it incurred in connection with the attachments. It found that the actions brought by MINE before the national courts "were contrary to the exclusive jurisdiction granted ICSID in this proceedings".
34. *Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Procedural Order No. 2 dated 9 September 1998, p. 1 (published on the ICSID website).
35. The tribunal found no reason to assume that the Regional Court would not have suspended the proceedings if it had been informed of the pendency of an ICSID arbitration and of the legal rules applicable thereto (see Procedural Order No. 2, *op. cit.*, fn. 34, and Procedural Order No. 3 dated 5 November 1998, published on the ICSID website).
36. Procedural Order No. 4, dated 11 January 1999, p. 2 (published on the ICSID website).

"be suspended to the extent that such proceedings might include determinations as to whether the Slovenska inkasni spol. s.r.o. has made a loss resulting from the operating costs and the schedule of payments for the receivables assigned to it by Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S., including payment of interest, as contemplated in the Consolidation Agreement at issue in this arbitration".[37]

The tribunal requested the parties to bring the Order to the attention of the "appropriate judicial authorities of the Slovak Republic so that they may act accordingly".[38]

These orders are worthy of note for two reasons, as they show that anti-suit injunctions designed to protect the ongoing arbitral proceeding may be far-reaching. First, the parallel court proceedings in this case involved bankruptcy, a subject generally reserved for the exclusive jurisdiction of national courts. Second, the entity that was the focus of these bankruptcy proceedings was not a party to the arbitration in which the anti-suit injunctions were granted.

Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) v. Islamic Republic of Pakistan[39] involved a contract for pre-shipment inspection services, entered into by SGS and the Government of Pakistan. The contract contained an arbitration clause, with Islamabad as the place of arbitration. A dispute arose between the parties under the contract. After having unsuccessfully brought an action before the Swiss courts, which declined jurisdiction, SGS filed a request for ICSID arbitration on the basis of the Swiss-Pakistani bilateral investment treaty (BIT), claiming that the respondent had breached its obligations under the BIT. Pending the ICSID decision on jurisdiction, Pakistan obtained from a Pakistani court an anti-suit injunction against the ICSID proceedings and an order stating that the dispute between the parties should be referred to a domestic arbitrator appointed by the court. SGS asked the ICSID tribunal to recommend that the respondent withdraw immediately from all State court proceedings (including an action to hold SGS in contempt of court) and refrain from commencing or participating in any such proceedings in the future.[40] Furthermore, the claimant requested a stay of the domestic arbitration until the ICSID tribunal had decided on its jurisdiction.[41]

---

37. Procedural Order No. 5, dated 1 March 2000, pp. 2-3 (published on the ICSID website).
38. *Ibid.*, p. 3.
39. ICSID Case No. ARB/01/13, *op. cit.*, fn. 20.
40. See Procedural Order No. 2 dated 16 October 2002, *op. cit.*, fn. 20, p. 293 ("immediately withdraw from and cause to be discontinued all proceedings in the courts of Pakistan relating in any way to this arbitration, including Pakistan's application for a stay of this arbitration and its application to have SGS held in contempt of court, and that the Respondent refrain from commencing or participating in any other such proceeding in the future".).
41. *Ibid.*, pp. 293-294 ("the Islamabad-based arbitration pending between SGS and Pakistan be stayed until such time, if any, as this Tribunal has issued an award declining jurisdiction over the present dispute, and that award is no longer capable of being interpreted, revised or annulled pursuant to the ICSID Convention".). The tribunal was also requested to order Pakistan to "take no action of any kind that might aggravate or further extend the dispute" submitted to it (*ibid.*, p. 294). The tribunal rejected this request, finding that no party had taken any measure that could aggravate the dispute.

Having noted that the Pakistani court's anti-suit injunction against the ICSID proceedings, while final, did not as a matter of international law bind the ICSID tribunal,[42] the arbitrators recommended that Pakistan take no action to have SGS held in contempt of court. The tribunal also recommended a stay of the Islamabad-based arbitral proceeding, considering that it would be "wasteful of resources for two proceedings relating to the same or substantially the same matter to unfold separately while the jurisdiction of one tribunal awaits determination".[43]

In *Tokios Tokelés v. Ukraine*,[44] the arbitral tribunal addressed the claimant's requests for anti-suit injunctions directed against national proceedings in two different orders.

In the first Order, the tribunal stated that all Ukrainian authorities had the legal obligation "to abstain from, and to suspend and discontinue, any proceedings before any domestic body, whether judicial or other, which might in any way jeopardize the principle of exclusivity of ICSID proceedings or aggravate the dispute before it".[45] This was because only the ICSID tribunal had jurisdiction to determine whether the BIT between Ukraine and Lithuania had been breached. The tribunal therefore issued an Order which was worded in broad terms:

> "Pending the resolution of the dispute now before the Tribunal, both parties shall refrain from, suspend and discontinue, any domestic proceedings, judicial or other, concerning Tokios Tokelés or its investment in Ukraine, namely Taki Spravy – including those noted in the request for provisional measures and in the Claimant's letter of June 24, 2003 – which might prejudice the rendering or implementation of an eventual decision or award of this Tribunal or aggravate the existing dispute."[46]

In a second Order,[47] the tribunal dismissed the claimant's request that the respondent be ordered to refrain from, suspend and discontinue criminal proceedings against the General Director of the claimant's subsidiaries in Ukraine, an arrest of their assets and a tax investigation initiated against them. The tribunal refused to take these measures, finding a lack of both necessity and urgency, which are essential requirements for the granting of a provisional measure. At the same time, the tribunal recognized that an ICSID tribunal has the power to order an anti-suit injunction even in relation to criminal proceedings or tax investigations. It specified that in order to direct a stay of national proceedings, it is not necessary that these proceedings satisfy the jurisdictional

---

42. *Ibid.*, p. 299.
43. *Ibid.*, p. 304. On the other hand, the tribunal refused to order the respondent to refrain, in the future, from commencing or participating in all proceedings relating in any way to the arbitration. It held that it could not "enjoin a State from conducting the normal processes of criminal, administrative and civil justice within its own territory" (*ibid.*, p. 301), since such a request was not sufficiently determined.
44. ICSID Case No. ARB/02/18.
45. Procedural Order No. 1 dated 1 July 2003, p. 3 (published on the ICSID website).
46. *Ibid.*, p. 4.
47. Procedural Order No. 3 dated 18 January 2005, 20 Int'l Arb. Rep. (Feb. 2005) C14.

requirements of Art. 25 of the Convention, but it is required that "the actions of the opposing party 'relate to the subject matter of the case before the tribunal and not to separate, unrelated issues or extraneous matters'".[48]

In *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*,[49] the claimant requested that the tribunal order the respondent to discontinue all pending proceedings and refrain from bringing new actions before the Bulgarian courts and Bulgarian authorities relating to the arbitration, including: (i) insolvency proceedings against Nova Plama; (ii) execution actions commenced by the Agency for State Receivables to recover Nova Plama's tax debts, an action that, according to the claimant, would have aggravated the existing dispute; and (iii) the execution of the Commission on Protection of Competition's decision that Nova Plama had to reimburse an illegal State subsidy that it had received. The claimant also requested that Bulgaria be ordered to take "no action of any kind that might aggravate or further extend the dispute submitted to the Tribunal".[50]

The arbitral tribunal, composed of C. Salans, A. van den Berg and V.V. Veeder, refused to issue the anti-suit injunctions requested by the claimant. However, it is noteworthy that the request was rejected on the grounds that the requirements necessary for the issuance of an order had not been met, not on the grounds that the tribunal lacked the authority to take such a measure.

The tribunal dismissed the request on the grounds that it was not aimed at protecting "rights relating to the dispute" and that none of the Bulgarian proceedings could affect the issues involved in the arbitration since their outcomes have "no foreseeable effect on the Arbitral Tribunal's ability to make a determination of the issues in the arbitration".[51] Nevertheless, as a matter of principle, the tribunal stated that:

> "Provisional measures are appropriate to preserve the exclusivity of ICSID arbitration to the exclusion of local administrative or judicial remedies as prescribed in Art. 26 of the ICSID Convention. They are also appropriate to prevent parties from taking measures capable of having a prejudicial effect on the rendering or implementation of an eventual award or which might aggravate or extend the dispute or render its resolution more difficult."[52]

Furthermore, the tribunal provided the following guidance on the circumstances justifying ICSID tribunals to issue anti-suit injunctions against State court or administrative proceedings:

---

48. *Ibid.*, p. 6.
49. ICSID Case No. ARB/03/24, *op. cit.*, fn. 16.
50. Procedural Order dated 6 September 2005, *op. cit.*, fn. 16, p. 1.
51. *Ibid.*, p. 14. The tribunal also determined that the parties to the national proceedings and to the arbitration were different, and thus an order to stay the national proceedings would have had a prejudicial effect on third parties, who would therefore be deprived of their right to pursue their judicial remedies.
52. *Ibid.*, p. 12.

> "The proceedings underway in Bulgaria may well, in a general sense, aggravate the dispute between the parties. However, the Tribunal considers that the right to non-aggravation of the dispute refers to actions which would make resolution of the dispute by the Tribunal more difficult. It is a right to maintenance of the *status quo*, when a change of circumstances threatens the ability of the Arbitral Tribunal to grant the relief which a party seeks and the capability of giving effect to the relief."[53]

On this basis, the tribunal found that none of the outcomes of the pending Bulgarian proceedings would likely affect the tribunal's ability to determine the issues raised in the ICSID arbitration.

b. Iran-United States Claims Tribunal

In the same way, the Iran-United States Claims Tribunal (Iran-US Tribunal) has not hesitated to affirm its power to issue anti-suit injunctions when it has felt such measures to be appropriate in the context of the dispute before it.

The seminal decision in this respect is the award rendered in *E-Systems, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran*.[54] All subsequent decisions of the Iran-US Tribunal on this issue have referred to this case.

The claim brought by E-Systems against Iran and Bank Melli Iran related to a contract that the company had entered into with the Iranian Government for the modification of two Iranian military aircraft and their equipment. E-Systems was to install on the airplanes equipment to be supplied to it by the Government through suppliers in the United States. The claimant alleged that Iran had breached the contract by not paying the suppliers who were to deliver the necessary equipment, thereby causing E-Systems to interrupt its deliveries, and by not compensating E-Systems for the work it had performed. The claimant therefore terminated the contract and filed an action with the Iran-US Tribunal requesting, inter alia, compensation for the damages it had incurred as a result of such termination of the contract.

During the proceedings, Iran sought from the Public Court of Tehran an order requiring E-Systems to return the aircraft and to reimburse the damages Iran had incurred as a result of both the breach and the termination of the contract by E-Systems. The company filed with the Iran-US Tribunal a motion to compel the dismissal or stay of the Iranian proceedings. It alleged that the claims brought in the domestic lawsuits should have been brought as counterclaims before the Iran-US Tribunal, as they arose from the same contracts, transactions, and occurrences as the claim before the tribunal, and that Iran, by filing these lawsuits in a different forum, had violated "the overall intent and spirit of the Algiers Declarations", specifically their arbitration provisions. E-Systems requested that the tribunal order that the Government "immediately cause to be dismissed the claim filed with the Iranian Court" and that "there be no re-filing of the

---

53. *Ibid.*, p. 15.

54. Iran-US Tribunal, Award No. ITM 13-388-FT, Case No. 388, *E-Systems, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran*, 4 February 1983, 2 Iran-United States Claims Tribunal Rep. (1983) p. 51.

claim in Iran or any other forum so long as the Tribunal has pending before it a claim for relief by E-Systems regarding the subject matter as referred to in the instant case".[55]

The request was heard by the Full Tribunal. It found that the claim brought by Iran before the Iranian court would have been admissible as a counterclaim in the arbitral proceeding. However, the Tribunal concluded that the Algiers Declarations did not reveal an intent by Iran and the United States to provide exclusive jurisdiction over counterclaims to the Tribunal. Thus, the Tribunal held that "the Algiers Declarations leave the Government of Iran free to initiate claims before Iranian courts even where the claims had been admissible as counterclaims before the Tribunal". Nevertheless, the Tribunal went on to state that it

> "has an inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure that this Tribunal's jurisdiction and authority are made fully effective. Not only should it be said that the award to be rendered in this case by the Tribunal, which was established by inter-governmental agreement, will prevail over any decisions inconsistent with it rendered by Iranian or United States courts, but, in order to ensure the full effectiveness of the Tribunal's decisions, the Government of Iran should request that actions in the Iranian Court be stayed until proceedings in this Tribunal have been completed.
>
> For these reasons,
>
> the Tribunal requests the Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until the proceedings in this case before the Tribunal have been completed."[56]

In his concurring opinion, Judge Holtzmann opined that the issuance of such an order was a means of protecting the Tribunal's jurisdiction and the integrity of its awards, since the claims before the Tribunal and the Iranian lawsuit involved the same issues relating to the same contract.[57]

c. International commercial arbitration

The principle of confidentiality, which covers most arbitral awards and procedural orders in international commercial arbitration, makes it difficult to determine how often arbitrators have actually issued anti-suit injunctions in purely commercial matters. A review of reported cases, however, shows that, contrary to what one might assume, the issuance of such measures by arbitral tribunals is neither recent nor uncommon in international commercial arbitration.

---

55. *Ibid.*, p. 53.
56. *Ibid.*, p. 57.
57. He further observed that the power of an international tribunal to order a party to halt proceedings initiated in its national courts has been recognized by other international tribunals and can also be based on Art. 26 of the Iran-US Tribunal Rules, according to which the tribunal may issue interim protective measures (*ibid.*, pp. 59 et seq.).

The initiation by a party of parallel State court proceedings in violation of an arbitration agreement is an issue that arbitral tribunals have faced for some time. In such cases, the party relying on the arbitration agreement frequently complains of such a breach before the arbitral tribunal itself, requesting sometimes damages, sometimes a decision to enjoin the other party not to initiate or pursue the court proceedings in violation of the arbitration agreement.

As early as 1970, a sole arbitrator, Pierre Lalive, in ICC Case No. 1512, chose to continue the arbitral proceeding in the face of simultaneous national court proceedings, although, in appearance, he had not been requested to (and so did not) issue an anti-suit injunction. The dispute was between an Indian cement company and a Pakistani bank. It arose in connection with a guarantee agreement, containing an ICC arbitration clause, that the bank had offered to the cement company in relation to the obligations of a manufacturer to deliver a certain amount of cement to the cement company. When the manufacturer failed to deliver the cement, the cement company initiated ICC arbitration against the bank to enforce the guarantee. The arbitration took place in Geneva. In a second preliminary Award, dated 14 January 1970[58], the sole arbitrator addressed an argument by the Pakistani bank that the arbitrator lacked jurisdiction because the Pakistani cement manufacturer had brought an action (after the initiation of the arbitral proceeding) against the bank in a Pakistani court. In addition, the bank had brought suit against the Indian cement company and the Pakistani cement manufacturer in the High Court of West Pakistan, which then issued an injunction restraining the Indian cement company from pursuing the arbitration.

In upholding his jurisdiction, the sole arbitrator found that "the defendant's decision to institute the national lawsuits was another tactical move to gain time and to slow down the arbitration proceedings".[59] Noting that the parties had agreed to international arbitration outside Pakistan according to the ICC Rules, the arbitrator declared that there was a widely held principle that "once the parties have chosen a law to govern the arbitration proceedings, there is no room for the laws of the country of the parties". The arbitrator went on to state that:

> "[T]he ICC rules, expressly accepted by both parties, constitute the law governing the objection raised by the defendant.
>
> ... No support whatever can be found in the Rules for the contention that the admissibility or justification of the defendant's objection should be governed by the defendant's own law, that of Pakistan.
>
> It is indisputable also that the ICC Rules *exclude* any resort by one party to a judicial authority *pendente arbitratione* outside the narrow limits of Art. 13(5), a provision which ... has no application here."[60]

Thus, the arbitrator made clear that he would exercise jurisdiction despite the Pakistani court proceedings:

---

58. *Yearbook* V (1980) p. 170 at p. 174.
59. *Ibid.*, p. 175.
60. *Ibid.*, pp. 176-177.

> "I have no alternative but to conclude, with regret, that the defendant has contravened its undertaking to arbitrate and violated the ICC Rules in instituting [proceedings] in the West Pakistan High Court. This course of action may well have been caused by a misunderstanding as to the exact legal position and an insufficient familiarity with the peculiar features of international arbitration. I would therefore venture to express the hope that this arbitration may now go on its normal course with the full cooperation of both parties."[61]

Subsequent decisions show that ICC tribunals have been willing to issue injunctions to parties in order to ensure that arbitral proceedings were able to follow their "normal course". In ICC Case No. 3896 of 1982,[62] the arbitral tribunal, composed of Pierre Lalive (President), Jacques Robert and Berthold Goldman, having its seat in Lausanne, had to settle a dispute brought by a French construction company against an Iranian Government agency. During the arbitration, the respondent instructed an Iranian bank to make a call under a performance guarantee given by a banking syndicate to secure the claimant's contractual obligations. The claimant asked the arbitral tribunal to issue, as interim relief, a declaration that the bank guarantee was invalid, that the respondent's attempt to call the guarantee was fraudulent, and that the respondent should suspend the call until a decision was reached on the merits of the dispute. Meanwhile, a national court issued an order prohibiting the guarantor from paying any sum until the arbitral tribunal had rendered a final decision on the merits. The respondent asked the tribunal to declare that the action in State court was abusive because it tended to obstruct the performance of the guarantee and to aggravate or extend the dispute. In response, the tribunal issued a Partial Award stating that

> "it has the duty to recommend or propose to them measures which, in its view, are appropriate to prevent an aggravation of the dispute between the Parties.... From this point of view, the Tribunal must recall the well-established principle of international arbitration law ... according to which : The parties must abstain from any action likely to have a prejudicial effect on the execution of the forthcoming decision and, in general, to refrain from committing any act, whatever its nature, likely to aggravate or to prolong the dispute." [63]

It concluded:

---

61. *Ibid.*, p. 177.

62. ICC Award No. 3896, *op. cit.*, fn. 15.

63. *Ibid.* (*"il a le devoir de leur recommander ou proposer les mesures propres, à son avis, à prévenir une aggravation du litige entre les Parties.... De ce point de vue, le Tribunal tient à rappeler le principe bien établi en droit international de l'arbitrage commercial ... selon lequel: Les parties doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend."* (110 J.D.I. (1983) p. 917)).

> "the Arbitral Tribunal considers that there exists, undeniably, the risk of the dispute before it becoming aggravated or magnified, and that the parties should, in the same spirit of goodwill that they have already demonstrated in signing the Terms of Reference, refrain from any action likely to widen or aggravate the dispute, or to complicate the task of the Tribunal or even to make more difficult, in one way or another, the observance of the final arbitral award".[64]

In ICC Case No. 5650,[65] the dispute related to a contract entered into by an African State, a US company and two other companies pursuant to which these companies were to "study and carry out the complete extension program" for a hotel. The contract provided for ICC arbitration as the means to settle any disputes. Before the initiation of the arbitration, the US company received a writ (*assignation en référé*) from three experts appointed by the courts of the African State in relation to a lawsuit between the African State and another company involved in the hotel program. The US company was informed that, in the lawsuit, some of the hotel's deficiencies were attributed to it. The US company responded that, since an ICC arbitration agreement covered disputes relating to the contract, the writ should be withdrawn. A month later, however, the State filed a Summons and Petition for damages in its own courts against the US company and the other companies. The US company then commenced an arbitration seeking a declaration that the respondent had breached the arbitration agreement by initiating the lawsuit and that this lawsuit should be terminated. During the arbitration, the respondent withdrew the lawsuit brought before its courts.

In his Final Award of 1989, the sole arbitrator, sitting in Lausanne, dismissed the argument that the writ (*assignation en référé*) had breached the arbitration agreement, since no judicial action was brought against the claimant at that time. However, the arbitrator declared that the subsequent Summons and Petition before the African court amounted to "a clear violation of Art. 8(5) of the ICC Arbitration Rules and consequently of" the arbitration agreement. The arbitrator seemed to approve of the use of anti-suit injunctions by arbitrators in such situations, stating: "According to the statements of the respondent, said violation is no more continuing, as the lawsuit against the claimant has been terminated. Should that not be the case, the claimant would be entitled to have the lawsuit terminated in favour of the arbitration proceedings pursuant to [the arbitration agreement]."[66]

In an arbitration conducted pursuant to the Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce, the arbitral tribunal, having its seat in Zurich, had to decide questions

---

64. *Ibid.*, p. 164 for the English translation (*"le Tribunal estime qu'il existe des risques indéniables d'aggravation ou d'augmentation du litige qui lui est soumis et que les Parties devraient, dans l'esprit de bonne volonté qu'elles ont déjà manifesté en signant l'Acte de Mission, s'abstenir de tout acte susceptible d'étendre ou d'aggraver le différend, de compliquer la tâche du Tribunal arbitral, voire même de rendre plus difficile, d'une manière ou d'une autre, l'exécution d'une éventuelle sentence arbitrale."* (110 J.D.I. (1983) p. 918)). Finally, the tribunal "proposed" that, in order to preserve the status quo, the claimant withdraw its allegations of fraud and the defendant withdraw its call under the guarantees, until the tribunal's decision on the merits.

65. *Yearbook* XVI (1991) p. 85.

66. *Ibid.*, p. 91.

relating to alleged breaches of contract in the contractual relations based on four different agreements. In parallel to the arbitration, a subsidiary of the claimant brought an action in the US against the respondent in relation to two other agreements concluded for the development and marketing of the same products, which did not provide for an arbitration clause. The respondent objected to the jurisdiction of the US court on the basis that these two agreements related to the four agreements being the subject of the exclusive arbitration pending in Zurich. The respondent later amended its response to make a counterclaim against the claimant's subsidiary as well as the claimant in the arbitration, seeking the production of documents from the claimant in the US proceeding on the basis of the four agreements being considered in the arbitration.

The claimant requested from the arbitral tribunal a preliminary injunction with respect to the pursuit, by the respondent, of any claims in relation to the agreements being the subject of the arbitration. The arbitral tribunal found that it had the power to order the requested measures, on the basis of Art. 28 of the International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce, which allows for provisional or conservatory measures in accordance with Art. 183 of the Swiss Private International Law Statute, as well as the Zurich Civil Procedure which allows for protective measures in the event of irreparable harm or urgency. As to the appropriateness of the measures, the arbitral tribunal found that the measures requested seemed "appropriate in order to prevent imminent disadvantages to the petitioner", in particular in light of the fact that the production of documents in the US proceeding would have represented a "genuine danger" with respect to business secrets, to the benefit of the claimant's competitors and other third persons.

In a Resolution concerning provisional measures, the arbitral tribunal therefore ordered the respondent:

> "to refrain from submitting or pursuing any claim arising out of, or relating to the Agreements ... their breach, termination or invalidity by way of action, notice or any other manner against [the Claimant] to any authority or Court other than this contractually agreed Arbitration Tribunal.
>
> to refrain from disclosing to any third party or otherwise using any information (including but not limited to briefs, documents, testimonies, expert opinions etc.) which have been made available by [the Claimant] to this Arbitration Tribunal...
>
> "to refrain from submitting or pursuing any claim which it may allege to have under the Agreements before any other Court outside the jurisdiction of the Arbitration Tribunal...."[67]

It is worthy of note that the injunctions were made "under the penalty of referral of the respondent's officers to the criminal prosecution bodies for punishment (detention or fine) under Art. 292 of the Swiss penal code in case of disobedience".

---

67. Decision of the Arbitral Tribunal dated 20 September 1994, unpublished.

In an ICC arbitration held in Paris in 1994,[68] the arbitral tribunal was faced with a claim brought by two companies (of US and Monaco nationality) against two joint ventures (of Swiss and Monaco nationality) relating to a contract for the building and leasing of a hotel in Monaco. Despite the arbitration clause in the contract, the Monaco joint venture filed two legal actions with the *Tribunal de Grande Instance* in Monaco involving claims related to the contract. The tribunal found that the lawsuits violated the parties' agreement to arbitrate, or "at least" the ICC Rules. The Monaco joint venture had previously agreed to suspend these actions. Since the tribunal had now decided on its jurisdiction and on the merits of the dispute, the tribunal in its Final Award "invited" the Monaco joint venture to withdraw its court actions.

ICC Case No. 8887[69] involved a claim brought by an Italian company against a Turkish company relating to civil engineering works that the Italian company was to perform on a liquid petrochemical trans-shipment facility in Romania. After the initiation of the arbitration, the respondent sought from the Turkish courts a declaration that the claimant had no valid claim against it. In the meantime, appearing in the arbitral proceedings, the respondent contended that the sole arbitrator lacked jurisdiction. During the course of the proceedings, the sole arbitrator, sitting in Geneva, issued a procedural order requesting the respondent to refrain from pursuing the lawsuit in court. The respondent, however, did not abide by this injunction and continued to argue in the arbitration that the arbitration agreement was invalid and that the arbitration should be stayed under *lis pendens*, since the arbitration and the lawsuit involved the same parties and subject matter. In its Final Award of 1997, the sole arbitrator rejected both arguments, holding that in light of the arbitration clause, the Turkish courts were required by Art. II(3) of the New York Convention to refer the matter to arbitration. The sole arbitrator stated that:

> "I therefore find that the *lis pendens* objection is not admissible and that Defendant is in breach of its agreement to arbitrate. This breach not only raises jurisdictional issues but, as the agreement to arbitrate is a part of a binding contract between the parties, Defendant makes itself liable for damages which Claimant might suffer, provided such damages are in direct causation with the breach. Relief for such damages is specifically sought by Claimant in its request ... Claimant has alleged in these proceedings – without being contradicted – that, due to the breach, it had to retain counsel in Istanbul and instruct counsel in representing [it] in the Turkish proceedings. Obviously, the cost triggered by such proceedings has to be considered as damage in direct relation with the breach."[70]

In ICC Case No. 8307, the sole arbitrator, Pierre Tercier, sitting in Geneva, issued an Interim Award[71] on a request by party A and party C that party B be enjoined from

---

68. ICC Case No. 6998, Final Award of 1994, *Yearbook* XXI (1996) p. 54.
69. Excerpts published in 11 ICC Bull. (2000, no. 1) p. 91.
70. *Ibid.*, pp. 93-94.
71. The Interim Award dated 14 May 2001 is published as Annex 5 in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, fn. 1, p. 307.

pursuing the domestic judicial proceedings it had brought against the other two parties on "the same object of the dispute outlined in the Terms of Reference".[72] The arbitrator found that party B's actions in the domestic courts violated the binding arbitration clause between the parties, which granted exclusive jurisdiction to the arbitrator. He then concluded that he had the power to issue an anti-suit injunction:

> "... the agreement to arbitrate implies that the parties have renounced to submit to judicial courts the disputes envisaged by the arbitral clause. If a party despite this commence a judicial action when an arbitration is pending, it not only violates the rule according to which a dispute between the same parties over the same subject can be decided by one judge only, but also the binding arbitration clause....
>
> It is not contested that an arbitrator has the power to order the parties to comply with their contractual commitments. The agreement to arbitrate being one of them, its violation must be dealt with in the same manner when it is patent that the action initiated in a state court is outside the jurisdiction of such court and is therefore abusive. This is also a guarantee of the efficiency and credibility of international arbitration."[73]

The arbitrator therefore ordered party B to desist from pursuing its actions in the State courts. He added that, should the measures to enforce the anti-suit order be unsuccessful, the parties could seek in arbitration relief for any damages suffered as a consequence of the breach of the arbitration agreement.

An arbitral tribunal composed of Horacio Grigera Naón (Chairman), John Rooney and Emilio Pittier, constituted pursuant to the ICDR Arbitration Rules and having its seat in Miami (United States), was asked to settle a dispute arising from a contract for the operation and management of a hotel. The respondent, a corporation organized under the laws of Venezuela, contested the tribunal's jurisdiction, alleging, inter alia, the exclusive jurisdiction of the Venezuelan courts over disputes arising from the contract. During the arbitration, the respondent filed various claims with these courts. In response, the claimants, three companies incorporated under the laws of Venezuela, The Netherlands and Canada, requested the US courts to compel the respondent to arbitrate. They also asked the arbitral tribunal to issue an injunction to prohibit the

---

72. In order to rule on the applications, the sole arbitrator declared that, as requested by the parties, he had to examine the relations between the arbitral proceedings and domestic court proceedings. He concluded that the parties, the remedies requested, and the subject matters were primarily the same. Finally, he rejected the contention that the claims of the two proceedings would be different, asserting that both claims were grounded on the same facts, which were within the jurisdiction of the arbitrator.

73. *Ibid.*, paras. 9-10, pp. 313-314. In deciding whether to issue the measure, the arbitrator highlighted, inter alia, the risk of contradictory judgments, due to the similarity of the two proceedings, and the duplication of expenses and costs that the respondent de facto imposed on the claimant by bringing the action before national courts.

respondent from pursuing the domestic lawsuits. In an unpublished Partial Award of 10 October 2002, the tribunal held that it had jurisdiction[74] and stated that:

> "by initiating certain legal actions in Venezuela, Respondent has disregarded the arbitration clauses set out in the Contracts and failed to honor its obligations thereunder. By upholding and asserting its jurisdiction under such arbitration clauses and finding that all claims under the Contracts, including those submitted in Claimant's arbitration request and those introduced by Respondent through its amended complaint... before the Caracas Tenth Court of First Instance, Civil and Commercial Division ... the Arbitral Tribunal has signified that Respondent's introduction of such complaint and provisional relief obtained *inaudita parte* in the same case ... and on the same date ... in support of such complaint ... constitutes a breach of Respondent's obligations to arbitrate under [the arbitration clause]. The inevitable consequence of these findings by the Arbitral Tribunal is that Respondent must withdraw and desist from continuing legal action on the merits and supportive injunctive relief obtained from the Caracas Tenth Court of First Instance, Civil and Commercial Division, and refrain from initiating or re-instating similar actions, or applying for injunctive relief in support of such actions, from that and any other courts in Venezuela in connection with any, or all, of the Contracts."[75]

Finally, the tribunal ordered the respondent

> "(i) [t]o desist and withdraw from the lawsuit ... initiated by Claimant against [Respondent] before the Caracas Tenth Court of First Instance, Civil and Commercial Division and injunctive relief applied for and obtained in such legal suit;
> (ii) [t]o refrain from (a) re-introducing such claims in a new lawsuit, or reinstating such or similar lawsuit, before the Venezuelan courts; (b) applying for injunctive relief before the courts of Venezuela in connection with, or in support of, any such lawsuits or claims, or (c) submitting claims ... to the Venezuelan courts arising out or relating to the Contracts."[76]

In an arbitration that took place in Singapore under the UNCITRAL Rules between two Bangladesh companies, the claimant requested the arbitral tribunal, composed of Michael Lee (Chairman), Michael Pryles and Andrew Rogers, to issue an emergency measure to restrain the respondent from continuing an action it had brought before a national court aiming to obstruct the claimant's participation in the arbitration, and from commencing similar actions concerning issues within the tribunal's jurisdiction. At that time, the arbitral tribunal had not yet decided on its jurisdiction. After granting a temporary emergency restraining order on 31 January 2006, the tribunal heard the

74. Partial Award, 10 October 2002, para. 11 of the "Merits" section
75. *Ibid.*, para. 26.
76. *Ibid.*, para. A(2) of the dispositive part of the Award.

parties' arguments on the injunction. In an unreported interim Order of 8 February 2006, it ruled that under UNCITRAL Rules and Art. 12(1)(i) of the Singapore Arbitration Act[77], it had the power to issue the injunction. Finding that the requirements for the issuance of the order (prima facie jurisdiction, urgency, irreparable harm) had been met and that the measure was appropriate under the circumstances of the case,[78] the tribunal ordered that:

> "Respondent be restrained by itself, its servants and agents until further order of the Tribunal from arguing otherwise than before this Tribunal issues as to the Tribunal's jurisdiction and competence to determine all matters arising from the [request for arbitration]."

2. *Findings of the UNCITRAL Working Group on Arbitration*

The Reports of the UNCITRAL Working Group on Arbitration are another useful resource for assessing the extent to which the arbitrators' power to issue anti-suit injunctions is recognized and accepted in international arbitration.

Since March 2000, the Working Group has been dealing with the topic of interim measures of protection issued by arbitral tribunals and has been devising a mechanism for their enforcement,[79] as part of its mission to evaluate "in a universal forum ... the acceptability of ideas and proposals for the improvement of arbitration laws, rules and practices".[80] During its fortieth session, held in New York on 23-27 February 2004, the Working Group took up a new draft of Art. 17 of the UNCITRAL Model Law concerning the arbitrators' power to issue interim measures. After expressing the principle that, unless the parties have agreed otherwise, arbitral tribunals have the power to grant interim measures, the new draft provides at para. 2 that:

---

77. Art. 12 (Powers of arbitral tribunal) of the Singapore International Act of 2002 reads as follows:

> "Without prejudice to the powers set out in any other provision of this Act and in the Model Law, an arbitral tribunal shall have powers to make orders or give directions to any party for ...
> (i) an interim injunction or any other interim measure."

78. Inter alia, the arbitrator specified that:

> "Whilst the Tribunal has the greatest respect for [the national court seized of the claims] the Tribunal considers this to be a case where the claim made in the [national] proceedings and those made in this arbitration are sufficiently connected and that the Claimant may be deprived of its contractual right to have those claim decided by arbitration, the parties' chosen forum."

79. During its thirty-third session (Vienna, 20 November-1 December 2000), the Working Group agreed that a new Article (numbered as 17 *bis*) should be added to the UNCITRAL Model Law in order to regulate the enforcement of interim measures issued by arbitral tribunals.

80. "Report of the Working Group on Arbitration on the work of its fortieth session" (New York, 23-27 February 2004) UNCITRAL, 40th Sess., UN Doc. A/CN.9/547 (16 April 2004) para. 1.

"An interim measure of protection is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:

"(a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute;

"(b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm;

"(c) Provide a [preliminary] means of [securing] [preserving] assets out of which a subsequent award may be satisfied; or

"(d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute."

The Working Group discussed whether this paragraph, with the list of measures that may be issued by tribunals, should be interpreted to include the power to issue anti-suit injunctions, particularly in light of the wording of sub-para. (b). Although the discussion clearly showed that there were different positions, the majority of the Working Group agreed that modifying the wording of para. 2(b) of Art. 17 would be appropriate in order to clarify that arbitrators possess the power to issue this kind of injunction, taking into account, inter alia, that these measures were "becoming more common and served an important purpose in international trade".[81] Indeed, anti-suit injunctions are increasingly issued even by arbitral tribunals having their seat in countries which traditionally are not familiar with the use of anti-suit injunctions. Furthermore, given the unfamiliarity of some legal systems with these measures, the majority felt that the Model Law presented an opportunity to harmonize legal practices by expressly providing for their use. The Working Group stated that "[a]nti-suit injunctions [are] designed to protect the arbitral process and it [is] legitimate for arbitral tribunals to seek to protect their own process".[82] Finally, the Working Group took into account that the issuance of anti-suit injunctions by arbitrators seemed to have been implicitly accepted during the Working Group's previous session, particularly in cases in which the arbitration was to be governed by the UNCITRAL Arbitration Rules. The wording of the new draft Art. 17 was therefore modified for further consideration as follows:

"Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm [or to prejudice the arbitral process itself]."

At its forty-third session (Vienna, 3-7 October 2005), the Working Group re-examined the issue in light of the UNCITRAL Commission's expectation that the Group would be able to present its proposal for the revision of Art. 17 of the Model Law for the adoption by the Commission at its session in 2006. The Working Group re-examined the wording of the Article as agreed upon during its previous session, and in particular the phrase "or to prejudice the arbitral process itself", with a view to clarifying

81. *Ibid.*, para. 77.

82. *Ibid.*, para. 77.

the arbitrators' power to issue anti-suit injunctions and other measures intended to prevent the obstruction and delay of the process.[83] In addition to the criticisms that had already been expressed at the previous session, another issue was raised concerning the appropriateness of dealing with anti-suit injunctions in articles on provisional measures. Some felt that such injunctions are not always of a provisional nature, and relate to the issue of the jurisdiction of the tribunal, "which [is] a matter not to be confused with the granting of an interim measure".[84] Against this background, in addition to the considerations raised during the previous session, it was noted that arbitral tribunals are "increasingly faced with tactics aimed at obstructing or undermining the arbitral process".[85] At the end of the session, the wording as elaborated in the previous session was retained, so that the new draft which was finally adopted enables the arbitrators to order a party to:

> "Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or to prejudice the arbitral process itself."

With the new draft of Art. 17 of the UNCITRAL Model Law, the Working Group has chosen to recognize the arbitrators' power to issue anti-suit injunctions in order to protect the integrity of the arbitral process against the parties' obstructive tactics. Since the mission of the Working Group is to foster consensus and harmonization in response to the needs of international practitioners, its work on Art. 17 provides another indication of the general acceptance that anti-suit injunctions may be issued by arbitrators.

IV. THE ADVISABILITY OF THE ISSUANCE OF ANTI-SUIT INJUNCTIONS BY ARBITRAL TRIBUNALS

The question of arbitral anti-suit injunctions is not restricted to the arbitrators' power to issue such measures. A further question is often raised, that of the advisability of such measures in the context of international arbitration. A first approach considers that anti-suit injunctions are never advisable. Another approach limits such measures to situations in which a party has committed a fraud or otherwise engaged in abusive behavior in order to revoke the arbitration agreement. In practice, the advisability of anti-suit injunctions by arbitrators can be assessed only on a case-by-case basis, depending on whether such measures provide the appropriate response to the parties' procedural behavior in the presence of an arbitration agreement.

---

83. "Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-third session" (Vienna, 3-7 October 2005) UNCITRAL, 43rd Sess., UN Doc. A/CN.9/589 (12 October 2005).
84. *Ibid.*, para. 23.
85. *Ibid.*

1. *Are Anti-suit Injunctions Always Unadvisable?*

The view has sometimes been expressed that anti-suit injunctions are, in all situations, unadvisable and illegitimate, irrespective of their purpose and the authority issuing them:

> "Anti-suit injunctions are not to be encouraged in any type of litigation. In the context of international arbitration, they constitute even more of a nuisance. This conclusion, which may seem somewhat abrupt, applies, in my opinion, regardless of the purpose of the anti-suit injunction and regardless of the authority that issues such injunction.... In all ... situations, anti-suit injunctions, are, in my view, illegitimate."[86]

This position is limited to the sole question of the legitimacy of anti-suit injunctions, including when they are issued by arbitrators. The rationale behind it is the negative impact that such measures may have on the arbitration, namely the aggravation of the dispute, the undermining of the procedure's environment, the dispersal of the dispute in different fora, or the retaliatory measures that may be taken in the form of anti-anti-suit injunctions by national courts in response to anti-suit injunctions issued by arbitral tribunals.[87]

The focal point, under this approach, is the danger of competing arbitral and judicial orders in parallel proceedings, such conflicting measures being considered as an extreme occurrence in almost every case. As a practical matter, however, it overlooks the genuine difficulty with which arbitrators may be confronted when a party, in the presence of an arbitration agreement, opts for disruptive tactics by bringing its dispute before domestic courts.

2. *Should the Issuance of Anti-suit Injunctions Be Limited to Situations in Which a Party Has Committed a Fraud or Otherwise Engaged in Abusive Behavior in Order to Revoke the Arbitration Agreement?*

Under a second approach, arbitral anti-suit injunctions are inappropriate but could be conceived in limited cases where a party has engaged in abusive conduct:

---

86. Philippe FOUCHARD, "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration: What Remedies?", in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, fn. 1, p. 153.

87. For an example of anti-anti-suit injunctions rendered after the termination of the arbitral proceeding, see *Karaha Bodas Company L.L.C. (KBC) v. Persusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara a.k.a. (Pertamina)*, Civil Action H01-0634 S.D. Texas, Houston Div., 17 Mealey's Int'l Arb. Rep. (June 2002) E1; United States District Court, Fifth Circuit, dated 18 June 2003, *Yearbook* XXVIII (2003) p. 945. For commentaries on this case, see E. GAILLARD, references at fns. 2 and 3. See also Michael E. SCHNEIDER, "Court Actions in Defence Against Anti-Suit Injunctions", in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, fn. 1, p. 41; Konstantinos D. KERAMEUS, "Anti-suit Injunctions in ICSID Arbitration", in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, fn. 1, p. 131, at p. 137.

> "Arbitrators will have to ensure that the requested measures are urgent, aimed at preventing irreparable harm or necessary to facilitate the enforcement of the upcoming award....
>
> In our opinion, in the absence of a clear basis and confirmed case law, arbitrators should only issue anti-suit injunctions when it comes to their attention that one of the parties has committed fraud or otherwise engaged in abusive behavior in order to revoke the arbitration agreement. This can be the case when there is an abusive petition for interim measures designed to paralyze the arbitration or of when there is an attempt to slow down the proceedings or to harm the interests of another party, as is well-illustrated by the *Turner v. Grovit* case."[88]

Thus, to the extent that arbitral anti-suit injunctions would be justified only in cases of fraud or abusive conduct, the presumption remains against the issuance of such measures. Further, under this view, even in such exceptional circumstances, utmost care should be exercised by arbitrators in issuing anti-suit injunctions "as the effect of these anti-suit injunctions may be more harmful than the problem they are seeking to resolve".[89]

The focal point, under this approach, is the nature of the parties' procedural conduct in resorting to domestic courts, the threshold for arbitral anti-suit injunctions being thus extremely high. The advisability of arbitral anti-suit injunctions, however, cannot solely depend on the characterization of the parties' procedural attitude. Depending on the circumstances of each case, arbitral anti-suit injunctions may be unadvisable notwithstanding a party's abusive conduct. Conversely, there may be situations in which the issuance of such measures is advisable where the recalcitrant party has committed no fraud or abuse of procedure.[90]

3. *Possible Factors to Take into Account for the Issuance of Anti-suit Injunctions by Arbitral Tribunals*

The advisability of arbitral anti-suit injunctions is distinct from the question of the arbitrators' power to issue such measures. Recognizing that such measures are within the arbitrators' judicial power is not a reason to believe that, in every situation, the response to a recalcitrant party who submits the dispute covered by an arbitration agreement to the domestic courts or to another arbitral tribunal will be the issuance of

88. Laurent LÉVY, *op. cit.*, fn. 4, pp. 125-126.

89. *Ibid.*, pp. 128-129.

90. For examples of such situations, see supra, Part III.

an anti-suit injunction.[91] Different factors may be considered in order to determine whether such measures are, in fact, advisable.

The arbitrators may first take into account the effectiveness of their order in the case at hand. It may be argued, in this respect, that arbitral anti-suit injunctions are not an effective means of resolving the situation created by a recalcitrant party seeking relief before the domestic courts, to the extent that the arbitrators' order is not, in and of itself, enforceable before those courts. It may also be objected that the issuance of anti-suit injunctions by the arbitrators may cause, or be confined in, a chain of contradictory orders issued in parallel proceedings. On the other hand, an order issued by the arbitral tribunal to the parties to comply with the arbitration agreement reflects a power deriving from the arbitrators' judicial role, that can be exercised either by way of an order for specific performance or by equivalent, in the form of damages for the breach of the arbitration agreement.[92] Should a party to an arbitral proceeding breach its obligation to comply with the arbitration agreement, including after an order has been issued by the arbitrators, it may be sanctioned through monetary damages. As a result, the breach of an anti-suit injunction does not necessarily remain unsanctioned. The question of whether or not a party should be ordered to cease its disruptive conduct and comply with its previous undertakings is an issue that should be decided by the arbitrators alone in light of all of the circumstances of the case. In that context, a recalcitrant party's fraudulent conduct or abusive behavior is not, in and of itself, a triggering factor for the issuance of an anti-suit injunction, but it can be taken into account by the arbitral tribunal either for the issuance of such measures in the course of the arbitral proceeding or for the award of damages at the end of the arbitral process.

The arbitrators may also consider the desirability of anti-suit injunctions as a means to alert a recalcitrant party. The parties would indeed be expected to comply with their obligations under the arbitration agreement all the more that they have received a clear indication and have been cautioned by the arbitrators, including by way of an anti-suit injunction, against the possible consequences of breaching such obligations. Being nothing more than a prerogative within the arbitrators' judicial powers, anti-suit injunctions may thus have an edifying effect, that of reminding the parties of their voluntary acceptance of international arbitration for the resolution of their dispute, and protecting the integrity of the arbitral process.

As a practical matter, the issuance of anti-suit injunctions, as for any other judicial power conferred upon the arbitrators, must therefore be decided in light of the circumstances of each case. Such circumstances may include, but are not limited to,

---

91. For example, in *Himpurna California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia*, the arbitral tribunal ruled that it was not appropriate for it to order Indonesia to cause its two wholly-owned and controlled entities, PLN and Pertamina, to withdraw their pending actions before the Indonesian courts, because it did not consider appropriate "to issue orders reactive to unilateral initiatives which may or may not be of any consequence" (Interim Award dated 26 September 1999, *Yearbook* XXV (2000) p. 112, at p. 119).

92. See supra, Part II.

whether or not the relief is necessary[93] or urgent,[94] or if a party would suffer an irreparable harm.[95]

V. THE LEGAL REGIME OF THE ISSUANCE OF ANTI-SUIT INJUNCTIONS BY ARBITRAL TRIBUNALS

1. Can an Arbitral Tribunal Issue an Anti-suit Injunction at any Stage of the Arbitral Proceeding?

Arbitral anti-suit injunctions being measures designed to protect the integrity of the arbitral process, they can presumably be issued at any stage of the arbitral proceeding. This assumption, however, begs the question of whether or not the arbitrators may issue anti-suit injunctions before they have ruled on their jurisdiction.

Before an arbitral tribunal has ruled on its own jurisdiction, it should be in a position to direct the parties not to act in any way that would jeopardize its prima facie jurisdiction until such time as it has formed its own judgment on its jurisdiction and established in a final manner whether it has been established on the basis of an existing and valid arbitration agreement and whether the scope of that agreement includes the dispute that has been brought before it. After such a determination has been made, the

---

93. For example, in *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN ID Case No. ARB/01/1, the tribunal refused to grant an anti-suit injunction arguing that the party did not demonstrate the necessity of such measure (Procedural Order No. 2 dated 27 February 2002, 8 ICSID Rep. (2005) p. 456 at p. 461). In *Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, the tribunal's refusal to issue an injunction was justified by the fact that there were no reasons to assume that the national court would not stay the proceedings if duly informed of the existence of the ICSID proceeding (Procedural Orders No. 2 and 3 dated 9 September 1998 and 5 November 1998, *op. cit.*, fn. 35). In *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, the tribunal's refusal to order the stay of the pending Pakistani proceedings was justified on the fact that those proceedings had already concluded (Procedural Order No. 2 dated 16 October 2002, *op. cit.*, fn. 20). In *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, the tribunal expressly stated that the "Claimant has failed to show that provisional measure is either necessary or urgent to protect those rights" (Procedural Order No. 3 dated 18 January 2005, *op. cit.*, fn. 47, paras. 12 and 18).

94. See, e.g., the order rendered in the Singapore arbitration quoted supra, fn. 78. In ICC case No. 11761 (2003) (unpublished, reported by Michael W. BÜHLER and Thomas H. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials* (Sweet & Maxwell 2005) p. 294), the tribunal refused to grant the measure because it considered that the requesting party did not show that the measure was "essential to do justice between the parties" (because it did not seek immediate relief when the other party commenced the proceedings before the domestic courts, preferring to file an objection in those proceedings) and because of the stage reached in the national proceedings.

95. See, e.g., *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Procedural Order dated 6 September 2005, *op. cit.*, fn. 16, para. 46. See also the case discussed in relation to the anti-suit injunction ordered by the arbitral tribunal in the arbitration conducted pursuant to the Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce, supra, fn. 67.

issuance of anti-suit injunctions is even less problematic.[96] Indeed, once it has been established that there is an arbitration agreement, that it is valid and that the dispute is within the scope of such agreement, there can be no doubt that a party's procedural conduct consisting in bringing the same dispute before domestic courts is in breach of the arbitration agreement and the tribunal's jurisdiction and can be sanctioned as such.

2. *Should an Anti-suit Injunction Be Issued by Way of an Award or of a Procedural Order?*

The form of an order enjoining the parties to comply with the arbitration agreement depends on various factors, among which the stage of the arbitral proceeding at which disruptive tactics may be employed (for example, whether or not the tribunal has ruled on its jurisdiction) or the type of measure decided (recommendation or binding order; specific performance or award of damages; measure of a temporary or permanent effect).[97]

Against this background, it may reasonably be argued that measures of a procedural nature may be addressed through procedural orders. Similarly, before a tribunal has ruled on its jurisdiction and established that it has been constituted on the basis of an existing and valid arbitration agreement, any measure designed to safeguard its prima facie jurisdiction would be taken in the form of a procedural order. The form of an award, which by definition has a permanent nature and finally binds the parties (with the corresponding protection offered by international conventions such as the New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), would be more appropriate for measures designed to definitively sanction a party's disruptive conduct, such as an award of damages. The form of the decision is therefore a question to be decided on a case-by-case basis, depending on the circumstances of each case and the type of party conduct being sanctioned by the arbitral anti-suit injunction.

---

96. See Emmanuel GAILLARD, "Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration", *op. cit.*, fn. 2, p. 214.

97. See, e.g., Michael W. BÜHLER and Thomas H. WEBSTER, *op. cit.*, fn. 94 (forming the view that a permanent injunction would necessarily be made through a final award).

Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators

Laurent Lévy [*]

I. INTRODUCTION

The topic addressed in this contribution is well illustrated by a recent case:[1] two parties enter into a contract, which they wish to keep highly confidential, so they execute a single copy of the agreement that they then entrust to a third party escrow agent. The parties have provided for two different arbitration clauses—one clause requiring *ad hoc* arbitration in the event of a dispute arising from their contractual relations, and the other providing for ICC arbitration with the third party escrow agent.

The escrow agreement provides that the escrow agent must deliver the original agreement under certain terms, specifically so as to enable the party so requesting to provide the original agreement to the *ad hoc* arbitrators should the *prima facie* existence of an arbitration agreement need to be established.

A dispute arises between the parties. The escrow agent refuses to hand over the original agreement. One of the parties initiates an *ad hoc* arbitration against both the other party and the escrow agent. Simultaneously, the Claimant initiates arbitration proceedings against the escrow agent before the ICC.

---

[*] Partner, Schellenberg Wittmer, Geneva.

[1] The facts of this matter have been slightly changed to preserve confidentiality.

Reprinted from *IAI International Arbitration Series No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration,* pgs 115-129, copyright 2005 © Juris Publishing, Inc. www.jurispub.com

The claimant requests from the *ad hoc* arbitrators that they order the other party to agree to the handing over of the escrow agreement, and the escrow agent seeks an order that the claimant request a stay of the ICC proceedings.

Both of the aforementioned proceedings were eventually settled. However, this example clearly illustrates the risk of escalation inherent to anti-suit injunctions.

We will now, in turn, examine whether arbitrators have the authority to grant anti-suit injunctions (II) and whether anti-suit injunctions issued by arbitrators are appropriate in international commercial arbitration (III).

II. THE AUTHORITY OF ARBITRATORS TO GRANT ANTI-SUIT INJUNCTIONS

The question of whether arbitrators have the authority to grant anti-suit injunctions and, if so, what types of orders can be made, raises issues of both jurisdiction (A) and power (B).

A. Jurisdiction

Unlike judges, arbitrators, as private persons, do not represent the interest of a State. Thus arbitrators may decide on the jurisdiction of a judge without breaching state sovereignty.[2] Nor must arbitrators ensure that their decisions be consistent with the

[2] *But see* Pierre Karrer, *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please*, *in* ICCA CONGRESS SERIES NO. 10, INTERNATIONAL ARBITRATION AND NATIONAL COURTS, THE NEVER ENDING STORY 97, 106 (A.J. van den Berg ed., 2001).

Lugano Convention or the Brussels Regulation I-44/2001.[3] Nevertheless, in deciding upon the jurisdiction of a court or another arbitral tribunal, arbitrators must respect the following basic principles:

1. Each court or arbitral tribunal has the power to decide on its own jurisdiction:

> The Arbitral Tribunal would, however, have had serious reservations about ruling on the lack of jurisdiction of a state Court and issuing a decision, which could purport to deny a party access to justice before such a state Court. It is a fundamental principle that each Court and Arbitral Tribunal has jurisdiction to rule on its own jurisdiction or, in other words, has Kompetenz-Kompetenz.[4]

2. Admittedly, in upholding their jurisdiction, arbitrators implicitly declare that any other court or arbitral tribunal is prevented from ruling on the same subject matter. In due course, domestic courts, at least those of the seat of the arbitration, will have the last word in this respect. Arbitrators must satisfy themselves with this ruling and may not order performance in kind of the arbitration agreement.[5] The Algiers Accords of January 19,

---

[3] On April 27, 2004, the European Court of Justice held that anti-suit injunctions are inconsistent with Brussels Regulation I-44/2001 (Case C-159/02 Turner v. Grovit, [2004] I.L.Pr. 25, [2004] All E.R. (EC) 485, [2004] 2 Lloyd's Rep. 169). The text of this decision is reproduced in this volume as Annex 6.

[4] Unreported ICC case, Procedural Order of November 2000 (refusing an anti-suit injunction).

[5] A party to an arbitration agreement is under a duty to refer all disputes arising out of such agreement to the arbitrators. Several mechanisms ensure that such duty is complied with (*e.g.*, the appointment of an arbitrator by the competent court at the seat of the arbitration should a party fail to appoint its arbitrator). Whether a party may be ordered to perform the arbitration agreement in kind is debated. Thus, some laws provide that the courts will have jurisdiction over disputes arising out of arbitration agreements when the arbitral tribunal cannot be constituted due to reasons for which the defendant is clearly

1981 set up an international arbitral tribunal responsible for deciding disputes between Iran and the United States. In *E-Systems Inc. v. Iran*, this tribunal made the above distinction and also requested:

> [t]he Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until the proceedings in this case before the Tribunal have been completed.[6]

In this case, the Claimant sought to have Iran enjoined from prosecuting before its own courts an action that it could have initiated before the arbitral tribunal as a counterclaim. The arbitral tribunal noted that it would have jurisdiction over a counterclaim, which would exclude the jurisdiction of any other tribunal, but that its jurisdiction was not exclusive. Hence, the arbitral tribunal refused to order Iran to withdraw its action before the Iranian courts but ordered Iran to request a stay of the latter in order to ensure that its jurisdiction and authority was fully effective. The Tribunal noted:

---

responsible (*see, e.g.*, Art. 7(c) of the Swiss Private International Law Act). The question of the admissibility of an action to confirm the existence of an arbitration agreement is also debated (*see* Art. 1032(2) of the German Code of Civil Procedure, which provides for such an action). See also, in favor of the admissibility of an action before an arbitral tribunal and seeking principally that the defendant be enjoined from referring a matter to a foreign court (performance of the arbitration agreement in kind), GION JEGHER, ABWEHRMASSNAHMEN GEGEN AUSLÄNDISCHE PROZESSE 176 *et seq.* (2003). Against the admissibility of an action before a Swiss court and seeking principally a declaration that the arbitration agreement is null, see François Perret, *Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law*, 16 ARB. INT'L 333, 335 (2000).

[6] *See* Feb. 4, 1983 Interim Award in Case No. 338, E-Systems, Inc. v. Iran, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51, 57 (1983). This decision was confirmed several times thereafter, in particular in Case No. 12118, Tadjer-Cohen Associates, Inc. v. Iran, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 302 (1985).

> This Tribunal has an inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure that this Tribunal's jurisdiction and authority are made fully effective.[7]

3. *A fortiori*, unless a matter has been referred to it, an arbitral tribunal may not order a party to withdraw a court action, which would be tantamount to depriving a party of its substantive rights:

> In the opinion of the Arbitral Tribunal, . . . [Claimant's] request for Injunctive Relief is inconsistent with this fundamental feature of provisional and conservatory measures. [Claimant] is not seeking an order requiring [Respondent] to request a stay of the [Court] action pending the final award in the arbitration. Rather, Claimant is requesting the Arbitral Tribunal to grant an order requiring (Respondent] to withdraw the [Court] Action with prejudice.[8]

English judges sometimes prohibit a party from referring a case to a foreign jurisdiction, where such referral would constitute a breach of a choice of forum clause or of an arbitration agreement.[9] The argument advanced in support of such orders is that, by doing so, the enjoining judge is ordering the performance of the arbitration agreement in kind. In our opinion, this reasoning

---

[7] *Id.* at 57.

[8] *See supra* note 4.

[9] Sandrine Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage*, 2001 REV. ARB. 669. *See also* GARY BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 380 *et seq.* (2d ed. 2001); JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS, STEFAN KRÖLL, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ¶¶ 15-24, at 363 (2003), and further references; Lawrence Collins, *Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration*, *in* ASA SPECIAL SERIES NO. 15, ARBITRAL TRIBUNALS OR STATE COURTS – WHO MUST DEFER TO WHOM? 85 *et seq*. (2001); JEAN-FRANÇOIS POUDRET & SÉBASTIEN BESSON, DROIT COMPARÉ DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL (2002).

is questionable. It is debatable whether an arbitration agreement gives rise to a strict obligation (*i.e.*, a duty) which, if violated, may result in an award of damages. Jurisdiction is something that is declared, not something that can be ordered. Declaring jurisdiction enables the arbitrator to rule on the merits of the dispute before him but does not comprise the power to exclude the jurisdiction of others.

Confronted with existing or impending parallel proceedings with a similar subject matter, arbitrators may only rule on their own jurisdiction. If arbitrators affirm their jurisdiction, this may result in discouraging a party from referring the matter to a domestic court or another arbitral tribunal. Yet the arbitrators may not enjoin the party in this regard. Arbitrators may neither decide on the jurisdiction of a court (or that of another arbitral tribunal) nor, *a fortiori*, on the cogency of the case brought before such court (or arbitral tribunal). In other words, arbitrators should not enjoin the parties from bringing an action in a court (or another arbitral tribunal) on the sole ground that they retain jurisdiction whereas the court (or arbitral tribunal) does not.

However, arbitrators may be able to prohibit a party from bringing an action in another forum on different grounds: the issue then becomes the power of the arbitrators.

B. Power

In enjoining a party from referring a matter to a court, arbitrators act within the scope of the arbitration agreement, of which they are ordering the performance. However, the arbitrators cannot rule over a jurisdiction other than their own: therefore, the crux of the issue is the power of the arbitrators to issue anti-suit injunctions.

The existence of an arbitral tribunal's power to order interim measures is becoming less debated (1). However, the exercise of this power may give rise to a number of difficulties (2).

1. Existence

Modern arbitration laws acknowledge the power of arbitrators to order interim measures (*see, e.g.*, Art. 17 of the UNCITRAL Model Law). However, other laws exclude such power and, in any event, the parties are free to exclude it or to increase its scope (*see* Arts. 38 and 39 of the English Arbitration Act 1996). In our opinion, the question of whether or not an arbitral tribunal has the authority to grant interim relief must be determined under the *lex arbitri*. What types of interim measures may be ordered in a specific case is a different question, which is governed either by the relevant procedural rules or by the *lex causae*, depending on whether interim measures are considered to be a matter of procedural law or to be substantive in nature. In any event, arbitrators only have a limited number of options: they may give orders to the parties, but not to third parties, and they cannot order certain types of measures, such as those related to specific performance. Moreover, the measures ordered must remain within the framework of the applicable substantive law.

With a goal of avoiding worsening a dispute, protecting its subject matter, and easing the enforcement of an upcoming award, may the arbitrators enjoin a party from referring the matter to a court or another arbitral tribunal?

In principle, nothing prohibits such an act. Thus, some arbitrators have not hesitated to order or, according to the wording of Article 47 of the Washington Convention, to "recommend any provisional measures which should be taken to preserve the

respective rights of either party."[10] In a case arising out of a bilateral investment treaty, an ICSID tribunal applied those principles and recommended that one of the parties request a stay of another pending arbitration:[11]

> The Tribunal, however, also believes that normally it would be wasteful of resources for two proceedings relating to the same or substantially the same matter to unfold separately while the jurisdiction of one tribunal awaits determination. No doubt the parties have been put to considerable expense already. At the same time, the Tribunal is concerned that Pakistan not be effectively deprived of a forum for the hearing of its own claims relating to the . . . Agreement [including the other arbitration clause].[12]

---

[10] ICSID Case No. ARB/84/4, Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, 4 ICSID REP. 61 (1997), 3(1) INT'L ARB. REP. A (1988), XIV Y.B. COM. ARB. 82 (1989) (excerpts). The arbitral tribunal appears to have based its decision on the ground that one of the parties acted in bad faith; see Paul Friedland, *Provisional measures and ICSID arbitration*, 2(4) ARB. INT'L 335, 346 (1986): "The Tribunal recommends in addition that MINE withdraw all other provisional measures before national jurisdictions (including any seizures or attachments of property of the Republic of Guinea whatever their judicial designation and whatever the method) and that MINE refrain from seeking additional provisional measures before any national jurisdiction."

[11] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/01/13), Procedural Order No. 2 of Oct. 16, 2002, 18 ICSID REV. – FOREIGN INV. L.J. 293 (2003), reproduced in this volume as Annex 3. *See also* Aug. 6, 2003 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 18(9) INT'L ARB. REP. 6 and A-1 (2003).

[12] In this case, the State's consent to arbitrate resulted from the bilateral investment treaty. However, in contrast with the reasoning adopted by arbitrators in other instances, the award does not state that "any award to be rendered in the case by the Tribunal, which was established by inter-governmental agreement, will prevail over any decision inconsistent with it rendered by Iranian or United States courts" (*see* E-Systems, Inc. v. Iran, *supra* note 6, at 57).

In an ICC arbitration, in September 2003, the arbitral Tribunal was more cautious.[13] A dispute had arisen between a contractor and an owner, the owner having called a performance guarantee posted by the contractor. The guarantee being blocked, the contractor initiated separate arbitral proceedings against the bank that issued the guarantee. The first tribunal refused to enjoin the contractor from pursuing the second arbitration on the grounds that it did not have the power to interfere with another arbitration, in particular because the latter had arisen out of a separate arbitration clause. The arbitral tribunal affirmed its power to grant interim measures but stated that the Claimant had delayed requesting the interim measures and, hence, did not meet the urgency requirement.

2. Exercise of the Power

As pointed out above, arbitrators may not rely on grounds such as *lis pendens*, *Kompetenz-Kompetenz* or *res judicata* to issue anti-suit injunctions: parties do not waive their right to resort to courts for interim measures as courts retain jurisdiction in this respect.[14]

However, arbitrators should not refrain from issuing anti-suit injunctions where such measures appear necessary to protect the arbitral proceedings. In so doing, arbitrators must ensure that these measures do not violate a party's fundamental right of seeking relief before national courts, that the conditions for

---

[13] Unreported ICC case.

[14] In principle, the parties are free to exclude the power of courts to order interim measures: in English law, see Article 44 of the English Arbitration Act 1996; in French law, see FOUCHARD GAILLARD GOLDMANN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ¶ 1319, at 718 (E. Gaillard & J. Savage eds., 1999). For a different position, see POUDRET & BESSON, *supra* note 9, ¶ 614, at 559.

granting interim measures are satisfied and that the measures envisaged are appropriate.

Thus, the issue is less the existence of the power of the arbitrators than the modalities of its exercise and, especially, criteria to be used by arbitrators in deciding whether an order is appropriate.

III. APPROPRIATENESS OF ANTI-SUIT INJUNCTIONS

As noted above, arbitrators may issue anti-suit injunctions in relation to other proceedings so that the proceedings brought before them can continue in due course. Provided that the applicable legal requirements are satisfied, arbitrators may order a wide range of measures (A) but must remain extremely cautious (B).

A. Types of Measures and Conditions

Arbitrators may consider:

- enjoining a party from initiating (court or arbitral) proceedings;
- ordering a party to seek specific relief in related proceedings (for example, a stay); or
- ordering a party to withdraw another lawsuit or to inform the arbitral tribunal of its progress.[15]

[15] In his contribution entitled *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland* (2000 ASA BULL. 31, 37), Markus Wirth refers to two procedural orders enjoining parties from referring a matter to a court or from taking part in court proceedings. The first order is based on the negative effect of the *Kompetenz-Kompetenz* principle—a reasoning with which

It is conceivable that such orders also be made in relation to criminal (*"action civile"*) or administrative proceedings.

Arbitrators will have to ensure that the requested measures are urgent, aimed at preventing irreparable harm or necessary to facilitate the enforcement of the upcoming award.[16] That is the source of difficulties.

First of all, there is a risk that the requested measures be ordered without the arbitrators having fully taken into account their impact. For example, prohibiting the initiation of proceedings before another court or arbitral tribunal may prevent a party from tolling a limitations period and may cause the loss of a party's rights. Furthermore, the stay of an action may result in a party being prevented from offsetting its claim if such claims remain disputed and the arbitral tribunal issues an award affirming that the other party's claim is due.

In addition, courts directly or indirectly concerned with the measure may chafe at such measures. In particular, they may refuse to enforce the arbitral award on their territory, on the grounds, for example, that the award violates public policy or that the arbitrators lacked impartiality. Thus, unlike an English judge who protects a third party or another court in issuing an anti-suit injunction, the arbitrator may be taken as having been a judge for his own cause.[17]

---

we disagree—and the second one is based on a confidentiality clause provided in the contract.

[16] *Id.* at 37 *et seq*.; SÉBASTIEN BESSON, ARBITRAGE INTERNATIONAL ET MESURES PROVISOIRES – ETUDE DE DROIT COMPARÉ (1998).

[17] For an illustration, see the unsuccessful attempt to challenge the Arbitral Tribunal in ICC case No. 10623 on the ground that a hearing was not held at the seat of the arbitration (Dec. 7, 2001 Award Regarding the Suspension

For all these reasons, in addition to necessary reservations concerning the interference, even indirect, in proceedings pending before another court (or arbitral tribunal), arbitrators should be very cautious. In our opinion, in the absence of a clear legal basis and confirmed case law, arbitrators should only issue anti-suit injunctions when it comes to their attention that one of the parties has committed fraud or otherwise engaged in abusive behavior in order to revoke the arbitration agreement. This can be the case when there is an abusive petition for interim measures designed to paralyze the arbitration or of when there is an attempt to slow down the proceedings or to harm the interests of another party, as is well-illustrated by the *Turner v. Grovit* case.[18]

This need for caution is even especially important because few remedies are available if an anti-suit injunction is not complied with.

B. Sanctions

It is unnecessary to restate here the difficulties inherent to the enforcement of interim measures failing voluntary compliance by the parties. Theoretically, several remedies exist (*e.g.*, enforcement by the assisting judge, *astreintes*). However, each remedy gives rise to both practical and legal difficulties.

As far as anti-suit injunctions are concerned, it is worth mentioning the difficulties connected with the imposition of damages or penalties.

---

of the Proceedings and Jurisdiction, 2003 ASA BULL. 59, 65 *et seq*. and comments by A. Crivellaro at 65, 68), reproduced in this volume as Annex 4.

[18] *See supra* note 3.

Theoretically, the lack of compliance with an anti-suit injunction may cause a prejudice to the other party, which arbitrators can order to be compensated (provided that the arbitration clause is sufficiently broad). However, what is the specific prejudice? It is not that the award would have been more favorable than that of another judge or arbitrator. Where one of the parties has initiated proceedings abusively, the arbitrators will only have the power to order that party to pay for the unnecessary costs generated by such proceedings. This was the situation in ICC arbitration No. 8887. In that case, one of the parties referred the matter to the Turkish courts notwithstanding that the arbitrators had enjoined it from doing so. The arbitrators stated that the arbitration clause had been breached and ordered the party that violated the anti-suit injunction to compensate the other party for the prejudice suffered, which was determined to correspond to the fees paid by the aggrieved party to its Turkish lawyer. Compensation for an additional prejudice was rejected for lack of evidence.[19]

English courts may order the criminal sanctions of contempt of court if a party does not comply with an anti-suit injunction. Under certain conditions, it is conceivable that English arbitrators may impose the same sanction on their orders (Art. 42 of the Arbitration Act 1996). Whether arbitrators in civil law jurisdictions would have the same power is doubtful. Some authors affirm that arbitrators sitting in Switzerland may subject their orders to the sanctions in Article 292 of the Swiss Criminal Code.[20] We have some doubts in this respect, as this provision

[19] Final award of April 1997 in ICC case No. 8887, in 11(1) ICC BULL. 91, 94 (2000).

[20] Under Swiss law, see GEHRARD WALTER, WOLFGANG BOSCH, JÜRGEN BRÖNNIMANN, INTERNATIONALE SCHIEDSGERICHTSBARKEIT IN DER SCHWEIZ 137 and n. 60 (1991).

only applies to orders issued by state authorities or civil servants, and an arbitrator is obviously neither.

Arbitrators may request the assistance of a competent court in order that sanctions be imposed on their injunctions. However, such a measure would not really be effective in an international context: if a party does not comply with an anti-suit injunction in a country other than the one where the seat of the arbitration is located, it will not be punished unless this behavior (*i.e.*, the non-compliance with the order) is also punishable in the country in question.[21]

IV. CONCLUSION

The conclusion is straightforward: first, arbitrators should not take the risk of ordering a judge or other arbitrators how to behave. They are the arbitrators' equals and have no orders to receive. Second, jurisdiction is something that is declared, not something that can be ordered. Hence, arbitrators should only decide on their own jurisdiction and may not order performance of an arbitration agreement in kind. Third, anti-suit injunctions are only appropriate where it appears necessary to protect the arbitral proceedings, namely where a party is fraudulently attempting to undermine the arbitral tribunal's jurisdiction. Finally, arbitrators should always exercise utmost care before issuing anti-suit injunctions, as the effect of these anti-suit injunctions may be more

[21] Article 292 of the Swiss Criminal Code punishes the non-compliance with an order rather than the harm caused by such non-compliance. Therefore, this provision only applies when the act of non-compliance is committed in Switzerland. By contrast, contempt of court punishes the final result of the non-compliance, namely an obstruction to justice. As contempt of court can only take place where the order was made, the sanctions attached to contempt of court can be effective even when the non-compliance occurs outside of the jurisdiction of the court issuing the order.

harmful than the problem they are seeking to resolve. This will be the case, in particular, if the measure ordered prevents a party from exercising legitimate rights or if it leads to the annulment of the award on the ground that the arbitral tribunal has been the judge in its own cause and, hence, lacked impartiality.

Procedure and Evidence in International Arbitration

Jeffrey Waincymer

Professor of Law, Monash University, Melbourne, Australia

Wolters Kluwer
Law & Business

Where damages are considered, this may raise the added contentious question of whether punitive damages may be possible. If that is not so, a damages order limited to the extra legal costs is unlikely to be much of a deterrent, although that should not be a reason against a remedy that naturally flows from breach of the arbitration agreement itself. One problem in considering damages as an alternative would be if there was a claim of failure to mitigate by failing to seek an anti-suit order.[227] Landau states: '[T]he impact of the local court process will rarely be quantifiable in damages in any event. Procedural safeguards, such as confidentiality, may have been lost; sensitive documents may have been ordered to be produced; individuals may have been subjected to local pressures; and the politics (and so economics) of the project may have been forever changed.'[228] An order for compensation might not be any more enforceable than an anti-suit injunction. In addition, monetary compensation does nothing directly to prevent a party from pursuing parallel proceedings.[229]

In some cases parties may have tried to promote their rights to force arbitration or enhance the powers of the tribunal to make appropriate orders via other forms of contractual drafting. Examples include undertakings not to bring contradictory proceedings, supported by liquidated damages remedies for breach.[230] Liquidated damages rights can themselves be contentious under some applicable laws.

8.5 ANTI-ARBITRATION INJUNCTIONS BY COURTS

8.5.1 Introduction

A court may issue an injunction purporting to restrain arbitration proceedings (a so-called anti-arbitration injunction). Anti-arbitration injunctions are 'relatively rare' but they present an extremely serious problem.[231] In what circumstances, if any, should an arbitral tribunal respect an anti-arbitration injunction?[232]

---

227. Rahim Moloo, 'Arbitrators Granting Antisuit Orders: When Should They and on What Authority?', *Journal of International Arbitration* 26, no. 5 (2009): 698.
228. Toby Landau, '"Arbitral Lifelines": The Protection of Jurisdiction by Arbitrators', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 294.
229. Rahim Moloo, 'Arbitrators Granting Antisuit Orders: When Should They and on What Authority?', *Journal of International Arbitration* 26, no. 5 (2009): 698.
230. Neville Byford & Aszalah Farwar, 'Arbitration Clauses After *West Tankers:* The Unanswerable Conundrum? Practical Solutions for Enforcing Arbitration Clauses', *International Arbitration Law Review* 12, no. 3 (2009): 29.
231. Julian D.M. Lew, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 186–187.
232. There is also the question as to whether one court can render an anti-suit injunction against another court in support of arbitration. This is beyond the scope of this book although note should be taken of the controversial decision of the European Court of Justice in *Allianz SpA and Ors v. West Tankers Inc.* [2009] EUECJ C-185/07 holding that such an injunction violated Brussels I, European Council (EC) Regulation No. 44/2001.

8.5.2 Power to Issue an Anti-arbitration Injunction

An anti-arbitration injunction, as a type of anti-suit injunction, is, generally speaking, available as a remedy in common law jurisdictions, but not in civil law jurisdictions.[233] A party might seek an anti-arbitration injunction where it contests the jurisdiction of an arbitral tribunal. 'In theory at least, it may be entirely justified for a party contesting the existence of a valid arbitration agreement to commence court actions before the court it considers to have jurisdiction . . . '.[234] Section 72(1) of the English Arbitration Act 1996 allows a person alleged to be a party to arbitral proceedings who has not taken any part in those proceedings, to challenge substantive jurisdiction before a court. The provision expressly allows for injunctive or other appropriate relief.

Absent express laws to that effect in the Seat, an anti-arbitration injunction does not sit easily with the New York Convention or typical *lex arbitri* such as the UNCITRAL Model Law,[235] whether issued by a court in the arbitral seat or elsewhere.[236] Such an injunction would also be contrary to the Model Law system establishing judicial control only after an award has been rendered.[237] Anti-arbitration injunctions also go against the fundamental principle whereby an arbitral tribunal has the power to decide upon its own jurisdiction.[238]

8.5.3 In What Circumstances Should an Arbitral Tribunal Respect an Anti-arbitration Injunction?

Born has suggested that '. . . there may be instances in which an arbitral tribunal concludes that it would be efficient and sensible for arbitral consideration or resolution of a jurisdictional objection to be suspended or delayed on the basis of an

---

233. Julian D.M. Lew, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 190–201; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 1049–1050.
234. Julian D.M. Lew, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 189.
235. Marco Stacher, 'You Don't Want to Go There – Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration', *ASA Bulletin* 23, no. 4 (2005): 652–653.
236. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 1053.
237. Julian D.M. Lew, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 198.
238. Marco Stacher, 'You Don't Want to Go There – Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration', *ASA Bulletin* 23, no. 4 (2005): 653; Julian D.M. Lew, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 187.

earlier-filed, and much-advanced, national court proceeding, addressing the same jurisdictional objection'.[239] This should depend on the relative jurisdictional powers of the fora. If it is a supervisory court to which deference is owed, this may be the most efficient and practical solution.

An arbitral tribunal that believes it has jurisdiction may be justified in flaunting an anti-arbitration injunction in most circumstances. Several arbitral tribunals have ignored and proceeded despite an anti-arbitration injunction.[240] The jurisdiction of the tribunal is derived from the agreement of the parties and a domestic court does not have the power in the first instance to decide upon the jurisdiction of the tribunal. 'The arbitral tribunal's primary duty is owed to the parties. If it finds that the parties have agreed to resolve their dispute by arbitration, it must respect this agreement and make an award.'[241] Even a negative jurisdictional decision by courts in the arbitral seat should not bind the arbitral tribunal.[242] The general principle should be so unless the *lex arbitri* expressly gives a court temporal priority on jurisdictional questions. Nevertheless, in other cases it should be understood that an award will probably be unenforceable where the injunction was granted.[243]

There may still be an issue where the supervisory court is the higher authority. Because enforceability is possible in relation to annulled awards, a tribunal with a duty to complete a mandate and operate with due care should at least be prepared to countenance a circumstance where it concludes that no reasonable supervisory court could have come to the view that was taken.[244] An extreme example would be if the tribunal knows that the supervisory court made an adverse ruling following a bribe. The right to take such a position is an extreme one and should not be adopted without the clearest of reasons for doing so. An illustrative case as to problems that may arise is ICC Arbitration No 10623.[245] The case related to a European contractor in a dispute with an Ethiopian public authority. The arbitration clause provided for arbitration in Addis Ababa and rules of arbitration under the Civil Code of Ethiopia. The clause called for ICC arbitration unless otherwise

239. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 2946.
240. Julian D.M. Lew, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 206–210; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 1055.
241. Julian D.M. Lew, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts', in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13, ed. Albert Jan van den Berg (The Hague: Kluwer Law International, 2007), 219.
242. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2009), 1056–1057 and 2944–2945.
243. Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 363–364.
244. For example, *Himpurna California Energy Ltd v. PT (Persero) Perusahaan Listruik Negara (Republic of Indonesia)* in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXV* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), 11.
245. Award in ICC Case No. 10623 (2001), *ASA Bulletin* 21, no. 1 (2003): 82.

specified in the contract. The respondent argued that the reference to the Civil Code of Ethiopia constituted an agreement to substitute ad hoc arbitration for ICC arbitration. The ICC constituted a tribunal under the ICC Rules which chose to conduct hearings in Paris, a place convenient for all but the Ethiopian party and which in practical terms prevented the attendance of one of the Ethiopian witnesses. The respondent challenged the arbitrators. It argued that they had abused their discretion and failed to act fairly and impartially by making a determination that clearly preferred one of the parties. The ICC Court rejected the challenge. The respondent then appealed this decision to an Ethiopian court. It also sought an order from the court that ICC Arbitration was not agreed. It sought injunctions enjoining the continuation of the arbitration which were granted. The tribunal then invited the parties to Paris to discuss the implications of the injunctions. The respondent refused to attend. The tribunal, in a partial award, decided that the arbitration should not be suspended and that it had jurisdiction. The parties then settled the dispute.

The important aspect of the award is that the tribunal considered whether it must defer to a judicial order to halt the proceedings when that emanated from a country where the parties had agreed to hold their arbitration. It concluded that it had a discretion to do so. It concluded that because its mandate comes from the authority of the parties, and because it has a duty to complete the mandate, in appropriate situations 'it may be necessary to decline to comply with an order issued by the court of the Seat, in the fulfilment of the Tribunal's larger duty to the parties'.[246] The tribunal also opined that notwithstanding a contrary view of a supervisory court, a tribunal 'owes a duty to the parties to ensure that their agreement to submit disputes to international arbitration is rendered effective even where that creates a conflict with the courts of the Seat of the arbitration'. A failure to do so would be 'a denial of justice and fairness to the parties . . . '.[247] Perhaps unfortunately, the tribunal also opined that these principles 'carry even more force in an arbitration between a State or State entity and a private party, where the Seat of the arbitration is in the country of the State involved in the dispute and it is the State party that is attempting to frustrate the arbitration agreement'.[248] This is an unfortunate comment given that it acknowledges the agreement of the parties to make the Seat of the arbitration the country of the State party. If the challenge is valid then it should succeed. If it is in fact a challenge 'attempting to frustrate the arbitration', then it should fail regardless of whether it is a private party or a State that brings it.

The tribunal then referred to the accepted view that a State party cannot rely on its own law to contest the validity of an arbitration agreement. Yet it was not its own law but the contractual agreement of the parties that was in issue. In a commentary on his own award, the Chair argued that a court decision of the place of arbitration should not be accorded more importance than an enforcement

246. *Ibid.*, 83.
247. *Ibid.*, 86–87.
248. *Ibid.*, 91.

jurisdiction and that a conclusion to the contrary would encourage State parties to commit abuses.[249] Schwartz rightly criticises this line of reasoning on the basis that there needed to be a direct articulated reason for disregarding an injunction from a supervisory court.[250] As Schwartz notes, a tribunal cannot derive the power to ignore courts from an arbitration agreement where that agreement refers to a supervisory court code.[251] Express selection of a Seat must surely imply an agreement by the parties to be bound by the supervisory oversight of courts in that jurisdiction.[252] It is problematic therefore to justify rejection of the view of the supervisory court based on party autonomy.

In *Saipen v. Petrobangla* a State-owned entity obtained a court order in the Seat revoking a tribunal's authority when various procedural matters were decided against it including in relation to allowing a witness statement from a witness prevented from attending, determinations that witnesses should be present and admissions of evidence at various stages. Notwithstanding that the court issued an anti-suit injunction against the continuance of the arbitration, the tribunal rendered an award[253] which held Bangladesh liable for an abuse of rights through the disruption of the arbitration via the court actions.

The key question is then when a tribunal may depart from an order of the supervisory court. Schwartz argues that arbitration agreements must be performed by parties in good faith. State parties cannot therefore rely on their own law to obviate jurisdiction formerly granted.[254] In that sense the award in ICC Arbitration No 10623 suggests perhaps that a tribunal must consider whether 'to follow a decision of the court would conflict fundamentally with the tribunal's understanding of its duty to the parties'.[255] Again, however, Schwartz rightly observes that while the principle may be valid, there needs to be an indication of the criteria as to when it should apply. It cannot simply be a matter for the tribunal to determine what in its own view is fair and reasonable. At least where State parties are concerned, Schwartz suggests that the relevant standard should be determined from customary international law. One such obligation is to provide

---

249. See Eric A. Schwartz 'Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the *Lex Loci Arbitri* in the Light of a Recent ICC Award', in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ed. Gerald Aksen et al. (Paris: ICC Publishing, 2005), 801.
250. *Ibid.*, 802.
251. *Ibid.*, 806.
252. *Ibid.*, 807.
253. ICC Case No. 7934, unpublished, cited in Emmanuel Gaillard, 'The Representations of International Arbitration', *Journal of International Dispute Settlement* (2010): 4. See also the Award rendered on 30 June 2009 in ICSID Case No. ARB/05/07, *Saipen SpA v. Bangladesh.*
254. See cases extracted in *Himpurna California Energy Ltd v. PT (Persero) Perusahaan Listruik Negara (Republic of Indonesia)* in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration Volume XXV* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), 11.
255. Award in ICC Case No. 10623 (2001), *ASA Bulletin* 21, no. 1 (2003): 87.

foreigners with 'a fair and effective system of justice'.[256] Different authorities use different terminology but Schwartz concludes that the denial of justice must be manifest, flagrant, clearly improper and discreditable or arbitrary.[257] Ultimately it is not the blocking of an arbitration per se but doing so in a manner which is manifestly arbitrary and improper that matters.[258]

The distinction ought to be between good faith and abusive determinations by a supervisory court. If the decision is in good faith and the supervisory court is given a higher authority under the *lex arbitri*, then its view should be respected simply because of the hierarchy of adjudicatory power. The difficult question is then when and how an inferior adjudicator is entitled to rule that the behaviour of a superior body is abusive and can be ignored.

Документ предоставлен КонсультантПлюс

Статья: Унификация норм о международной судебной юрисдикции в международном процессуальном праве (Ерпылева Н.Ю., Клевченкова М.Н.) ("Международное право и международные организации", 2013, N 3)

УНИФИКАЦИЯ НОРМ О МЕЖДУНАРОДНОЙ СУДЕБНОЙ ЮРИСДИКЦИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ

Н.Ю. ЕРПЫЛЕВА, М.Н. КЛЕВЧЕНКОВА

Ерпылева Наталия Юрьевна - доктор юридических наук, заведующая кафедрой международного частного права Национального исследовательского университета "Высшая школа экономики".

Клевченкова Мария Николаевна - старший преподаватель Национального исследовательского университета "Высшая школа экономики".

Настоящая статья посвящена рассмотрению актуальных вопросов, связанных с унификацией норм о международной судебной юрисдикции в международном процессуальном праве, которое понимается авторами как отрасль международного частного права. Авторы рассматривают три группы вопросов: установление международной судебной юрисдикции в национальном российском законодательстве и международных договорах, в которых участвует Россия; установление международной судебной юрисдикции в национальном праве Англии, США и Франции; особые судебные приказы и штрафы в английском, американском и французском праве. Авторы анализируют виды международной судебной юрисдикции, включающие общую, исключительную и договорную юрисдикцию, а также подробно исследуют такой не известный международному гражданско-процессуальному праву России институт, как доктрина forum non conveniens. Существенное внимание уделено авторами особым судебным приказам английских, американских и французских судов, включающих судебный приказ о запрете иностранного судопроизводства (anti-suit injunction); судебный приказ о наложении ареста на активы ответчика (Mareva injunction), а также особому судебному штрафу (astreinte).

Ключевые слова: судебная юрисдикция, государственный суд, пророгационное соглашение, гражданское судопроизводство, судебный приказ, судебный запрет, процессуальный институт, судебный штраф, судебная доктрина, международное процессуальное право.

Unification of norms of international judicial jurisdiction in the international procedural law

N.Yu. Erpyleva, M.N. Klevchenkova

This article is devoted to the topical issues regarding unification of the norms on international judicial jurisdiction in the international procedural law, which is regarded by the authors as a branch of international private law. The authors view three groups of issues: establishing international judicial jurisdiction in the Russian domestic legislation and international treaties, to which Russia is a party, establishing international judicial jurisdiction in the domestic law of England, USA and France, special judicial injunctions and fines in English, American and French law. The authors analyze types of international judicial jurisdiction, including, general, exclusive and treaty-based jurisdiction, and also study an institution of "forum non conveniens", which is not known to the international civil procedural law of Russia. Much attention is paid by the authors to the special judicial orders of English, American and French courts, including the anti-suit injunctions, Mareva injunction, and astreinte.

Key words: judicial jurisdiction, state court, prorogation treaty, civil judicial procedure, judicial injunction, judicial prohibition, procedural institution, judicial fine, judicial doctrine, international procedural law.

Процесс глобализации мировой экономики и обусловленное этим широкое вовлечение российских предприятий и предпринимателей во внешнеэкономическую деятельность предопределило усиление роли и значения судебных органов при разрешении международных коммерческих споров. Юрисдикция судов по внешнеэкономическим спорам является предметом регулирования со стороны международного частного права, а именно одной из его важнейших отраслей - **международного процессуального права**. Последнее представляет собой отрасль МЧП, состоящую из норм национального законодательства и международных договоров, которые регулируют международные процессуальные отношения (процессуальные отношения, осложненные иностранным элементом). Объектом международного процессуального права выступает процедура разрешения международных частноправовых споров в государственных судах и коммерческих арбитражах, поэтому в нем выделяются две отрасли, одновременно выступающие как подотрасли МЧП в целом - международное гражданско-процессуальное право <1> и международное арбитражно-процессуальное право.

<1> См.: Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909;

Юрова Н.М. Международное гражданское процессуальное право: Теоретические основы имплементации норм в правовой системе РФ. М., 2008; Елисеев Н.Г., Вершинина Е.В. Международное гражданское процессуальное право: Учебное пособие. М., 2011; Grubbs S. (ed.) International Civil Procedure (World Law Group Series). Kluwer Law International, 2003; Campbell C. (ed.) International Civil Procedure: 2 vols. Lulu.com, 2006 - 2007; Hartley T. International Commercial Litigation: Texts, Cases and Materials on Private International Law. Cambridge University Press, 2009; Warne J. International Commercial Dispute Resolution. Bloomsbury Professional, 2009; Fentiman R. International Commercial Litigation. Oxford University Press, 2010; Hill J., Chong A. International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts. Hart Publishing, 2010; Kramer X.E., van Rhee C.H. (eds.) Civil Litigation in a Globalising World. T.M.C. Asser Press, 2012; Lascelles G. The International Comparative Legal Guide to Litigation and Dispute Resolution 2012 (International Comparative Legal Guide Series). Global Legal Group Ltd., 2012; Milmo M. (ed.) International Litigation Procedure 2012. Sweet and Maxwell, 2013.

При всем многообразии подходов к определению правовой природы международного гражданского процесса в науке МЧП выделяются его несколько отличительных признаков, которые в той или иной степени поддерживаются всеми учеными:

1) международный гражданский процесс носит публично-правовой характер, поскольку он представляет собой властную деятельность государственных органов - судов - по отправлению правосудия по трансграничным гражданским делам. Все участники процесса, в том числе иностранные лица, всегда находятся в юридическом подчинении по отношению к судам;

2) несмотря на то что суд каждого государства отправляет правосудие по своим процессуальным правовым нормам, международный гражданский процесс по своему содержанию носит экстерриториальный характер. Это выражается в неизбежной взаимосвязи и взаимозависимости как судебных систем разных государств, так и их правовых систем при рассмотрении каждого трансграничного гражданского дела (применение иностранного права к спорному материальному отношению; выдача судебного поручения о допросе свидетеля, находящегося за рубежом; исполнение на своей территории решения, вынесенного иностранным судом и пр.);

3) нормы международного гражданского процесса содержатся как в международных договорах, так и в национальном законодательстве каждого государства;

4) конечной целью международного гражданского процесса является разрешение трансграничных споров, а также иных вопросов частноправового характера, относящихся к компетенции государственных судов.

На основании указанных признаков А.А. Мамаев формулирует следующее определение международного гражданского процесса. **Международный гражданский процесс** - это регулируемая национальным законодательством и международными договорами публично-правовая деятельность государственных судов по отправлению правосудия по трансграничным гражданским делам, носящая экстерриториальный характер и направленная на разрешение трансграничных споров, а также иных вопросов частноправового характера <2>. В этом контексте можно утверждать, что международное гражданско-процессуальное право представляет собой подотрасль МЧП, состоящую из норм национального законодательства и международных договоров, которые регулируют международные процессуальные отношения по рассмотрению государственными судами частноправовых споров, осложненных иностранным элементом.

<2> См.: Мамаев А.А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М., 2008. С. 13 - 14. См. также: Васильчикова Н.А. Международный гражданский процесс как составная часть внутригосударственного гражданского процессуального права // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 3; Осавелюк Е.А. К вопросу о месте международного процессуального права в системе российского права // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 11; Осавелюк Е.А. Понятие и предмет международного гражданского процессуального права // Международное публичное и частное право. 2004. N 6.

§ 1. Международная судебная юрисдикция в российском праве

В настоящее время в науке МЧП не существует общепринятой терминологии для определения процессуальной юрисдикции по гражданским делам с участием иностранных лиц. Применение многочисленных терминов ("международная подведомственность", "юрисдикция", "общая компетенция", "международная подсудность" и т.д.) порождает в теории серьезные коллизии: нередко один и тот же термин у разных исследователей используется для определения разных правовых явлений (например, "юрисдикция", от лат. jurisdictio - суд, судопроизводство). И наоборот, одно и то же правовое явление ученые зачастую обозначают совершенно различными терминами (например, разграничение компетенции

по рассмотрению гражданских дел между судами разных государств определяется разными исследователями как "международная подсудность", "международная подведомственность" и т.д.). Анализ трудов исследователей в области международного частного права и гражданского процесса позволил А.А. Мамаеву прийти к следующим выводам:

1. Наиболее часто употребляющийся в российской правовой доктрине термин **"международная подсудность"** представляется достаточно неудобным и нецелесообразным. В отечественной науке МЧП рассмотрение гражданских дел с иностранным элементом в судебном порядке традиционно изучалось отдельно от рассмотрения таких дел третейскими судами. Как следствие, институт судебной подведомственности указанных дел также изучался отдельно от института арбитражной подведомственности. В этой ситуации использование термина **"международная подсудность"** являлось приемлемым и оправданным: этим термином обозначалось разграничение предметов ведения исключительно между судебными органами разных государств. Подведомственность же гражданских дел с иностранным элементом третейским судам или административным органам того или иного государства, как правило, обозначалась в трудах российских ученых нейтральным термином **"компетенция"**.

Такое раздельное рассмотрение данных процессуальных институтов вряд ли является удачным. Юрисдикция судов разных государств по гражданским делам (трактующаяся в науке как **"международная подсудность"**) и юрисдикция административных органов и арбитражей (именующаяся **"компетенцией"**) по своей юридической природе являются составными частями комплексного понятия "международная процессуальная юрисдикция по гражданским делам". Их невозможно рассматривать строго по отдельности, без учета их тесного единства и взаимосвязи. На основании этого представляется, что наиболее удачным термином для определения разграничения компетенции по рассмотрению гражданских дел с участием иностранных лиц между судебными и иными органами разных государств будет являться термин **"международная процессуальная юрисдикция"**.

В свою очередь, единый комплексный институт международной процессуальной юрисдикции будет подразделяться на **"международную судебную юрисдикцию"** (определение компетенции судебных органов того или иного государства для разрешения конкретного гражданского дела, иными словами, тот институт, который в настоящее время называется "международной подсудностью"), **"международную административную юрисдикцию"** (определение компетенции административно-распорядительных органов разных государств по рассмотрению дел с иностранным элементом), **"международную арбитражную юрисдикцию"** (определение компетенции третейских судов, расположенных в разных государствах, по рассмотрению указанной категории гражданских дел) и т.д. Исходным при определении компетенции какого-либо правоприменительного органа того или иного государства для рассмотрения конкретного гражданского дела с иностранным элементом должно служить понятие **"международной процессуальной юрисдикции"**.

2. Применение термина **"международная процессуальная юрисдикция"** является оправданным и с практической точки зрения. В каждом конкретном случае, когда возникает спор между субъектами материального правоотношения либо появляется иная необходимость обращения к правомочному юрисдикционному органу, всегда в первую очередь возникает вопрос: являются ли российские правоприменительные органы компетентными рассматривать конкретное гражданское дело с иностранным элементом, или более широко, в компетенцию системы правоприменительных органов какого государства входит рассмотрение данного гражданского дела по существу, а не вопрос: к компетенции судов какого государства отнесено данное дело.

Существуют определенные категории дел, разрешение которых в законодательстве разных государств не является прерогативой судов, а входит в компетенцию административных органов (например, некоторые семейные дела или дела, связанные с личным состоянием. Кроме того, в ряде случаев обеспечение и защита субъективных гражданских прав осуществляется органами нотариата). Существуют также категории гражданских дел, которые могут быть рассмотрены в некоторых государствах лишь общественными организациями (например, рассмотрение трудовых споров нередко относится к ведению профсоюзов или специальных трудовых арбитражей, а большинство внешнеэкономических споров разрешается в настоящее время третейскими судами). Таким образом, в каждом случае в первую очередь решается вопрос именно о **"международной процессуальной юрисдикции"**, а не о **"международной подсудности"**.

3. В пользу термина **"международная процессуальная юрисдикция"** можно привести и такой аргумент. Понятия **"подведомственность"** и **"подсудность"** используются только в русском языке, и в российской процессуальной науке они носят только внутригосударственное смысловое значение. В науке МЧП термин **"международная подсудность"** носит условный характер. То же самое можно сказать и о термине **"международная подведомственность"**. Понятие же **"юрисдикция"**, этимологически вышедшее из латинского языка, является созвучным и одинаковым по своему значению во многих языках мира. Таким образом, данный термин является более удобным и практически оправданным с точки зрения именно международного гражданского процесса, поскольку, в отличие от терминов **"подведомственность" и**

"подсудность", является более "интернациональным".

Сам по себе термин **"юрисдикция"** имеет очень много значений, поэтому для определения компетентной системы правоприменительных органов того или иного государства для рассмотрения гражданского дела с иностранным элементом А.А. Мамаев предлагает использовать термин **"международная процессуальная юрисдикция"**. Понятия же **"подведомственность"** и **"подсудность"**, по его мнению, должны использоваться в гражданском процессуальном праве России только во внутригосударственном значении <3>. Институт международной процессуальной юрисдикции классифицируется на несколько видов. Анализ этого института позволяет прийти к выводу, что такая юрисдикция в зависимости от степени определенности делится на определенную и неопределенную.

<3> См.: Мамаев А.А. Указ. соч. С. 36 - 44.

Определенная международная процессуальная юрисдикция - это процессуальный институт, устанавливающий, в компетенцию каких правоприменительных органов (судебных, административных или общественных) того или иного государства входит рассмотрение данного гражданского дела с иностранным элементом. Данный вид юрисдикции определяет не только конкретное государство, но и управомоченную систему органов этого государства (суды, административно-распорядительные органы и т.д.). Примером такого вида международной процессуальной юрисдикции может служить правило, установленное в ч. 1 ст. 20 Минской конвенции СНГ 1993 г. о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (далее - Минская конвенция) в редакции Московского протокола 1997 г. (далее - Московский протокол) <4>, согласно которой иски к лицам, имеющим место жительства на территории одной из договаривающихся сторон, предъявляются независимо от их гражданства в суды этой договаривающейся стороны, а иски к юридическим лицам предъявляются в суды договаривающейся стороны, на территории которой находится орган управления юридического лица, его представительство либо филиал. В данном случае правовая норма указывает не только на определенное государство, но и на конкретную систему органов этого государства (судебную систему), компетентную рассматривать гражданские дела с иностранным элементом.

<4> БМД. 1995. N 2; 2008. N 4. Минская конвенция вступила в силу 19 мая 1994 г. После ратификации для России она вступила в силу 10 декабря 1994 г. Московский протокол вступил в силу 17 сентября 1999 г. После ратификации для России он вступил в силу 9 января 2001 г.

Неопределенная международная процессуальная юрисдикция - это процессуальный институт, с помощью которого устанавливается только государство, в компетенцию органов которого входит рассмотрение конкретного гражданского дела с иностранным элементом. При этом не указывается, какие органы данного государства (судебные или иные) управомочены рассматривать данное дело. В качестве примера неопределенной международной процессуальной юрисдикции можно привести ч. 1 ст. 29 Минской конвенции, согласно которой по делам о расторжении брака компетентны учреждения договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги в момент подачи заявления. Если на момент подачи заявления оба супруга проживают на территории другой договаривающейся стороны, то компетентны также учреждения этой договаривающейся стороны. В приведенном примере содержится определение только конкретного государства, учреждения которого правомочны рассматривать дела о расторжении брака с иностранным элементом. Что же это за "учреждения" - суды, административные органы, церковные организации или что-то еще, - данное правило не устанавливает. Это будет определено лишь с помощью правовых норм о внутригосударственной подведомственности, содержащихся в законодательстве указанного государства <5>.

<5> См.: Мамаев А.А. Указ. соч. С. 46 - 47.

Говоря о международной процессуальной юрисдикции по гражданским делам, нельзя не отметить следующее. Правовые принципы, положенные в основу определения компетентного органа того или иного государства, содержащиеся в международных договорах, национальном законодательстве и судебной практике разных стран, весьма разнообразны, но они могут быть сведены к некоторым типовым случаям. Из них наиболее часто используемыми являются следующие принципы:

а) установление юрисдикции по признаку гражданства сторон или стороны в деле **(forum patriae);**

б) установление юрисдикции по признаку места жительства ответчика **(actor sequitur forum rei);**

в) установление юрисдикции по признаку места жительства (для юридических лиц - места нахождения) стороны по делу **(forum domicilii)**;

г) установление юрисдикции по признаку личного присутствия ответчика или наличия его имущества на территории данного государства **(actor sequitur forum domicilii)**;

д) установление юрисдикции по признаку места нахождения спорной вещи **(forum rei sitae);**
е) установление юрисдикции по признаку места совершения акта **(forum loci actus);**
ж) установление юрисдикции по признаку места исполнения обязательства **(forum loci solutionis)**;
з) установление юрисдикции по признаку места совершения деликта **(forum loci delicti commissi)**;
и) установление юрисдикции по соглашению сторон **(forum voluntatis)** <6>.

<6> Там же. С. 49 - 50.

Перечень таких принципов не является исчерпывающим. В разных государствах применительно к разным категориям гражданских дел законодательство может устанавливать и другие принципы, в соответствии с которыми определяется компетентный правоприменительный орган в конкретной стране. Например, при установлении международной процессуальной юрисдикции по семейным делам может использоваться признак места заключения брака **(forum loci celebrationis)**; при определении юрисдикции по трудовым делам может использоваться признак места осуществления трудовых обязанностей **(forum loci laboris);** в ряде случаев устанавливается, что дело может рассматриваться по месту нахождения истца (например, в гражданских делах, связанных с защитой прав потребителей) и т.д. Указанные принципы необходимо отличать от привязок коллизионных норм МЧП, содержащихся в международных договорах и национальном законодательстве всех государств. Несмотря на внешнее сходство тех и других, следует подчеркнуть, что нормы, определяющие международную процессуальную юрисдикцию, и коллизионные нормы - это разные правовые категории <7>.

<7> Там же. С. 53.

По степени определенности соглашения о международной процессуальной юрисдикции (пророгационные соглашения) делятся на относительно определенные и абсолютно определенные. **В относительно определенных пророгационных соглашениях** указывается не конкретный правоприменительный орган, расположенный в том или ином государстве, а система органов определенного государства. Например, стороны могут в соглашении указать, что спор, возникший или могущий возникнуть в будущем из их правоотношений, подлежит рассмотрению в судах Российской Федерации. **В абсолютно определенных пророгационных соглашениях** указывается не система органов, а конкретный правоприменительный орган, находящийся в определенном государстве. Примером может служить соглашение сторон о том, что спор, связанный с их правоотношениями, подлежит рассмотрению в Российской Федерации, в Арбитражном суде г. Москвы. Абсолютно определенные судебные пророгационные соглашения устанавливают, что дело подлежит рассмотрению в конкретном суде определенного государства, то есть содержат правила не только международной процессуальной юрисдикции и внутригосударственной подведомственности, но и подсудности. Такие соглашения не могут изменять родовую и исключительную территориальную подсудность гражданских дел, установленную процессуальным законодательством в стране суда <8>.

<8> Там же. С. 52.

Юрисдикция российских судов по делам с участием иностранных юридических и физических лиц определена в российском процессуальном законодательстве, а именно в Арбитражном процессуальном кодексе РФ от 24 июля 2002 г. в ред. от 7 июня 2013 г. <9> (далее - АПК РФ) и в Гражданском процессуальном кодексе РФ от 14 ноября 2002 г. в ред. от 7 мая 2013 г. <10> (далее - ГПК РФ). По своему правовому статусу российские арбитражные суды являются составными частями и звеньями судебной системы России и входят в число федеральных судов наряду с федеральными судами общей юрисдикции (п. 3 ст. 4 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. "О судебной системе РФ" в ред. от 25 декабря 2012 г. <11>; ст. 1 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. "Об арбитражных судах в РФ" в ред. от 6 декабря 2011 г. <12>).

<9> СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3012; 2013. N 23. Ст. 2884. Новая редакция АПК РФ вступила в силу 7 июня 2013 г.

<10> СЗ РФ. 2002. N 46. Ст. 4532; 2013. N 19. Ст. 2326. Новая редакция ГПК РФ вступила в силу 19 мая 2013 г.

<11> СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 1; 2012. N 53 (ч. 1). Ст. 7572. Новая редакция настоящего Закона вступила в силу 1 января 2013 г.

<12> СЗ РФ. 1995. N 18. Ст. 1589; 2011. N 50. Ст. 7334. Новая редакция настоящего Закона вступила в силу 7 декабря 2011 г.

Глава 4 "Компетенция арбитражных судов" АПК РФ и глава 3 "Подведомственность и подсудность" ГПК РФ наделяют и арбитражные суды, и суды общей юрисдикции правом рассматривать и разрешать в порядке искового производства дела, возникающие из гражданских правоотношений с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных организаций, организаций с иностранными инвестициями, международных организаций (п. 5 ст. 27 АПК РФ и п. 2 ст. 22 ГПК РФ), в том числе дела о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений (ст. 32 АПК РФ и п. 6 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ). Наряду с этим оба кодекса содержат специальные разделы, посвященные отдельным аспектам международного гражданского процесса, среди которых главным выступает вопрос об установлении юрисдикции по спорам, осложненным иностранным элементом, то есть международной юрисдикции российских судов (раздел V "Производство по делам с участием иностранных лиц" АПК РФ и аналогичный раздел ГПК РФ) <13>.

<13> См. об этом более подробно: Галенская Л.Н. Международный гражданский процесс: понятие и тенденции развития // Бахин С.В. (ред.) Актуальные проблемы международного гражданского процесса: Материалы международной конференции. СПб., 2003. С. 1 - 12; Марышева Н.И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал российского права. 2004. N 6.

Сразу же возникает вопрос о том, где проходит разграничительная линия, позволяющая отделить компетенцию арбитражных судов от компетенции судов общей юрисдикции по спорам с участием иностранных лиц. Достаточно четкий ответ можно найти при анализе соответствующих процессуальных норм. Арбитражным судам подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями (п. п. 1 - 2 ст. 27 АПК РФ, ст. 28 АПК РФ). Им же подведомственны дела о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (ст. 32 АПК РФ).

Суды общей юрисдикции рассматривают и разрешают дела, возникающие из частноправовых отношений (гражданских, семейных, трудовых, жилищных, земельных, экологических и иных), за исключением экономических споров и других дел, отнесенных законодательством к ведению арбитражных судов (п. 3 ст. 22 ГПК РФ). Таким образом, совершенно очевидно, что основным критерием разграничения компетенции арбитражных судов и судов общей юрисдикции по спорам с участием иностранных лиц выступает предмет спора, определяющий его экономический или неэкономический характер, причем экономический характер связан, безусловно, с осуществлением спорящими субъектами предпринимательской или иной хозяйственной деятельности. С учетом вышеизложенного можно утверждать, что главным институтом по разрешению интересующей нас категории гражданских и торговых дел, включающих иностранный элемент, будут арбитражные суды, в силу чего при дальнейшем изложении материала приоритет будет отдан анализу норм арбитражного процессуального законодательства.

Непосредственно вопросам установления юрисдикции российских судов по международным коммерческим спорам посвящен Раздел V АПК РФ "Производство по делам с участием иностранных лиц". В соответствии с п. п. 1 - 4 ст. 254 АПК РФ иностранные лица пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности наравне с российскими организациями и гражданами. Процессуальные льготы предоставляются иностранным лицам, если они предусмотрены международным договором РФ. Иностранные лица имеют право обращаться в арбитражные суды в РФ по правилам подведомственности и подсудности для защиты своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Иностранные лица, участвующие в деле, должны представить в арбитражный суд доказательства, подтверждающие их юридический статус и право на осуществление предпринимательской и иной экономической деятельности. В случае непредставления таких доказательств арбитражный суд вправе истребовать их по своей инициативе. Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении иностранных лиц тех иностранных государств, в которых введены ограничения в отношении российских организаций и граждан <14>.

<14> См. об этом более подробно: Колесов П.П. Процессуальные гарантии правового статуса иностранных лиц // Актуальные проблемы международного гражданского процесса: Материалы международной конференции / Ред. С.В. Бахин. СПб., 2003. С. 58 - 66.

Основные принципы установления юрисдикции российских арбитражных судов по международным коммерческим спорам изложены в ст. 247 АПК РФ, которая гласит, что арбитражные суды России рассматривают дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, с участием иностранных организаций, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих

предпринимательскую и иную экономическую деятельность (иностранных лиц), в случае если:

1) ответчик находится или проживает на территории РФ либо на территории РФ находится имущество ответчика;

2) орган управления, филиал или представительство иностранного лица находится на территории РФ;

3) спор возник из договора, по которому исполнение должно иметь место или имело место на территории РФ;

4) требование возникло из причинения вреда имуществу действием или иным обстоятельством, имевшими место на территории РФ или при наступлении вреда на территории РФ;

5) спор возник из неосновательного обогащения, имевшего место на территории РФ;

6) истец по делу о защите деловой репутации находится в РФ;

7) спор возник из отношений, связанных с обращением ценных бумаг, выпуск которых имел место на территории РФ;

8) заявитель по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение, указывает на наличие этого факта на территории РФ;

9) спор возник из отношений, связанных с государственной регистрацией имен и других объектов и оказанием услуг в международной ассоциации сетей Интернет на территории РФ;

10) в других случаях при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией РФ (п. 1 ст. 247 АПК РФ).

Дело, принятое арбитражным судом к своему рассмотрению с соблюдением правил, должно быть рассмотрено им по существу, хотя бы в ходе производства по делу в связи с изменением места нахождения или места жительства лиц, участвующих в деле, или иными обстоятельствами оно станет относиться к компетенции иностранного суда (п. 4 ст. 247 АПК РФ). Следует отметить, что практически аналогичные нормы закреплены и в ст. 402 ГПК РФ, регулирующей компетенцию судов общей юрисдикции по гражданско-правовым спорам с участием иностранных лиц <15>. Согласно ст. 248 АПК РФ к исключительной компетенции арбитражных судов России по делам с участием иностранных лиц относятся дела:

<15> См. об этом более подробно: Муранов А.И. Компетенция судов общей юрисдикции рассматривать предпринимательские споры с участием иностранных лиц в свете нового АПК РФ // Московский журнал международного права. 2002. N 3; Мусин В.А. Некоторые особенности участия в арбитражном процессе иностранных лиц // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса, 2002 - 2003. N 2. СПб., 2004; Харсонцев А.И. Компетенция арбитражных судов по рассмотрению дел с участием иностранных лиц. Екатеринбург, 2002.

1) по спорам в отношении находящегося в государственной собственности РФ имущества, в том числе по спорам, связанным с приватизацией государственного имущества и принудительным отчуждением имущества для государственных нужд;

2) по спорам, предметом которых являются недвижимое имущество, если такое имущество находится на территории РФ, или права на него;

3) по спорам, связанным с регистрацией или выдачей патентов, регистрацией и выдачей свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы, полезные модели или регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации или выдачи патента либо свидетельства в РФ;

4) по спорам о признании недействительными записей в государственные реестры (регистры, кадастры), произведенных компетентным органом РФ, ведущим такой реестр (регистр, кадастр);

5) по спорам, связанным с учреждением, ликвидацией или регистрацией на территории РФ юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а также с оспариванием решений органов этих юридических лиц (п. 1 ст. 248 АПК РФ).

В исключительной компетенции арбитражных судов России находятся также дела с участием иностранных лиц, возникающие из административных и иных публичных правоотношений (п. 2 ст. 248 АПК РФ). Таким образом, данная статья закрепляет исключительную компетенцию российских арбитражных судов по рассмотрению международных коммерческих споров определенной категории, что следует отличать от исключительной компетенции российского арбитражного суда по рассмотрению конкретного спора, возникшего в результате заключения пророгационного соглашения между спорящими сторонами.

Правила **о договорной подсудности** в отношении российских арбитражных судов закреплены в ст. 249 АПК РФ. Согласно содержащимся в ней нормам в случае если стороны, хотя бы одна из которых является иностранным лицом, заключили соглашение, в котором определили, что арбитражный суд России обладает компетенцией по рассмотрению возникшего или могущего возникнуть спора, связанного с осуществлением ими предпринимательской и иной экономической деятельности, арбитражный суд России будет обладать исключительной компетенцией по рассмотрению данного спора, при условии что такое соглашение не

изменяет исключительную компетенцию иностранного суда. **Соглашение об определении компетенции должно быть заключено в письменной форме** (п. п. 1 - 2 ст. 249 АПК РФ) <16>. Таким образом, пророгационное соглашение означает договоренность между спорящими сторонами - сторонами спорного правоотношения (потенциальными истцом и ответчиком) о передаче спора на разрешение в суд какого-либо государства. Такое соглашение выступает как правовая форма реализации норм о договорной подсудности, содержащихся во внутригосударственном праве.

КонсультантПлюс: примечание.
Статья Ю.Э. Монастырского "Основные особенности пророгационных соглашений в Российской Федерации" включена в информационный банк.

<16> См.: Монастырский Ю.Э. Основные особенности пророгационных соглашений в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2002. N 2. С. 174 - 185.

В российском процессуальном законодательстве этому вопросу посвящены ст. 249 АПК РФ и ст. 404 ГПК РФ, причем формулировка заголовка ст. 404 ГПК РФ "Договорная подсудность дел с участием иностранных лиц" значительно лучше формулировки заголовка ст. 249 АПК РФ "Соглашение об определении компетенции арбитражных судов в РФ", ибо позволяет четко разграничить, во-первых, виды подсудности - общую (ст. 247 АПК РФ и ст. 402 ГПК РФ), исключительную (ст. 248 АПК РФ и ст. 403 ГПК РФ) и договорную (ст. 249 АПК РФ и ст. 404 ГПК РФ), а во-вторых, понятие пророгационного соглашения как способа определения подсудности в форме реализации договорной подсудности от понятия самой подсудности как комплекса правил по установлению компетенции того или иного государственного суда. В завершении данного вопроса необходимо еще раз акцентировать внимание на том, что пророгационное соглашение может изменить лишь правила определения общей подсудности, но никогда не исключительной под угрозой признания его юридически недействительным, и в этом контексте договорную подсудность можно рассматривать как измененную соглашением спорящих сторон общую подсудность <17>.

<17> См. об этом более подробно: Шебанова Н.А. Процессуальные особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц в арбитражных судах Российской Федерации // Международное частное право: современная практика: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2000. С. 290 - 299.

Необходимо отметить, что основным принципом, регулирующим юрисдикционные вопросы с иностранным элементом, выступает **местонахождение юридического или физического лица-ответчика**, что бесспорно отражено в российском процессуальном законодательстве (п. 1 ч. 1 ст. 247 АПК РФ и п. 2 ст. 402 ГПК РФ). Вместе с тем АПК РФ содержит неординарную новеллу в качестве критерия для установления юрисдикции российского арбитражного суда, а именно наличие тесной связи спорного правоотношения с территорией России (п. 10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ). Такого критерия нет в процессуальном законодательстве ни одного государства, так как категория "тесной связи" служит в качестве коллизионной привязки лишь в отношении выбора применимого материального права и не может служить таковой при выборе юрисдикционного органа <18>.

<18> См. об этом более подробно: Игнатенко Г.В. Международно-правовые аспекты взаимодействия материальных и процессуальных норм в АПК и ГПК РФ // Московский журнал международного права. 2003. N 1; Лисицын-Светланов А.Г. К вопросу о выборе права и выборе юрисдикции во внешнеэкономических контрактах // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007.

Это связано с тем, что в основу норм, позволяющих выбрать последний, положены фактические обстоятельства, позволяющие однозначно связать российский арбитражный суд и спор, который предполагается передать на его рассмотрение (например, спор возник из отношений, связанных с обращением ценных бумаг, выпуск которых имел место на территории России - п. 7 ч. 1 ст. 247 АПК РФ; орган управления, филиал или представительство иностранного лица находится на территории РФ - п. 2 ч. 1 ст. 247 АПК РФ). Категория же "тесной связи" не позволяет однозначно выбрать российский арбитражный суд в качестве юрисдикционного органа по разрешению спора, ибо связь спорного правоотношения с территорией России сама нуждается в определении и, кроме того, критерии такого определения с неизбежностью несут на себе отпечаток многовариантности и сами нуждаются в согласованном выборе. Таким образом, рассмотренную новеллу АПК РФ вряд ли можно считать удачной.

Еще один важный вопрос затрагивается нормами процессуального законодательства, а именно **конфликт юрисдикций (конкуренция юрисдикций),** который означает наличие одновременно ведущихся в разных странах судебных разбирательств по одному и тому же предмету, по тем же основаниям и между теми же лицами. **В науке МЧП конфликт юрисдикций получил название "принцип lis alibi pendens".** Поскольку каждое государство самостоятельно устанавливает пределы компетенции своих судов при рассмотрении частноправовых дел с иностранным элементом, именно здесь заложена основа для потенциально возможного конфликта юрисдикций, который бывает двух видов - отрицательный и положительный. **Отрицательный конфликт** возникает, когда два и более государства отвергают подсудность определенного дела своим судебным органам; **положительный конфликт** имеет место, когда два и более государства претендуют на подсудность данного дела своим национальным судам.

Термин "конфликт юрисдикций" в данном случае имеет иное значение, чем термин "конфликт законов". В случае конфликта законов суд определяет, право какого государства подлежит применению в данном конкретном случае, в случае же конфликта юрисдикций речь идет о принципах, посредством которых государство устанавливает пределы только собственной юрисдикции. Наилучшим способом разрешения конфликта юрисдикций или, иначе говоря, "столкновения" процессуальных законов двух и более государств, компетентных в силу норм внутреннего законодательства разрешить возникший спор, является создание общих правил о международной судебной юрисдикции посредством заключения международных договоров.

В российском законодательстве процессуальные последствия рассмотрения судом иностранного государства дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям регулируются ст. 252 АПК РФ и ст. 406 ГПК РФ. Согласно ст. 252 АПК РФ арбитражный суд России оставляет иск без рассмотрения, если в производстве иностранного суда находится на рассмотрении дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, при условии что рассмотрение данного дела не относится к исключительной компетенции арбитражного суда России. Арбитражный суд России прекращает производство по делу, если имеется вступившее в законную силу решение иностранного суда, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, при условии что рассмотрение данного дела не относится к исключительной компетенции арбитражного суда России или указанное решение не подлежит признанию и приведению в исполнение в России.

Несколько иные нормы, касающиеся процессуальных последствий рассмотрения дел иностранным судом, закреплены в ст. 406 ГПК РФ. Согласно ее требованиям суд общей юрисдикции России отказывает в принятии искового заявления к производству или прекращает производство по делу, если имеется решение суда по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям, принятое иностранным судом, с которым имеется международный договор РФ, предусматривающий взаимное признание и исполнение решений суда. Суд России возвращает исковое заявление или оставляет заявление без рассмотрения, если в иностранном суде, решение которого подлежит признанию или исполнению на территории РФ, ранее было возбуждено дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям.

Из анализа вышеприведенного текста следует, что нормы АПК РФ и ГПК РФ разграничивают ситуации, когда иностранное судебное решение уже вынесено либо когда тождественное дело еще находится на рассмотрении в иностранном суде. В первом случае российские суды общей юрисдикции отказывают в принятии искового заявления к производству или прекращают производство по делу, и при этом с соответствующим иностранным государством имеется в наличии международный договор РФ, предусматривающий взаимное признание и исполнение решений суда (ч. 1 ст. 406 ГПК РФ). Часть 2 ст. 252 АПК РФ регламентирует подобную ситуацию иначе. Во-первых, арбитражные суды в случае наличия иностранного судебного решения по тождественному делу обязаны принять заявление к производству, а затем в дальнейшем прекратить производство по делу. Это обусловлено тем, что в АПК РФ, в отличие от ГПК РФ, отсутствует институт отказа в принятии заявления.

Во-вторых, АПК РФ прямо говорит о том, что иностранное судебное решение должно вступить в законную силу. Ст. 406 ГПК РФ гласит лишь о том, что иностранное судебное решение должно быть в наличии. То, что оно должно вступить в законную силу, логически вытекает из системного толкования ст. ст. 406 и 412 ГПК РФ, в соответствии с которыми иностранное судебное решение, не вступившее в законную силу, не подлежит исполнению на территории Российской Федерации, а в случае если за рубежом еще идет судебный процесс по тождественному делу (в том числе, когда судебное решение уже вынесено, но еще не вступило в законную силу), суд общей юрисдикции обязан возвратить исковое заявление или оставить его без рассмотрения. Вместе с тем необходимо отметить, что редакция ст. 252 АПК РФ, напрямую указывающая на необходимость вступления иностранного судебного решения в законную силу, является в этой части более удачной.

В-третьих, другим существенным различием является то, что ст. 406 ГПК РФ указывает обязательное условие применения принципа **lis alibi pendens** - наличие международного договора РФ,

предусматривающего взаимное признание и исполнение решений суда. В противном случае, исходя из строгого толкования норм ГПК РФ, иностранное судебное решение не должно признаваться и исполняться на территории Российской Федерации, и, следовательно, даже при наличии такого решения суд общей юрисдикции обязан рассмотреть гражданское дело по существу. Арбитражные суды в этой ситуации должны действовать иначе: в соответствии со ст. ст. 241, 244 и 252 АПК РФ иностранные судебные решения признаются, а принцип **lis alibi pendens** применяется не только в случаях, когда это предусмотрено международным договором РФ, но и если этого требует федеральный закон. В России принято несколько федеральных законов, указывающих, что иностранные судебные решения подлежат признанию и исполнению не только при наличии международного договора, но и в силу принципа взаимности.

Наконец, в-четвертых, различие заключается в том, что в соответствии со ст. 252 АПК РФ арбитражный суд не прекращает производство по делу, если иностранное судебное решение вынесено по вопросу, относящемуся к исключительной компетенции арбитражного суда РФ. Данное правило текстуально не закреплено в ст. 406 ГПК РФ, однако оно логически вытекает из п. 3 ч. 1 ст. 412 и ст. 414, в соответствии с которыми вступившее в законную силу иностранное судебное решение не признается на территории РФ, если рассмотрение тождественного дела относится к исключительной подсудности судов в Российской Федерации. Суд общей юрисдикции в этом случае продолжает рассматривать дело по существу.

Вторым аспектом принципа **lis alibi pendens** является ситуация, когда иностранное судебное решение еще не вступило в законную силу, однако судебный процесс по одному и тому же гражданскому делу уже идет параллельно в разных государствах. И в регламентации этого вопроса процессуальные Кодексы также расходятся. Суд общей юрисдикции обязан возвратить исковое заявление либо оставить заявление без рассмотрения, если в иностранном суде ранее было возбуждено дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям (ч. 2 ст. 406 ГПК РФ). Ситуацию, когда российский суд возбудил гражданское дело раньше, чем в иностранном суде, ГПК РФ не регламентирует. Очевидно, в этом случае суд общей юрисдикции просто продолжит рассмотрение дела по существу. Часть 1 ст. 252 АПК РФ регулирует эту ситуацию несколько иначе. Во-первых, арбитражный суд в подобном случае обязан оставить заявление без рассмотрения. Возвращать заявление, в отличие от судов общей юрисдикции, он не вправе. Из этого правила есть только одно исключение - если дело относится к исключительной компетенции российских арбитражных судов, то заявление без рассмотрения не оставляется, и арбитражный суд продолжает производство по делу в общем порядке.

Второе различие заключается в том, что в соответствии со ст. 252 АПК РФ не имеет никакого правового значения, какой суд - российский или иностранный - возбудил дело раньше. Арбитражный суд обязан оставить заявление без рассмотрения, если в производстве иностранного суда находится на рассмотрении дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям (то есть, исходя из буквального толкования этой нормы - во всех случаях, даже если в России производство по делу началось раньше) <19>.

<19> См.: Мамаев А.А. Одновременное рассмотрение гражданского дела судами разных государств (lis alibi pendens) // Внешнеторговое право. 2006. N 2. С. 2 - 3.

Сходные с российскими принципы установления судебной юрисдикции положены в основу Минской конвенции, которая по своей юридической природе является многосторонним региональным международным договором, устанавливающим основные принципы обращения граждан и юридических лиц одной договаривающейся стороны в суды на территории другой договаривающейся стороны. Наиболее важными из конвенционных принципов определения международной подсудности являются **принцип национального режима**, закрепленный в ст. 1, и **принцип разграничения территориальной подсудности на основании критерия местожительства ответчика**, закрепленный в ст. 20.

В соответствии со ст. 1 Минской конвенции граждане каждой из договаривающихся сторон, а также лица, проживающие на ее территории, пользуются на территориях всех других договаривающихся сторон в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и собственные граждане данной договаривающейся стороны. Граждане каждой из договаривающихся сторон, а также другие лица, проживающие на ее территории, имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды других договаривающихся сторон, к компетенции которых относятся гражданские и семейные дела (далее - учреждения юстиции), могут выступать в них, подавать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и граждане данной договаривающейся стороны. Положения Минской конвенции применяются также к юридическим лицам, созданным в соответствии с законодательством договаривающихся сторон.

В соответствии со ст. 20 Минской конвенции иски к лицам, имеющим местожительство на территории одной из договаривающихся сторон, предъявляются независимо от их гражданства в суды этой договаривающейся стороны, а иски к юридическим лицам предъявляются в суды договаривающейся

стороны, на территории которой находится орган управления юридического лица, его представительство либо филиал. Если в деле участвуют несколько ответчиков, имеющих местожительство (местонахождение) на территориях разных договаривающихся сторон, спор рассматривается по местожительству (местонахождению) любого ответчика по выбору истца. Суды договаривающейся стороны компетентны также в случаях, когда на ее территории:

- осуществляется торговля, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика;

- исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющегося предметом спора;

- имеет постоянное местожительство или местонахождение истец по иску о защите чести, достоинства и деловой репутации.

По искам о праве собственности и иных вещных правах на недвижимое имущество исключительно компетентны суды по месту нахождения имущества. Иски к перевозчикам, вытекающие из договоров перевозки грузов, пассажиров и багажа, предъявляются по месту нахождения управления транспортной организации, к которой в установленном порядке была предъявлена претензия. Два последних основания представляют собой случаи установления исключительной юрисдикции суда той или иной договаривающейся стороны, которые не могут быть изменены по договоренности сторон и, соответственно, не могут быть предметом пророгационного соглашения. Вместе с тем Минская конвенция регулирует и вопросы договорной подсудности. В соответствии с положениями ст. 21 суды договаривающихся сторон могут рассматривать дела и в тех случаях, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этим судам. При этом исключительная компетенция, вытекающая из ст. 29 Минской конвенции и других норм, а также из внутреннего законодательства соответствующей договаривающейся стороны, не может быть изменена соглашением сторон. При наличии соглашения о передаче спора суд по заявлению ответчика прекращает производство по делу.

Минская конвенция не обошла своим вниманием и вопрос о конфликте юрисдикций. Статья 22 "Взаимосвязь судебных процессов" определяет, что в случае возбуждения производства по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям в судах двух договаривающихся сторон, компетентных в соответствии с настоящей Конвенцией, суд, возбудивший дело позднее, прекращает производство. Встречный иск и требование о зачете, вытекающие из того же правоотношения, что и основной иск, подлежат рассмотрению в суде, который рассматривает основной иск <20>.

<20> См. об этом более подробно: Светланов А.Г. Проблемы взаимосвязи судопроизводства в международном гражданском процессе // Государство и право. 2002. N 10.

Киевское соглашение СНГ 1992 г. о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности <21> (далее - Киевское соглашение) регулирует вопросы разрешения дел, вытекающих из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, из их отношений с государственными и иными органами, а также исполнения решений по ним (ст. 1). Под хозяйствующими субъектами понимаются предприятия, их объединения, организации любых организационно-правовых форм, а также граждане, обладающие статусом предпринимателя в соответствии с законодательством, действующим на территории государств - участников СНГ, и их объединения (ст. 2). Хозяйствующие субъекты каждого из государств - участников СНГ пользуются на территории другого государства - участника СНГ правовой и судебной защитой своих имущественных прав и законных интересов, равной с хозяйствующими субъектами данного государства. Хозяйствующие субъекты каждого государства - участника СНГ имеют на территории других государств - участников СНГ право беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды и другие органы, к компетенции которых относится разрешение вышеуказанных дел (в дальнейшем - компетентные суды), могут выступать в них, возбуждать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия (ст. 3).

<21> Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ "Содружество". 1992. N 4. Киевское соглашение вступило в силу 19 декабря 1992 г. После ратификации для России оно вступило в силу 19 декабря 1992 г.

Компетентный суд государства - участника СНГ вправе рассматривать гражданско-правовые споры экономического характера, если на территории данного государства - участника СНГ:

а) ответчик имел постоянное место жительства или место нахождения на день предъявления иска. Если в деле участвуют несколько ответчиков, находящихся на территории разных государств - участников СНГ, спор рассматривается по месту нахождения любого ответчика по выбору истца;

б) осуществляется торговая, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия

(филиала) ответчика;

в) исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющееся предметом спора;

г) имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;

д) имеет постоянное место жительства или место нахождения истец по иску о защите деловой репутации;

е) находится контрагент - поставщик, подрядчик или оказывающий услуги (выполняющий работы), а спор касается заключения, изменения и расторжения договоров.

Компетентные суды государств - участников СНГ рассматривают дела и в других случаях, если об этом имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этому суду. При наличии такого соглашения суд другого государства - участника СНГ прекращает производство дел по заявлению ответчика, если такое заявление сделано до принятия решения по делу. Иски субъектов хозяйствования о праве собственности на недвижимое имущество рассматриваются **исключительно** судом государства - участника СНГ, на территории которого находится имущество. Дела о признании недействительными полностью или частично не имеющих нормативного характера актов государственных и иных органов, а также о возмещении убытков, причиненных хозяйствующим субъектам такими актами или возникших вследствие ненадлежащего исполнения указанными органами своих обязанностей по отношению к хозяйствующим субъектам, рассматриваются **исключительно** судом государства - участника СНГ по месту нахождения указанного органа. **Исключительная компетенция судов не может быть изменена соглашением сторон.** Встречный иск и требование о зачете, вытекающие из того же правоотношения, что и основной иск, подлежат рассмотрению в том суде, который рассматривает основной иск (ст. 4).

Следует отдельно подчеркнуть соотношение российского процессуального законодательства, норм Минской конвенции и Киевского соглашения как многосторонних международных договоров, участницей которых является Россия, применительно к определению международной судебной юрисдикции. Общее правило заключается в следующем: на основании принципов МЧП, если встает вопрос об установлении юрисдикции российского суда по спору с участием физических или юридических лиц любого из государств - членов СНГ, то должны применяться не нормы АПК РФ или ГПК РФ, а нормы Минской конвенции или Киевского соглашения в зависимости от характера рассматриваемого спора. Экономические споры между хозяйствующими субъектами подпадают под действие Киевского соглашения, иные частноправовые споры - под регулирование Минской конвенции.

Интеграционные процессы, протекающие в европейском экономическом и политическом пространстве, привели к унификации норм международного процессуального права. Важнейшим документом в этой области выступает Луганская конвенция 2007 г. о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам <22> (далее - Луганская конвенция), заключенная государствами - членами ЕС и государствами - членами ЕАСТ, которая представляет собой обширный договор, состоящий из 79 статей и включающий 3 протокола, а также 9 приложений. Луганская конвенция применяется к гражданским и торговым делам независимо от природы суда, их рассматривающего, однако она не распространяется на налоговые, таможенные и административные споры.

<22> Official Journal of the European Union. L 147. 10.06.2009. P. 5-147. Луганская конвенция вступила в силу 1 января 2011 г. Россия в ней не участвует.

Кроме этого, Луганская конвенция не регулирует правовой статус и правосубъектность физических лиц; право собственности, возникающее из брачно-семейных отношений; наследственные отношения и правопреемство; банкротство (неплатежеспособность) юридических лиц и другие аналогичные процедуры; социальное обеспечение; арбитраж (ст. 1). В силу данной Конвенции принципы установления судебной юрисдикции по международным частноправовым спорам получили еще более широкое распространение, так как помимо западноевропейских государств, не участвующих в ЕС, к Луганской конвенции могут присоединиться и страны Центральной и Восточной Европы.

Основным принципом установления юрисдикции суда при разрешении международного частноправового спора выступает местонахождение ответчика. Гражданство физического лица или государственная принадлежность юридического лица никакого значения не имеют (п. 2 ст. 2). Отказ при определении юрисдикции от принципа домицилия ответчика возможен лишь в специально оговоренных случаях, наиболее важные из которых перечислены в ст. ст. 5 - 21. Остановимся на них более подробно. Луганская конвенция предусматривает, что лицо, домицилированное на территории одного договаривающегося государства, может быть привлечено к суду на территории другого договаривающегося государства:

1) по спорам, относящимся к контрактам - по месту выполнения основного принципиального

обязательства (the place of performance of the obligation in question). Под местом выполнения основного принципиального обязательства Луганская конвенция понимает:

- в случае купли-продажи товаров - место в договаривающемся государстве, где согласно контракту товары поставлены или должны быть поставлены;

- в случае оказания услуг - место в договаривающемся государстве, где согласно контракту услуги оказаны или должны быть оказаны (п. 1 ст. 5);

2) по спорам, относящимся к деликтам - по месту наступления или вероятного наступления вредоносного события (harmful event) (п. 3 ст. 5);

3) по спорам, связанным с деятельностью филиала, агентства или иного учреждения - по месту их нахождения (п. 5 ст. 5);

4) по спорам, связанным со страхованием, страховщик, домицилированный в договаривающемся государстве, может быть привлечен к суду:

- на территории договаривающегося государства, где он домицилирован;

- на территории другого договаривающегося государства, где домицилирован истец, если им выступает держатель страхового полиса (страхователь, застрахованный) или бенефициар;

- на территории договаривающегося государства, где возбуждено судопроизводство против главного состраховщика, а он является одним из состраховщиков (п. 1 ст. 9);

5) по спорам, связанным с потребительскими договорами, потребитель (consumer) может начать судопроизводство против своего контрагента в суде договаривающегося государства, где домицилирован контрагент, либо в суде договаривающегося государства, где домицилирован потребитель. Контрагент может предъявить иск к потребителю только в суде договаривающегося государства, где домицилирован потребитель (п. п. 1 - 2 ст. 16);

6) по трудовым спорам, связанным с индивидуальными трудовыми контрактами, работник (employee) может начать судопроизводство против своего работодателя (employer) в суде того договаривающегося государства, где работник обычно выполняет или выполнял свои трудовые обязанности, либо если работник не выполняет или не выполнял свои трудовые обязанности на территории одного государства, в суде того договаривающегося государства, где ведется или велась деятельность, которой занимался работник. Работодатель может предъявить иск к работнику только в суде того договаривающегося государства, где домицилирован работник (п. п. 1 - 2 ст. 19; п. 1 ст. 20).

Следует отметить, что ст. 2 Луганской конвенции закрепляет правило **универсальной юрисдикции**, тогда как ст. ст. 5 - 21 регулируют правила **специальной юрисдикции**. По отношению к универсальной специальная юрисдикция предлагает иные пути к определению надлежащей судебной юрисдикции и вследствие этого вполне может рассматриваться как альтернативная. Совершенно очевидно, что правила определения последней носят строго ограниченный характер и четко формулируются в правовом акте, а нормы, закрепляющие такие правила, выступают как специальные по отношению к общим нормам, регулирующим универсальную юрисдикцию. Таким образом, наряду с классификацией юрисдикции на общую, исключительную и договорную по критерию порядка ее установления можно предложить и иную классификацию юрисдикции на универсальную и альтернативную по критерию характера спорного правоотношения <23>.

<23> См.: Папкова О.А. Международная специальная юрисдикция (альтернативная подсудность) в гражданском процессе государств - участников Европейского союза // Вестник Московского университета. Серия 11 "Право". 2001. N 2. С. 58 - 59.

Несмотря на достаточно ясные формулировки коллизионных норм ст. ст. 5 - 21 Луганской конвенции, сразу же возникают вопросы о толковании отдельных терминов, в них содержащихся. Что понимать под выражениями "основное принципиальное обязательство" и "вредоносное событие"? Каковы конститутивные признаки понятий филиала, агентства или иного учреждения? Ответ на эти вопросы был дан Судом ЕС при толковании Брюссельской конвенции 1968 г. с аналогичным названием, которая действовала на территории государств - членов Европейского союза вплоть до принятия Регламента ЕС N 44/2001 "О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам" от 22 декабря 2000 г. (далее - Регламент Брюссель I), заменившего Брюссельскую конвенцию 1968 г. в отношениях между государствами - членами Европейского союза <24>.

<24> Луганская конвенция 2007 г. заменила аналогичную Конвенцию 1988 г., состоявшую из 68 статей и включавшую 3 протокола. Принятие новой Луганской конвенции было обусловлено изменениями в международном процессуальном праве ЕС, приведшими к замене Брюссельской конвенции 1968 г. Регламентом Брюссель I. В научной литературе Брюссельская конвенция 1968 г. и Луганская конвенция 1988 г. получили название "параллельных" конвенций. См. об этом более подробно: Елисеев Н.Г. История возникновения и общая характеристика Брюссельской и Луганской конвенций о подсудности и исполнении

судебных постановлений по гражданским и торговым делам // Московский журнал международного права. 2002. N 3. С. 81 - 95.

Вопросы, на которые должен был дать ответ Суд ЕС, формулировались апелляционным судом того государства, суд которого возбудил производство по делу. Суд ЕС был не вправе выходить за пределы сформулированных вопросов по существу и был обязан отвечать только на них. К моменту принятия вышеупомянутого Регламента ЕС Суд ЕС вынес около сотни решений, направленных на толкование тех или иных положений Брюссельской конвенции. При этом Суд ЕС использовал два возможных пути толкования. **Первый из них заключался в том, что толкование основывалось на нормах внутригосударственного (национального) права**. Однако в силу объективно сложившихся различий в правовых системах мира и, следовательно, в национальном праве разных государств, данный путь вряд ли мог привести к единообразному толкованию правовых терминов. **Второй путь предполагал автономное толкование положений Конвенции самим Судом ЕС исходя из целей и духа Конвенции.** В этом случае автономно сформулированные понятия одинаково применялись во всех государствах - участниках Брюссельской конвенции, что создавало унификацию не только национального права, но и правоприменительной практики.

Анализируя принципы установления юрисдикции в соответствии с нормами Луганской конвенции, нельзя обойти вниманием еще три аспекта - установление исключительной юрисдикции, заключение пророгационных соглашений и конфликт (конкуренция) юрисдикций. Остановимся на них более подробно. Согласно п. п. 1 - 5 ст. 22 Луганской конвенции независимо от домицилия ответчика исключительной юрисдикцией обладают:

1) по спорам, предметом которых выступают права собственности на недвижимое имущество или аренды недвижимого имущества, суды того договаривающегося государства, где находится недвижимое имущество;

2) по спорам, предметом которых выступает действительность создания или ликвидации компаний или иных юридических лиц, а также ассоциаций физических или юридических лиц, либо действительность решений их органов, суды того договаривающегося государства, на территории которого находится компания, юридическое лицо или ассоциация (company, legal person or association has its legal seat);

3) по спорам, предметом которых выступает действительность записей в государственных реестрах (entries in public registers), суды того договаривающегося государства, на территории которого ведется реестр (register is kept);

4) по спорам, касающимся регистрации или действительности прав на патенты, товарные знаки или сходных прав, которые должны быть депонированы или зарегистрированы, суды того договаривающегося государства, где депонирование или регистрация были произведены;

5) по спорам, касающимся приведения в исполнение судебных решений, суды того договаривающегося государства, где судебное решение было приведено в исполнение или должно быть приведено в исполнение.

В соответствии с п. п. 1 - 2 ст. 23 Луганской конвенции, если стороны, как минимум одна из которых домицилирована в договаривающемся государстве, заключили соглашение о том, что суд или суды договаривающегося государства имеют юрисдикцию разрешить любой спор, возникший или могущий возникнуть из отдельного правоотношения, то только данный суд или суды обладают юрисдикцией. Такая юрисдикция является **исключительной**, если стороны не договорились об ином. Пророгационное соглашение должно быть:

- заключено в письменной форме или должно подтверждаться письменными доказательствами;
- заключено в форме, соответствующей практике, которая сложилась в отношениях между сторонами;
- заключено в форме, соответствующей обычаям международной торговли, о которых стороны знали и которые хорошо известны и регулярно соблюдаются сторонами контрактов данного типа.

Любое электронное взаимодействие сторон, обеспечивающее фиксацию пророгационного соглашения на материальном носителе (durable record of the agreement), должно приравниваться к письменной форме.

Конфликт юрисдикций (lis pendens) означает, что дело по одному и тому же спору рассматривается в судах более чем одного государства. Параллельные процессы таят в себе угрозу вынесения нескольких решений, что может лишить эффективности приведение их в исполнение, поэтому законодательно государства стремятся предотвратить возникновение такой ситуации. Ст. 27 Луганской конвенции говорит, что в случае возбуждения гражданского судопроизводства по тому же основанию и между теми же сторонами в нескольких судах разных договаривающихся государств суд, первым принявший дело к производству, может считать свою юрисдикцию правомерно установленной. Остальные суды должны приостановить судебный процесс, а затем и прекратить производство по делу. Когда юрисдикция суда, первым принявшего дело к производству, окончательно установлена, любой иной суд, принявший дело к производству и приостановивший его, обязан прекратить производство по делу (п. п. 1 - 2). Суд считается

принявшим дело к производству, когда им принят документ о возбуждении гражданского судопроизводства (the document instituting the proceeding is lodged with the court). При этом истец впоследствии должен предпринять все требуемые действия по надлежащему извещению ответчика о возбуждении против него гражданского судопроизводства (service effected on the defendant) (п. 1 ст. 30).

В завершении вопроса о конфликте юрисдикций хотелось бы остановиться на соотношении категорий "ограничение юрисдикций" и "разграничение юрисдикций", так как последняя имеет непосредственное отношение к проблеме устранения конфликта юрисдикций в международном гражданском процессе. Несомненно, что критерием для выделения двух вышеупомянутых категорий выступает цель, которую преследует законодатель при формулировании соответствующих правил. Цель ограничения юрисдикции - установление своего рода международно-правового барьера на пути ее возможного расширения. Ограничения адресованы каждому государству в отдельности или нескольким государствам на основании заключенного ими договора. Ограничения обозначают конкретному государству, до каких пределов оно может расширить свою юрисдикцию, и устанавливаются путем согласования волеизъявления государств. Классическим примером ограничения юрисдикции государства выступают дипломатические привилегии и иммунитеты.

Цель разграничения юрисдикции абсолютно иная и состоит в том, чтобы устранить ситуации совмещения или перекрытия юрисдикций разных государств. Потребность в таком разграничении появляется тогда, когда несколько государств на равных основаниях могут претендовать на установление и осуществление своей юрисдикции в отношении определенных лиц, объектов и видов деятельности, не выходя за пределы, определяемые международным правом. Ограничения в подобных ситуациях не препятствуют тому, что юрисдикции государств перекрывают друг друга. Для воспрепятствования этому требуется именно их разграничение. Не исключено, что нормы права, предотвращая конкуренцию юрисдикций государств путем их разграничения, могут одновременно выполнять и другую задачу

- устанавливать их взаимные ограничения, но тем не менее всегда следует помнить о различных целях, которые преследуют ограничение и разграничение юрисдикций государств <25>.

<25> См.: Черниченко О.С. Устранение конкуренции юрисдикций государств: внутригосударственные и международно-правовые подходы // Московский журнал международного права. 2002. N 4. С. 238 - 239.

§ 2. Международная судебная юрисдикция в английском, американском и французском праве

Юрисдикция английских судов по делам с участием иностранных юридических и физических лиц определена в английском общем праве, основанном на судебных прецедентах, а также в статутном праве, объединяющем законодательные акты. Юрисдикция английского суда над иностранными физическими лицами может быть установлена только в том случае, если они находятся на территории Великобритании (Adams v. Cape Industries (1990)) <26>. Такое личное присутствие на британской территории должно быть добровольным, а не вызванным обманом, шантажом или иными злонамеренными действиями. При этом не имеет значения длительность такого пребывания: оно может быть как постоянным, так и временным. Вторым слагаемым правомерного установления юрисдикции английского суда над физическими лицами - иностранцами выступает надлежащее вручение судебной повестки и судебного документа о возбуждении производства по делу (writ or claim form).

<26> Adams v. Cape Industries case [1990] 2 W.L.R. 657 (C.A.).

Именно этот документ свидетельствует о начале гражданского судопроизводства в английском суде против ответчика и тем самым информирует его об этом. Вручение такого судебного документа признается надлежащим, если он персонально вручен ответчику истцом или агентом (представителем) истца. Кроме того, истец может послать данный судебный документ по почте или вложить его в почтовый ящик в запечатанном конверте по обычному или последнему известному адресу ответчика, дав письменную присягу о том, что судебный документ достигнет ответчика в течение семи дней после отправления его по почте или вложения в почтовый ящик (Barclays Bank of Swaziland Ltd. v. Hahn (1989)) <27>.

<27> Barclays Bank of Swaziland Ltd. v. Hahn [1989] 1 W.L.R. 506 (H.L.).

Юрисдикция английского суда над иностранными юридическими лицами может быть установлена в том случае, если они находятся на территории Англии. В соответствии с общим правом под нахождением на британской территории имеются в виду инкорпорация (регистрация) юридического лица в Англии либо ведение им бизнеса на территории Англии. Последнее предполагает наличие определенного места ведения бизнеса, содержащегося за счет его средств, а также (если бизнес ведется через агента) наличие

более чем минимального периода времени, в течение которого осуществлялась деловая активность агента (Adams v. Cape Industries). Юрисдикция английского суда может быть установлена и в том случае, если иностранное физическое или юридическое лицо не находится на территории Англии и не имеет здесь центра деловой активности. В этом случае юрисдикция будет установлена по усмотрению самого суда, что входит в разряд его дискреционных полномочий.

Юрисдикция американских судов по делам с участием иностранных физических и юридических лиц определена в американском общем праве. Примером может служить решение Верховного Суда США по делу World-Wide Volksvagen Corporation v. Woodson (1980) <28>. Суд указал, что для установления юрисдикции американского суда над юридическими или физическими лицами-нерезидентами необходимо наличие двух факторов: законодательного базиса, содержащего перечень возможных оснований для признания юрисдикции правомерно установленной, а также соблюдения правила о должном процессе (due process clause), закрепленного в Конституции США 1789 г. и в конституциях штатов. Последнее предполагает политическую и юридическую защиту лица от судебного разбирательства, которое нарушает "традиционные понятия честной игры и основательного правосудия".

<28> U.S. Supreme Court Reports (1980) 62 L. Ed 2d. P. 497 - 502.

Юридическим выражением этого конституционного постулата применительно к международному гражданскому процессу выступает доктрина "минимальных контактов". В сущности, она означает, что юридическое или физическое лицо, не являющееся резидентом, может быть ответчиком в американском суде, только если имеют место необходимые минимальные контакты данного лица с той территориальной единицей, где предполагается проведение процесса. При разрешении вопроса о наличии или отсутствии минимальных контактов в каждом конкретном случае американский суд, опираясь на общее право, будет применять два критерия: **критерий разумности**, позволяющий предотвратить судебное разбирательство в неудобном для ответчика суде, и **критерий предвидения,** означающий, что ответчик должен заранее предвидеть возможность его привлечения к американскому суду в силу осуществляемой им коммерческой деятельности на территории США.

Таким образом, иностранная торговая компания, осуществляющая продажу своего товара через коммерческого представителя, подлежит юрисдикции либо любого американского суда, если деятельность коммерческого представителя распространяется на всю территорию США, либо суда того штата, на территории которого действует коммерческий представитель. В упомянутом выше споре суд штата Оклахома отверг установление своей юрисдикции над дистрибьюторской фирмой, зарегистрированной в штате Нью-Йорк, на том основании, что ее деятельность распространялась лишь на территории штатов Нью-Йорк, Нью-Джерси и Коннектикут, а не Оклахому. В этом случае, по мнению суда, отсутствовали минимальные контакты предполагаемого ответчика со штатом Оклахома. Нелишне отметить, что нахождение, хотя бы и временное, физического лица на территории США и регистрация представительства иностранного юридического лица в США, безусловно, являются достаточными основаниями для признания юрисдикции американского суда правомерно установленной.

Таким образом, в английском и американском праве компетенция суда по рассмотрению дел с иностранным элементом определяется в рамках понятия "юрисдикция" (jurisdiction). Термин "юрисдикция" означает здесь **общее полномочие ("физическую власть")** <29> выносить решение по тому или иному делу, предоставленное судам суверенной властью государства, **в отношении лиц и имущества, которые находятся на принадлежащей ему территории** <30>. Концепция юрисдикции в общем праве (common law) рассматривается в двух аспектах: в позитивном смысле данное понятие имеет вышеназванное значение, то есть полномочие суда выносить решение по тому или иному делу; в негативном смысле оно означает возможность для суда **отказаться от осуществления предоставленных ему полномочий.**

<29> McDonald v. Mabee [1917] 243 U.S.C. P. 90 - 91.

<30> См.: Bauer H. Competence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemande. Paris, 1965. P. 4; Mann F.A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law // Recueil des cours de la Haye, 1964. Vol. I. P. 9 et seq.

Отказ от осуществления полномочий обозначается в доктрине общего права термином на латинском языке "forum non conveniens" <31>. Доктрина "forum non conveniens" предоставляет возможность суду, **наделенному полномочиями на рассмотрение и разрешение спора по национальному законодательству**, признать иностранный суд более подходящим для разбирательства конкретного дела и отказать в принятии его к производству. На практике такой отказ суда от своей юрисдикции последует только после заявления ходатайства ответчика об отклонении иска на основании доктрины "forum non conveniens".

<31> См.: Anton A.E. Private International Law. Edinbourg, 1967. P. 90.

Право Англии использует и другой инструмент под названием "forum conveniens": не предоставляя полномочий судье **prima facie** на рассмотрение и разрешение спора, английский законодатель тем не менее дает возможность судье **in concreto,** с учетом особенностей данного дела, принять его к производству, если английский суд окажется более удобным и справедливым для такого разбирательства <32>. **"Forum conveniens" и "forum non conveniens" являются двумя различными инструментами, имеющими противоположное правовое действие,** но объединенными общей идеей: в государствах общего права судья имеет дискреционные полномочия поиска надлежащего суда для данного конкретного дела и определения своей компетенции по его рассмотрению и разрешению.

<32> См.: Schneider B. Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit ecossais, anglais et americain) // Revue internationale de droit compare. Juillet-septembre 1975. Vol. 27. N 3. P. 605. См. об отдельных аспектах юрисдикции американских судов по международным коммерческим спорам: Барнашев А.В. Экстерриториальная юрисдикция в США: forum non Conveniens // Журнал международного частного права. 1999. N 4. С. 45 - 54.

Как уже было упомянуто выше, согласно традиционным правилам английского судопроизводства юрисдикция английского суда над делом устанавливается в том случае, когда ответчик физически присутствует в границах суверенной территории Англии. Механизм установления подсудности основывается на следующем общем правиле: спор подпадает под юрисдикцию английского суда, в случае если судебная повестка с приказом явиться в суд (writ or claim form) лично вручена ответчику. "Этого достаточно для подчинения его юрисдикции английского суда, даже если он иностранец, находящийся в Англии проездом, и даже, если основание иска не имеет фактической связи с Англией. Ничто другое не является достаточным" <33>. На этом уровне процедуры неважно, подчинится ли получатель документа судебному приказу явиться в английский суд либо проигнорирует данное требование и уедет, например, за границу. В этом случае считается, что ответчик надлежащим образом уведомлен, и английский орган юстиции может рассматривать и разрешать спор.

<33> См.: Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982. С. 77.

Издавна признается, что отсутствующий ответчик может подчиниться юрисдикции английского суда и тем самым признать его компетентным рассматривать соответствующее дело: ответчик может, например, поручить адвокатской конторе принять судебную повестку от его имени; подача ответчиком искового заявления наделяет суд компетенцией рассматривать также и встречный иск; ответчик, явившийся в процесс и оспаривающий иск по существу, будет считаться подчинившимся юрисдикции суда, но явка в суд исключительно с целью оспорить его компетенцию не означает подчинение этой юрисдикции <34>. Если в странах континентального права можно начать производство в суде, когда он в соответствии с законом обладает компетенцией, то в Англии согласно общему праву, напротив, суд будет иметь юрисдикцию, если истец сумеет во время нахождения ответчика на территории Великобритании вручить ему документ о возбуждении гражданского судопроизводства - судебную повестку (writ or claim form) <35>.

<34> См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 85 - 86.

<35> См.: Schneider B. Op. cit. P. 614.

Однако действие принципа, согласно которому судебная юрисдикция основывается лишь на вручении повестки о вызове в суд, иногда ограничивается, несмотря на то что ответчик был надлежащем образом вызван в суд. Судебная практика определяет эти исключения следующим образом: вопросы, связанные с иностранным недвижимым имуществом, иностранным налогообложением, правами и обязанностями, основанными на иностранном уголовном законе, не будут подсудны английскому суду <36>. В обычном порядке истец имеет право вызвать ответчика в суд, вручив ему судебную повестку, предписывающую явиться в суд (service of the writ or service of the claim form), только тогда, когда последний присутствует на территории Англии. Данное обстоятельство часто мешает истцу реализовать свое требование в английском суде, который, например, в подобных случаях для этого наиболее подходит (например, деликт совершен или договор заключен и нарушен в Англии). Принимая во внимание все эти обстоятельства, закон ввел совершенно новый вид юрисдикции, носящей подразумеваемый характер (assumed character), дающий английскому суду дискреционное право вызвать повестками отсутствующих ответчиков, будь то англичане или иностранцы.

<36> См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 78.

Если потенциальный ответчик реально находится вне юрисдикции Англии, например в Шотландии или Северной Ирландии, либо вообще за пределами Великобритании, то лицо, заявляющее требование вызвать противоположную сторону в английский суд, должно предварительно получить разрешение последнего. Опираясь на предписание закона, то есть в случаях, перечисленных в Правилах гражданского судопроизводства Англии 1998 г., часть 6 "Вручение документов", Практическое руководство 6Б "Вручение документов за пределами юрисдикции" (Civil Procedure Rules 1998, Part 6 "Service of documents", Practice Direction 6B "Service out of the jurisdiction") <37>, английский суд может дать такое разрешение (the leave) в судебном заседании в отсутствие противоположной стороны (service of the writ out of the jurisdiction, assumed jurisdiction over an absent defendant, **ex juris**), если только заявитель сможет убедить суд в том, что Англия является надлежащим местом рассмотрения спора (forum conveniens, natural place of trial). "Суду предоставляется лишь новое право, которое он может использовать в конкретных случаях, относящихся, как он считает, по букве и духу к предусмотренным категориям дел" <38>.

<37> См.: http://www.justice.gov.uk. Новая редакция Правил гражданского судопроизводства Англии вступила в силу 30 апреля 2013 г.

<38> Johnson v. Taylor Brothers [1920] A.C. 144, 153.

В § 3.1 Практического руководства 6Б закреплены основания, при наличии которых английский суд может по своему усмотрению принять решение о направлении судебной повестки за пределы своей юрисдикции <39>. Приведем лишь некоторые из них:

<39> Практическое руководство 6Б заменило действовавшее ранее Постановление 11, Правило 1 Правил судопроизводства в Верховном суде (Rules of the Supreme Court, Order 11, Rule 1).

1) потенциальный ответчик (физическое или юридическое лицо) домицилирован в Англии <40>;

<40> A claim is made for a remedy against a person domiciled within the jurisdiction (§ 3.1(1)).

2) истец просит суд вынести постановление, предписывающее ответчику совершить какое-либо действие либо воздержаться от совершения какого-либо действия в границах английской юрисдикции <41> (например, судебное постановление, предписывающее ответчику не изымать его имущество с территории Англии вплоть до рассмотрения предъявленного к нему иска - Mareva injunction <42>);

<41> A claim is made for an injunction ordering the defendant to do or refrain from doing an act within the jurisdiction (§ 3.1(1)).

<42> См. об этом далее § 3.

3) иск предъявлен в отношении договора (например, иск о признании договора недействительным), когда: договор заключен в пределах английской юрисдикции; договор заключен агентом, ведущим свои коммерческие дела или проживающим на территории Англии; договор регулируется английским правом; договор содержит положение о том, что суд компетентен рассматривать любой спор, связанный с данным договором <43>;

<43> A claim is made in respect of a contract where the contract (a) was made within the jurisdiction; (b) was made by or through an agent trading or residing within the jurisdiction; (c) is governed by English law; (d) contains a term to the effect that the court shall have jurisdiction to determine any claim in respect of the contract (§ 3.1(6)).

4) нарушение договора имело место в пределах английской юрисдикции <44>;

<44> A claim is made in respect of a breach of contract committed within the jurisdiction (§ 3.1(7)).

5) в иске утверждается, что договора не существует, однако если будет признано, что такой договор существует, он окажется соответствующим требованиям, изложенным в § 3.1(6) <45>;

<45> A claim is made for a declaration that no contract exists where, if the contract was found to exist, it would comply with the conditions set out in paragraph (6) (§ 3.1(8)).

6) основанием иска является деликт, когда ущерб вследствие его совершения понесен в пределах юрисдикции английского суда, или понесенный ущерб явился результатом вредоносного действия, совершенного в пределах юрисдикции английского суда <46>;

<46> A claim is made in tort where (a) damage was sustained within the jurisdiction; or (b) the damage sustained resulted from an act committed within the jurisdiction (§ 3.1(9)).

7) иск предъявлен с целью приведения в исполнение судебного или арбитражного решения <47>;

<47> A claim is made to enforce any judgment or arbitral award (§ 3.1(10)).

8) предметом иска является собственность, расположенная в Англии <48>;

<48> The whole subject matter of a claim relates to property located within the jurisdiction (§ 3.1(11)).

9) предметом иска является исполнение условий письменного документа об учреждении траста, когда такое исполнение имеет место в соответствии с английском правом, а лицо, которому надлежит вручить судебную повестку, является доверительным собственником этого имущества <49>;

<49> A claim is made for any remedy which might be obtained in proceedings to execute the trusts of a written instrument where (a) the trusts ought to be executed according to English law; and (b) the person on whom the claim form is to be served is a trustee of the trusts (§ 3.1(12)).

10) основанием искового требования является определение средств по управлению имуществом лица, умершего домицилированным на территории Англии <50>;

<50> A claim is made for any remedy which might be obtained in proceedings for the administration of the estate of a person who died domiciled within the jurisdiction (§ 3.1(21)).

11) предметом иска выступает действительность завещания <51>;

<51> A probate claim or a claim for the rectification of a will (§ 3.1(14)).

12) иск предъявляется к лицу, действовавшему как конструктивный доверительный собственник, ответственность которого вытекает из действий, совершенных в пределах английской юрисдикции <52>;

<52> A claim is made for a remedy against the defendant as constructive trustee where the defendant's alleged liability arises out of acts committed within the jurisdiction (§ 3.1(15)).

13) предметом иска служит требование о реституции, когда ответчик несет ответственность за действия, совершенные в пределах английской юрисдикции <53>.

<53> A claim is made for restitution where the defendant's alleged liability arises out of acts committed within the jurisdiction (§ 3.1(16)).

Необходимо отметить, что возможны ситуации, в которых различные нормы части 6 Правил гражданского судопроизводства Англии могут применяться одновременно. Для таких случаев английская судебная практика еще в бытность применения Постановления 11 Правил судопроизводства Верховного суда выработала следующий принцип: "нормы, содержащиеся в Постановлении 11, подлежат раздельному толкованию, причем каждый пункт сам по себе обладает полнотой и независим от других" <54>. При этом судебный приказ, выдаваемый от имени суверена, может быть направлен ответчику, находящемуся в пределах территории Соединенного Королевства, например в Шотландии, Северной Ирландии либо на острове Мэн. Ответчику, проживающему за границей, то есть за пределами Великобритании, направляется не судебная повестка, а **уведомление о судебной повестке**, чтобы "не оскорбить чувства иностранных властей" <55>.

<54> См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 107.

<55> См.: Morris J.H.C. The Conflict of Laws. London, 1971. P. 64.

Каким образом происходит выдача таких разрешений? Представляя письменные доказательства, заявитель (истец), желающий получить соответствующее разрешение суда, должен доказать наличие у него достаточных оснований и привести в соответствии с Правилами гражданского судопроизводства Англии 1998 г., часть 6, следующие доводы:

1) основания, перечисленные в Правилах гражданского судопроизводства Англии 1998 г., часть 6, для направления судебной повестки или уведомления о судебной повестке за пределы юрисдикции;

2) подтверждение того, что иск имеет все основания быть удовлетворенным;

3) обоснование того, что Англия является наиболее подходящим местом рассмотрения иска хотя бы потому, что в ней короче сроки судопроизводства, либо налицо более продолжительный срок исковой давности;

4) доказательства того, что соответствующее решение английского суда будет признано и, при необходимости, приведено в исполнение за границей;

5) существует вероятность, что по политическим или иным причинам истец не может рассчитывать на справедливое судебное разбирательство за границей;

6) готовность английского суда признать, что иностранный суд будет применять закон, противоречащий общим представлениям деловых людей <56>.

<56> См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 93.

В научной литературе отмечается, что суд должен проявлять большую осторожность в предоставлении разрешений, а в случае сомнения воздержаться от расширения своей "обычной" юрисдикции, поскольку, вторгаясь в исключительную компетенцию иностранного суда, английский суд может нарушить общепризнанное доктриной общего права правило международного права - принцип соблюдения международной вежливости (comity of nations) <57>. В одном из дел апелляционным судом было признано, что если в конкретных обстоятельствах возникают какие-либо сомнения о применении положений Постановления 11, Правила 1, то их следует толковать в пользу ответчика; одновременно необходимо полное и добросовестное раскрытие всех фактов стороной, подающей ходатайство <58>.

<57> См.: Dicey and Morris. The Conflict of Laws. London, 1973. P. 173.

<58> The Hagen [1908] 189, 201; Bloomfield v. Serenyi [1945] 2 All E.R. 646.

В заключение скажем, что английские суды весьма неохотно дают разрешение на вручение судебной повестки за пределами Англии при наличии соглашения сторон о подчинении споров исключительно юрисдикции иностранного суда <59>. Однако, судя по имеющимся в Англии прецедентам, данное правило применяется не столь жестко и безоговорочно. Так, в деле Evans Marshall and Co., Ltd. v. Bertola S.A. <60>, выдавая разрешение на вручение ответчику судебной повестки за границей, суд первой инстанции и апелляционный суд нашли, что данное дело имеет исключительный характер, поскольку в силу различных фактов производство по нему тесно связано с Англией: существо требования касается сбыта вина в Англии, основные свидетели - англичане, второй ответчик по делу - английская компания; одновременно с этим процедура в испанском суде крайне медлительна по сравнению с процессом в английском суде <61>. Правила, воплощающие концепцию "forum conveniens", создают условия для гибкого решения вопроса о месте судебного производства с учетом особенностей конкретного дела, но они не позволяют сторонам достаточно точно предвидеть, где будет рассматриваться спор, который возник или может возникнуть из их правоотношения.

<59> Скорее всего, исключительный характер юрисдикции будет установлен английским судом после тщательного исследования всех обстоятельств дела, особенно формулировки соглашения о подсудности. См., например: Sabah Shipyard (Pakistan) Ltd. v. Islamic Republic of Pakistan and Another [2002] EWCA Civ. 1643 (Lexis).

<60> Evans Marshall and Co. Ltd. v. Bertola S.A. [1973] 1 W.L.R. 349.

<61> См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 93.

Напомним, что, в случае когда ответчик присутствует на территории Англии и истец имеет право вызвать ответчика в суд, доктрина "forum non conveniens" предоставляет возможность суду, наделенному полномочиями на рассмотрение и разрешение спора по общему праву, отказаться от юрисдикции в связи с тем, что Англия представляет собой неудобное место для рассмотрения дела. Сначала ответчик должен убедить судью, что существует другой суд, более подходящий для рассмотрения данного дела; далее, что истец, вызвав ответчика в английский суд, злоупотребил своими процессуальными правами, то есть вел себя недобросовестно, сделал это с намерением досадить ответчику (vexation) <62>, поставить его в тяжелое положение (oppression) <63>.

<62> St. Pierre v. South American Stores (Gath and Chaves) Ltd. [1936] 1 K.B. 382, 389.

<63> McHenry v. Lewis [1882] 22 Ch.D. 397 (C.A.).

Вместе с тем иностранный суд, который может осуществить правосудие между сторонами, должен быть более удобным во всех смыслах: с точки зрения доступа к органам юстиции, беспристрастности судей, доступности доказательств и наличия свидетелей, стоимости и быстроты судопроизводства <64>, неприменения к спорным отношениям права Англии <65>, соглашения о подсудности в пользу зарубежного суда <66>, существования неоправданно б**о**льших трудностей у ответчика в осуществлении и защите своих прав и интересов в местном суде <67> и проч. После этого, если английский судья посчитал убедительными доводы, представленные ответчиком, бремя доказывания переходит на истца, который должен показать, что в другом суде рассмотреть дело невозможно, так как **он (истец) тогда будет лишен существенных личных и юридических преимуществ**. В том числе истцу необходимо доказать, что он не сможет получить справедливое решение в другом суде. При этом доказательства должны быть вескими, а не голословными и базирующимися только на "опасениях истца" <68>.

<64> Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd. [1987] A.C. 460.

<65> Re Kernot (An Infant) (1965) Ch.D. 217; Re T. (Infants) [1968] 3 W.L.R. 430 (C.A.).

<66> The Fehmarn [1957] 1 W.L.R. 815.

<67> Re Norton's Settlement [1908] 1 Ch.D. 471.

<68> Черной против Дерипаски. Часть 1: Как Англия стала более подходящей, чем Россия // http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/3787.

Одновременно с этим отмечается, что если английский суд обладает юрисдикцией и рассматривает дело в так называемом "обычном порядке", свои сомнения он толкует в пользу истца <69>. Немногочисленная судебная практика в итоге выработала формулу, которая, как представляется, дает ориентиры английскому суду в деле соблюдения баланса интересов ответчика и истца в справедливом процессе <70>: суд Англии признает себя "неудобным судом", когда, с одной стороны, процесс не предоставляет серьезных преимуществ истцу и, с другой стороны, влечет значительные неудобства для ответчика <71>. Одним словом, суды должны руководствоваться правилом, согласно которому судопроизводство может быть прекращено, когда того требует справедливость <72>. "Суд должен, с одной стороны, ясно отдавать себе отчет, что прекращая тяжбу, он не причиняет несправедливости, а с другой - должен вмешиваться всякий раз, когда ответчик возражает против рассмотрения дела в данном суде на том основании, что для него умышленно, с намерением досадить создается тяжелое положение, которое не возникло бы, если бы иск был предъявлен в другом доступном и компетентном суде" <73>.

<69> См.: Schneider B. Op. cit. P. 621.

<70> Logan v. Bank of Scotland [1906] 1 K.B. 141 (C.A. 1905); Maharanee of Baroda v. Wildenstein [1972] 2 All E.R. 689 (C.A.); The Atlantic Star (House of Lords) [1973] 2 All E.R. 175; [1973] 2 W.L.R. 795; Abidin Daver [1984] 2 W.L.R. 196 (H.L.).

<71> См.: Schneider B. Op. cit. P. 628; Guillemard S., Prujiner A., Sabourin F. Les difficultes de l'introduction du forum non conveniens en droit quebecois // Les Cahiers de droit. 1995. Vol. 36. N 4. P. 919.

<72> McShannon v. Rockware Glass Ltd. [1978] A.C. 795.

<73> Logan v. Bank of Scotland [1906] 1 K.B. 141, 150.

Согласно принципу добросовестного соблюдения договорных обязательств **(pacta sunt servanda),** существует **prima facie** позиция, что иск, предъявленный в английском суде в отступление сторон от соглашения о подчинении спора иностранной юрисдикции, подлежит отклонению. У английского суда есть право усмотрения, согласно которому стороны подлежат юрисдикции английского суда в обычном режиме, когда ответчик присутствует на территории Англии. **Суд не станет прекращать дело, если сочтет, что целям правосудия будет в большей мере отвечать рассмотрение дела в Англии** <74>. Судья Брэндон в деле Eleftheria <75> изложил принципы, вытекающие из руководящих прецедентов, на которых должно основываться решение о том, прекращать или не прекращать производство, когда истец возбуждает дело в Англии в нарушение действительного соглашения о подсудности иностранному суду, если спор в определенном отношении подпадает под юрисдикцию английского суда:

<74> The Fehmarn [1958] 1 All E.R. 333; The Adolf Warski [1976] 2 Lloyd's Rep. 241.

<75> The Eleftheria [1970] 94, 100; [1969] 2 W.L.R. 1073.

1) английский суд не обязан прекращать дело, а может решить вопрос об отказе в его рассмотрении по своему разумению;

2) суд прекращает судопроизводство в порядке осуществления этого дискреционного права, если не представлено веских доводов в пользу того, чтобы этого не делать;

3) бремя доказывания наличия таких веских оснований лежит на истце;

4) действуя по своему усмотрению, суд принимает во внимание все обстоятельства конкретного случая, в частности: а) в какой стране находятся или могут быть более легко получены доказательства по вопросам факта и какое влияние это может оказать на сравнительные удобства и стоимость рассмотрения дела в английском и иностранном судах; б) подлежит ли применению право зарубежного суда, и если подлежит, то отличается ли это право существенным образом от английского права; в) с какой страной и сколь тесно связана каждая из сторон; г) действительно ли ответчик стремится к рассмотрению дела в иностранном суде или только тактически желает получить преимущества; д) пострадает ли истец в связи с необходимостью предъявления иска в зарубежном суде из-за того, что не сможет получить исполнение вынесенного решения или столкнется с такой исковой давностью, которой нет в Англии, либо не сможет рассчитывать на справедливое разбирательство по политическим, расовым, религиозным или иным причинам <76>.

<76> Цит. по: Vanderlinden J. Les conflits de lois. Bruxelles, 2004. Vol. 22. P. 65 - 68.

Доктрина "forum non conveniens" используется английскими судами и в случае заявления ответчиком о наличии параллельного разбирательства в суде иностранного государства: принцип **lis alibi pendens** является одним из аспектов доктрины "forum non conveniens" <77>. Если одно и то же лицо предъявляет два иска из одного основания в двух различных английских судах, его поведение во всех случаях считается недобросовестным, и ответчик может потребовать, чтобы он ограничился каким-либо одним из двух процессов. Однако, если одно из дел возбуждено за границей, то такой выбор для истца совершенно не обязателен. Английский суд, несомненно, компетентен прекратить одно из дел, но это его дискреционное право, которое не столь легко осуществляется в пользу прекращения производства. "По ходатайству ответчика после некоторых колебаний суд может прекратить производство в английском суде, выдать судебный приказ о прекращении процесса в иностранном суде (anti-suit injunction) или потребовать от истца, чтобы тот выбрал одно из двух начатых судопроизводств" <78>.

<77> См.: Schneider B. Op. cit. P. 620.

<78> Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 136.

В случае когда истец в Англии является ответчиком за границей или ответчик в Англии является истцом в иностранном государстве, суды еще менее склонны вмешиваться, чем тогда, когда одно и то же лицо является истцом в обеих странах, поскольку прекращение дела в таком случае ведет к тому, что сторона, против которой было заявлено ходатайство о прекращении, может быть поставлена в условия, менее благоприятные для защиты против иска. "Ведь представляется ясным, что одна лишь множественность производств не должна рассматриваться как обстоятельство, неудобное для ответчика" <79>.

<79> Там же. С. 137.

Заметим, что в странах континентального права (civil law countries), в отличие от стран общего права (common law countries), если суд компетентен по праву своей страны, то его не интересует, имеют ли юрисдикцию еще какие-либо другие суды. Он должен принять дело к рассмотрению. Судьи в континентальных правопорядках руководствуются представлением, что если правила, определяющие международную судебную юрисдикцию, соблюдены, то права ответчика **a priori** не могут быть ущемлены, поскольку предписания процессуального права направлены на учет интересов ответчика <80>. В европейских правопорядках существует тенденция перенесения норм, регулирующих внутреннюю (территориальную) подсудность, на международную почву. В немецком праве правила, определяющие международную судебную юрисдикцию, находятся в общих законах по вопросам судоустройства и судопроизводства среди предписаний, определяющих территориальную подсудность (§ 12 и сл. Гражданского процессуального уложения (ГПУ) Германии). Такого рода трактовка территориальной подсудности в немецкой доктрине именуется теорией двойной функции (Doppelfunktionstheorie).

<80> См.: Gaudemet-Tallon H. Les regimes relatif au refus d'exercer la competence juridictionnelle en matiere civile et commerciale: forum non conveniens, lis pendens // Revue internationale de droit compare. Avril-juin 1994. Vol. 46. N 2. P. 427.

Компетенция французского суда по национальным и международным делам определяется в соответствии с одними и теми же правилами Гражданского процессуального кодекса Франции <81>. Правда, во французской правовой системе имеются специальные положения, легитимирующие расширенную международную юрисдикцию французских судов и критикуемые в европейской доктрине за

"чрезмерную" подсудность. Согласно предписаниям ст. ст. 14 и 15 Французского гражданского кодекса (далее - ФГК) для подчинения иска юрисдикции французского суда по общему правилу достаточным является наличие французского гражданина в качестве стороны спорного правоотношения. Статья 14 ФГК гласит: "Иностранец, даже не находящийся во Франции, может быть вызван во французские суды для выполнения обязательств по договору, заключенному во Франции и с французом; он может быть привлечен во французские суды в связи с обязательствами по договору, заключенному им в иностранном государстве с французом". Статья 15 ФГК устанавливает правило: "Француз может быть привлечен к суду во Франции в связи с обязательствами по договору, заключенному им в иностранном государстве, даже если его контрагентом является иностранец" <82>.

<81> Code de procédure civile, Titre III: La compétence // http://www.legifrance.gouv.fr>.

<82> См.: http://www.legifrance.gouv.fr.

Выражение "forum non conveniens" неизвестно французской правовой системе. Однако французскому праву известны другие процессуальные механизмы, используя которые французский суд может отказаться от осуществления правосудия в пользу иностранного суда: возражение о наличии параллельного производства (l'exception de litispendance) и о рассмотрении связанного, родственного дела за границей (l'exception de connexite) <83>. Долгое время суды Франции не отказывались от своей компетенции в случаях, когда иностранный суд первым принял дело к производству и начал рассмотрение иска между одними и теми же сторонами по одному и тому же основанию.

<83> Термин "forum conveniens" встречается во французской науке МЧП, если речь идет о случаях признания французским судом своей международной компетенции, когда согласно французскому позитивному праву последняя отсутствует. Доктриной "forum conveniens" охватываются случаи принятия дела к рассмотрению в ситуации возможного отказа в правосудии.

Вдохновленный французской доктриной, в частности работой известного французского ученого Д. Холло (Holleaux D. La litispendance internationale", T.C.F.D.I.P., 1971 - 1973), Кассационный суд Франции пересмотрел свою предыдущую практику, и в деле Miniera di Fragne (Civ. 1re, 26 nov. 1974, R.C. 1975) признал возможность заявления перед французским правосудием возражения о наличии параллельного производства в иностранном суде. Теперь, если французский суд сталкивается со случаями заявления о наличии параллельного иностранного производства по делу между одними и теми же лицами по одному и тому же основанию, когда и французский, и иностранный суды обладают международной юрисдикцией, французский судья может принять такое возражение и отказаться от рассмотрения спора, но только в случае если будущее решение иностранного суда по соответствующему разбирательству может быть признано и исполнено на французской территории <84>. Как видно, в случае заявления о параллельных разбирательствах в судах различных государств французский судья, так же как его английский коллега, может по своему разумению и с учетом конкретных обстоятельств отказаться от своих полномочий в пользу иностранного суда, но **мотивы и основания, которыми руководствуются судьи обоих государств, будут совершенно различными**.

<84> См.: Gaudemet-Tallon H. Op. cit. P. 429.

Немного отступая от основной темы, скажем, что позиция французского права в вопросе признания и исполнения иностранных судебных решений практически полностью выступает как результат длительной эволюции судебной практики. На сегодняшний день ключевыми для позиции французского правосудия в этом вопросе стали следующие постановления Кассационного суда: Munzer, Cass.civ.1, 7 janvier 1964; Bachir, Cass.civ.1, 4 octobre 1967; Simitch, Cass.civ.1, 6 fevrier 1985; Pordea, Cass.civ.1, 16 mars 1999; Cornelissen, Cass. civ.1, 20 fevrier 2007.

В итоге сегодня условия экзекватуры определяются по формуле, данной в решении Кассационного суда по делу Cornelissen. Сводится она, по сути, к следующему: для того чтобы выдать экзекватуру, в случае когда отсутствует международное соглашение, французский суд должен убедиться, что выполнены три условия, а именно: наличие международной компетенции у иностранного суда; соответствие постановления иностранной судебной инстанции международному публичному порядку применительно к существу спора и к процедуре; отсутствие обхода закона. Третье условие об обходе закона на практике почти всегда поглощается одним из первых двух <85>. И никаких рассуждений о взаимности со стороны иностранного государства!

<85> См. об этом более подробно: Литвинский Д. Газпромбанк во Франции: все в полной экзекватуре // http://zakon.ru/Blogs/gazprombank_vo_francii_vse_v_polnom_ekzekvature/5674.

Что касается признания за иностранным судом международной юрисдикции по рассмотрению спора, то французское правосудие решает этот вопрос в каждом конкретном случае отдельно, опираясь не на объективные правила установления международной подсудности, собственные либо соответствующего иностранного государства, а **исходя из существования действительной связи между спором и разрешившим его иностранным судом**. Такая связь может следовать из факта наличия одинакового места жительства либо гражданства у участников зарубежного процесса, а также отсутствия исключительной компетенции у французского суда.

Статья 23 Регламента Брюссель I <86> предоставляет возможность сторонам договора для случаев возникновения спора заранее избрать компетентный суд. Данный суд имеет исключительное право рассматривать такой спор. С целью предупреждения параллельного производства по одному и тому же делу в судах государств - членов Европейского союза в ст. 27 Регламента Брюссель I закреплен специальный механизм функционирования принципа **lis alibi pendens**, который предусматривает следующее: 1. Если были предъявлены иски к одним и тем же сторонам, по одному и тому же основанию в суды различных государств, то суд, который вторым принял дело к производству, приостанавливает разбирательство по нему до тех пор, пока не будет установлена юрисдикция суда, который первым принял иск к рассмотрению. 2. Как только установлена юрисдикция суда, первым принявшего дело к производству, любой другой суд отказывается от своей юрисдикции в пользу первого суда. Толкование смысла этих норм, данное Судом ЕС, определило европейский режим принципа **lis alibi pendens**, а также соотношение данного института с соглашением о подсудности (пророгационным соглашением), определенным тем же Регламентом в ст. 23.

<86> Регламент Брюссель I содержит правила, определяющие международную судебную юрисдикцию по гражданским и торговым делам, а также признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений на территории Европейского союза. 6 декабря 2012 г. Совет ЕС, объединяющий министров юстиции стран-участниц, утвердил изменения в данный Регламент. Новый порядок начинает действовать с 2015 года, а новая редакция данного Регламента будет именоваться Регламент Брюссель I bis.

В деле Eric Gasser GmbH (австрийская компания) v. MISAT Srl (итальянская компания), отвечая на преюдициальный запрос австрийского суда (Oberlandesgericht Innsbruck), Суд ЕС пришел к выводу, что наличие действительного соглашения о подсудности, как оно предусмотрено в ст. 23 Регламента Брюссель I, не затрагивает действие ст. 27 того же акта. Это означает, что **суд, имеющий исключительную компетенцию для рассмотрения и разрешения спора в силу соглашения о подсудности, не обладает преимуществом перед другим судом в случае существования параллельного производства по идентичному делу в судах различных государств.** В этом же постановлении Суд ЕС в ответ на заявление о том, что сроки рассмотрения дела в итальянском суде превышают все разумные пределы и тем самым нарушают право каждого на справедливое судебное разбирательство в соответствии со ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г., определил, что **в силу наличия в ЕС принципа взаимного доверия в осуществлении правосудия итальянский суд, первый принявший дело к производству, даже при наличии соглашения сторон о рассмотрении споров в австрийском суде, будет обладать приоритетом.** По мнению Суда ЕС, "положение второго судьи не лучше положения первого судьи в вопросах определения своей юрисдикции" <87>.

<87> CJCE, 9 décembre 2003, Gasser c. MISAT (дело C-116/02), п. п. 48, 73.

Новая редакция Регламента Брюссель I bis содержит унифицированные нормы, применяющиеся к ситуациям, когда один и тот же спор находится в производстве сразу нескольких судов. Если раньше общие правила определяли порядок решения этой проблемы только в том случае, когда соответствующие суды были судами государств - членов ЕС, то теперь общим регулированием на уровне ЕС охвачены и такие ситуации, когда "конкурирующая" юрисдикция находится за пределами ЕС.

§ 3. Особые судебные приказы и штрафы в английском, американском и французском праве

Судебный приказ о запрете иностранного судопроизводства. Английское правосудие имеет в своем арсенале инструмент, называемый "anti-suit injunction" (судебный приказ о запрете иностранного судопроизводства). Регулирование этого института содержится в статутном праве Англии, а именно в ст. 37 Закона "О старших судах" 1981 г. (Senior Courts Act 1981) <88>. Речь идет о дискреционном праве английских судов выносить решение (предварительное или окончательное), предписывающее стороне,

участвующей в английском судопроизводстве, не начинать либо прекратить производство в суде другого государства <89>. Как видно из определения закона, английский суд вмешивается не только в случае наличия параллельного разбирательства по одному и тому же либо родственному делу в английском и иностранном судах <90>. Данная процессуальная мера может применяться в английском судопроизводстве и при других обстоятельствах, когда налицо конфликт юрисдикций двух различных государств.

<88> См.: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54.

<89> Заметим, что в деле Airbus Industrie GIE v. Patel, рассмотренном Палатой Лордов в 1998 г., английский суд, не будучи задействованным в данных обстоятельствах, рассматривал возможность вынесения судебного предписания для разрешения конфликта юрисдикций между штатом Техас и Индией.

<90> Сразу оговоримся, что в соответствии с английскими, американскими и европейскими доктринальными источниками, которые нам удалось изучить по данному вопросу, в действительности существует лишь очень немного дел, по которым суд вынес постановление о прекращении производства по делу.

В английской доктрине отмечается, что судебный приказ anti-suit injunction выполняет ту же самую функцию, что и доктрина "forum non conveniens". В основе этих конструкций лежит общий принцип: для рассмотрения каждого конкретного дела есть только свой подходящий суд. Вместе с тем наличие общих целей у двух институтов английского права не позволяет ставить знак равенства между ними. В одном случае английский суд рассматривает возможность ограничения своей юрисдикции, а в другом - определяет, хотя и косвенно, компетенцию иностранного суда. На этот факт обратил внимание Лорд Гофф в деле Airbus Industrie GIE v. Patel and others, рассмотренном Палатой Лордов в 1998 г. <91>: "оба средства (и приостановка судопроизводства, и судебный приказ) имеют своей целью определение надлежащего суда для рассмотрения спора. В случае приостановки судопроизводства национальный суд уясняет для себя, должен ли он при данных обстоятельствах установить свою юрисдикцию, в то время как в случае применения приказа он в действительности определяет предмет юрисдикции для иностранного суда" <92>.

<91> Airbus Industrie GIE v. Patel and Others [1998] UKHL 12; [1999] 1 AC 119; [1998] 2 All ER 257; [1998] 2 W.L.R 686.

<92> "Both the remedy of a stay and an injunction have as their main objectives the selection of an appropriate forum for the trial of an action. In case of the stay, the domestic court determines for itself whether in the circumstances it should take jurisdiction whereas, in the case of the injunction, it in effect determines the matter for the foreign court".

Сформированный правом справедливости в суде Лорда-канцлера, институт судебного приказа anti-suit injunction нацелен на восстановление законности, в случаях когда истец, вызвав противоположную сторону в иностранный суд, злоупотребил своим правом на предъявление иска (abuse of the process of the court) <93>. В настоящее время при вынесения постановления, предписывающего стороне не начинать либо прекратить производство в суде другого государства, английский судья будет опираться на особые правила, сформулированные английским прецедентным правом за последние сто лет. Рассмотрим основные мотивы, которыми будут руководствоваться судьи при принятии решения о выдаче судебного приказа anti-suit injunction.

<93> В ходе деятельности канцлерского суда сложились особые нормы, основанные на прецедентах, совокупность которых и образовала право справедливости, чьим девизом служит выражение: "Equity will not suffer a wrong to be without a remedy".

В самом начале судопроизводства в Англии **ответчик в иностранном судопроизводстве** должен убедить английский суд в том, что в данном конкретном деле именно Англия является надлежащим местом рассмотрения спора (natural place of trial). При этом, как было отмечено в деле Castanho v. Brown & Root Co. (UK) Ltd <94>, английское правосудие должно ориентироваться на подходы, сформулированные английским правом для доктрины forum non convenies. В данном случае английский суд должен быть более удобным, чем иностранный суд, как это было установлено в деле Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd. (1987), с точки зрения доступа к органам юстиции, беспристрастности судей, доступности доказательств и наличия свидетелей, стоимости и быстроты судопроизводства. После этого, если английский судья посчитал убедительными доводы, представленные ответчиком, бремя доказывания переходит **на истца в иностранном судопроизводстве**, который должен показать, что в суде Англии рассмотреть дело невозможно, так как **он в этом случае будет лишен существенных личных и юридических преимуществ, которые ему предоставляет зарубежная судебная процедура**. В подтверждение вышесказанного приведем слова Лорда Скармана, которые он произнес, вынося решение по делу Castanho v. Brown & Root Co. (UK)

Ltd.: "для вынесения приказа ответчик должен показать, что (а) английский суд является именно тем судом, в котором судопроизводство может быть осуществлено значительно удобнее и дешевле; (б) приказ не должен лишить истца тех личных и правовых преимуществ, которые доступны ему в иностранном суде" <95>. Следует подчеркнуть, что именно на лицо, желающее получить приказ о прекращении зарубежного судопроизводства, ложится основное бремя доказывания соответствующих фактов в английском суде <96>.

<94> Castanho v. Brown & Root Co. (UK) Ltd. [1981] A.C. 557, 575.

<95> "...to justify an injunction the defendants must show: (a) that the English court is a forum to whose jurisdiction they are amenable in which justice can be done at substantially less inconvenience and expense and (b) the injunction must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage which would be available to him if he invoked the (foreign) jurisdiction".

<96> Meall und Rohstoff AG v. A.C.L.I. Metals (London) Ltd. [1984] 1 Lloyd's Rep. 598, 613 (C.A.).

Во вторую очередь **ответчик в иностранном процессе** должен представить английскому суду доказательства того, что истец в зарубежном судопроизводстве (он же ответчик в английском разбирательстве) злоупотребил своим правом и из тактических соображений начал процесс в иностранном суде. Вот какие аргументы привел Лорд Скратон в обоснование своего решения о вынесении судебного приказа anti-suit injunction в деле Cohen v. Rothfield (1919) <97>: для прекращения дела необходимо, чтобы процесс в иностранном суде не просто ставил в тяжелое положение сторону, ходатайствующую о таком прекращении, но был бы рассчитан на то, чтобы причинить ей серьезный, если не непоправимый ущерб; кроме того, иностранная судебная процедура должна быть совершенно бесполезной и неоправданной.

<97> Cohen v. Rothfield [1919] 1 K.B. 410, 415.

Так, в деле Airbus Industrie GIE v. Patel and others, рассматривая возможность вынесения судебного приказа о прекращении производства в техасском суде, английский суд указал, что обстоятельства дела в совокупности свидетельствуют о том, что предъявив иск не в суде Индии, на территории которой, собственно, и произошло крушение самолета Airbus, а в суде штата Техас, истцы злоупотребили своим правом на предъявление иска. Обстоятельства, нарушающие баланс интересов истца и ответчика в данном деле, были следующими: "чрезмерная" компетенция техасского суда; нежелание суда штата удовлетворить ходатайство об использовании доктрины forum non conveniens; применение совсем не связанного с обстоятельствами дела права страны суда; объективная, то есть безвиновная ответственность делинквента, предусмотренная законодательством штата Техас.

Еще одним основанием для применения судебного приказа anti-suit injunction, кстати, наиболее часто встречающимся в практике английских судов, является обращение стороны договора в иностранный суд в нарушение соглашения о подчинении спора юрисдикции английского суда либо договоренности о передаче спора для разрешения в арбитраж на территории Англии <98>. В данном случае, по мнению английского правосудия, нарушается основной принцип общего права о добросовестном исполнении договорных обязательств. Напоследок заметим, что неповиновение английскому суду грозит наказанием соответствующей стороны за неуважение к суду (contempt of court). В законе "О неуважении к суду" (Contempt of Court Act) 1981 г. <99> перечислены санкции, применяемые в случае оскорбления суда: лишение свободы, арест имущества (writ of sequestration), присуждение штрафа либо невозможность для ответчика аргументировать свою позицию и участвовать в английском судопроизводстве.

<98> Определяющими позицию английской судебной доктрины в данном вопросе являются следующие решения по делам: Continental Bank NA v. Uelos Naviera SA [1994] 2 All ER, Lloyd's Rep. 505 (C.A.); Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan SpA, The. Angelic Grace [1995] 1 Lloyd's Rep 87; Donohue v. Armco Inc [2001] UKHL 64; [2002] 1 Lloyd's Rep 425.

<99> См.: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49.

Вопрос о соответствии английской практики вынесения подобных приказов европейским правилам о международной судебной юрисдикции было рассмотрено в преюдициальном порядке Судом ЕС по делу Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Grovit, Harada Ltd. и Changepoint SA (C-159/02, решение от 27 апреля 2004 г.) <100>. Фабула дела такова. Господин Тернер, домицилированный в Англии, будучи служащим испанского предприятия Harada Ltd., и работающий в Мадриде на англо-испанскую группу компаний Chequepoint Group, в 1998 г. предъявил иск к своему работодателю в английский трибунал по рассмотрению трудовых споров (Employment Tribunal) с требованием о возмещении убытков за вынужденное прекращение трудовых отношений. По словам господина Тернера, его заставляли совершать незаконные действия, принуждая тем самым к увольнению. Трибунал по рассмотрению трудовых споров и затем Апелляционный суд Англии и Уэллса удовлетворили требования истца.

<100> См.: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do7uri=CELEX:62002CJ0159:EN:NOT.

В то же самое время компания Changepoint SA заявила о своих претензиях к господину Тернеру, предъявив иск о возмещении убытков (в размере 85 млн. испанских лир), причиненных ненадлежащим исполнением последним своих трудовых обязанностей, в суд первой инстанции в Мадриде. 28 мая 1999 г. господин Тернер обратился в Апелляционный суд Англии и Уэллса с просьбой выдать приказ в отношении господина Гровита, компаний Harada Ltd. и Changepoint SA о прекращении судопроизводства в Испании, а также о воздержании от инициирования будущих судебных процессов, касающихся трудовых отношений с господином Тернером, как в Испании, так и в любом другом государстве.

Удовлетворив просьбу господина Тернера о выдаче предписания, английский суд обосновал свое решение следующим образом: 1) истец участвовал в английском судопроизводстве; 2) ответчики предъявили иск в испанском суде единственно с целью воспрепятствовать осуществляемой в Англии судебной процедуре; 3) предъявленные господином Тернером доказательства подтверждают необходимость предоставить ему необходимую защиту в английском суде. 28 июня 1999 г. компания Changepoint SA отказалась от своего иска в суде Испании. Чтобы оспорить постановление английского апелляционного суда, господин Гровит, компании Harada Ltd. и Changepoint SA обратились в Палату Лордов. В своей апелляции они, в частности, отметили, что английские суды не вправе выносить решения, препятствующие производству в судах государств - участников Брюссельской конвенции 1968 г. о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам <101> (далее - Брюссельская конвенция).

<101> На момент рассмотрения споров в английском и испанском судах общим для них источником европейского процессуального права была именно Брюссельская конвенция.

Вынося свое решение о несоответствии практики английских судов европейским нормам, Суд ЕС постановил следующее: 1) в силу того что в основу Брюссельской конвенции положен принцип взаимного доверия к правовым системам и органам юстиции государств, участвующих в этом международном соглашении, суды государств-участников обладают одинаковыми полномочиями и авторитетом в толковании и применении правил, закрепленных в ней; 2) обращенное к определенному лицу предписание английского суда, запрещающее начинать либо повелевающее прекратить судопроизводство в иностранном суде под угрозой применения к такому лицу санкций за неисполнение приказа, несмотря на свой характер **in personam** (личный характер), посягает на компетенцию зарубежного суда рассматривать и разрешать дело по существу, что является **недопустимым вмешательством в юрисдикцию судов другого государства и противоречит системе норм Брюссельской конвенции**.

В заключение скажем, что странам, принадлежащим к романо-германской правовой системе, не известен институт судебного приказа anti-suit injunction. Во Франции, например, компетенция иностранного суда выносить решения проверяется, как мы уже выяснили, на стадии признания и исполнения решений на французской территории. В то же время весьма любопытным представляется недавнее постановление Кассационного суда Франции, разъясняющее, как нам кажется, позицию французского правосудия относительно возможности получения экзекватуры на судебный приказ anti-suit injunction, выданный судом страны, принадлежащей англо-саксонской системе права <102>. Обстоятельства дела были таковы. Французская компания обратилась в Кассационный суд Франции с жалобой на решение Апелляционного суда города Версаля, выдавшего экзекватуру на постановление американского суда штата Джорджия, которое предписывало французской компании прекратить судебное разбирательство во французском суде.

<102> Arrêt N 1017 du 14 octobre 2009 (08-16.369/08-16.549) / Cour de cassation - Première chambre civile.

Обосновывая свою позицию, французская компания заявила, что выдача американским судом приказа, запрещающего начинать либо повелевающего прекратить судопроизводство во французском суде, без того чтобы французский суд сам рассмотрел вопрос о своей компетенции, нарушает право на справедливое судебное разбирательство, закрепленное ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. <103>. Во французской доктрине международного частного права признается, что вышеуказанная статья определяет содержание международного публичного порядка применительно к судебной процедуре. Кассационный суд Франции отверг доводы французской компании и объяснил свою позицию следующим образом: в силу того обстоятельства, что компетенция американского суда основывалась на добровольном соглашении сторон о передаче дела в суд штата Джорджия, предписание американского суда о соблюдении данного соглашения, если только иное не предусмотрено международными обязательствами Франции либо правом ЕС, не может нарушать французский

международный публичный порядок.

<103> Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в деле Golder v. Great Britain от 21 февраля 1975 г. решил, что право на справедливое судебное разбирательство должно пониматься как право на доступ к правосудию, причем этот доступ должен быть не теоретическим, а реальным и эффективным.

Судебный приказ о наложении ареста на активы ответчика. В Великобритании вопрос о применении обеспечительных мер в национальном и международном гражданском судопроизводстве решается на основании общего и статутного права. К числу таких мер относятся **запрет Марева (Mareva injunction)**, представляющий собой не что иное, как арест имущества или денежных средств, принадлежащих ответчику, а также **запрет покидать территорию юрисдикции английского суда (ne exeat regno),** представляющий собой принудительное задержание ответчика. В качестве основания для применения запрета Марева выступает Закон "О Верховном Суде" 1981 г. В соответствии с п. 3 ст. 37 Закона Высокий Суд наделяется дискреционным полномочием издавать приказы, содержащие запрет Марева, в отношении активов, находящихся в пределах его юрисдикции, независимо от домицилия или присутствия ответчика на территории Англии. Анализируя текст п. 3 ст. 37, можно выделить **три элемента, необходимых для принятия приказа о запрете Марева**:

1) активы ответчика должны находиться на территории Англии, т.е. под юрисдикцией английского суда;

2) приказ суда может быть выдан только в отношении ответчика как стороны в споре, а не в отношении третьих лиц;

3) приказ суда может быть выдан только в случае правомерного установления юрисдикции по существу спора независимо от домицилия или местонахождения ответчика.

Каковы же существенные характеристики запрета Марева по английскому праву?

1) запрет Марева не выступает как самостоятельное основание иска, а носит исключительно вспомогательный характер, в силу этого невозможно установить юрисдикцию суда, только лишь используя формальные признаки для его принятия;

2) запрет Марева не является средством обеспечения исполнения обязательств и тем самым не придает истцу статуса привилегированного кредитора в случае банкротства ответчика;

3) запрет Марева, выданный до принятия судебного решения, продолжает свое действие и после вступления судебного решения в силу вплоть до его полного и окончательного исполнения.

Если принятие запрета Марева в отношении активов ответчика - иностранного физического или юридического лица, находящихся на территории Англии, не вызывает каких-либо вопросов, то наибольшие споры вызывает принятие запрета Марева в отношении активов, находящихся на территории иностранных государств. Обладает ли английский суд компетенцией издавать приказы о запрете Марева, носящие экстратерриториальный характер, в отношении ответчика-иностранца? Апелляционный Суд Англии дал положительный ответ на поставленный вопрос в деле Derby & Co Ltd. v. Weldon (1989) <104>. При этом, по мнению суда, должны быть соблюдены следующие требования:

<104> Derby & Co Ltd. v. Weldon case [1989] 2 W.L.R. 276 (C.A.).

1) принятие запрета Марева, носящего экстратерриториальный характер, должно осуществляться в исключительных случаях с учетом всех обстоятельств конкретного дела;

2) принятие запрета Марева, носящего экстратерриториальный характер, должно основываться в целом на тех ключевых элементах, которые характерны и для обычного запрета Марева;

3) экстратерриториальный запрет Марева не должен вступать в противоречие с общими принципами международного права.

Последнее положение нуждается в более детальном пояснении. Различные акты, принимаемые судом какого-либо государства, имеют законную силу и действуют только в пределах его территории в силу общепризнанных принципов международного права, а именно территориальной целостности и суверенного равенства государств. Исходя из этих принципов, становится очевидным, что публичные акты властных органов одного государства не распространяются на территорию других государств. Но экстратерриториальный запрет Марева как раз и имеет целью распространить свое действие на территорию тех государств, где имеются активы ответчика-иностранца. Каким же образом английское общее право разрешает этот конфликт между экстратерриториальным характером запрета Марева и непротиворечием принципам международного права?

Общее право Великобритании предусматривает включение специальной оговорки **Бабанафт (Babanaft proviso)** в экстратерриториальный запрет Марева, позволяющей снять вышеупомянутое противоречие. Суть этой оговорки сводится к тому, что экстратерриториальный запрет Марева имеет силу в пределах иностранного государства, только если он признан судом этого государства и тем самым может

быть приведен в исполнение. Таким образом, по смыслу английского общего права запрет Марева как обычного, так и экстратерриториального характера непосредственно действует в отношении ответчика; что же касается третьих лиц, то их права и интересы за пределами Великобритании защищает оговорка Бабанафт. Под третьими лицами чаще всего имеются в виду банки, в которых находятся денежные счета ответчика. В отношении счетов, находящихся в британских банках или британских филиалах иностранных банков, запрет Марева действует автоматически, что означает обязанность немедленного замораживания всех счетов ответчика под угрозой в случае неповиновения быть оштрафованными за неуважение к суду и неповиновение судебным приказам. Счета ответчика в иностранных банках за пределами Великобритании могут быть заморожены на основании экстратерриториального запрета Марева только в случае его признания и приведения в исполнение судом иностранного государства в силу оговорки Бабанафт.

Запрет ответчику покидать территорию Великобритании как мера обеспечения иска в гражданском судопроизводстве вызывает ожесточенные споры в силу своего исключительно сурового характера. Истоки этого запрета лежат в Законе "О должниках" (Debtors Act) 1869 г. <105>, согласно которому ответчик может быть подвергнут аресту, если соблюдены следующие условия:

<105> См.: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/32-33/62.

1) цена иска составляет не менее 50 фунтов стерлингов;

2) есть основания полагать, что ответчик собирается покинуть территорию Англии;

3) отсутствие ответчика может серьезно повлиять на ход судебного разбирательства.

Неоднократно поднимался вопрос о том, что эти положения Закона "О должниках" существенным образом нарушают гражданские права и свободы личности, так как ответчик может быть арестован (запрет предусматривает сдачу паспорта властям и содержание под стражей) всего лишь в ходе гражданского судопроизводства, не будучи обвиняемым в совершении уголовного преступления. Кроме этого, суд может не удовлетворить исковые требования истца, и в таком случае применение вышеуказанного запрета будет совершенно неоправданным. Несмотря на жесткую критику запрета, английский суд в относительно недавнем решении по делу Al Nahkel Trading Ltd. v. Lowe (1986) <106> подтвердил его действенность и применимость в гражданском процессе и в настоящее время.

<106> Al Nahkel Trading Ltd. v. Lowe case [1986] 2 W.L.R. 317(Q.B.).

В международном гражданском судопроизводстве на территории США также возможно применение мер обеспечения исковых требований истца. В целом позиция американских судов приближается к позиции английских судов по данному вопросу, однако нельзя не отметить тот факт, что есть и ряд отличий, правда, не имеющих принципиального характера. Позиция американского суда по вопросу принятия обеспечительной меры в форме замораживания активов ответчика (наложение ареста на его имущество) была сформулирована в решении Верховного Суда США по делу US v. First National City Bank (1965) <107> и заключается в следующем: если юрисдикция американского суда правомерно установлена в отношении ответчика, то федеральный окружной суд имеет право издать приказ о замораживании имущества (активов), находящихся под контролем ответчика, независимо от их расположения на территории США или за ее пределами. Анализируя подход американского суда к рассматриваемому вопросу, можно выделить несколько условий изданий судебного приказа о наложении ареста на имущество ответчика:

<107> US Supreme Court Reports (1965) 13 L. Ed 2d. P. 367 - 371.

1) американский суд должен обладать юрисдикцией в отношении конкретного спора;

2) имущество должно находиться под контролем ответчика, а не формально принадлежать ему на праве собственности;

3) факт нахождения имущества на территории США или за ее пределами никакого значения не имеет.

В отличие от английского общего права общее право США не предусматривает включение в приказ о замораживании активов ответчика оговорки, аналогичной оговорке Бабанафт, поэтому вопрос об экстратерриториальном действии данного приказа в отношении третьих лиц остается открытым.

Особый судебный штраф (астрэнт). Мерой, побуждающей должника к исполнению вынесенного в отношении его судебного решения (об уплате денежного долга, о совершении или воздержании от тех или иных действий, не связанных с уплатой денежного долга), может быть применение особого судебного штрафа, получившего в процессуально-правовой науке название "институт астрэнта" (фр. astreinte) <108> - особого судебного штрафа. Перед тем как приступить к осуществлению процедуры принудительного исполнения судебного решения, кредитор **может стимулировать должника добровольно исполнить такое решение.** В начале XIX века для этой цели, а также для восполнения имевшихся в то время пробелов в системе правового регулирования принудительного исполнения судебных решений о присуждении к

исполнению обязательства в натуре, французской судебной практикой был создан институт особого судебного штрафа с опорой на принцип, закрепленный в ст. 1142 ФГК. Ст. 1142 ФГК гласит, что неисполнение любого обязательства сделать или не делать что-либо предоставляет кредитору право требовать возмещения убытков вне зависимости от того, является ли такое неисполнение виновным. Механизм применения особого судебного штрафа был кодифицирован только в конце XX века Законом Франции от 5 июля 1972 г.

<108> От латинского глагола adstringere - связывать, понуждать.

Суть института особого судебного штрафа состоит в том, что суд, вынося решение по иску о присуждении к совершению тех или иных действий либо о воздержании от совершения тех или иных действий, возлагает на должника обязанность уплачивать периодические пени за каждый день (неделю, месяц и т.п.) неисполнения судебного решения. Причем согласно французскому праву сумма этого штрафа поступает не в бюджет, а самому истцу. В ряде других стран сумма такого штрафа делится между бюджетом и истцом (например, Португалия). Именно поэтому есть все основания обозначить данный процессуальный институт как особый судебный штраф.

В настоящее время данный процессуальный институт приобретает все большую популярность в мире, особенно в Европе. Конструкция особого судебного штрафа, преследующего цель оказать давление на волю должника или иного института, имеющего подобные функции, законодательно закреплена в странах Бенилюкса (Бельгия, Нидерланды, Люксембург), Греции (ст. 946 ГПК), Португалии (ст. 829-А ГК), Германии, Швеции, Израиле и т.д. Кроме того, нормы об особом судебном штрафе появились в Проекте процессуального кодекса Европейского союза (ст. 13), разрабатываемого в рамках этой организации группой европейских ученых под руководством М. Сторме <109>. Несмотря на то что исполнение судебных решений не входит в сферу регулирования Принципов трансграничного гражданского процесса УНИДРУА 2004 г. <110>, нормы ст. 29 Принципов ("Эффективность судебных решений") предусматривают принятие государствами мер, обеспечивающих быстроту и действенность исполнения судебных актов, в том числе путем наложения штрафа.

<109> Storme M. (d.) Rapprochement du droit judiciaire de l'Union europenne (Approximation of Judiciary Law in the European Union) // Bibliotheek van Gerechtelijk Recht. Dordrecht, 1994. Vol. 19. P. 6, 37.

<110> См.: Виноградова Е.А., Филатова М.А. Принципы трансграничного гражданского процесса (пер. с англ. яз.). М., 2011.

Наконец, сам механизм применения особого судебного штрафа был недавно признан и **lex mercatoria** в рамках Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 г. <111> (ст. 7.2.4 "Судебный штраф"). Данная статья устанавливает следующее: "(1) Если суд обязывает сторону произвести исполнение, он также может предписать ей уплатить штраф, если она не исполнит его решение. (2) Штраф должен быть уплачен потерпевшей стороне, если только императивные нормы права страны, где находится суд, не устанавливают иного. Уплата штрафа потерпевшей стороне не исключает заявления любых требований об убытках".

<111> См.: Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 (пер. с англ. яз.). М., 2013.

Первоначальная концепция особого судебного штрафа в процессуальном праве Франции основывалась на идее возмещения убытков, причиненных неисполнением обязательства, наличие которого установлено судом. При этом суды отказывались присуждать штраф, превышающий размер причиненного ущерба. На практике подобный подход делал данный институт малоэффективным, поскольку должник знал, что с него никогда не взыщут больше того ущерба, который он и так должен возместить. 20 октября 1959 г. произошел перелом во французской судебной практике <112>. Суд кассационной инстанции решил, что особый судебный штраф является мерой принуждения должника к исполнению соответствующего судебного решения, не имеющей ничего общего с возмещением убытков. По мнению французского суда, поскольку особый судебный штраф выступает инструментом принуждения в частном праве (la peine privée), его размер может значительно превышать реальный ущерб кредитора <113>. Таким образом, институт особого судебного штрафа во Франции прошел путь от, по сути, иска о взыскании убытков до установленной процессуальным законодательством карательной меры частноправового характера <114>.

<112> L'Arrêt de la Cour de cassation française du 20 octobre 1959 // Recueil Dalloz. 1959. P. 537.

<113> Landrove J.C., Greuter J.J. L'astreinte: une mesure injustement boudee par le Code de procedure

civile? // Revue de droit Suisse (RDS/ZSR), (3/2008), I. P. 275.

<114> Останина Е.А., Тараданов Р.А. Обзор литературы и нормативно-правовых актов по истории возникновения и развития института (к статье "Проблемы и перспективы рецепции института астрэнта российским гражданским правом"). См.: http://m-logos.ru/img/Ostanina_Taradanov_astreinte.pdf.

Законодательным источником, содержащим нормы, которые регулируют применение особого судебного штрафа, в настоящее время является Гражданский исполнительный кодекс Франции, вступивший в силу 1 июня 2012 г. (далее - ГИКФ) <115>. В соответствии со ст. L 131-1 ГИКФ любой судья может по просьбе заинтересованной стороны, в том числе и по собственной инициативе, наложить особый судебный штраф в целях обеспечения исполнения своего решения независимо от характера присуждения. Это могут быть судебные решения об уплате должником денежного долга, о совершении им либо воздержании от совершения тех или иных действий, не связанных с уплатой денежного долга. Более того, при необходимости **судья по исполнению судебных актов (le juge de** l'exécution **)** вправе установить особый судебный штраф для обеспечения исполнения решения, вынесенного другим судьей. Согласно ст. L 131-2 ГИКФ особый судебный штраф не зависит от наличия и размера убытков. Эта же статья предусматривает **два вида такого штрафа - временный (l'astreinte provisoire) и постоянный (l'astreinte definitive)**. Особый судебный штраф по умолчанию считается временным, если только суд прямо не установил, что он является постоянным. Кроме того, в соответствии со ст. L 131-2 ГИКФ постоянный особый судебный штраф может быть установлен (обязательно на определенный судьей срок) только после установления временного штрафа.

<115> См.: Code des procédures civiles d'exécution; article L131-1 - article L 131-4 // http://www.legifrance.gouv.fr.

Как следует из ст. L 131-4 ГИКФ, различие постоянного и временного особого судебного штрафа состоит в том, что размер временного штрафа может быть скорректирован судьей по исполнению судебных актов с учетом поведения ответчика, а также с учетом других обстоятельств, влияющих на исполнение должником судебного решения, в то время как размер постоянного штрафа не может быть изменен впоследствии. Согласно этой статье как временный, так и постоянный особый судебный штраф могут быть отменены полностью или в части, если будет установлено, что задержка в исполнении либо неисполнение судебного постановления происходит (полностью или в части) из-за внешних причин.

Посмотрим, как конструкция особого судебного штрафа применяется на практике. Мы знаем, что судья налагает такой штраф с целью обеспечения исполнения должником вынесенного судебного решения. При этом словесная формула судебного акта о наложении штрафа может выглядеть следующим образом: **"Присуждаю господина Primus к исполнению обязательства господину Secundus с назначением особого судебного штрафа в размере 100 евро за каждый день просрочки такого исполнения. Штраф начисляется со дня вынесения настоящего постановления либо с момента его вручения должнику судебным исполнителем (l'huissier de justice)".** Начисление штрафа начинается чаще всего после истечения определенного срока (например, по прошествии 30 дней) после вручения судебным исполнителем соответствующего судебного акта должнику. Причиной предоставления такого срока для исполнения судебного решения является желание суда дать должнику возможность добровольно исполнить обязательство перед кредитором. В очень редких случаях при крайней срочности исполнения штраф исчисляется со дня вынесения судебного постановления.

Если в описанном выше примере должник не подчинится судебному предписанию и не исполнит добровольно в указанный срок обязательство кредитору, то он должен будет заплатить 100 евро за каждый день просрочки исполнения. В действительности, чтобы получить денежное присуждение, Secundus должен обратиться к судье, вынесшему соответствующее решение, либо к другому судье (таким другим судьей, в принципе, может быть только судья по исполнению судебных актов) и продемонстрировать, что Primus не выполнил свои обязательства в срок, в связи с чем необходимо прибегнуть к особому судебному штрафу. На этом этапе временный особый судебный штраф "превращается" в постоянный. Судья не определяет размер штрафа математически путем подсчета суммы денежного присуждения. Учитывая специфику обстоятельств и не отменяя решения о назначении особого судебного штрафа, судья может смягчить наказание, если на это будут указывать факты, доказанные Primus и свидетельствующие об отсутствии его вины. Если из представленных суду доказательств будет явно видно недобросовестное поведение должника и его упорное нежелание исполнить соответствующее обязательство кредитору, суд назначит на строго определенный срок более суровое наказание в виде увеличенного размера штрафа.

26 ноября 1973 г. правительства государств, входящих в экономический союз под названием Бенилюкс (Benelux), заключили конвенцию, имеющую целью введение в законодательство государств-членов (Бельгии, Нидерландов и Люксембурга) положений, унифицирующих правила об особом судебном штрафе (в качестве Приложения к конвенции выступает Закон, унифицирующий правила об

особом судебном штрафе). Конвенция была ратифицирована государствами-участниками и вступила в силу для Люксембурга 30 ноября 1976 г., для Нидерландов - 8 августа 1978 г. и для Бельгии - 31 января 1980 г. Закон, унифицирующий правила об особом судебном штрафе, содержит 8 статей, юридическое содержание которых в целом соответствует современному французскому законодательству о данном процессуальном институте. **В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта "Кодификационные и унификационные процессы в международном частном праве", выполненного в рамках Программы "Научный фонд НИУ ВШЭ" в 2013 году, грант N 12-05-0020.**

Настоящая статья подготовлена при поддержке Правовой информационно-справочной системы "КонсультантПлюс".

Библиография

1. Антонов И.В., Ружицкая Н.В. Механизм разрешения международных коммерческих споров // Закон. 2008. N 1.

2. Белоусова О.В. Источники правового регулирования в рамках Европейского союза: унификация международного частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. N 6.

3. Беляева Н.Г. Особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц в арбитражном суде: Учебное пособие. М., 2012.

4. Виноградова Е.А., Филатова М.А. Принципы трансграничного гражданского процесса (ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure). М., 2011.

5. Воронцова И.В. Об обязательности международных договоров по вопросам гражданского процесса // Современное право. 2011. N 3.

6. Елисеев Н.Г., Вершинина Е.В. Международное гражданское процессуальное право: Учебное пособие. М., 2011.

7. Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 (пер. с англ. яз.). М., 2013.

8. Мамаев А.А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М., 2008.

9. Осавелюк Е.А. Международный гражданский процесс России. М., 2006.

10. Осминин Б.И. Разрешение коллизий между внутригосударственным правом и международными договорами // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. N 1.

11. Петрова М.М. Особенности правового регулирования доказательств в международном гражданском процессе // Адвокат. 2011. N 12.

12. Степин А.Б. Понятие и сущность международных стандартов защиты частного права // Международное публичное и частное право. 2012. N 1.

13. Хоцанов Д.А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. М., 2012.

14. Швакин С.В. Проблемы международного взаимодействия национальных правовых систем // Евразийский юридический журнал. 2012. N 6.

15. Юрова Н.М. Международное гражданское процессуальное право: Теоретические основы имплементации норм в правовой системе РФ. М., 2008.

References (transliteration)

1. Antonov I.V., Ruzhitskaya N.V. Mekhanizm razresheniya mezhdunarodnykh kommercheskikh sporov // Zakon. 2008. N 1.

2. Belousova O.V. Istochniki pravovogo regulirovaniya v ramkakh Evropeiskogo Soyuza: unifikatsiya mezhdunarodnogo chastnogo prava // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. 2011. N 6.

3. Belyaeva N.G. Osobennosti rassmotreniya del s uchastiem inostrannykh lits v arbitrazhnom sude: Uchebnoe posobie. M., 2012.

4. Vinogradova E.A., Filatova M.A. Printsipy transgranichnogo grazhdanskogo protsessa (ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure). M., 2011.

5. Vorontsova I.V. Ob obyazatel'nosti mezhdunarodnykh dogovorov po voprosam grazhdanskogo protsessa // Sovremennoe pravo. 2011. N 3.

6. Eliseev N.G., Vershinina E.V. Mezhdunarodnoe grazhdanskoe protsessual'noe pravo: Uchebnoe posobie. M., 2011.

7. Komarov A.S. Printsipy mezhdunarodnykh kommercheskikh dogovorov UNIDRUA 2010 (per. s angl. yaz.). M., 2013.

8. Mamaev A.A. Mezhdunarodnaya sudebnaya yurisdiktsiya po transgranichnym grazhdanskim delam. M., 2008.

9. Osavelyuk E.A. Mezhdunarodnyi grazhdanskii protsess Rossii. M., 2006.

10. Osminin B.I. Razreshenie kollizii mezhdu vnutrigosudarstvennym pravom i mezhdunarodnymi dogovorami // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. 2013. N 1.

11. Petrova M.M. Osobennosti pravovogo regulirovaniya dokazatel'stv v mezhdunarodnom grazhdanskom protsesse // Advokat. 2011. N 12.

12. Stepin A.B. Ponyatie i sushchnost' mezhdunarodnykh standartov zashchity chastnogo prava // Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo. 2012. N 1.

13. Khotsanov D.A. Ustanovlenie soderzhaniya inostrannykh pravovykh norm v mezhdunarodnom chastnom prave. M., 2012.

14. Shvakin S.V. Problemy mezhdunarodnogo vzaimodeistviya natsional'nykh pravovykh sistem // Evraziiskii yuridicheskii zhurnal. 2012. N 6.

15. Yurova N.M. Mezhdunarodnoe grazhdanskoe protsessual'noe pravo: Teoreticheskie osnovy implementatsii norm v pravovoi sisteme RF. M., 2008.