Оглавление

1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 25 ИЮЛЯ 2014 Г. ПО ДЕЛУ № А55-17525/2010. 3

2. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 22 ФЕВРАЛЯ 2011 Г. ПО ДЕЛУ № А55-17525/2010 9

3. РЕШЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 08 ФЕВРАЛЯ 2012 Г. ПО ДЕЛУ № А55-10632/2007 17

4. YUKOS CAPITAL S.A.R.L. V. OAO SAMARANEFTEGAZ. 13-3357-CV, 2D CIR. NOV. 4, 2014....27

5. YUKOS CAPITAL S.A.R.L. V. OAO SAMARANEFTEGAZ. 10 CIV. 6147 (PAC), S.D.N.Y. AUG. 06, 2013. 31

6. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ № 7805/12 ОТ 23 ОКТЯБРЯ 2012 Г. ПО ДЕЛУ № А56-49603/2011 39

7. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА ГОРОДА САНКТ-ПЕТЕРБУРГА И ЛЕНИНГРАДСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 27 ДЕКАБРЯ 2010 Г. ПО ДЕЛУ № А56-36839/2010 44

8. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА ОТ 09 ЯНВАРЯ 2003 Г. ПО ДЕЛУ № А56-30789/02....45

9. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ФАС ДАЛЬНЕВОСТОЧНОГО ОКРУГА ОТ 20 ИЮНЯ 2000 Г. № Ф03-А51/00-1/993....47

10. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА ГОРОДА МОСКВЫ ОТ 15 АВГУСТА 2012 Г. ПО ДЕЛУ № А40-26424/2011-83-201 50

11. BNP PARIBAS S.A. V OJSC RUSSIAN MACHINES & JSC INGOSSTRAKH-INVESTMENT [2011] EWHC 308 (COMM) 52

12. TURNER V GROVIT, HARADA LTD AND CHANGEPOINT SA. CASE NO. C-159/02. COURT OF JUSTICE. 27 APRIL 2004....82

13. TURNER V GROVIT, HARADA LTD AND CHANGEPOINT SA. CASE NO. C-159/02. COURT OF JUSTICE. OPINION OF ADVOCATE GENERAL RUIZ-JARABO COLOMER. 20 NOVEMBER 2003 87

14. ALLIANZ SPA AND GENERALI ASSICURAZIONI GENERALI SPA V WEST TANKERS INC. CASE NO. C-185/07. COURT OF JUSTICE. 10 FEBRUARY 2009....93

15. STAR REEFERS POOL INC V JFC GROUP CO LTD [2012] EWCA CIV 14 99

16. UST-KAMENOGORSK HYDROPOWER PLANT JSC V AES UST-KAMENOGORSK HYDROPOWER PLANT LLP [2013] UKSC 35. 110

17. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ № 10718/08 ОТ 20 ЯНВАРЯ 2009 Г. 125

18. КОНСТИТУЦИЯ РФ 1993 Г. 129

19. ДОГОВОР МЕЖДУ СОЮЗОМ СОВЕТСКИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКИХ РЕСПУБЛИК И РЕСПУБЛИКОЙ КИПР О ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ ПО ГРАЖДАНСКИМ И УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ....130

20. АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РФ 131

21. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РФ.....137

22. ЗАКОН РФ «О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ» 138

23. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПЛЕНУМА ВАС РФ № 55 ОТ 12.10.2006 Г. «О ПРИМЕНЕНИИ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР».....140

24. ИНФОРМАЦИОННОЕ ПИСЬМО ПРЕЗИДИУМА ВЫСШЕГО АРБИТРАЖНОГО СУДА РФ ОТ 09 ИЮЛЯ 2013 Г. № 158 «ОБЗОР ПРАКТИКИ РАССМОТРЕНИЯ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ ДЕЛ С УЧАСТИЕМ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ» 141

25. ПРОЕКТ ЗАКОНА № 607554-6 О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН «О КОМПЕНСАЦИИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВА НА СУДОПРОИЗВОДСТВО В РАЗУМНЫЙ СРОК ИЛИ ПРАВА НА ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНОГО АКТА В РАЗУМНЫЙ СРОК» 142

26. ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА К ПРОЕКТУ ЗАКОНА № 607554-6 145

27. РЕГЛАМЕНТ N 44/2001 СОВЕТА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА «О ЮРИСДИКЦИИ, ПРИЗНАНИИ И ИСПОЛНЕНИИ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ГРАЖДАНСКИМ И КОММЕРЧЕСКИМ ДЕЛАМ» (С ИЗМ. И ДОП. ОТ 06.04.2009).....146

28. ARBITRATION ACT 1996 (ENGLAND AND WALES) 150

29. ТИПОВОЙ ЗАКОН ЮНСИТРАЛ (В РЕД. 2006 Г.).....151

1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 25 ИЮЛЯ 2014 Г. ПО ДЕЛУ № А55-17525/2010.

Судья Арбитражного суда Самарской области Гольдштейн Д.К., рассмотрев заявление Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» о разъяснении определения Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу № А55-17525/2010 в деле по заявлению компании ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) к Открытому акционерному обществу «Самаранефтегаз» о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения

без вызова сторон установил:

Компания ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) обратилась в Арбитражный суд Самарской области с заявлением о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS (арбитры Д-р Бернхард Ф. Мейер-Хаузер (Dr. Bernhard F. Meyer-Hauser), Джон Дж. Керр Мл., Эсквайр (John J. Kerr Jr., Esq.), Д-р Иван Зыкин), согласно которому Международный Арбитражный суд при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса обязал Открытое акционерное общество «Самаранефтегаз» выплатить ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) задолженность по займу в сумме 2 415 890 000 руб. 00 коп. из договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07, проценты по займу в сумме 664 821 971 руб. 00 коп., проценты по ставке 9% на указанные суммы до даты фактической уплаты, а также возложил на Открытое акционерное общество «Самаранефтегаз» часть судебных расходов.

Определением Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010 отказано в удовлетворении заявления ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS.

В признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS Арбитражным судом Самарской области отказано со ссылкой на положения подпункта 2 пункта b) части 1 статьи V и подпункта b) пункта 2 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражный решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году), вследствие нарушения права стороны на защиту в ходе судебного процесса, а также вследствие противоречия указанного решения публичному порядку Российской Федерации.

Определение Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010 сторонами не обжаловалось.

Открытое акционерное общество «Самаранефтегаз» обратилось в Арбитражный суд Самарской области с заявлением о разъяснении определения Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу № А55-17525/2010, ссылаясь на неясность последствий указанного судебного акта для взаимоотношений сторон с учетом иных существующих судебных актов.

В обоснование заявления о разъяснении судебного акта заявитель указал, что помимо заявления о приведении в исполнение в Российской Федерации решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS компания ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) обратилась в Окружной суд США по Южному

округу штата Нью-Йорк с целью признания и приведения в исполнение в США того же решения международного арбитражного суда.

При этом Окружной суд США по Южному округу штата Нью-Йорк удовлетворил обращение компании ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.), решением от 06.08.2013 (с учетом изменений от 02.10.2013) обязав Открытое акционерное общество «Самаранефтегаз» заплатить денежные средства в пользу компании ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.).

Кроме того, во исполнение указанного решения Окружной суд США по Южному округу штата Нью-Йорк, рассмотрев ходатайство компании ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) об обязании Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» передать на территорию США свои активы в размере, достаточном для исполнения судебного решения, вынес судебные приказы от 22.01.2014 и 17.04.2014, которыми обязал Открытое акционерное общество «Самаранефтегаз» выплатить в пользу компании ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) полную сумму, присужденную по этому решению, или предоставить залог на указанную сумму на период рассмотрения апелляционной жалобы Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» на данное решение, а также раскрыть сведения, касающиеся финансово-хозяйственной деятельности Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» «Самаранефтегаз», в том числе составляющие коммерческую тайну.

В соответствии с частью 1 статьи 179 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в случае неясности решения арбитражный суд, принявший это решение, по заявлению лица, участвующего в деле, судебного пристава-исполнителя, других исполняющих решение арбитражного суда органа, организации вправе разъяснить решение без изменения его содержания. Разъяснение решения допускается, если оно не приведено в исполнение и не истек срок, в течение которого решение может быть принудительно исполнено (часть 2 данной статьи).

Разъяснение заключается в более полном и ясном изложении тех частей судебного акта, уяснение которых вызывает трудности.

Согласно толкованию статьи 179 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, приведенному в определении Конституционного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 108-О, путем разъяснения решения создаются необходимые условия для его правильного понимания и исполнения, а также устранения тех или иных недостатков.

Учитывая, что определение Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010 по своему характеру не предполагает принудительного исполнения, суд не связан положениями части 2 статьи 179 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Пользуясь правом, предоставленным арбитражному суду частью 2 статьи 14 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Самарской области обратился в Министерство иностранных дел Российской Федерации за содействием и разъяснением содержания и специфики применения норм иностранного и международного права.

Из письма Министерства иностранных дел Российской Федерации от 21.07.2014 №10800/дн следует, что в отношениях между Российской Федерацией и США отсутствует международный договор, предусматривающий взаимное признание и исполнение судебных решений по гражданским делам. При этом упомянутые судебные акты Окружного суда США по Южному округу штата Нью-Йорк охарактеризованы как не ограничивающиеся территорией США и распространяющиеся на правоотношения с участием Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» на территории Российской Федерации («экстерриториальные»), вследствие чего оценены Министерством

иностранных дел Российской Федерации как противоречащие общепризнанным принципам и нормам международного права, нарушающие суверенитет Российской Федерации и являющиеся вмешательством в осуществление суверенных прерогатив Российской Федерации. Также сделан вывод о том, что возможные действия Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» по исполнению судебных решений Окружного суда США по Южному округу штата Нью-Йорк не отвечали бы применимым нормам российского законодательства и международного права.

Согласно части 1 статьи 241 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные арбитражные решения), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом.

Согласно части 2 статьи 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение полностью или в части иностранного арбитражного решения по основаниям, предусмотренным пунктом 7 части 1 настоящей статьи и частью 4 статьи 239 настоящего Кодекса для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Согласно части 4 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража по основаниям, предусмотренным международным договором Российской Федерации и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже.

Порядок признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения в данном случае регулируется Конвенцией Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (заключена в Нью-Йорке в 1958 году). Основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения приведены в статье V указанной Конвенции.

Согласно статье III Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (заключена в Нью-Йорке в 1958 году), каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях.

Таким образом, сформулировано правило, согласно которому признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений возможно лишь в соответствии с принципами, содержащимися в Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (заключена в Нью-Йорке в 1958 году) и в порядке, установленном национальным законодательством соответствующей страны.

Определением Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010 вопрос о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS разрешен, в удовлетворении соответствующего заявления отказано.

При этом отказ в признании и приведении в исполнение обусловлен, в том числе, противоречием упомянутого арбитражного решения публичному порядку Российской Федерации, поскольку судом установлено, что финансирование ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) для целей предоставления займов производилось за счет ранее незаконно изъятых у Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» денежных средств. Указанный вывод был подтвержден вступившим в законную силу решением Арбитражного суда Самарской области от 08.02.2012 по делу №А55-10632/2007 о признании недействительными договоров займа, положенных в основание арбитражного решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS, а также вступившим в законную силу приговором Хамовнического районного суда г. Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу № 1-23/10 в отношении Ходорковского М.Б., Лебедева П.Л., в котором те же договоры займа были признаны составной частью процесса хищения нефти и легализации денежных средств, полученных от реализации похищенной у Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» нефти.

Следовательно, упомянутый вопрос разрешен в соответствии с принципами Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (заключена в Нью-Йорке в 1958 году) и в порядке, установленном законодательством Российской Федерации и не может быть пересмотрен иначе, чем в процессуальном порядке Российской Федерации.

Между тем, перевод активов Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз», являющегося российским юридическим лицом, органы управления которого находятся на территории Российской Федерации, а также содействие такому переводу активов в форме раскрытия информации о них будет являться опосредованным приведением в исполнение решений Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу №14203/EBS на территории Российской Федерации, в чем ранее было отказано определением Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010.

Под публичным порядком понимаются фундаментальные правовые начала, которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации (статья 1192 Гражданского кодекса Российской Федерации), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц (пункт 1 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26.02.2013 №156).

Согласно статье 11 Конституции Российской Федерации суды Российской Федерации осуществляют государственную власть.

В силу части 1 статьи 6 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов Российской Федерации, а также их законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и другие обращения являются обязательными.

В соответствии с частями 1 и 2 статьи 16 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, 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, при этом неисполнение судебных актов, а также невыполнение требований арбитражных судов влечет за собой ответственность, установленную Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации и другими федеральными законами.

Таким образом, принцип обязательности принимаемых судами Российской Федерации судебных актов является составной частью публичного порядка в Российской Федерации.

Открытое акционерное общество «Самаранефтегаз», являясь юридическим лицом, созданным по праву Российской Федерации и зарегистрированным на её территории, чьи органы управления находятся на территории Российской Федерации, обязано соблюдать судебные акты российских судов и не может нарушать, установленные Конституцией России основы правопорядка, законы Российской Федерации в силу оговорки о публичном порядке, установленной статьей 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации, применяемой, в том числе и при принудительном исполнении иностранных арбитражных решений.

Обязательным судебным актом арбитражного суда – определением Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010, установлены правоотношения компании ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) и Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» по поводу признания и приведения в исполнение на территории Российской Федерации решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS.

Изменение указанных правоотношений путем приведения решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS в исполнение на территории Российской Федерации с соблюдением иных процедур, в том числе опосредованно через судебные решения, принимаемые в рамках иных правопорядков, не соотносится с положениями статьи III Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (заключена в Нью-Йорке в 1958 году) и процедурами, закрепленными в процессуальном законодательстве Российской Федерации.

Поскольку на территории Российской Федерации признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения иначе, чем с соблюдением требований норм международного права и права Российской Федерации невозможны, не может иметь места и принудительное исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS опосредованно через судебные акты иных правопорядков.

Кроме того, в соответствии с пунктом 1 статьи 2 Устава ООН, Декларацией о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, принятой резолюцией № 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 года, принципом международного правопорядка является принцип суверенного равенства государств, который предполагает, в том числе, что ни одно государство или группа государств не имеют права вмешиваться прямо или косвенно по какой бы то ни было причине во внутренние дела любого другого государства.

Согласно провозглашенному названной Декларацией принципу невмешательства в дела, входящие во внутреннюю компетенцию другого государства, ни одно государство не вправе применять меры любого характера с целью добиться подчинения себе другого государства в осуществлении им суверенных прав и получения от этого каких бы то ни было преимуществ.

ПРОГРАММА «МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ И ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО»,
II КУРС МАГИСТРАТУРЫ, МП ФАКУЛЬТЕТ МГИМО (У) МИД РФ

КАФЕДРА МЧиГП **КУРС «АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЧП»**

Со вступлением в законную силу судебного акта Арбитражного суда Самарской области возникло публично-правовое отношение, в котором носитель суверенитета – Российская Федерация в лице российского суда – выразил свою волю о том, каким образом находящемуся в его юрисдикции лицу – Открытому акционерному обществу «Самаранефтегаз» – следует действовать в отношении решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS, в том числе с учетом требований о соблюдении публичного порядка Российской Федерации.

Окружной суд США по Южному округу штата Нью-Йорк, требуя исполнения приказов о переводе активов и раскрытии информации, понуждает лицо российского права Открытое акционерное общество «Самаранефтегаз» действовать в противоречии с публичным порядком Российской Федерации и обязательными для него судебными актами российских судов. Тем самым, в нарушение суверенных прав Российской Федерации, приказы о переводе активов, находящихся на ее территории и о раскрытии информации представляют собой вмешательство в вопросы, которые международное право относит к предмету ведения того суверенного государства, с которым наиболее тесно связаны лицо и территория, в отношении которых осуществлено такое действие, то есть в данном случае Российской Федерации.

Таким образом, исполнение судебных актов, вынесенных Окружным судом США по Южному округу штата Нью-Йорк с использованием российских активов не может быть осуществлено Открытым акционерным обществом «Самаранефтегаз» без нарушения публичного порядка Российской Федерации, и будет фактически означать обращение взыскания на активы общества, находящиеся на территории Российской Федерации, вопреки вступившим в законную силу актам российских судов, то есть опосредованное приведение в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу №14203/EBS на территории Российской Федерации.

Принудительное исполнение судебных актов иностранных судов, в том числе указанных заявителем, осуществляется на территории Российской Федерации в соответствии с правилами и процедурами, установленными процессуальным законодательством Российской Федерации, в том числе главой 31 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь статьями 179, 184-185, 188, 244-246 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации определили:

1. Заявление Открытого акционерного общества «Самаранефтегаз» о разъяснении судебного акта удовлетворить, разъяснить, что определение Арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010 не допускает исполнения решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS на территории Российской Федерации, в том числе опосредованно через исполнение судебных актов иностранных государств о переводе российских активов и предоставлении информации и документов в отношении таких активов для исполнения указанного решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса.

2. Определение может быть обжаловано в срок, не превышающий месяца со дня его вынесения судом первой инстанции, с направлением жалобы через Арбитражный суд Самарской области.

Судья Гольдштейн Д.К.

2. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 22 ФЕВРАЛЯ 2011 Г. ПО ДЕЛУ № А55-17525/2010

Арбитражный суд Самарской области в составе судьи Гольдштейна Д.К. при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Федюниной Е.В., рассмотрев 15 февраля 2011 года в судебном заседании дело по заявлению ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) к ОАО «Самаранефтегаз» о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения

при участии:

от взыскателя – предст. Скворцов А.В., по доверенности от 21.01.2010 № б/н;

от должника – предст. Шуваткина Ю.Н., по доверенности от 01.12.2010 № СНГ-352/10; предст. Давыденко Д.Л., по доверенности от 27.12.2010 №б/н; предст. Черный Д.С., по доверенности от 27.12.2010 № б/н.

установил:

Компания ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) обратилась в арбитражный суд Самарской области с заявлением о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS (арбитры Д-р Бернхард Ф. Мейер-Хаузер (Dr. Bernhard F. Meyer-Hauser), Джон Дж. Керр Мл., Эсквайр (John J. Kerr Jr., Esq.), Д-р Иван Зыкин), согласно которому Международный Арбитражный суд при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса обязал ОАО «Самаранефтегаз» выплатить ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) задолженность по займу в сумме 2 415 890 000 руб. 00 коп. из договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07, проценты по займу в сумме 664 821 971 руб. 00 коп., проценты по ставке 9% на указанные суммы до даты фактической уплаты, а также возложил на ОАО «Самаранефтегаз» часть судебных расходов.

Должник (ОАО «Самаранефтегаз») возражало против заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, ссылаясь в письменном отзыве на положения подпунктов a), b), d) пункта 1 и подпункта b) пункта 2 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году).

Исследовав представленные в материалы дела доказательства, заслушав объяснения представителей взыскателя и должника, арбитражный суд Самарской области считает заявление ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS не подлежащим удовлетворению в связи с нижеследующим.

Согласно части 1 статьи 241 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные арбитражные решения), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом.

Согласно части 2 статьи 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение полностью или в части иностранного арбитражного решения по основаниям, предусмотренным пунктом 7 части 1 настоящей статьи и частью 4 статьи 239 настоящего

Кодекса для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Согласно части 4 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража по основаниям, предусмотренным международным договором Российской Федерации и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже.

Порядок признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения в данном случае регулируется Конвенцией Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (заключена в Нью-Йорке в 1958 году).

Основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения приведены в статье V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (заключена в Нью-Йорке в 1958 году).

Согласно подпункту b) пункта 1 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году) основанием для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения является неуведомление должным образом стороны, против которой вынесено решение, о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, а также иные причины, воспрепятствовавшие представлению такой стороной своих объяснений.

Из содержания решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS следует, что ОАО «Самаранефтегаз» не участвовало в рассмотрении дела.

Согласно пункту 6 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.12.2005 № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов», арбитражный суд при рассмотрении вопроса об извещении стороны, против которой принято решение, проверяет, не была ли она лишена возможности защиты в связи с отсутствием фактического и своевременного извещения о времени и месте рассмотрения дела.

В соответствии с пунктом 3 (2) Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты все уведомления или сообщения Секретариата и состава арбитража направляются по последнему адресу стороны или ее представителю, которой они предназначаются, как это сообщено либо стороной, о которой идет речь, либо другой стороной. Уведомление или сообщение может быть осуществлено путем вручения под расписку, направления заказного письма, курьерского письма, факсимильной передачи, телекса, телеграммы или любым иным способом связи, подтверждающим факт отправки.

Согласно пункту 3 (3) Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты уведомление или сообщение считаются предъявленными в день, когда они получены стороной или ее представителем, или когда они должны были быть ими получены, если они были направлены в соответствии с пунктом 2 статьи 3 Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты.

Из материалов дела следует, что в соответствии с пунктом 2 статьи 3 Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты сведения об адресе места нахождения ОАО «Самаранефтегаз» были сообщены Международному Арбитражному суду при Международной торговой палате ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS

CAPITAL S.A.R.L.) в Письме в Секретариат и Запросе на арбитраж от 12.01.2006, т.е. в первом обращении заявителя в Международный Арбитражный суд при Международной торговой палате. В указанных документах в качестве адреса ОАО «Самаранефтегаз» указан следующий адрес: 443071, Российская Федерация, Самара, Волжский проспект, 50.

Секретариатом Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате в указанный адрес почтовой службой DHL (согласно записям в преамбулах данных сообщений) направлялись сообщения от 20.01.2006, от 07.02.2006, от 15.02.2006, от 28.02.2006 и от 13.03.2006 с информацией о получении Запроса на арбитраж и предложением представить отзыв. Тем не менее, в материалах настоящего судебного дела не имеется фактических доказательств (квитанций почтовой службы DHL) направления в указанный адрес ОАО «Самаранефтегаз» данных сообщений.

После последней даты (13.03.2006), извещения о ходе дела направлялись Секретариатом Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате и судом посредством факсимильной связи в адрес ЗАО «ЮКОС ЭП» на номер «00 7 495 755 5357».

Указанные данные не были сообщены ОАО «Самаранефтегаз» Международному Арбитражному суду при Международной торговой палате как информация для целей, указанных в пункте 3 (2) Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты.

В Письмах ЗАО «ЮКОС ЭП» от 06.04.2006 №402-143 и от 12.05.2006 №402-183, адресованных Секретариату Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате отрицается юрисдикция данного суда в рассматриваемом деле, однако данные письма не содержат ни сообщения об изменения адреса уведомлений (443071, Российская Федерация, Самара, Волжский проспект, 50), ни о назначении представителя в арбитражном суде, имеющего иной адрес, отличный от адреса ОАО «Самаранефтегаз».

Согласно части 2 статьи 54 Гражданского кодекса Российской Федерации место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации. Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа - иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности.

В силу части 1 статьи 13 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» государственная регистрация юридических лиц при их создании осуществляется регистрирующими органами по месту нахождения постоянно действующего исполнительного органа, в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа - по месту нахождения иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности.

Таким образом, место нахождения юридического лица и место нахождения постоянно действующего исполнительного органа юридического лица, созданного в соответствии с законодательством Российской Федерации, определяется местом его государственной регистрации, которым, согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц от 27.09.2001 №14941, является адрес 443071, Российская Федерация, Самара, Волжский проспект, 50.

Кроме того, в соответствии с пунктом 3.4 Договора о передаче полномочий исполнительных органов от 23.09.1998 между ОАО «Самаранефтегаз» и ЗАО «ЮКОС ЭП», функции исполнительного органа осуществлялись последним «по фактическому обычному местонахождению» исполнительного органа ОАО «Самаранефтегаз» (443071, Российская Федерация, Самара, Волжский проспект, 50). При этом решением ОАО «НК «ЮКОС» от 02.06.2006 №2 Договор о передаче полномочий исполнительных органов от 23.09.1998 между ОАО «Самаранефтегаз» и ЗАО «ЮКОС ЭП» расторгнут с 02.06.2006,

генеральным директором ОАО «Самаранефтегаз» избран Обиход А.П. на срок до момента заключения договора о передаче полномочий единоличного исполнительного органа ЗАО «ЮКОС Рефайнинг энд Маркетинг». 02.06.2006 ОАО «Самаранефтегаз» и ЗАО «ЮКОС ЭП» подписано соглашение о расторжении Договора о передаче полномочий исполнительных органов от 23.09.1998, при этом ЗАО «ЮКОС Рефайнинг энд Маркетинг» 19.06.2006 подписан договор о передаче полномочий единоличного исполнительного органа.

Таким образом, после 02.06.2006 любые уведомления, направленные в адрес ЗАО «ЮКОС ЭП» не могут быть признаны направленными и полученными ОАО «Самаранефтегаз».

Таким образом, в адрес ОАО «Самаранефтегаз» (443071, Российская Федерация, Самара, Волжский проспект, 50) не были направлены и, соответственно, получены последним письма Секретариата Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 13.04.2006; от 28.04.2006; от 09.05.2006, содержащее, в частности, сообщение о проведении разбирательства в соответствии с пунктом 6 (2) Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты и о назначении арбитра Ивана Зыкина; от 16.06.2006; от 04.07.2006, содержащее, в частности, сообщение о назначении председателем арбитражного суда Д-ра Бернхарда Ф. Мейер-Хаузера (Dr. Bernhard F. Meyer-Hauser); от 26.07.2006; от 17.08.2006; от 15.09.2006, содержащее, в частности, сообщение о Круге Вопросов и Предварительном расписании процесса; от 05.10.2006; от 21.11.2006, содержащее, в частности, сообщение о Круге Вопросов и Предварительном расписании процесса; от 11.12.2006, содержащее, в частности, сообщение о утверждении Круга Вопросов; от 14.02.2007, содержащее, в частности, сообщение об увеличении размера исковых требований; от 23.02.2007; от 05.03.2007; от 11.04.2007.

Также в адрес ОАО «Самаранефтегаз» (443071, Российская Федерация, Самара, Волжский проспект, 50) не были направлены и, соответственно, получены последним письма Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 10.07.2006 содержащее, в частности, сообщение о назначении председателя арбитражного суда, необходимости согласования даты слушания; от 14.07.2006; от 18.07.2006, содержащее, в частности, сообщение о проведении разбирательства в соответствии с пунктом 6 (2) Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты; от 27.07.2006, содержащее, в частности, сообщение о необходимости согласования даты слушания; от 29.08.2006, содержащее, в частности, сообщение о Круге Вопросов; от 31.08.2006; Процессуальный ордер от 05.09.2006 №1 с приложенными документами, в том числе Кругом Вопросов; от 06.09.2006, содержащее, в частности, сообщение о Круге Вопросов; от 26.09.2006; от 09.10.2006; от 10.10.2006; от 16.10.2006, содержащее, в частности, сообщение о Круге Вопросов; от 09.11.2006; от 24.11.2006, содержащее, в частности, сообщение о дата утверждения Круга Вопросов и дате проведения слушаний по делу; от 06.12.2006; от 13.12.2006; от 15.01.2007, содержащее, в частности, сообщение об изменении времени слушания дела; от 22.01.2007, содержащее, в частности, сообщение о результатах слушаний и увеличении размера исковых требований; от 23.01.2007, содержащее, в частности, сообщение о результатах слушаний; от 01.02.2007, содержащее, в частности, сообщение о увеличении размера исковых требований; от 09.05.2007, содержащее, в частности, сообщение о завершении процесса.

С учетом изложенного, ОАО «Самаранефтегаз» не было извещено о наиболее важных этапах движения арбитражного дела в Международном Арбитражном суде при Международной торговой палате, в том числе о формировании состава арбитров, о формировании и утверждении Круга Вопросов, о назначении даты и места слушаний дела,

о компетенции состава арбитража (пункт 6 (2) Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты).

Как указано выше, в силу подпункта 2 пункта b части 1 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражный решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году), основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, может являться не только факт отсутствия судебных извещений о назначении арбитра, об арбитражном разбирательстве, но и любые иные обстоятельства, сделавшие невозможным представление объяснений по делу.

В этой связи, не могут быть приняты доводы взыскателя о том, что ЗАО «ЮКОС ЭП» являлось надлежащим представителем в силу договора и изменение последнего без извещения суда о таком изменении влечет риск неблагоприятных последствий для ОАО «Самаранефтегаз», поскольку, как указано выше, ОАО «Самаранефтегаз» не назначало представителя в арбитражном суде применительно к пункту 3 (2) Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты.

Оценивая представленные доказательства в совокупности по правилам статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд считает доказанным как факт отсутствия подавляющей части судебных извещений, так и их ненадлежащий характер, что нарушило права стороны на защиту в ходе судебного процесса, и что является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS.

Кроме того, согласно подпункту b) пункта 2 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году) и подпункту 2 пункта 1 статьи 36 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» в признании или приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано в случае, если признание и приведение в исполнение такого решения противоречат публичному порядку этой страны.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации, т.е. основополагающим принципам права (конституционным), обеспечивающим основы конституционного строя, права и свободы человека и гражданина, а также судебную власть Российской Федерации.

Согласно статье 11 Конституции Российской Федерации суды Российской Федерации осуществляют государственную власть.

В силу части 1 статьи 6 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов Российской Федерации, а также их законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и другие обращения являются обязательными.

Применительно к позиции сформулированной в пункте 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.07.2009 № 57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств» обстоятельства, которые установлены в деле, рассмотренном ранее, должны учитываться судом независимо от состава лиц, участвующих в деле.

Единственным участником ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) на дату подписания договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07 являлась компания «Yukos Finance B.V.» (согласно Уведомлению о публикации и требованию о внесении изменений от 25.04.2005 B92188). Из материалов дела также следует, и не оспорено ни взыскателем, ни должником, что ОАО «НК «ЮКОС» на дату подписания договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07 и на дату обращения ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) с иском в Международный арбитражный суд при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса, являлось единственным участником (акционером) как компании «Yukos Finance B.V.», так и ОАО «Самаранефтегаз», контролировало и определяло действия указанных лиц.

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 28.04.2005 по делу № А40-4338/05-107-9/А40-7780/05-98-90, установлено, что движение денег в рамках зависимых от ОАО «НК «ЮКОС» организаций не было обусловлено гражданско-правовыми основаниями, было направлено на уклонение от налогообложения и полностью контролировалось ОАО «НК «ЮКОС». В Решении Арбитражного суда г. Москвы от 28.04.2005 по делу № А40-4338/05-107-9/А40-7780/05-98-90, в том числе указано «Денежные средства группы ЮКОС аккумулируются и хранятся на счетах зависимых компаний – нерезидентов в банках – нерезидентах. Для осуществления крупных платежей организации группы ЮКОС путем многочисленных взаиморасчетов в том числе с использованием векселей, переводят средства, принадлежащие группе ЮКОС со счетов банков - нерезидентов в российские банки на время, необходимое для проведения расчета по реально интересующей ОАО «НК «ЮКОС» сделке.

Взаиморасчеты между организациями группы – резидентами в большинстве случаев осуществляются в течение одного банковского дня и оформляются банковскими проводками. Как правило, на начало дня, в течение которого осуществляются крупные платежи, в том числе по оплате нефти (нефтепродуктов) и векселей, нет остатка денежных средств, достаточного для проведения платежа».

Таким образом, при трансфертном ценообразовании в рамках группы ОАО «НК «ЮКОС» средства сначала изымались через трансфертные цены, а затем возвращались уже в виде займов для финансирования деятельности того или иного предприятия. Указанная схема финансирования являлась незаконной и была направлена, в том числе на вывод средств из нефтедобывающих предприятий, что подтверждается указанным решением суда.

Таким образом, финансирование ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) для целей предоставления займов производилось за счет ранее изъятых у ОАО «Самаранефтегаз» средств в рамках трансфертного ценообразования.

Указанные обстоятельства явились предметом судебного разбирательства в рамках судебного дела №А55-10632/2007, осуществляемого арбитражным судом Самарской области по иску ООО «Нефть-Актив» к ОАО «Самаранефтегаз» и ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.), в связи с оспариванием договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07.

С учетом изложенного, признание и приведение в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS, при наличии спора о действительности договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07, будет противоречить публичному порядку Российской Федерации.

Кроме того, из имеющейся в материалах дела апелляционной жалобы, поданной ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) на решение судьи по вопросам предварительной судебной защиты суда Амстердама от 28.02.2008 при приведении в

исполнение решения о взыскании с ОАО «НК «Роснефть» (как правопреемника ОАО «Юганскнефтегаз») задолженности, возникших из аналогичных договоров займа следует, что дополнительные соглашения к договорам займа, изменяющие подсудность споров и применимое право, были заключены по указанию менеджмента ОАО «НК «ЮКОС» в целях сохранения активов ОАО «НК «ЮКОС» для «законных акционеров» и «предотвращения экспроприации активов российским государством».

Аналогичная позиция высказывалась ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) и при рассмотрении Международным Арбитражным судом при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса дела № 14203/EBS (п.12 решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS).

Вышеизложенное в совокупности, может свидетельствовать о передаче денежных средств внутри взаимосвязанной группы лиц и ставит под сомнение реальность договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07, в связи с чем признание и приведение в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS также противоречило бы публичному порядку Российской Федерации.

При таких обстоятельствах решение Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS не подлежит признанию и приведению в исполнение также в силу подпункту b) пункта 2 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году), подпункта 7 части 1 статьи 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, подпункту 2 пункта 1 статьи 36 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

Применительно к положениям подпунктов a) и d) пункта 1 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году), иные приведенные ОАО «Самаранефтегаз» в обоснование его позиции доводы, касающиеся оценки действительности дополнительных соглашений от 02.11.2005 к договорам займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07, судом не положены в основание принятого судебного акта, поскольку, по мнению суда, оценка обстоятельств действительности указанных соглашений вне судебного дела №А55-10632/2007 и не в связи с вопросом об оценке действительности самих договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07, не отвечает целям и принципам арбитражного судопроизводства.

С учетом изложенного, в удовлетворении заявления удовлетворении заявления ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS следует отказать.

В соответствии с ч.1 ст. 110 АПК РФ расходы по государственной пошлине подлежат отнесению на взыскателя.

Руководствуясь ст.ст. 110, 184-185, 244-246 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации определил:

1. В удовлетворении заявления ЮКОС КАПИТАЛ С.А.Р.Л. (YUKOS CAPITAL S.A.R.L.) о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS отказать.

2. Определение может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня его вынесения.

ПРОГРАММА «МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ И ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО»,
II КУРС МАГИСТРАТУРЫ, МП ФАКУЛЬТЕТ МГИМО (У) МИД РФ

КАФЕДРА МЧиГП **КУРС «АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЧП»**

Судья Гольдштейн Д.К.

3. РЕШЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 08 ФЕВРАЛЯ 2012 Г. ПО ДЕЛУ № А55-10632/2007

Арбитражный суд Самарской области в составе судьи Гольдштейна Д.К. при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Комаровым А.С., рассмотрев в судебном заседании 01 февраля 2012 года дело по иску ООО «Нефть-Актив», 117071, Москва, Малая Калужская ,19,стр.1 к ОАО «Самаранефтегаз», 443071, Самарская область, Самара, Волжский пр-т,50; Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» («Yukos Capital S.a.r.l.»), Л-2010, Люксембург Л-2520, Алле Шеффер, 1, п/я 8 (1, Allee Scheffer, L-2520 Luxembourg P.O. Box 8, L-2010 Luxembourg) о признании недействительными договоров займа от 20.07.2004 № 03-07 и от 27.07.2004 № 06-07 при участии в заседании

от истца – предст. Лаврентьева Е.И., по доверенности от 06.12.2011 № НА-11/73;

от ответчиков – предст. ОАО «Самаранефтегаз» Шуваткина Ю.Н., по доверенности от 13.01.2012 № СН2-223/12; предст. Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» Морозов А.Г., по доверенности от 01.12.2011 № б/н.

В судебном заседании, открытом 25.01.2012, в соответствии со статьей 163 АПК РФ, объявлялся перерыв до 31.01.2012 до 14 часов 30 минут, затем до 01.02.2012 до 14 часов 00 минут, информация о которых размещена на официальном сайте в сети Интернет по веб-адресу: http://kad.arbitr.ru.

Установил:

ООО «Нефть-Актив» обратилось в арбитражный суд Самарской области с иском к ОАО «Самаранефтегаз» и Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» о признании недействительным подписанного между ними договора займа от 20.07.2004 №03-07.

Определением арбитражного суда Самарской области от 02.08.2007 указанное исковое заявление принято к производству, возбуждено производство по делу №А55-10632/2007.

Определением арбитражного суда Самарской области от 22.10.2007 дело №А55-10632/2007 объединено с находившимся в производстве арбитражного суда Самарской области делом №А55-10609/2007 по иску ООО «Нефть-Актив» к ОАО «Самаранефтегаз» и Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» о признании недействительным договора займа от 27.07.2004 №06-07.

Определением арбитражного суда Самарской области от 28.07.2009 производство по делу приостановлено до вступления в законную силу судебного акта по уголовному делу № 1-88/09, рассматриваемому Хамовническим районным судом г. Москвы.

Определением Арбитражного суда Самарской области от 29.07.2011 производство по делу возобновлено.

Ответчик (ОАО «Самаранефтегаз») в письменном отзыве на иск не возражал против его удовлетворения, ссылаясь на обстоятельства недействительности договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз».

Ответчик (Компания «Юкос Кэпитал С.а.р.л.») иск не признал по основаниям, изложенным в письменном отзыве на иск.

После перерыва в судебном заседании 31.01.2012 представителем Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» был заявлен письменный отвод судье Гольдштейну Д.К. Определением председателя судебного состава арбитражного суда Самарской области Хмелева С.П. от 01.02.2012 указанное заявление Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» об отводе судьи Гольдштейна Д.К. оставлено без удовлетворения, в связи с чем рассмотрение дела продолжено 01.02.2012 в том же составе.

Рассмотрев материалы дела, заслушав объяснения представителей сторон, суд считает иск подлежащим удовлетворению в связи с нижеследующим.

Предметом заявленного иска является мотивированное положениями статей 168, 170, 10 Гражданского кодекса Российской Федерации требование ООО «Нефть-Актив» к ОАО «Самаранефтегаз» и Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» о признании недействительными подписанных между ними договоров займа от 20.07.2004 № 03-07 и от 27.07.2004 №06-07, поскольку такой заем является притворной сделкой, направленной на прикрытие действительных отношений сторон в виде незаконного изъятия собственных средств ОАО «Самаранефтегаз» в пользу Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и последующий возврат указанных средств в пользу ОАО «Самаранефтегаз» в виде займа.

Из материалов дела следует, что между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» подписаны вышеуказанные договор займа от 20.07.2004 №03-07 и договор займа от 27.07.2004 №06-07.

Предметом договора займа от 20.07.2004 №03-07 является предоставление Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» ОАО «Самаранефтегаз» займа в пределах 1 700 000 000 руб. 00 коп. на срок до 31.12.2007 под 9% годовых.

Предметом договора займа от 27.07.2004 №06-07 является предоставление Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» ОАО «Самаранефтегаз» займа в пределах 715 890 000 руб. 00 коп. на срок до 31.12.2007 под 9% годовых.

Также ОАО «Самаранефтегаз» и Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» подписаны Дополнительное соглашение от 02.11.2005 к договору займа от 20.07.2004 №03-07 и Дополнительное соглашение от 02.11.2005 к договору займа от 27.07.2004 №06-07 изменяющие подсудность споров и применимое право.

Из имеющихся в материалах дела заявлений ОАО «Самаранефтегаз» от 20.07.2004 №1 и от 27.07.2004 №1 на выборку, платежных поручений Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» от 20.07.2004 №17 и от 30.07.2004 №21 следует, что денежные средства в сумме 1 700 000 000 руб. 00 коп. и 715 890 000 руб. 00 коп., соответственно, были перечислены с указанием в основании платежа на исполнение договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07.

Как указано выше, в обоснование своих требований истец сослался на то, что действительные отношения сторон составляли незаконное изъятие собственных средств ОАО «Самаранефтегаз» в пользу Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и последующий возврат указанных средств в пользу ОАО «Самаранефтегаз» в виде займа.

Согласно статье 11 Конституции Российской Федерации суды Российской Федерации осуществляют государственную власть.

В силу части 1 статьи 6 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 №1-Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов Российской Федерации, а также их законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и другие обращения являются обязательными.

Применительно к позиции, сформулированной в пункте 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.07.2009 № 57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств», обстоятельства, которые установлены в деле, рассмотренном ранее, должны учитываться судом независимо от состава лиц, участвующих в деле. В том случае, если суд, рассматривающий другое дело, придет к иным выводам, он должен указать соответствующие мотивы.

Единственным участником Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» на дату подписания договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07 являлась компания «Yukos Finance B.V.» (согласно Выписке из торгового реестра компаний от 26.03.2003). Из

материалов дела (выписки из Ежеквартального отчета ОАО «НК «ЮКОС» за 3-4 кв. 2004 года, Ежеквартального отчета ОАО «Самаранефтегаз» за 4 кв. 2004 года, договора о передаче полномочий исполнительных органов от 23.09.1998 между ОАО «Самаранефтегаз» и ЗАО «ЮКОС Эксплорейшн и Продакшн», списка аффилированных лиц ЗАО «ЮКОС Эксплорейшн и Продакшн» на 31.12.2001, выписки из ЕГРЮЛ от 15.04.2005 №06/2697 в отношении ЗАО «ЮКОС Эксплорейшн и Продакшн») также следует, и не оспорено ответчиками, что ОАО «НК «ЮКОС» на дату подписания договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07 являлось единственным владельцем как компании «Yukos Finance B.V.», так и ОАО «Самаранефтегаз», контролировало и определяло действия указанных лиц.

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 28.04.2005 по делу № А40-4338/05-107-9/А40-7780/05-98-90, установлено, что движение денег в рамках зависимых от ОАО «НК «ЮКОС» организаций не было обусловлено гражданско-правовыми основаниями, было направлено на уклонение от налогообложения и полностью контролировалось ОАО «НК «ЮКОС». В Решении Арбитражного суда г. Москвы от 28.04.2005 по делу № А40-4338/05-107-9/А40-7780/05-98-90, в том числе указано «денежные средства группы ЮКОС аккумулируются и хранятся на счетах зависимых компаний - нерезидентов в банках - нерезидентах. Для осуществления крупных платежей организации группы ЮКОС путем многочисленных взаиморасчетов в том числе с использованием векселей, переводят средства, принадлежащие группе ЮКОС со счетов банков - нерезидентов в российские банки на время, необходимое для проведения расчета по реально интересующей ОАО «НК «ЮКОС» сделке.

Взаиморасчеты между организациями группы - резидентами в большинстве случаев осуществляются в течение одного банковского дня и оформляются банковскими проводками. Как правило, на начало дня, в течение которого осуществляются крупные платежи, в том числе по оплате нефти (нефтепродуктов) и векселей, нет остатка денежных средств, достаточного для проведения платежа».

Таким образом, при трансфертном ценообразовании в рамках группы ОАО «НК «ЮКОС» средства сначала изымались через трансфертные цены, а затем возвращались уже в виде займов для финансирования деятельности того или иного предприятия. Указанная схема финансирования являлась незаконной и была направлена, в том числе на вывод средств из нефтедобывающих предприятий, что подтверждается указанным решением суда.

Таким образом, финансирование Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» для целей предоставления займов производилось за счет ранее изъятых у ОАО «Самаранефтегаз» средств в рамках трансфертного ценообразования.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.02.2007 по делу № 09АП-18728/2006-ГК установлено, что средства займов между компаниями, входящими в структуру ОАО «НК «ЮКОС», являются средствами, ранее выведенными ОАО НК «ЮКОС» в оффшорные зоны, что «подтверждает и предложенный ОАО «НК «ЮКОС» план финансового оздоровления ОАО «НК «ЮКОС». Поскольку указанные в плане оздоровления 14 000 000 000 долларов США внутрикорпоративных требований являются требованиями заявленными Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.», от которых последняя может отказаться исходя их внутрикорпоративных интересов, постольку обоснован вывод, что фактически ОАО «НК «ЮКОС» в рамках договора займа резервировал собственные средства, ранее уведенные в оффшорные зоны в рамках использования схем ухода от налогообложения». В данном судебном акте также имеется указание на заявление президента ОАО «НК «ЮКОС» С.М. Тиди, сделанное им при рассмотрении комитетом кредиторов вопроса об оздоровлении должника, в котором прямо указывалось на то, что «задолженность ОАО «НК «ЮКОС» перед «Юкос Кэпитал

С.а.р.л.» вообще может не учитываться в реестре кредиторов в случае принятия предложенного им плана финансового оздоровления». Соответственно этому заявлению может оцениваться и задолженность дочернего ОАО «НК «ЮКОС» лица (ОАО «Самаранефтегаз»).

В соответствии с частью 4 статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, вступивший в законную силу приговор суда по уголовному делу обязателен для арбитражного суда по вопросам о том, имели ли место определенные действия и совершены ли они определенным лицом.

Вступившим в законную силу приговором Хамовнического районного суда г.Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу в отношении Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л. (далее – Приговор), последние признаны виновными в совершении преступлений, предусмотренных п.п. «а, б» ч. 3 ст. 160, ч. 3 ст. 174.1 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Данным судебным актом установлено, что вышеуказанными лицами совершены присвоение, то есть хищение имущества, в том числе ОАО «Самаранефтегаз», с использованием своего служебного положения, в крупном размере и последующая легализация нефти и денежных средств, полученных от реализации похищенной нефти.

Указанным судебным актом установлено, что имело место хищение имущества ОАО «Самаранефтегаз» и причинение последнему ущерба (стр. 73, 685 Приговора, с учетом кассационного определения Судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 24.05.2011) их легализация на счетах Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и выдача в виде займов ОАО «НК «ЮКОС» и его дочерним предприятиям, в том числе ОАО «Самаранефтегаз» по договору займа от 20.07.2004 №03-07 и договору займа от 27.07.2004 №06-07 (стр. 128-130 Приговора).

Судом установлено, что для облегчения и сокрытия совершения хищения нефти у нефтедобывающих предприятий, подсудимыми в лице ОАО «НК «ЮКОС» были разработаны и подготовлены генеральные соглашения (с ОАО «Самаранефтегаз» с 31 июля 1996 года), заключение которых явно противоречило интересам добывающих компаний, лишало их возможности самостоятельно распоряжаться добытой нефтью и преследовало со стороны подсудимых единственную цель - беспрепятственное завладение нефтью, то есть хищение уже на этапе ее извлечения из недр (стр. 155 Приговора).

Также судом установлено, что подготовив условия для совершения преступления, Ходорковский М.Б., Лебедев П.Л. и другие лица стали руководить действиями подчиненных им лиц по совершению финансовых операции, направленных на легализацию денежных средств, добытых преступным путем. При этом, Ходорковский М.Б. и другие члены организованной группы своими указаниями, обеспечившие вынесение решений о выплате дивидендов, заведомо знали, что аккумулированные на счетах обществ ООО «Ратибор», ООО «Фаргойл» денежные средства получены в результате реализации присвоенной чужой нефти, что фактически данные денежные средства принадлежат, в том числе ОАО «Самаранефтегаз» и решения о выплате дивидендов является формой легализации похищенного путем совершения финансовых операций по перечислению денежных средств на счета иностранных компаний (стр. 511 Приговора), в том числе компании «Британи Ассетс Лимитед», которой указанные денежные средства перечислялись, в том числе Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» (стр. 518, 525-526, 544 Приговора).

При этом судом установлено, что Ходорковским М.Б., Лебедевым П.Л. и другими членами преступной группы, Компания «Юкос Кэпитал С.а.р.л.». была специально учреждена в 2003 году для легализации (отмывания) денежных средств, похищенных при реализации похищенной нефти, в том числе у ОАО «Самаранефтегаз» в 2001-2003 годах

(стр. 529 Приговора) и не имела иных источников для выдачи займов, кроме денежных средств, предоставленных ей из прибыли «ЮКОСа» (стр. 671 Приговора).

Суд счел договор займа от 20.07.2004 №03-07 и договор займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» и платежные поручения Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» от 20.07.2004 №17 и от 30.07.2004 №21 доказательствами, подтверждающими легализацию денежных средств, полученных от реализации похищенной нефти (стр. 531, 538-539 Приговора).

Также суд посчитал доказанным, что результат действий Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л. по заемному финансированию, подтверждающий их корыстное содержание, был следующим: сначала подсудимые похитили, в том числе у ОАО «Самаранефтегаз» добытую ими нефть, затем, без воли как ОАО «Самаранефтегаз», так и воли ОАО «НК «ЮКОС» и против их интересов, продали эту нефть, оставив полученную выручку на счетах подконтрольных им лично, а не ОАО «НК «ЮКОС», компаний, выведя эти деньги за рубеж, после чего они предоставили деньги, вырученные от реализации нефти, похищенной у ОАО «Самаранефтегаз» ему же в виде процентных займов, введя последнее в долговую зависимость от иностранной компании, подконтрольной участникам организованной группы (стр. 540-541 Приговора).

С учетом положений статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, вышеуказанные обстоятельства подписания договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» следует считать установленными.

Возражая против удовлетворения заявленного иска Компания «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» указала, что ООО «Нефть-Актив» не обладает правом предъявления указанного иска, поскольку не является стороной в обязательстве, не являлось акционером ОАО «Самаранефтегаз» на дату подписания оспариваемых договоров.

В соответствии со статьей 168 Гражданского кодекса Российской Федерации сделка, не соответствующая требованиям закона, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает других последствий нарушения.

Согласно пункту 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации» ничтожная сделка является недействительной независимо от признания ее таковой судом (пункт 1 статьи 166 ГК РФ), при этом ГК РФ не исключает возможность предъявления исков о признании недействительной ничтожной сделки.

Указанные возражения Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» обусловлены ссылкой на правовую позицию судов, в том числе пункт 37 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.11.2003 № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах», согласно которому при разрешении споров, возникающих в связи с исками акционеров, необходимо иметь в виду, что иски акционерами могут предъявляться в случаях, предусмотренных законодательством. В то же время судебная практика, приведенная Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» в отзыве на иск, относится преимущественно к сделкам, являющимся оспоримыми, и оспариваемыми по специальным основаниям, предусмотренным законом (крупные сделки и сделки с заинтересованностью). Изложенное относится и к возражениям Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» о возможности предъявления иска акционером, приобретшим данный статус после заключения соответствующей сделки.

В то же время, в соответствии с пунктом 2 статьи 166 Гражданского кодекса Российской Федерации требование о применении последствий недействительности

ничтожной сделки, а следовательно, и требование о признании недействительной ничтожной сделки, может быть предъявлено любым заинтересованным лицом.

Из абзаца 2 пункта 38 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.11.2003 № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» следует, что запрет на предъявление акционером иска о признании недействительной ничтожной сделки совершенной акционерным обществом, отсутствует, для удовлетворения такого иска необходимы доказательства, подтверждающие нарушение прав и законных интересов акционера.

Факт того, что ООО «Нефть-Актив» является единственным акционером ОАО «Самаранефтегаз», и стало таковым до момента наступления обязанности по возврату займов, неоднократно подтверждался ООО «Нефть-Актив», в обоснование чего представлялись копия выписки из реестра владельцев именных ценных бумаг на 20.07.2007, выданной ЗАО «Центральный объединенный депозитарий», выписка из реестра владельцев именных ценных бумаг на 06.03.2008 №ЦО-08-И/2311, выданная ООО «Реестр-РН», копия выписки из реестра владельцев именных ценных бумаг на 13.12.2011, выданной ОАО «ВБРР». Данный факт Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» не опровергнут.

Поскольку обременение ОАО «Самаранефтегаз» обязательствами в виде возможного исполнения договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 путем возврата суммы займа повлияет как на объем активов ОАО «Самаранефтегаз», так и на стоимость его акций, а также размер возможных дивидендов по ним, вышеуказанные договоры нарушают права и законные интересы ООО «Нефть-Актив».

Также в обоснование своих возражений Компания «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» ссылается на то, что обстоятельства, являющиеся предметом рассматриваемого спора, получили оценку в решении Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS (арбитры Д-р Бернхард Ф. Мейер-Хаузер (Dr. Bernhard F. Meyer-Hauser), Джон Дж. Керр Мл., Эсквайр (John J. Kerr Jr., Esq.), Д-р Иван Зыкин), согласно которому Международный Арбитражный суд при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса обязал ОАО «Самаранефтегаз» выплатить Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» задолженность по займу в сумме 2 415 890 000 руб. 00 коп. из договоров займа от 20.07.2004 №03-07 и от 27.07.2004 №06-07, проценты по займу в сумме 664 821 971 руб. 00 коп., проценты по ставке 9% на указанные суммы до даты фактической уплаты, а также возложил на ОАО «Самаранефтегаз» часть судебных расходов.

Определением арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010 в удовлетворении заявления Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS отказано.

Решение Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS при рассмотрении арбитражным судом Самарской области дела №А55-17525/2010 ревизии не подвергалось, в удовлетворении заявления Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» о признании и приведении его в исполнение судом было отказано на основании подпункта 2 пункта b части 1 статьи V, подпункта b) пункта 2 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в Нью-Йорке в 1958 году), подпункта 7 части 1 статьи 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, подпункту 2 пункта 1 статьи 36 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1»О международном

коммерческом арбитраже», при этом Определение арбитражного суда Самарской области от 22.02.2011 по делу №А55-17525/2010 Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» не обжаловалось.

Данное Решение Международного Арбитражного суда при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса от 15.08.2007 по делу № 14203/EBS не может быть подвергнуто ревизии и при рассмотрении настоящего дела, при этом однако судом принимается во внимание, что иностранное арбитражное решение принято до установления приговором Хамовнического районного суда г.Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу в отношении Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л. обстоятельств хищения у ОАО «Самаранефтегаз» добытой нефти, ее продажи и предоставления денежных средств, вырученных от реализации нефти, похищенной у ОАО «Самаранефтегаз» ему же в виде процентных займов без воли ОАО «Самаранефтегаз» и против его интересов.

Кроме того, судебное дело № 14203/EBS, рассмотренное Международным Арбитражным судом при Международной торговой палате Организации всемирного бизнеса и настоящее дело не совпадают по предмету и основанию заявленных исковых требований, в связи с чем суд не связан ранее состоявшейся оценкой отношений Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз».

Также в обоснование возражений на иск Компания «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» ссылается на пропуск истцом срока исковой давности.

Согласно пункту 1 статьи 181 Гражданского кодекса Российской Федерации, с учетом пункта 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации» срок исковой давности по требованию о признании недействительной ничтожной сделки составляет три года. Течение срока исковой давности по указанному требованию начинается со дня, когда началось исполнение этой сделки.

Исполнение договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» началось осуществлением платежа, соответственно 20.07.2004 и 30.07.2004, согласно платежным поручениям Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» от 20.07.2004 №17 и от 30.07.2004 №21.

Таким образом, установленный законом срок исковой давности по требованию о признании недействительными договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» истекал, соответственно 20.07.2007 и 30.07.2007.

Согласно пунктам 1 и 2 статьи 194 Гражданского кодекса Российской Федерации, если срок установлен для совершения какого-либо действия, оно может быть выполнено до двадцати четырех часов последнего дня срока. Письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до двадцати четырех часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок.

Согласно календарному штемпелю организации связи (ФГУП «Почта России») на имеющихся в материалах дела конвертах почтовых отправлений №11503591879612 и №11503591879643, исковые заявления ООО «Нефть-Актив» о признании недействительными договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» были направлены в адрес арбитражного суда Самарской области 20.07.2007, т.е. до истечения срока, установленного пунктом 1 статьи 181 Гражданского кодекса Российской Федерации.

С учетом изложенного, оснований для применения исковой давности, по мнению суда, не имеется.

Также в качестве возражений против удовлетворения иска ответчиком - Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» указано на недоказанность истцом злоупотребления правом или нарушения принципа свободы договора при заключении оспариваемых договоров, их притворности.

Как указано выше, в соответствии со статьей 168 Гражданского кодекса Российской Федерации сделка, не соответствующая требованиям закона, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает других последствий нарушения.

В силу пункта 2 статьи 170 Гражданского кодекса Российской Федерации притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна. Таким образом, по основанию притворности недействительной может быть признана сделка, которая направлена на достижение других правовых последствий и прикрывает иную волю всех участников сделки.

Как указано выше, приговором Хамовнического районного суда г.Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу в отношении Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л. установлено, что Компания «Юкос Кэпитал С.а.р.л.». была специально учреждена для легализации (отмывания) денежных средств, похищенных при реализации похищенной нефти, в том числе у ОАО «Самаранефтегаз» в 2001-2003 годах (стр. 529 Приговора), а подписание договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» и исполнение платежных поручений Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» от 20.07.2004 №17 и от 30.07.2004 №21 являются доказательствами, подтверждающими легализацию денежных средств, полученных от реализации похищенной нефти (стр. 531, 538-539 Приговора), как результата действий Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л., включая хищение у ОАО «Самаранефтегаз» добытой нефти, ее продажу с оставлением полученной выручки на счетах подконтрольных им лично зарубежных компаний и предоставление денежных средств, вырученных от реализации нефти, похищенной у ОАО «Самаранефтегаз» ему же в виде процентных займов без воли ОАО «Самаранефтегаз» и против его интересов, вводя последнее в долговую зависимость от иностранной компании, подконтрольной участникам организованной группы (стр. 540-541 Приговора).

В приговоре Хамовнического районного суда г.Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу в отношении Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л. зафиксированы показания свидетеля Анисимова П.А., который сообщил, что работая с 1997 года по 2007 год управляющим ОАО «Самаранефтегаз» подписал договор займа от 20.07.2004 №03-07 и договор займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз», экземпляры которых были привезены уже подписанными со стороны Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.». Договоры были заключены в императивном порядке по указаниям со стороны ЗАО «ЮКОС ЭП», отступить от которых он не мог (стр. 539-540 Приговора).

При таких обстоятельствах, изучив имеющиеся доказательства в совокупности и взаимосвязи по правилам статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд приходит к выводу о том, что оспариваемые договор займа от 20.07.2004 №03-07 и договор займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» были заключены с пороком воли.

В силу статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

Приговором Хамовнического районного суда г.Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу в отношении Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л. установлено, что подписание договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» явилось результатом преступления и стало возможным лишь в связи с тем, что одни и те же лица имели возможность определять решения, принимаемые ответчиками.

В соответствии с пунктами 9-10 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» установленные судом обстоятельства недобросовестного поведения (злоупотреблении правом) со стороны участника сделки, в том числе действия лиц, определяющих его решения, явно в ущерб самому участнику сделки, могут свидетельствовать о наличии факта злоупотребления правом и являться основанием для признания спорных сделок недействительными, на основании пункта 2 статьи 10 и статьи 168 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Согласно пункту 1 статьи 167 недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения.

В соответствии с пунктом 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) возместить его стоимость в деньгах - если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом.

В силу пункта 2 статьи 170 Гражданского кодекса Российской Федерации к сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа сделки, применяются относящиеся к ней правила. Данные положения применимы тогда, когда прикрываемая сделка не противоречит закону.

Приговором Хамовнического районного суда г.Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу в отношении Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л. установлено, что подписание договора займа от 20.07.2004 №03-07 и договора займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз» является составной частью процесса хищения нефти и легализации денежных средств, полученных от реализации похищенной, в том числе у ОАО «Самаранефтегаз», нефти (стр. 529, 531, 538-539 Приговора).

Таким образом, оспариваемые сделки прикрывали не правомерные действия, а результат преступления.

Согласно пункту 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации» при удовлетворении иска о признании недействительной ничтожной сделки в мотивировочной части решения суда о признании сделки недействительной должно быть указано, что сделка является ничтожной. В этом случае последствия недействительности ничтожной сделки применяются судом по требованию любого заинтересованного лица либо по собственной инициативе.

Как установлено приговором Хамовнического районного суда г.Москвы от 27.12.2010 по уголовному делу в отношении Ходорковского М.Б. и Лебедева П.Л., предоставленные ОАО «Самаранефтегаз» под видом займов денежные средства ранее были изъяты у последнего, следовательно, не могут применяться правила пункта 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации о двусторонней реституции, поскольку

это противоречит смыслу гражданского законодательства, требованиям добросовестности, разумности и справедливости.

При таких обстоятельствах, в соответствии статьями 10, 166, 167, 168, 170 Гражданского кодекса Российской Федерации заявленный иск следует удовлетворить, признав ничтожными договор займа от 20.07.2004 №03-07 и договор займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз», оснований для применения последствий недействительности данных сделок в виде возврата сторон в первоначальное положение не имеется.

Расходы по государственной пошлине по иску, согласно части 1 статьи 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, подлежат отнесению на ответчиков, в том числе на Компанию «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» в сумме 2 000 руб. 00 коп. и на ОАО «Самаранефтегаз» в сумме 2 000 руб. 00 коп.

Руководствуясь ч.1 ст.110, ст.ст. 167-171, 180, 181, ч. 1 ст. 259, ч.3 ст.319 АПК РФ, арбитражный суд Самарской области решил:

1. Признать недействительными договор займа от 20.07.2004 №03-07 и договор займа от 27.07.2004 №06-07 между Компанией «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» и ОАО «Самаранефтегаз».

2. Взыскать с Компании «Юкос Кэпитал С.а.р.л.» в пользу ООО «Нефть-Актив» расходы по государственной пошлине в сумме 2 000 руб. 00 коп.

3. Взыскать с ОАО «Самаранефтегаз» в пользу ООО «Нефть-Актив» расходы по государственной пошлине в сумме 2 000 руб. 00 коп.

4. Решение может быть обжаловано в Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд, г.Самара в течение месяца после его принятия судом первой инстанции с направлением апелляционной жалобы через Арбитражный суд Самарской области.

Судья Гольдштейн Д.К.

4. YUKOS CAPITAL S.A.R.L. V. OAO SAMARANEFTEGAZ. 13-3357-CV, 2D CIR. NOV. 4, 2014

At a stated term of the United States Court of Appeals for the Second Circuit, held at the Thurgood Marshall United States Courthouse, 40 Foley Square, in the City of New York, on the 4th day of November, two thousand fourteen.

PRESENT: ROSEMARY S. POOLER,
REENA RAGGI,
PETER W. HALL,
Circuit Judges.

YUKOS CAPITAL S.A.R.L.,
Petitioner-Appellee,
v. No. 13-3357-cv
OAO SAMARANEFTEGAZ,
Respondent-Appellant.*

APPEARING FOR APPELLANT: MATTHEW D. SLATER, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, New York, New York.

APPEARING FOR APPELLEE: ROBERT L. WEIGEL (Anne M. Coyle, on the brief), Gibson, Dunn & Crutcher LLP, New York, New York.

Appeal from a judgment of the United States District Court for the Southern District of New York (Paul A. Crotty, Judge).

UPON DUE CONSIDERATION, IT IS HEREBY ORDERED, ADJUDGED, AND DECREED that the judgment entered on October 3, 2013, is AFFIRMED.

Respondent Oao Samaraneftegaz («Samaraneftegaz») appeals from a judgment enforcing an arbitration award in favor of Petitioner Yukos Capital S.A.R.L. («Yukos Capital») and converting the award from Rubles to Dollars using the exchange rate as of the date of the arbitration award. Samaraneftegaz argues that the district court erred by (1) refusing to dismiss the case for forum non conveniens; (2) exercising personal jurisdiction over Samaraneftegaz; (3) failing to apply the exceptions to enforcement set forth in Articles V(1)(b) and V(2)(b) of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the «New York Convention»), June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 2520; and (4) converting the award from Rubles to Dollars using the exchange rate as of the date of the arbitration award. We assume the parties' familiarity with the facts and the record of prior proceedings, which we reference only as necessary to explain our decision to affirm.

1. Forum Non Conveniens

Samaraneftegaz argues that the district court should have dismissed the case in favor of a Russian forum. Where a court has denied dismissal for forum non conveniens and the case has proceeded to judgment on the merits, a party challenging the forum non conveniens determination «must display substantial prejudice.» Indasu Int'l, C.A. v. Citibank, N.A., 861 F.2d 375, 380 (2d Cir. 1988). The only prejudice Samaraneftegaz alleges was its inability to obtain the testimony of Victor Grekhov in the United States forum. Samaraneftegaz has not, however, proffered what testimony Grekhov might have given or how that testimony might have affected the case's outcome. Thus, it has failed to demonstrate the prejudice necessary to challenge the forum non conveniens ruling. Cf. United States v. Bari, 750 F.2d 1169, 1177–78 (2d Cir. 1984).

2. Personal Jurisdiction

Samaraneftegaz's personal jurisdiction challenge rests on the purported invalidity of its agreement to arbitrate the dispute at issue in New York. See Doctor's Assocs., Inc. v. Stuart, 85 F.3d 975, 979 (2d Cir. 1996). According to Samaraneftegaz, the alleged agreement to arbitrate in New York was invalid under several Russian law doctrines. We review questions of personal jurisdiction and contract validity de novo on issues of law and for clear error on issues of fact. See D.H. Blair & Co., Inc. v. Gottdiener, 462 F.3d 95, 103 (2d Cir. 2006) (personal jurisdiction); Shann v. Dunk, 84 F.3d 73, 77 (2d Cir. 1996) (contract validity). We treat a district court's determination of foreign law as an issue of law and review it de novo. See Carlisle Ventures, Inc. v. Banco Espanol de Credito, S.A., 176 F.3d 601, 604 (2d Cir. 1999); see also Fed. R. Civ. P. 44.1 («The court's determination [of foreign law] must be treated as a ruling on a question of law.»).

First, Samaraneftegaz contends that the power of attorney used to authorize a representative to agree on Samaraneftegaz's behalf to arbitrate in New York was invalid because it was backdated. Samaraneftegaz, however, has cited no Russian authority suggesting—much less holding—that a backdated power of attorney is invalid. Article 186(1) of the Russian Civil Code provides that a «[p]ower of attorney which does not indicate the date of its execution is void.» J.A. 1087 (emphasis added). But that language does not, by itself, support Samaraneftegaz's contention that a power of attorney that does indicate a date is invalid because it was not signed until later. Second, Samaraneftegaz contends that the agreement to arbitrate in New York was invalid under both the Russian doctrine of «abuse of right» and Russian fiduciary law. The Russian cases interpreting the abuse-of-right doctrine that the parties have provided are inapplicable here because, in each case where the doctrine was applied, the court found some element of bad faith. Samaraneftegaz, however, has not established any bad-faith conduct by Yukos Capital. Although a Russian forum might have been more favorable to Samaraneftegaz, there is no evidence that a New York forum was unfair or that Yukos Capital had an improper motive in seeking a New York forum. We similarly identify no violation of Russian fiduciary law. Because each party to the agreement had its own separate representative, the Russian code provisions on which Samareneftgaz relies are inapplicable.

Third, Samaraneftegaz contends that the agreement to arbitrate in New York was invalid because it did not satisfy the modification requirements of the original contract between Samaraneftegaz and Yukos Capital. The original contract, however, was written in both English and Russian, and the two versions provided for different, somewhat contradictory modification requirements. Given those contradictions, we conclude—as the district court did—that the parties reasonably complied with the modification requirements, notwithstanding that one party complied with the English-language version and the other complied with the Russian-language version.

We therefore conclude that the agreement to arbitrate in New York was valid and, therefore, that the district court properly exercised personal jurisdiction over Samaraneftegaz.

3. New York Convention Exceptions to Enforcement

Samaraneftegaz submits that the district court should have refused to enforce the arbitration award under Articles V(1)(b) and V(2)(b) of the New York Convention. Samaraneftegaz further argues that the district court erred by not deferring to Russian court holdings that Articles V(1)(b) and V(2)(b) apply here. We review the district court's decision to confirm an arbitration award under the New York Convention de novo on legal questions and for clear error on factual questions. See Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia

Britannica, Inc., 403 F.3d 85, 89 (2d Cir. 2005). We review de novo its decision not to defer to a foreign court. See Diorinou v. Mezitis, 237 F.3d 133, 139 (2d Cir. 2001).

Article V(1)(b) of the New York Convention «essentially sanctions the application of the forum state's standards of due process.» Iran Aircraft Indus. v. Avco Corp., 980 F.2d 141, 145–46 (2d Cir. 1992) (internal quotation marks omitted). Where, as here, the United States is the forum state, its standards of due process apply. Thus, the district court was not required to defer to the Russian court's legal conclusion that the New York arbitration proceedings violated Russian standards of due process. See Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 126 F.3d 365, 371 (2d Cir. 1997). Moreover, even accepting the Russian court's factual findings, we determine that the arbitration did not violate American standards of due process. Under those standards, a party is entitled only to «'notice reasonably calculated, under all the circumstances, to apprise interested parties of the pendency of the action and afford them an opportunity to present their objections.'» Jones v. Flowers, 547 U.S. 220, 226 (2006) (quoting Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co., 339 U.S. 306, 314 (1950)). The notice sent directly to Samaraneftegaz, in particular the October 24, 2006 letter, satisfied that requirement. The district court thus committed no Article V(1)(b) error.

Article V(2)(b) allows a court to refuse enforcement of an arbitration award where enforcement would violate the forum state's public policy. See Telenor Mobile Commc'ns AS v. Storm LLC, 584 F.3d 396, 405 (2d Cir. 2009). Again, because that provision calls for application of United States public policy, the district court was not required to defer to the Russian court's determination that enforcement would violate Russian public policy. See Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 126 F.3d at 371. Applying United States law, this court has tightly restricted the public policy exception, emphasizing that the exception applies only where enforcement of the arbitration award, as opposed to enforcement of the underlying contract, would violate public policy. See Saint Mary Home, Inc. v. Serv. Employees Int'l Union, Dist. 1199, 116 F.3d 41, 46 (2d Cir. 1997) («[C]ourts may refuse to enforce arbitral awards only in those rare cases when enforcement of the award would be directly at odds with a well defined and dominant public policy resting on clear law and legal precedent.»). As a result, courts may not «revisit or question the fact-finding or the reasoning which produced the award.» International Bhd. of Elec. Workers, Local 97 v. Niagara Mohawk Power Corp., 143 F.3d 704, 716 (2d Cir. 1998). To the extent a party claims that the underlying contract violates public policy, that claim is «to be determined exclusively by the arbitrators,» and a party forfeits the claim if it fails to raise it during arbitration. Europcar Italia, S.p.A. v. Maiellano Tours, Inc., 156 F.3d 310, 315 (2d Cir. 1998). Here, Samaraneftegaz never made any public policy arguments to the arbitrators. We therefore conclude that enforcing the arbitration award, «within the parameters of the arbitrator's interpretation of the facts,» would not violate public policy. International Bhd. of Elec. Workers, Local 97 v. Niagara Mohawk Power Corp., 143 F.3d at 726.

Accordingly, Samaraneftegaz's challenges to the enforcement of the arbitration award fail on the merits.

4. Conversion from Rubles to Dollars

Samaraneftegaz argues that the district court should not have converted the award from Rubles to Dollars and, if conversion was proper, that the district court erred by using the exchange rate as of the date of the award instead of the date of judgment.

American courts rarely enter judgments in a foreign currency. See Competex, S.A. v. Labow, 783 F.2d 333, 337 (2d Cir. 1986); see also Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 823 (1987) («The traditional United States rule has been that courts in the United States are required to render money judgments payable in United States dollars only, regardless of the currency of obligation or loss.»). Although there is no longer any reason courts cannot enter

judgment in a foreign currency, see Competex, S.A. v. Labow, 783 F.2d at 337, we identify no error in the district court's choice to follow the prevalent practice.

As for the conversion date, under federal law, the pertinent date is determined by the law creating the relevant cause of action. If the cause of action arose under domestic law, the exchange rate from the date the cause of action accrued should be used. See Hicks v. Guinness, 269 U.S. 71, 80–81 (1925). If the cause of action arose under foreign law, the exchange rate from the date of domestic judgment should be used. See Die Deutsche Bank Filiale Nurnberg v. Humphrey, 272 U.S. 517, 519–20 (1926). Importantly, the Hicks-Deutsche Bank rule does not turn on the place of performance, the place where the obligation arose, or the currency used for the original debt. Those considerations are frequently relevant to determine under what law a cause of action arises, but it is the law creating the cause of action that is decisive with respect to conversion. See Zimmermann v. Sutherland, 274 U.S. 253, 255–56 (1927) («The distinction between the Deutsche Bank Case and Hicks v. Guinness is not, as argued, that the plaintiff in Hicks v. Guinness was in the United States, but that, as the court understood the facts, the debt was payable in New York and subject to American law, so that upon a breach of the contract there arose a present liability in dollars.» (citation omitted)). Here, the only cause of action before us is the domestic action to enforce an arbitration award provided by 9 U.S.C. § 207. Because the cause of action arose under domestic law, the district court correctly determined that the proper date of conversion is the date that enforcement action arose, which is necessarily the date of the arbitration award.

We have considered Samaraneftegaz's remaining arguments and conclude that they are without merit. We therefore AFFIRM the judgment of the district court.

FOR THE COURT:

CATHERINE O'HAGAN WOLFE, Clerk of Court

5. YUKOS CAPITAL S.A.R.L. V. OAO SAMARANEFTEGAZ. 10 CIV. 6147 (PAC), S.D.N.Y. AUG. 06, 2013.

HONORABLE PAUL A. CROTTY, United States District Judge:

Yukos Capital S.A.R.L. («Yukos Capital») seeks enforcement of an arbitration award issued in its favor against OAO Samaraneftegaz («Samaraneftegaz») by the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce («ICC») in New York. On September 25, 2012, the parties cross moved for summary judgment. Samaraneftegaz argues that the Court should grant preclusive effect to a Russian court's refusal to enforce the award, and challenges the award on the grounds that it did not receive adequate notice of the arbitration proceeding, and that enforcement would violate domestic public policy. For the reasons discussed below, the Court GRANTS summary judgment to Yukos Capital and DENIES Samaraneftegaz's motion for summary judgment.

BACKGROUND

On July 24, 2012, the Court found that it had personal jurisdiction over Samaraneftegaz.

See 2012 U.S. Dist. LEXIS 104702, 10 Civ. 6147 Dkt. No. 100 (S.D.N.Y. 2012). The court assumes familiarity with the procedural history and the relevant facts as set forth in the Court's previous order. Id. at 1-2 n.1, 3-5. Briefly summarized, and supplemented for the purposes of the parties' pending motions, the facts are:

Yukos Capital is a Luxembourg-based subsidiary of Yukos Oil Company («Yukos Oil»).

Samaraneftegaz was also a wholly-owned subsidiary of Yukos Oil from 2001 until May 2007, when Neft-Aktiv acquired the shares of Samaraneftegaz at anauction. Samaraneftegaz is now a subsidiary of OJSC Oil Company Rosneft, a Russian state-controlled oil company.

A. The July 2004 Loan Agreements

In July 2004, Samaraneftegaz and Yukos Capital executed two loan agreements in which Yukos Capital extended a total of RUR 2,415,890,000 to Samaraneftegaz (the «Loans»). The addenda to the Loans submitted all relevant disputes to arbitration before the ICC. It is undisputed that Samaraneftegaz failed to make any payments on the Loans, including interest when due and principal upon notice of default.

B. The Arbitration Proceedings

On January 12, 2006, Yukos Capital requested arbitration at the ICC to settle the outstanding Loans. The ICC notified Samaraneftegaz by letter dated January 20, 2006 that Yukos Capital had demanded arbitration, forwarded a copy of the Request for Arbitration, and reported that its Answer would be due within thirty days. The notice was sent to Samaraneftegaz's corporate address at 50 Volzhsky prospect, Samara, 443071, Russian Federation. Throughout the initial stages of the arbitration, the ICC continued to send notices to this address[1]. Samaraneftegaz does not dispute its receipt of these notices:

- February 7, 2006 letter: the ICC reminded Samaraneftegaz that its Answer would be due on February 22.

- February 15, 2006 letter: the ICC requested Samaraneftegaz's comments on Yukos Capital's proposal that the panel consist of a single arbitrator instead of three.

- February 28, 2006 letter: the ICC notified Samaraneftegaz that, since it failed to submit its Answer, Yukos Capital's Request would be submitted to the ICC Court to determine jurisdiction. The ICC also informed Samaraneftegaz that Yukos Capital nominated John Kerr as a co-arbitrator.

[1] This was the address noted in Yukos Capital's demand for arbitration to the ICC. (Samaraneftegaz 56.1 ¶ 4(b).)

- March 13, 2006 letter: the ICC forwarded a copy of Kerr's acceptance, his statement of independence, and his CV.

Samaraneftegaz did not respond to any of these letters.

On April 6, 2006, ZAO Yukos Exploration and Production («Yukos EP»), on behalf of Samaraneftegaz, informed the ICC that it would not bear any of the costs of the arbitration because it disputed the validity of the arbitration provisions. At the time, Yukos EP was Samaraneftegaz's management company by virtue of a delegation of powers agreement.

Yukos EP's letterhead contained a mailing address and fax number different than Samaraneftegaz's corporate address. (Coyle Dec. Ex. 34.) On May 12, 2006, Yukos EP again contested the ICC's jurisdiction. After the April 6, 2006 letter, with one notable exception discussed below, the ICC sent notices and a copy of the award to Yukos EP's fax number and mailing address, and stopped sending notices to Samaraneftegaz's corporate address.

The exception occurred when the ICC sent a revised version of the Terms of Reference directly to Samaraneftegaz's corporate address on October 24, 2006. The letter was sent via registered mail against return receipt. It set forth the procedural history of the arbitration proceeding to date and identified Yukos EP as Samaraneftegaz's representative. (Coyle Dec. Ex.51)[2].

Samaraneftegaz did not sign the revised Terms. In fact, Samaraneftegaz never filed any written or oral submissions on the merits. (Id. Ex. 8, 19.) In its August 15, 2007 award, the tribunal ordered Samaraneftegaz to pay Yukos Capital the outstanding RUR 2,415,980,000.00 due under the Loans, contractual interest in the amount of RUR 664,821,971.00, interest at a rate of 9% on the award until payment, $ 435,000 USD for arbitration fees and costs, and $ 284,474.54 USD for Yukos Capital's legal costs and expenses.

C. The Russian Enforcement and Neft-Aktiv Actions

In July 2007, more than a year after the commencement of arbitration, Neft-Aktiv, Samaraneftegaz's sole shareholder, sued Samaraneftegaz and Yukos Capital in Russian court in Samara to invalidate the Loans. In its claim, Neft-Aktiv argued that the Loans were «sham transaction[s] intended to conceal the actual relations between the parties in the form of an illegal transfer [by] OJSC Samaraneftegaz of its funds in favor of Yukos Capital S.a.r.l. and subsequent return of the abovementioned amounts to OJSC Samaraneftegaz in the form of a loan.» Yukos Capital participated in the proceeding. On July 28, 2009, the court adjourned the proceeding pending the criminal trial of Khodorkovsky and Lebedev, former executives of Yukos Oil, in connection with their misappropriation of funds from Yukos' subsidiaries, including Samaraneftegaz. (Carlisle Dec. Ex. B at 2, 5.)[3] Yukos Capital was not a party to this criminal proceeding.

On August 9, 2010, Yukos Capital filed a petition with the Arbitrazh court in Samara for enforcement of the arbitration award. In its ruling issued on February 22, 2011, the court refused to enforce the award on the grounds that «Samaraneftegaz was not given notice of the important stages of the progress of the [arbitration].» (Carlisle Dec. Ex. A at 5.) The court found that Samaraneftegaz did not receive any notices after March 13, 2006 because notice to Yukos EP

[2] The ICC gave notices that it had overruled Samaraneftegaz's jurisdictional challenge; confirmed Kerr as coarbitrator, appointed Dr. Ivan Zykin as a co-arbitrator on behalf of Samaraneftegaz; appointed a chairperson for the tribunal; set September 5, 2006 as the date for the Terms of Reference hearing; sent a draft of the Terms of Reference; set January 18, 2007 as the date of the evidentiary hearing in New York; approved the Terms of Reference, provided the schedule of the evidentiary hearing; and solicited a post-hearing brief from Yukos EP. (Id. 37, 39, 45, 47, 53, 55, 56, 57.)

[3] As noted in the text of the Neft-Aktiv opinion, the sentences of Khodorkovsky and Lebedev came into effect on December 27, 2010. (Carlisle Dec. Ex. B at 5.)

was not notice to Samaraneftegaz. The court also refused to enforce the award on the grounds that doing so would violate Russian public policy.

On February 8, 2012, the Russian court in Samara issued a decision in Neft-Aktiv's favor, invalidating Yukos Capital's loans to Samaraneftegaz.

Specifically, the court determined that «the loans advanced by Yukos Capital S.a.r.l. were financed from funds taken away earlier from OJSC Samaraneftegaz in the course of implementation of transfer pricing mechanisms.» (Carlisle Dec. Ex. B at 4.) In reaching this conclusion, the court cited the sentence issued in connection with the Khodorkovsky and Lebedev convictions, and two civil tax cases against Yukos Oil. (Id. at 4-6.) Yukos Capital appealed this decision to the Eleventh Arbitrazh Court of Appeal, which affirmed the trial court's judgment on July 20, 2012. Yukos Capital later unsuccessfully filed a cassation appeal. (See Carlisle Rep. Dec. Ex. F.) On July 8, 2013, the Supreme Arbitrazh Court denied supervisory review of the case, thus precluding further review in Russia.

DISCUSSION

A court with jurisdiction «shall» confirm an award falling under the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the «Convention») unless there are statutory grounds for refusal of recognition. 9 U.S.C. § 207. The only two grounds that Samaraneftegaz identifies are: (1) that it «was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present [its] case» (Article 6 V(1)(b)); and (2) «[t]he recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of [the United States]» (Article V(2)(b)).

In opposing enforcement of the award, Samaraneftegaz bears the burden of proof, and the burden is a heavy one. Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica, Inc., 403 F.3d 85, 90 (2d Cir. 2005). As discussed earlier, Samaraneftegaz argues that the Court should refuse to enforce the ICC's arbitration award for two reasons: (1) Samaraneftegaz did not receive adequate notice of the arbitration at critical stages; and (2) the Court's enforcement of the award would violate U.S. public policy by condoning the tax evasion scheme that Yukos Capital is alleged to have effectuated through the underlying loans.

I. Samaraneftegaz's Notice Under U.S. Due Process Standards

First, Samaraneftegaz argues that the Court should apply the doctrine of collateral estoppel to the arbitrazh court's determinations that Samaraneftegaz did not receive specific notices.

> Collateral Estoppel
> applies when (1) the identical issue was raised in a previous proceeding; (2) the issue was actually litigated and decided in the previous proceeding; (3) the party had a full and fair opportunity to litigate the issue; and (4) the resolution of the issue was necessary to support a valid and final judgment on the merits.

Republic of Ecuador v. Chevron Corp., 638 F.3d 384, 400 (2d Cir. 2011) (quotation omitted). Issue preclusion applies to judgments issued by courts of foreign countries. Alfadda v. Fenn, 966 F. Supp. 1317, 1325 (S.D.N.Y. 1997). Recognition of the judgments of foreign courts, however, is not a matter of obligation, but comity. Gordon & Breach Science Publrs. S.A. v. Am. Inst. of Physics, 905 F. Supp. 169, 178-79 (S.D.N.Y. 1995). «The decision to grant comity is a matter within a court's discretion and the burden of proof to establish its appropriateness is on the moving party.» Maersk, Inc. v. Neewra, Inc., 2010 U.S. Dist. LEXIS 69863, at *29 (S.D.N.Y. July 9, 2010) (quotation omitted).

Samaraneftegaz does not contend that the Court should defer to the Arbitrazh court's legal conclusion that the notice was inadequate because, as Samaraneftegaz acknowledges, «the

ultimate issue of the adequacy of notice was governed by Russian law in the prior action and by U.S. law here.» (D. Rep. at 1-2.) Instead, Samaraneftegaz relies on collateral estoppel to bar Yukos Capital from re-litigating Samaraneftegaz's receipt of certain notices. The Court exercises its discretion in declining to grant such findings any preclusive effect. First, Samaraneftegaz does not dispute in this proceeding that it received all of the ICC's notices up until and including the March 13, 2006 letter. Similarly, Samaraneftegaz does not dispute its receipt of the October 24, 2006 Terms of Reference. Since these facts are not at issue, there is no need to defer to the Arbitrazh court on the subject. Even if Samaraneftegaz were to dispute receiving these notices, collateral estoppel would be inappropriate as it is unclear that the Arbitrazh court actually decided the issue. The Arbitrazh court's opinion neglected to mention the October 24, 2006 notice entirely, and the only reference to the notices dated March 13, 2006 and earlier was that «[t]he materials of this case… do not contain any actual evidence (DHL receipts) that those notices have been sent to [Samaraneftegaz's] address.» (Carlisle Dec. Ex. A at 3.)

As for the remaining notices, the Court finds that there is insufficient identity of issues to support collateral estoppel. See Peterson v. Clark Leasing Corp., 451 F.2d 1291, 1292 (9th Cir. 1971) (per curiam) («Issues are not identical if the second action involves application of a different legal standard, even though the factual setting of both suits be the same»). Despite Samaraneftegaz's assurances that it does not seek preclusive effect with respect to any legal conclusions, the Arbitrazh court's determinations were not strictly findings of fact. Rather, its decision that Samaraneftegaz did not «receive» notice, including through Yukos EP, is based at least to some extent on its application of Russian law. By contrast, this case is governed by a different legal standard—the inquiry is whether the steps taken to apprise Samaraneftegaz of the proceedings comport with domestic due process standards. The Court also notes that deference to the Arbitrazh court's findings on the narrow question of Samaraneftegaz's receipt of certain notices would not promote judicial economy, as this Court can readily determine the issue for itself from the record, and these factual issues are intertwined with the due process analysis that the Court must independently conduct. See Parklane Hosiery Co. v. Shore, 439 U.S. 322, 326 (1979) (describing as one of collateral estoppel's dual purposes «promoting judicial economy by preventing needless litigation.»)[4].

To establish lack of notice as a defense to enforcement under Article V(1)(b) of the Convention, the party challenging the award must show that the arbitration procedures failed to comport with this country's standards of due process. Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier, 508 F.2d 969, 975 (2d Cir. 1974). Under U.S. law, «the fundamental requirement of due process is the opportunity to be heard 'at a meaningful time and in a meaningful manner.'» Iran Aircraft Indus. v. Avco Corp., 980 F.2d 141, 146 (2d Cir. 1992) (quoting Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 333 (1976)). Samaraneftegaz's claim of lack of notice does not amount to a due process violation.

It is significant that Samaraneftegaz decided not to participate in the arbitration with full knowledge of its existence after having received five separate notices of its initiation. Indeed, Samaraneftegaz does not dispute that the ICC gave notice on January 20, 2006 that it was named as a respondent in the arbitration, and the letter was properly sent to Samaraneftegaz's corporate address in Samara. Samaraneftegaz also admits that it received further ICC notices dated February 7, 2006, February 15, 2006, February 28, 2006, and March 13, 2006, apprising it of the due date of its answer, soliciting comments on the proposal to use a sole arbitrator rather than a panel, and informing it of Yukos Capital's nomination of another coarbitrator. Aside from

[4] Samaraneftegaz also urges that preclusive effect be given to the findings in the Neft-Aktiv action. As discussed below, Samaraneftegaz has forfeited the opportunity to litigate the validity of the Loans, and has additionally failed to identify a well-defined, dominant public policy that would require the refusal of recognition in this case. Accordingly, the Court need not address the preclusive effect of the Neft-Aktiv findings.

notices of the commencement of proceedings, Samaraneftegaz also does not contest that it received the Chairman's letter, dated October 24, 2006, containing the revised Terms of Reference, which was also mailed to its corporate address in Samara. The letter informed Samaraneftegaz that it was being represented by Yukos EP, reported Grekhov and Starodubtsev's jurisdictional challenges on behalf of Samaraneftegaz, summarized the parties' positions, outlined the issues to be determined, catalogued the procedural history of the arbitration to date, including notice that the ICC Court confirmed John Kerr as co-arbitrator, appointed Dr. Ivan Zykin as a co-arbitrator, and appointed Dr. Bernhard F. Meyer-Hauser as Chairman. (Yukos Cap. Ex. 51 at YC326-YC334.)

The notice also reported that the Terms of Reference hearing date was September 5, 2006. (Id. At YC330.)

If, as Samaraneftegaz contends, it did not receive notice of any developments in the arbitration proceeding after March 13, 2006, at the very least, the October 24, 2006 letter would have alerted it to the fact that the arbitration was proceeding in its absence, and Samaraneftegaz could have informed the ICC that it was not receiving communications or otherwise availed itself of the opportunity to participate[5]. For instance, Samaraneftegaz could have petitioned to be heard on the Terms of Reference, which had not yet been approved by the ICC Court, and asked for the date of the evidentiary hearing proceeds in the absence of one of the parties when the party's absence is the result of his decision not to attend.»); Geotech Lizenz AG v. Evergreen Sys., Inc., 697 F. Supp. 1248, 1253 (E.D.N.Y. 1988) (finding that notice complied with due process where the «[respondent's] failure to participate was a decision that was reached only after the Company had full knowledge of the peril which it acted.»). Since the record does not contain any evidence that Samaraneftegaz attempted to submit any briefing or otherwise be heard after receiving notice that the arbitration was proceeding in its absence, the Court cannot conclude that Samaraneftegaz was prohibited from presenting its case or denied the opportunity to be heard at a meaningful time and in a meaningful manner[6].

In any event, there has been no due process violation when the notices were reasonably calculated to inform Samaraneftegaz of the proceeding and provided Samaraneftegaz an opportunity to be heard. See Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co., 339 U.S. 306, 314-15 (1950). Due process does not require perfect or actual notice[7]. After sending notices directly to

---

[5] These facts support a conclusion that Samaraneftegaz's absence was due to a decision not to appear, rather than lack of notice. See Bernstein Seawell & Kove v. Bosarge, 813 F.2d 726, 729 (5th Cir. 1987) («[D]ue process is not violated if the hearing.

[6] Samaraneftegaz argues that due process requires that «adequate notice be provided at each significant stage in the arbitral process.» (Samaraneftegaz Mot. at 12.) At oral argument, Samaraneftegaz emphasized two cases to this effect. (Hr'g Tr. 27:6-18.) The cases cited, however, do not go as far as Samaraneftegaz suggests. In Guang Dong Light Headgear Factory Co. v. ACI Int'l, Inc., 2005 U.S. Dist. Lexis 8810, at *30 (D. Kan. May 10, 2005), the court noted the lack of proof that the respondent received notice beyond that of the proceeding itself. That is not equivalent to requiring notice at «each significant stage» of the arbitration, and in any event Samaraneftegaz does not dispute that it received the arbitrators' initial letters and the October 24, 2006 revised terms of reference, which set forth much of the information noted as possibly absent in Guang Dong. Similarly, in Qingdao Free Trade Zone Genius Int'l Trading Co., Ltd. v. P & S Int'l Inc., 2009 U.S. Dist. LEXIS 85949, *11-12 (D. Or. Sept. 16, 2009), the court declined to enforce an award where the notices did not sufficiently alert respondent to petitioner's demand for arbitration. By contrast, Samaraneftegaz does not dispute that it knew that Yukos Capital had initiated arbitration.

[7] As the Supreme Court noted in Mullane:»[a]n elementary and fundamental requirement of due process in any proceeding which is to be accorded finality is notice reasonably calculated, under all the circumstances, to apprise interested parties of the pendency of the action and afford them an opportunity to present their objections. The notice must be of such nature as reasonably to convey the required information, and it must afford a reasonable time for those interested to make their appearance. But if with due regard for the practicalities and peculiarities of

Samaraneftegaz's headquarters informing it of the pendency of the arbitration, the ICC reasonably started to direct its correspondence to Yukos EP, as the only entity from whom it ever received a response in the arbitral proceeding. The ICC reasonably believed that Yukos EP was Samaraneftegaz's representative: in the April 6 letter, Grekhov, the President of Yukos EP, described Yukos EP as Samaraneftegaz's management company, acknowledged receipt of an earlier letter in the matter, and asserted a defense on behalf of Samaraneftegaz. (Coyle Dec. Ex. 34.) Yukos EP was in contact again on May 12, 2006, through its new acting president, Y.S. Starodubtsev, who reasserted Samaraneftegaz's jurisdictional defense. (Coyle Dec. Ex. 38.)

After the ICC sent the revised Terms of Reference directly to Samaraneftegaz's headquarters alerting it to the fact that the tribunal had deemed Yukos EP to be its representative, it did not receive any response disputing the position that Yukos EP was its representative or stating that it did not receive prior notices. This is not the case where the ICC stopped sending notices entirely after learning that Samaraneftegaz did not wish to appear in proceedings—it continued sending notices to an entity that it reasonably believed represented Samaraneftegaz. Nor does Samaraneftegaz's change in management companies to Yukos Refining and Marketing («Yukos RM») in June, 2006 render the ICC's continued notices to Yukos EP unreasonable. It was Samaraneftegaz's responsibility to inform the ICC of any changes to its choice of representative, see ICC Rules Art. 3(2), and not the duty of the ICC to keep abreast of such changes.

Samaraneftegaz argues that another reason that notice was inadequate is that the ICC's notes were in English, and not a single person at Samaraneftegaz spoke enough English to understand the notices. This is unpersuasive since Samaraneftegaz had already consented to arbitrate in English. Samaraneftegaz concedes that it knew that Yukos Capital had commenced arbitral proceedings. (Hr'g Tr. at 27:25-28:6.) If there were truly an issue of comprehension, the onus rested on Samaraneftegaz to secure a translation. The Court holds that Samaraneftegaz has failed to satisfy its burden to demonstrate the proceedings were conducted in violation of U.S. due process standards.

II. Public Policy

Samaraneftegaz argues that the Court's enforcement of the ICC's award would give effect to Russian tax fraud since the Loans were a mechanism to return Samaraneftegaz's own funds that were part of Yukos Capital's tax evasion scheme. The Court disagrees.

a. Samaraneftegaz Cannot (Re-)Litigate the Legality of the Loans

A court's review of an arbitral award is limited, and in this context, does not extend to the validity of the Loan agreements. In Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al., 546 U.S. 440, 449 (2006), the Supreme Court held that issues relating to the contract's validity as a whole, as distinguished from the arbitration agreement in particular, are matters for the arbitrator to consider in the first instance. See also Rent-a-Center, W., Inc. v. Jackson, 130 S. Ct. 2772, 2778-79 (2010). Since the Court has already determined that the arbitration addenda are valid, the legality of the Loans is a matter appropriate for arbitration. It is not the court's role in reviewing an award to find facts or draw inferences for itself in the first instance. See United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc., 484 U.S. 29, 45 (1987) («Nor does the fact that [the court] is inquiring into a possible violation of public policy excuse a court for doing the arbitrator's task.»). Samaraneftegaz counters that it cannot be precluded by any findings in the award because it was denied the opportunity to dispute the validity of the Loans. That argument, as explained earlier, is meritless as Samaraneftegaz had adequate notice of the proceedings. Samaraneftegaz also

---

the case these conditions are reasonably met, the constitutional requirements are satisfied.» Id. (citations omitted).

argues that the arbitrators never found that the underlying loans were valid, and merely assumed in error that their validity was undisputed.

The Second Circuit is clear, however, that whether or not the issues were actually litigated in the arbitration proceeding is immaterial, if they were required to be arbitrated. Europcar Italia, S.P.A. v. Maiellano Tours, 156 F.3d 310, 315 (2d Cir. 1998). Samaraneftegaz's failure to contest the validity of the Loans before the ICC is a result of its own choice; it cannot now rely on its own omissions to support a public policy defense. Samaraneftegaz was bound by a valid arbitration clause to contest this issue before the arbitrators. Instead of doing so, its sole shareholder initiated a collateral proceeding in Russia while the arbitration was pending to litigate the same issue in a transparent attempt to circumvent a forum that it considered unfavorable. To refuse to enforce a valid award in these circumstances would run counter to the strong public policy in favor of arbitration. See Telnor Mobile Commc'ns AS v. Storm LLC, 584 F.3d 396, 410-11 (2d Cir. 2009). The Court exercises its discretion in declining to credit Samaraneftegaz's belated public policy arguments. See International Commercial Arbitration: A Guide for U.S. Judges, Federal Judicial Center (2013) at 72 («[N]on-enforcement is discretionary rather than mandatory.»).

b. Samarneftegaz Has Not Identified a Cognizable Public Policy

Even if the Court were to consider the substance of Samaraneftegaz's defense, Samaraneftegaz has failed to identify a well-defined and dominant public policy. As with any defense to recognition of the arbitral award, Samaraneftegaz bears a heavy burden of proof. Encyclopaedia Universalis S.A., 403 F.3d at 90. The Second Circuit has cautioned that the public policy defense in particular «must be construed very narrowly to encompass only those circumstances where enforcement would violate our most basic notions of morality and justice.» Telnor Mobile Communs, 584 F.3d at 396 (internal quotation marks omitted); see also Parsons & Whittemore Overseas Co., 508 F.2d at 973.

Public policy must be «well defined and dominant, and is to be ascertained by reference to the laws and legal precedents and not from general considerations of supposed public interests.» United Paperworkers Int'l Union, 484 U.S. at 43 (internal quotation marks omitted). Samaraneftegaz cites several sources purportedly identifying a U.S. public policy against foreign tax evasion. First, it relies on U.S. statutes that criminalize tax evasion (26 U.S.C. §§ 7201-12, 7268, 7270, and 7275), money laundering (18 U.S.C. §§ 1956-57), conspiracies to defraud the United States (18 U.S.C. § 371), and set penalties on transfer pricing (26 U.S.C. §§ 482, 6662). (Samaraneftegaz Mot. at 16.) These provisions miss the mark; while they may evidence a public policy against violating domestic tax laws, they say nothing of the United States' role in policing claims of foreign tax fraud.

Samaraneftegaz also points out that the mail and wire fraud statutes, 18 U.S.C. §§ 1341, 1343, criminalize conduct directed at defrauding foreign governments. (Samaraneftegaz Mot. At 16 (citing Pasquantino v. United States, 544 U.S. 349 (2005).) Pasquantino cannot fairly be read to state a well-defined and dominant public policy. In that case, the Supreme Court condemned a plot that involved smuggling liquor into Canada because the conduct fell within the plain terms of the wire fraud statute, and the Court refused to create a specific exception for frauds directed at evading foreign taxes. Id. at 358 («[T]he wire fraud statute punishes fraudulent use of domestic wires, whether or not such conduct . . . evades foreign taxes.»). The Second Circuit, in holding that a scheme to defraud Canada of tax revenue was cognizable under the wire fraud statute, noted that its concern extended only to «what has been expressly forbidden by statute—the use of the wires in the scheme to defraud,» not with «[w]hether our decision . . . indirectly assists our Canadian neighbors . . . in the collection of taxes . . . .» United States v. Trapilo, 130 F.3d 547, 553 (2d Cir. 1997). The fact that a scheme is not excluded from the reach of a statute is

not evidence that it offends the most basic notions of morality and justice so as form the basis of domestic public policy.

Third, Samaraneftegaz relies on a tax treaty between the U.S. and Russia—the Convention Between the United States of America and the Russian Federation for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income and Capital, U.S.-Rus., June 17, 1992, S. Treaty Doc. No. 102-39, and cases supporting the IRS' authority to issue summons in aid of foreign tax investigations. Yet Samaraneftegaz cites no provision of the treaty that calls the United States to enforce Russian tax laws against non-citizens in any context other than double-taxation. Any efforts to cooperate with foreign authorities through information exchange may support a general public interest but do not rise to the level of representing public policy. See United Paperworkers Int'l Union, 484 U.S. at 43[8]. In light of the Second Circuit's admonition that Article V(2)(b) must be «construed very narrowly,» Europcar Italia S.p.A, 156 F.3d at 315, the Court declines to refuse recognition on this basis[9].

CONCLUSION

For the reasons discussed above, the Court GRANTS Yukos Capital's motion for summary judgment and DENIES Saramaneftegaz's motion for summary judgment. The Clerk of Court is directed to terminate the motions at docket numbers 105 and 109.

[8] While the defense is frequently invoked, it is rarely successful. Agility Pub. Warehousing Co. K.S.C. v. Supreme Foodserv. GMBH, 495 Fed. Appx. 149, 151, 2012 U.S. App. Lexis 18698 (2d Cir. September 6, 2012). The cases that Samaraneftegaz cites can be distinguished or are inapposite. In Sea Dragon, Inc. v. Gebr. Van Weelde Scheepvaartkantoor B.V., 574 F. Supp. 367, 372 (S.D.N.Y. 1983), the court found that the arbitrators directed the violation of a Dutch sequestration decree. The Neft-Aktiv decision was not rendered until after the arbitral award, and Samaraneftegaz does not contend that the award disregarded the law at the time it was decided. Unlike the respondent in Changzhou AMEC E. Tools & Equip. CP. LTD v. E. Tools & Equip. Inc., 2012 U.S. Dist LEXIS 106967, 2012 WL 3106620 (C.D. Cal. July 30, 2012), Samaraneftegaz does not contend that it signed the loan agreements under duress. In Laminoirs-Trefileries-Cableries de Lens, S.A. v. Southwire Co., 484 F. Supp. 1063. 1069 (N.D. Ga. 1980), the court declined to enforce an award that adopted a penal rather than compensatory interest rate. Unlike here, the public policy in that case was a well-defined and specific principle expressed in case law. Samaraneftegaz cites other cases in which courts have refused to enforce private contracts that contravened public policy, but those cases were not proceedings to recognize and enforce arbitration awards, and fail to account for the strong federal policy favoring arbitration.

[9] Having found that the public policy defense does not apply, the Court does not consider whether, as Yukos Capital contends, the revenue rule would bar such a defense.

6. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ № 7805/12 ОТ 23 ОКТЯБРЯ 2012 Г. ПО ДЕЛУ № А56-49603/2011

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в составе председательствующего – Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации Иванова А.А.; членов Президиума: Абсалямова А.В., Амосова С.М., Андреевой Т.К., Бабкина А.И., Бациева В.В., Витрянского В.В., Горячевой Ю.Ю., Завьяловой Т.В., Иванниковой Н.П., Козловой О.А., Першутова А.Г., Слесарева В.Л., Юхнея М.Ф. –

рассмотрел заявление компании ФРИНДЖИЛЛА КО. ЛТД (FRINGILLA CO. LTD) о пересмотре в порядке надзора определения Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 09.12.2011 по делу № А56-49603/2011 и постановления Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 06.03.2012 по тому же делу.

В заседании приняли участие представители:

от заявителя − компании ФРИНДЖИЛЛА КО. ЛТД (FRINGILLA CO. LTD) − Дулатов Р.Р.;

от обществ с ограниченной ответственностью «Рыбпроминвест» и «Продуктовые Терминалы» − Медведев А.В.;

от обществ с ограниченной ответственностью «Морской Рыбный Порт» и «Конмарк» − Луконенко Е.И.

Заслушав и обсудив доклад судьи Бабкина А.И., а также объяснения представителей участвующих в деле лиц, Президиум установил следующее.

В соответствии с соглашением от 20.10.2006 (далее – соглашение, соглашение о займе) компания ЭЙМСКИП ХОЛДИНГЗ ЛТД (займодавец), впоследствии переименованная в компанию ФРИНДЖИЛЛА КО. ЛТД (далее – компания), обязалась предоставить обществу с ограниченной ответственностью «Рыбпроминвест» (далее – общество «Рыбпроминвест) (заемщику) срочный кредит на сумму 44 000 000 долларов США с целью финансирования приобретения долей в обществах с ограниченной ответственностью «Морской Рыбный Порт» (далее – общество «Морской Рыбный Порт»), «Продуктовые Терминалы» (далее – общество «Продуктовые Терминалы») и «Ромисс».

Согласно подпункту 18.3.1 соглашения заемщик при условии соблюдения всех законов и предписаний, действие которых может на него распространяться, не может заключать (и обеспечивает, чтобы его дочерние компании также не предпринимали таких действий) одну или несколько сделок (будь то связанные или несвязанные сделки и будь то добровольно или недобровольно) по продаже, аренде, передаче или иному распоряжению какими-либо из своих активов без предварительного письменного согласия займодавца.

Соглашение в соответствии с частью 31 «Применимое законодательство» регулируется английским законодательством.

В части 32 «Арбитраж» соглашения сторонами предусмотрено, что при условии соблюдения положений пункта 32.4 («право займодавца») любой спор, вытекающий из соглашения, передается в арбитраж и подлежит окончательному разрешению в арбитражном суде в соответствии с Правилами Арбитража Лондонского Международного Арбитражного Суда (пункт 32.1); до назначения займодавцем арбитра с целью разрешения спора займодавец может, направив заемщику письменное уведомление, потребовать, чтобы все споры или определенный спор были заслушаны в суде общей юрисдикции (пункт 32.4). Если займодавец направляет такое уведомление, спор, в отношении которого такое уведомление направлено, разрешается в соответствии с частью 33 «Юрисдикция» соглашения; суды Англии обладают исключительной юрисдикцией в

отношении урегулирования споров (подпункт 33.1.1); стороны соглашаются с тем, что суды Англии являются наиболее приемлемыми и удобными для урегулирования споров, и, соответственно, ни одна из сторон не будет требовать иного (подпункт 33.1.2); пункт 33.1 соглашения служит исключительно благу займодавца. Соответственно, займодавец может начать судебное дело в отношении спора в любых других судах, обладающих юрисдикцией. В той мере, в какой это разрешено законом, займодавец может начать параллельные производства в любом количестве юрисдикций (подпункт 33.1.3).

Компания, ссылаясь на нарушение обществом «Рыбпроминвест» условий соглашения по возврату займа, обратилась в Окружной суд города Лимассола (Республика Кипр) с иском о взыскании с последнего 16 473 642,17 доллара США, 15 процентов годовых от указанной суммы, начиная с 11.06.2010 до полной выплаты, а также 102 евро, составляющих расходы на издание данного решения, расходы по иску, подсчитанные протоколистом и одобренные судом, НДС.

Решением Окружного суда города Лимассола от 11.11.2010 по делу № 4019/2010 с общества «Рыбпроминвест» в пользу компании взыскано 16 473 642,17 доллара США (или 13 011 650,46 евро) задолженности, а также 15 процентов годовых от указанной суммы, возникшей по соглашению о займе.

Определением Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 22.11.2011 по делу № А56-49591/2011 данное решение иностранного суда признано и приведено в исполнение.

В период судебного разбирательства по делу № 4019/2010 в Окружном суде города Лимассола компании стало известно, что общества «Рыбпроминвест» и «Продуктовые Терминалы» на основании нотариально удостоверенных договоров купли-продажи доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью от 14.10.2010 и от 18.11.2010 произвели отчуждение принадлежавших им на праве собственности 58,5 процента и 23,46 процента долей в уставном капитале общества «Морской Рыбный Порт» в пользу общества с ограниченной ответственностью «Конмарк» (далее – общество «Конмарк»).

Ссылаясь на нарушение подпункта 18.3.1 соглашения, компания обратилась в Окружной суд города Лимассола с иском о признании недействительной сделки, заключенной между обществами «Рыбпроминвест» и «Конмарк», по отчуждению доли в уставном капитале общества «Морской Рыбный Порт» номинальной стоимостью 1 466 250 рублей и признании недействительным разрешения, выданного обществом «Рыбпроминвест» его дочерней компании – обществу «Продуктовые Терминалы», на отчуждение в пользу общества «Конмарк» доли в уставном капитале общества «Морской Рыбный Порт» номинальной стоимостью 3 656 250 рублей.

Решением Окружного суда города Лимассола от 07.07.2011 по делу № 4019/2010 иск удовлетворен в полном объеме, что явилось основанием для обращения компании в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением о признании и приведении в исполнение данного решения в Российской Федерации.

Определением Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 09.12.2011 в удовлетворении заявления отказано.

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа постановлением от 06.03.2012 определение суда первой инстанции оставил без изменения.

Суды исходили из того, что решение Окружного суда города Лимассола от 07.07.2011 противоречит публичному порядку Российской Федерации и нарушает исключительную компетенцию арбитражных судов Российской Федерации.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, о пересмотре в порядке надзора определения суда первой инстанции от 09.12.2011 и постановления суда кассационной инстанции от 06.03.2012 компания просит их отменить,

ссылаясь на нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права.

В отзывах на заявление общества «Рыбпроминвест» и «Конмарк» просят оставить обжалуемые судебные акты без изменения.

Проверив обоснованность доводов, содержащихся в заявлении, отзыве на него и выступлениях присутствующих в заседании представителей участвующих в деле лиц, Президиум считает, что заявление не подлежит удовлетворению ввиду следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 241 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс) решения судов иностранных государств, принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные суды), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом.

Согласно статье 23 Договора между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Кипр о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 19.01.1984 (далее – Договор о правовой помощи, Договор) (Российская Федерация является стороной данного договора как продолжатель СССР) стороны договорились взаимно признавать и исполнять судебные решения по гражданским делам.

В силу статьи 12 Договора в оказании правовой помощи, которая включает в себя согласно статье 3 также признание и исполнение решений по гражданским делам, может быть отказано, если ее оказание способно нанести ущерб суверенитету или безопасности либо противоречит основным принципам законодательства запрашиваемой договаривающейся стороны (публичному порядку).

Как усматривается из материалов дела, при признании недействительным договора купли-продажи 23,46 процента доли в уставном капитале общества «Морской Рыбный Порт» номинальной стоимостью 1 466 250 рублей, заключенного 18.11.2010 между обществом «Рыбпроминвест» и обществом «Конмарк», Окружной суд города Лимассола исходил из противоречия данной сделки нормам Закона Республики Кипр о мошеннической передаче имущества.

Такое экстерриториальное применение иностранным судом публичного законодательства своего государства к сделке, заключенной между российскими юридическими лицами на территории Российской Федерации, предметом которой выступали доли в уставном капитале российского общества с ограниченной ответственностью, способно нанести ущерб суверенитету Российской Федерации и препятствует в силу статьи 12 Договора о правовой помощи признанию и приведению в исполнение в указанной части решения Окружного суда города Лимассола от 07.07.2011 по делу № 4019/2010.

Кроме того, таким решением затрагиваются права и обязанности общества «Конмарк» как третьего лица, которое в договорных отношениях с компанией не состояло и согласия на юрисдикцию суда Республики Кипр посредством заключения пророгационного соглашения не давало.

Общество «Конмарк», выступавшее покупателем доли в уставном капитале общества «Морской Рыбный Порт» по упомянутому договору купли-продажи, заключенному с обществом «Рыбпроминвест», не было инкорпорировано на территории Республики Кипр и не вело там свою деятельность, не заключало пророгационное соглашение о выборе суда данного государства в качестве компетентного рассматривать споры между ним и компанией, не давало добровольного согласия на участие в судебном разбирательстве в указанном суде.

Поскольку иностранный суд при принятии решения о признании недействительным названного договора купли-продажи фактически разрешил вопрос о правах и обязанностях лица, которое не участвовало в судебном разбирательстве, не давало согласия на юрисдикцию иностранного суда, это также служит дополнительным основанием для отказа в признании и приведении в исполнение решения Окружного суда города Лимассола от 07.07.2011 по делу № 4019/2010 в указанной части как нарушающего публичный порядок Российской Федерации, составной частью которого является право на суд. Данное право в смысле статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года охватывает право лица участвовать в процессе в том суде, в котором рассматриваются вопросы о его правах и обязанностях.

Решением Окружного суда города Лимассола также было признано недействительным разрешение, данное обществом «Рыбпроминвест» его дочерней компании – обществу «Продуктовые Терминалы», на отчуждение в пользу общества «Конмарк» доли в уставном капитале общества «Морской Рыбный Порт» номинальной стоимостью 3 656 250 рублей. Совершение такой сделки было одобрено решением внеочередного общего собрания участников общества «Продуктовые Терминалы» (протокол от 13.09.2010 № 10-03).

Пункт 3 статьи 24 Договора о правовой помощи предусматривает, что суд договаривающегося государства, на территории которого решение должно быть признано и исполнено, отказывает в таком признании и приведении в исполнение, если установит, что дело относится к его исключительной компетенции. При этом в пункте 3 части 1 статьи 244 Кодекса предусмотрено, что дело может быть отнесено к исключительной компетенции российского суда не только международным договором Российской Федерации, но и федеральным законом.

Поскольку Договором о правовой помощи категории дел, отнесенные к исключительной компетенции судов договаривающихся государств, не установлены, в настоящем случае применяются правила главы 32 Кодекса.

Пунктом 5 части 1 статьи 248 Кодекса к исключительной компетенции арбитражных судов Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц отнесены дела по спорам, связанным с оспариванием решений органов юридических лиц, учрежденных на территории Российской Федерации.

Следовательно, вынесенное Окружным судом города Лимассола решение в части признания недействительным разрешения общества «Рыбпроминвест» его дочерней компании – обществу «Продуктовые Терминалы» на отчуждение в пользу общества «Конмарк» доли в уставном капитале общества «Морской Рыбный Порт», формализованного в решении внеочередного общего собрания участников общества «Продуктовые Терминалы», также не подлежит признанию и приведению в исполнение на основании пункта 2 статьи 24 Договора о правовой помощи, поскольку относится к исключительной компетенции судов Российской Федерации.

При этом нарушение иностранным судом исключительной компетенции арбитражных судов Российской Федерации является самостоятельным основанием отказа в признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения, предусмотренным статьей 24 Договора о правовой помощи и пунктом 3 части 1 статьи 244 Кодекса.

При названных обстоятельствах обжалуемые судебные акты подлежат оставлению без изменения.

Вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами, принятые на основании нормы права в истолковании, расходящемся с содержащимся в настоящем постановлении толкованием,

могут быть пересмотрены на основании пункта 5 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, если для этого нет других препятствий.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьей 303, пунктом 1 части 1 статьи 305, статьей 306 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановил:

определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 09.12.2011 по делу № А56-49603/2011 и постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 06.03.2012 по тому же делу оставить без изменения.

Заявление компании ФРИНДЖИЛЛА КО. ЛТД (FRINGILLA CO. LTD) оставить без удовлетворения.

Председательствующий А.А. Иванов

7. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА ГОРОДА САНКТ-ПЕТЕРБУРГА И ЛЕНИНГРАДСКОЙ ОБЛАСТИ ОТ 27 ДЕКАБРЯ 2010 Г. ПО ДЕЛУ № А56-36839/2010

Судья Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области Киселев А.В. при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Троицкой М.В., рассмотрев в судебном заседании дело по иску: ЗАО «Группа Джей Эф Си» к «Ster Rifers Pul Ink» о признании договоров недействительными при участии

от истца: Нажесткин А.С. – доверенность от 17.05.2010

от ответчика: не явился (извещен)

установил:

ЗАО «Группа Джей Эф Си» обратилось в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к Ster Rifers Pul Ink о признании недействительными договоров.

От ответчика поступило ходатайство об оставлении искового заявления без рассмотрения.

Представитель истца заявил ходатайство о приостановлении производства по делу до момента выдачи Отделением королевской скамьи Высокого суда правосудия Коммерческого суда г. Лондон или иным государственным судом, находящимся на территории Соединенного Королевства и имеющим соответствующие полномочия, нового приказа, отменяющего приказ от 15.10.2010 и (или) разрешающего истцу продолжить разбирательство по настоящему делу.

В соответствии с п.5 ст. 144 АПК РФ арбитражный суд вправе приостановить производство по делу в случае рассмотрения международным судом, судом иностранного государства другого дела, решение по которому может иметь значение для рассмотрения данного дела.

На основании изложенного суд приостанавливает производство по делу.

Руководствуясь статьями143, 144 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный суд определил:

Приостановить производство по делу до момента выдачи Отделением королевской скамьи Высокого суда правосудия Коммерческого суда г. Лондон или иным государственным судом, находящимся на территории Соединенного Королевства и имеющим соответствующие полномочия, нового приказа, отменяющего приказ от 15.10.2010 и (или) разрешающего истцу продолжить разбирательство по настоящему делу.

Обязать истца уведомить Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области о выдаче Отделением королевской скамьи Высокого суда правосудия Коммерческого суда г. Лондон или иным государственным судом, находящимся на территории Соединенного Королевства и имеющим соответствующие полномочия, нового приказа, отменяющего приказ от 15.10.2010 и (или) разрешающего истцу продолжить разбирательство по настоящему делу.

Определение может быть обжаловано в Тринадцатый арбитражный апелляционный суд в течение месяца со дня вынесения определения.

Судья Киселев А.В.

8. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА ОТ 09 ЯНВАРЯ 2003 Г. ПО ДЕЛУ № А56-30789/02

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа в составе председательствующего Лавриненко Н.В., судей Матлиной Е.О. и Сергеевой И.В., при участии от ООО «Дритор» Зубова В.П. (доверенность от 09.09.2002) и Шевелева А.М. (доверенность от 06.09.2002), рассмотрев в открытом судебном заседании кассационную жалобу закрытого акционерного общества «Северная лесная торговая компания» на определение от 02.10.2002 (судья Хайруллина Х.Х.) и постановление апелляционной инстанции от 19.11.2002 (судьи Гайсановская Е.В., Полубехина Н.С., Кадулин А.В.) Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области по делу N А56-30789/02, установил :

Венгерское промышленное коммерческое сервисное общество с ограниченной ответственностью «Дритор» (далее - ООО «Дритор») обратилось в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением по вопросу компетенции постоянно действующего Третейского суда при Санкт-Петербургском юридическом обществе по рассмотрению экономических споров (далее - Третейский суд) по делу N 185/ОК-2002. Одновременно с подачей заявления ООО «Дритор» обратилось с ходатайством о принятии мер по обеспечению иска в порядке статьи 91 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ).

Определением от 02.10.2002 Третейскому суду запрещено «производство по третейскому разбирательству и совершение процессуальных действий по делу N 185/ОК-2002 до рассмотрения настоящего дела в арбитражном суде».

Постановлением апелляционной инстанции от 19.11.2002 определение оставлено без изменений.

В кассационной жалобе закрытое акционерное общество «Северная лесная торговая компания» (далее - ЗАО «Северная лесная торговая компания») просит определение о применении мер по обеспечению иска и постановление апелляционной инстанции, которым оно оставлено без изменения, отменить как необоснованные и противоречащие закону. Податель жалобы считает неправомерным вмешательство арбитражного суда в процесс третейского разбирательства. По его мнению, третейский суд самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него компетенции рассматривать конкретный спор в соответствии со статьей 17 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации».

Представитель ЗАО «Северная лесная торговая компания», надлежащим образом извещенного о времени и месте судебного разбирательства, в суд не явился.

Представители ООО «Дритор» просили отказать в удовлетворении кассационной жалобы, поскольку, по их мнению, обжалуемые судебные акты приняты в соответствии с требованиями закона.

Законность обжалуемых судебных актов проверена в кассационном порядке.

В материалах дела имеется соглашение от 18.09.95, заключенное между ООО «Дритор» и ЗАО «Северная лесная торговая компания», подписанное сторонами и заверенное соответствующими печатями (лист дела 30). В соответствии с пунктом 10 указанного соглашения все споры между сторонами подлежат рассмотрению постоянно действующим Третейским судом по действующему регламенту указанного суда по праву Российской Федерации. Решение указанного суда будет являться для сторон окончательным и подлежащим обязательному исполнению.

В соответствии со статьей 90 АПК РФ арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, вправе принять меры по обеспечению иска или имущественных интересов заявителя, если непринятие этих мер может затруднить или сделать

невозможным исполнение судебного акта, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю. По таким же основаниям арбитражным судом могут быть приняты обеспечительные меры по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда.

Таким образом, основным критерием при решении вопроса о необходимости принятия обеспечительных мер по делу является невозможность в будущем исполнить судебный акт.

Заявляя ходатайство о принятии указанных мер по обеспечению иска, ООО «Дритор» не аргументировало необходимости в их принятии и не представило доказательства, подтверждающие свои аргументы. Не содержится таких доводов и в обжалуемых судебных актах.

Сопоставив предмет спора по настоящему делу 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 N 185/ОК-2002 ограничивают полномочия Третейского суда и нарушают 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.

При таких обстоятельствах кассационная инстанция находит, что при вынесении обжалуемых судебных актов неправильно применены нормы процессуального права, что является основанием для их отмены.

Руководствуясь статьями 286, 287, 289, 290 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа постановил:

определение от 02.10.2002 и постановление апелляционной инстанции от 19.11.2002 Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области по делу N А56-30789/02 отменить.

Ходатайство венгерского промышленного коммерческого сервисного общества с ограниченной ответственностью «Дритор» о применении мер по обеспечению иска отклонить.

Председательствующий
ЛАВРИНЕНКО Н.В.

Судьи
СЕРГЕЕВА И.В.
МАТЛИНА Е.О.

9. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ФАС ДАЛЬНЕВОСТОЧНОГО ОКРУГА ОТ 20 ИЮНЯ 2000 Г. № Ф03-А51/00-1/993.

(извлечение)

Арбитражный суд рассмотрел кассационную жалобу конкурсного управляющего ОАО «ВБТРФ» - Набиева Х.У. на определение от 27.01.2000 по делу N А51-1794/98-9-16 Арбитражного суда Приморского края по заявлению ФСДН России о признании открытого акционерного общества «Владивостокская база тралового и рефрижераторного флота» несостоятельным (банкротом).

Решением от 10.02.1999 Арбитражного суда Приморского края ОАО «Владивостокская база тралового и рефрижераторного флота» (далее - ОАО «ВБТРФ») признано несостоятельным (банкротом) с открытием в отношении должника конкурсного производства. Конкурсным управляющим назначен Набиев Х.У. (л. д. 59 - 61, т. 8).

26.01.2000 конкурсный управляющий и кредиторы: ГП «Морсвязьспутник», ОАО «Приморавтотранс», ОАО ВМУ «Дальэлектромонтаж», ЗАО «Приморавтоматика», обратились в арбитражный суд с заявлением об обеспечении требований кредиторов, в котором просили запретить компании «Фолкленд Инвестментс ЛТД» принимать меры, направленные на ограничение права ОАО «ВБТРФ» свободно пользоваться и распоряжаться своим имуществом, а также обязать эту компанию как участника дела о банкротстве по российскому законодательству прекратить дела по заявленным к должнику искам, рассматриваемым в судах Англии, Кореи, Сингапура, и доказательства осуществления данных действий представить в суд.

Определением от 27.01.2000 (л. д. 98, т. 20) суд удовлетворил заявление частично, отказав в принятии в отношении компании «Фолкленд Инвестментс ЛТД» меры обеспечения иска в виде обязания ее прекратить дела, возбужденные в отношении должника в судах иностранных государств.

В кассационной жалобе конкурсного управляющего Набиева Х.У. предлагается данное определение в части, касающейся отказа в удовлетворении указанной меры обеспечения иска, отменить как принятое с неправильным применением ст. 44 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» и ст. 76 АПК РФ, заявление о принятии мер обеспечения иска удовлетворить в полном объеме.

В обоснование жалобы ее заявителем приведены доводы о том, что компания «Фолкленд Инвестментс ЛТД» своими действиями, направленными на арест имущества должника и предъявление к нему требований по тому же предмету и основанию иска через суды иностранных государств, нарушает требования ст. 98 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», запрещающей предъявлять к предприятию-должнику какие-либо требования вне рамок конкурсного производства. Указанные действия нарушают права других кредиторов, требования которых подлежат удовлетворению в первоочередном порядке. Заявленная мера в силу ст. 12 ГК РФ является единственным способом восстановления первоначального положения должника, существовавшего до нарушения права. Кроме того, в обжалуемом определении в нарушение п. 2 ст. 140 АПК РФ судом не указаны мотивы отказа.

В отзыве на кассационную жалобу и в дополнение к нему компания «Фолкленд Инвестментс ЛТД» (далее - Компания) выразила несогласие с доводами жалобы, считая их бездоказательными, противоречащими закону, и просит суд оставить жалобу без удовлетворения, а также отменить определение в части удовлетворенных требований заявителя.

По мнению Компании, в соответствии с Конституцией РФ суд не вправе ограничить ее право на судебную защиту в иностранных юрисдикциях. Предлагаемая к применению мера обеспечения требований кредиторов противоречит нормам

международного права. Данные заявителя о наличии в судах Англии, Кореи и Сингапура текущих дел, которые ведет Компания в отношении предприятия-должника, не соответствуют действительности. В делах, возбужденных в судах Сингапура, Компания принимает участие в качестве ответчика, не заявляя при этом имущественных требований к ОАО «ВБТРФ».

Решение лондонского арбитра Кеннета Стюарта Рокисона, вынесенное против должника, состоялось в 1999 году, тогда как Арбитражным судом Приморского края до сих пор не решен вопрос относительно установления размера кредиторской задолженности Компании.

Обжалуемое определение в части удовлетворения требований заявителя противоречит главе 20 ГК РФ, регулирующей механизм защиты права собственности, которым заявитель не воспользовался.

В судебном заседании кассационной инстанции представители заявителя жалобы и Компании поддержали доводы жалобы и возражений на нее, а представитель ОАО «Приморавтотранс» выразил несогласие с выводами суда, которые, по его мнению, основаны на недостаточно исследованных материалах дела, в связи с чем просил отменить обжалуемое определение в полном объеме и передать дело на новое рассмотрение.

Иные лица, участвующие в деле, своего мнения по жалобе не выразили.

Заявленное в кассационной инстанции ходатайство кредитора, ОАО «Приморавтотранс», об обеспечении требований кредиторов в виде запрета конкурсному управляющему Гордиенко А.Б. исполнять возложенные на него обязанности, а также распоряжаться финансовыми средствами должника и отчуждать его недвижимое имущество до рассмотрения судом кассационной жалобы кредиторов на определение от 04.05.2000, удовлетворению не подлежит как необоснованное.

В соответствии со ст. 116 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» отстранение арбитражным судом конкурсного управляющего, к чему по существу сводится ходатайство кредитора в части запрета Гордиенко А.Б. исполнять возложенные на него обязанности, осуществляется по ходатайству собрания кредиторов или комитета кредиторов в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения конкурсным управляющим возложенных на него обязанностей в порядке, установленном ст. 73 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», который в данном случае не соблюден.

Согласно ст. 75 АПК РФ арбитражный суд вправе принять меры по обеспечению иска, если непринятие таких мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта.

В данном случае заявитель не обосновал свой довод о том, что исполнение Гордиенко А.Б. обязанностей конкурсного управляющего может повлечь неблагоприятные для кредиторов последствия в виде утраты имущества должника, в связи с чем не подлежит удовлетворению его ходатайство о запрете Гордиенко А.Б. распоряжаться финансовыми средствами должника и отчуждать его имущество.

Довод ОАО «Приморавтотранс» о том, что назначение этого конкурсного управляющего осуществлено без участия большинства кредиторов, не имеет для рассмотрения данного ходатайства правового значения.

Изучив материалы дела и доводы кассационной жалобы, заслушав в судебном заседании представителей лиц, участвующих в деле, Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа не усматривает оснований для удовлетворения кассационной жалобы.

Согласно п. 1 ст. 44 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» по заявлению лиц, участвующих в деле о банкротстве, арбитражный суд вправе принять меры по обеспечению требований кредиторов в соответствии с АПК РФ. Перечень мер обеспечения иска дан в ст. 76 АПК РФ.

В соответствии с п. 2 ст. 44 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» помимо мер, предусмотренных АПК РФ, арбитражный суд может принять иные меры, в том числе направленные на обеспечение сохранности имущества должника.

В этой связи следует признать правомерным вывод суда о применении мер обеспечения требований кредиторов в виде запрета Компании принимать меры, направленные на ограничение права ОАО «ВБТРФ» свободно пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом, поскольку в соответствии со ст. 98 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» с момента принятия судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства, что имело место в данном случае, не допускается введение каких-либо ограничений по распоряжению его имуществом.

Правомерным является и вывод суда относительно отказа в удовлетворении заявления о применении мер обеспечения требований кредиторов в части обязания Компании прекратить дела, возбужденные в отношении ОАО «ВБТРФ» в судах Англии, Кореи, Сингапура.

Судебная власть на территории государства осуществляется в соответствии с нормами национального и международного законодательства, в том числе и процессуального.

С учетом подведомственности дел, определяемой нормами процессуального законодательства, осуществляется защита нарушенных или оспоренных гражданских прав.

В соответствии с АПК РФ, регулирующим деятельность арбитражных судов РФ, рассматривающих и дела с участием иностранных организаций, данные суды не вправе лишать лицо права на защиту в избранной им форме, в том числе и путем обращения в суды других государств.

В этой связи несостоятельны доводы жалобы о нарушении судом статьи 44 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» и ст. 76 АПК РФ, содержащих перечень мер обеспечения иска и мер обеспечения требований кредиторов, которому предлагаемая заявителями мера не соответствует.

Более того, в данном случае заявители не представили доказательств наличия конкретных дел, возбуждаемых в отношении должника в судах Англии, Кореи, Сингапура.

Не принимается во внимание довод заявителя жалобы относительно нарушения судом п. 2 ст. 140 АПК РФ, поскольку в соответствии со ст. 176 АПК РФ такого рода процессуальное нарушение не влечет безусловную отмену судебного акта.

Иные доводы жалобы не имеют для дела правового значения.

При таких обстоятельствах кассационная жалоба не подлежит удовлетворению.

Руководствуясь статьями 174 - 177 Арбитражного процессуального кодекса РФ, Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа постановил:

определение от 27.01.2000 по делу N А51-1794/98-9-16 Арбитражного суда Приморского края оставить в силе.

10. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СУДА ГОРОДА МОСКВЫ ОТ 15 АВГУСТА 2012 Г. ПО ДЕЛУ № А40-26424/2011-83-201

Арбитражный суд в составе:
Судья Е.Н. Золотова,
членов суда: единолично
рассмотрел заявление ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» о
принятии обеспечительных мер по исковому заявлению ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» к Максимову Николаю Викторовичу, ОАО «Макси-Групп» о признании сделки недействительной и по иску ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» к Максимову Николаю Викторовичу о взыскании 5.391.644.064,74 руб. в заседании приняли участие: без вызова сторон

Суд установил: ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» обратился в Арбитражный суд г. Москвы с исковым заявлением к Максимову Николаю Викторовичу, ОАО «Макси-Групп» о признании сделки недействительной; о взыскании с Максимова Н.В. 5.391.644.064,74 руб.

Через канцелярию суда 14.08.2012г. от ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» поступило заявление об обеспечении иска, в котором заявитель просит принять обеспечительные меры в виде: запрета Максимову Н.В., а также любым иным лицам, действующим за и от имени Максимова Н.В. в его интересах совершать действия по взысканию с ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» денежных средств по Соглашению от 22.11.2007г., в том числе путем приведения в исполнение решения МКАС при ТПП РФ от 31.03.2011г. по делу № 244/2009, отмененного определением Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-35844/11-69-311, и обращения взыскания на имущество ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» на основании решения МКАС при ТПП РФ от 31.03.2011г. по делу № 244/2009, отмененного определением Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-35844/11-69-311, по Соглашению от 22.11.2007г.; запрета Максимову Н.В. совершать уступку каким-либо третьим лицам, в том числе физическим и юридическим лицам, находящимся и осуществляющим деятельность за пределами Российской Федерации прав по взысканию с ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» денежных средств по Соглашению от 22.11.2007г. на основании Решения МКАС при ТПП РФ от 31.03.2011г. по делу № 244/2009, отмененного определением Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-35844/11-69-311, в том числе путем обращения взыскания на имущество ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат».

В обоснование заявленных обеспечительных мер истец указывает, что Максимовым Н.В. предпринимаются действия по взысканию с ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» денежных средств по Соглашению, путем приведения в исполнение отмененного решения МКАС. Также Максимов Н.В., в целях создания невозможности исполнения судебного акта, в случае удовлетворения исковых требований, может уступить права по взысканию с ОАО «НЛМК» денежных средств по Соглашению, в том числе путем обращения взыскания на имущество ОАО «НЛМК», на основании отмененного решения МКАС третьим лицам. По мнению заявителя, в связи с тем, что Максимов Н.В. является физическим лицом, такая уступка может быть осуществлена им безвозмездно или за крайне незначительную сумму, что будет означать фактическую невозможность исполнения судебного акта по настоящему делу, в случае удовлетворения исковых требований.

Рассмотрев заявление, суд не находит его подлежащим удовлетворению.

В соответствии со ст.ст. 90, 91 АПК РФ Арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, может принять меры, направленные на обеспечение иска или

имущественных интересов заявителя, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю.

Рассматривая вопрос об обеспечении иска, арбитражный суд учитывает, что обеспечительные меры должны соответствовать заявленным требованиям, т.е. быть непосредственно связаны с предметом спора, соразмерными как заявленному требованию, так и последствиям, необходимыми и достаточными для обеспечения исполнения судебного акта или предотвращения ущерба.

Согласно части 3 статьи 93 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в обеспечение иска может быть отказано, если отсутствуют предусмотренные ст. 90 Кодекса основания для принятия обеспечительных мер.

Истцом не представлено 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.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст. 90, 91, 92, 93 АПК РФ, суд определил:

В удовлетворении заявления о принятии обеспечительных мер ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» отказать.

Определение может быть обжаловано в порядке и сроки, установленные АПК РФ.

Судья Е.Н.Золотова

11. BNP PARIBAS S.A. V OJSC RUSSIAN MACHINES & JSC INGOSSTRAKH-INVESTMENT [2011] EWHC 308 (COMM)

BNP PARIBAS S.A.
Claimant
- and -
(1) OPEN JOINT STOCK COMPANY RUSSIAN MACHINES
(2) JOINT STOCK ASSET MANAGEMENT COMPANY INGOSSTRAKH-INVESTMENTS
Defendants
Mr Graham Dunning QC and Mr Stephen Houseman (instructed by Clifford Chance LLP) for the Claimant
Mr James Ramsden (instructed by Steptoe & Johnson) for the First Defendant
Ms Vasanti Selvaratnam QC and Mr Henry Ellis (instructed by Bryan Cave LLP) for the Second Defendant
Hearing dates: 7 and 8 November 2011

Judgment

Mr Justice Blair:

1. The claimant, BNP Paribas S.A., is a French bank. The first defendant, Open Joint Stock Company Russian Machines, and the second defendant, Joint Stock Asset Management Company Ingosstrakh-Investments, are both Russian companies. These proceedings in the English Court comprise a claim for anti-suit relief in connection with an arbitration agreement between the claimant and the first defendant.

2. Three applications are before the court for decision.

(1) The first defendant's application dated 25 July 2011 challenging the court's jurisdiction and service of proceedings upon it within the jurisdiction;

(2) The second defendant's application, also dated 25 July 2011, challenging the court's jurisdiction and service of proceedings upon it within or outside the jurisdiction, and seeking to set aside the Order of 8 June 2011 giving permission to serve out of the jurisdiction;

(3) The claimant's cross-application dated 22 August 2011, seeking various aspects of service-related relief as against the first defendant and (to a lesser extent) second defendant, depending on the outcome of (1) & (2) above.

If these issues are decided in the claimant's favour, there is a further related application dated 28 October 2011 by the claimant seeking interim anti-suit injunctive relief as against the first and second defendants.

3. The issues in essence are whether the court has jurisdiction in respect of the substantive anti-suit claims as against the defendants, and as to whether the defendants were properly served with the proceedings, and if not, what consequences flow from that.

4. For the purposes of these applications, the facts can be stated as follows. By a guarantee dated 1 October 2008, the first defendant guaranteed certain liabilities of one of its subsidiaries. The liabilities arose under a collateralised margin loan made by the claimant bank to the subsidiary. The guarantee is governed by English law, and provided for disputes to be referred to arbitration under the LCIA rules, with the claimant having the option to bring proceedings in this court instead. The relevant provisions are as follows:

«16. ARBITRATION

16.1 Subject to Clause 16.4, any dispute (a «Dispute») arising out of or in connection with this Guarantee (including any question regarding the existence, validity or termination of this Guarantee or the consequences of its nullity) shall be referred to and finally resolved by arbitration under the Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration.

16.2 Procedure for arbitration

16.2.1 The arbitral tribunal shall consist of one arbitrator who shall be a Queen's Counsel of at least five years' standing

16.2.2 The seat of arbitration shall be London, England and the language of the arbitration shall be English.

16.3 Save as provided in Clause 16.4, the parties to this Guarantee exclude the jurisdiction of the courts under Sections 45 and 69 of the Arbitration Act 1996

16.4 Before an arbitrator has been appointed to determine a Dispute, the Beneficiary may by notice in writing to the Guarantor require that all Disputes or a specific Dispute be heard by a court of law. If the Beneficiary gives such notice, the Dispute to which that notice refers shall be determined in accordance with Clause 17.1

17. ENFORCEMENT

17.1 In the event the Beneficiary issues a notice pursuant to Clause 16.4, the following provisions shall apply:

17.1.1 Subject to Clause 16.1 the courts of England have exclusive jurisdiction to settle any Dispute

17.1.2 The Beneficiary and the Guarantor agree that the courts of England are the most appropriate and convenient courts to settle Disputes and accordingly neither the Guarantor nor the Beneficiary will argue to the contrary

17.1.3 This Clause is for the benefit of the Beneficiary only. As a result, the Beneficiary shall not be prevented from taking proceedings relating to a Dispute in any other courts with jurisdiction. To the extent allowed by law, the Beneficiary may take concurrent proceedings in any number of jurisdictions

17.2 Without prejudice to any other mode of service allowed under any relevant law, the Guarantor:

17.2.1 irrevocably appoints Bryan Cave of 88 Wood Street, London EC2V 7 AJ England (or, if different, its registered office) as its agent for service of process in relation to any proceedings before the English Courts in connection with this Guarantee; and

17.2.2 agrees that failure by a process agent to notify the Guarantor of the process will not invalidate the proceedings concerned.»

5. A dispute arose under the loan agreement, and the claimant sought to enforce the guarantee. On 6 August 2010, it commenced arbitral proceedings against the first defendant claiming about US$80 million. The first defendant is represented by Steptoe & Johnson. On 6 September 2010, it served its response on the basis that the guarantee was never valid because it did not recieve the fundamental approvals required to be effective.

6. Shortly afterwards the parties agreed to amend the arbitration agreement by substituting for arbitration by a Queen's Counsel, the appointment as arbitrator of Professor Albert van den Berg. It is useful to set out the relevant terms in that respect.

«1. AGREEMENT TO ARBITRATE THE DISPUTES BEFORE PROFESSOR VAN DEN BERG

1.1 In consideration of the mutual promises as set forth below, the Parties agree that any disputes arising out of or in connection with the Guarantee (including any question regarding the existence, validity, enforceability or termination of the guarantee or the consequences of its nullity) shall be referred to and finally resolved by arbitration under the Arbitration Rules of the LCIA in LCIA Arbitration No. 101665.

1.2 The arbitral tribunal shall consist of one arbitrator who shall be Professor van den Berg. If, for any reason, Professor van den Berg cannot act as arbitrator in LCIA Arbitration No. 101665, the arbitrator shall be a Queens Counsel of at least five years standing.

1.3 The seat of the arbitration shall be London, England and the language of the arbitration shall be English.

…

1.5 Clause 16 of the Guarantee shall be amended accordingly.

1.6 Clauses 17.1 and 17.2 of the Guarantee are repealed.

«2 GOVERNING LAW

2.1 This Agreement shall be governed by and construed in accordance with English Law.»

7. As well as appointing Professor van den Berg as arbitrator therefore, the parties «repealed» the provision in the arbitration agreement as contained in the guarantee by which the London office of Bryan Cave LLP was appointed by the first defendant as agent for service of process in relation to any proceedings before the English Courts in connection with the guarantee. As I shall explain, it was this change that led in part to the problems as regards service which subsequently emerged. As is common in contracts of this kind, the guarantee gave the bank the option to bring proceedings in the English Court, but that option had not been pursued. The evidence is to the effect that the person dealing with the matter in the claimant's solicitors felt that the clause was no longer necessary, since the parties had agreed to arbitrate. On 1 December 2010, the LCIA Court confirmed the appointment of Professor van den Berg as sole arbitrator, and the arbitration got underway.

8. The second defendant is the trust manager of a small holding of shares in the first defendant (the evidence suggests 0.14%) that belongs to the Socium Non-Governmental Pension Fund. It is common ground that the defendants are related companies. On 27 December 2010, the second defendant commenced proceedings before the Moscow Arbitrazh Court seeking invalidation of the guarantee on the basis that it was an «interested party transaction», and a «major transaction» under the Russian Joint Stock Company Law, which should have been approved at a general meeting of the shareholders. Both the claimant and the first defendant are defendants to those proceedings. The proceedings were served on the claimant on 13 January 2011, and the evidence is that this was the first time that the claimant became aware of them.

9. The relationship between them is in dispute, but as a matter of fact there were now two sets of proceedings on foot as regards the guarantee. Various procedural hearings took place in the arbitration and in the Moscow Arbitrazh Court in February. The claimant's evidence is that it took some time to investigate the ownership structure of the defendants. On 8 April 2011, it issued a motion in the Arbitrazh Court to dismiss the Russian proceedings on the basis of lack of jurisdiction by reference to the arbitration.

10. On 11 April 2011, it requested the arbitrator's permission for the purposes of s. 44(4) Arbitration Act 1996 to commence an anti-suit action against both defendants. The matter was disputed by the defendants in correspondence, but by Order No.3 in the arbitration dated 4 May 2011, the claimant's request was granted.

11. On 27 May 2011, the claimant applied to this court for permission to serve an anti-suit action on the second defendant out of the jurisdiction. The application was made in respect of the second defendant only on the basis that the claimant could serve the first defendant in the jurisdiction pursuant to the service clause in the guarantee that I have set out above. Unfortunately, the claimant's solicitors had overlooked the fact that the clause in question had been «repealed» by the agreement appointing Professor van den Berg. It was not in dispute before me that this was an innocent oversight.

12. It was appreciated that the application raised a «number of complex issues» and it was accompanied by a skeleton argument settled by leading counsel (not counsel on this application). It was submitted that the claim in the Russian proceedings was properly treated as subject to the arbitration agreement, alternatively that its pursuit was vexatious and oppressive.

The heads of jurisdiction relied upon were (1) that there was a real issue between the claimant and the first defendant to which the second defendant was a necessary or proper party, (2) that the contract in respect of which the claim is made (the guarantee) was made in England and governed by English law, and (3) under CPR 62.5(1)(b) so far as the claim was for an order under s.44 Arbitration Act 1996, and (c) so far as the claimant was seeking was a remedy affecting an arbitration.

13. In the usual way, the matter was considered on the papers, and on 8 June 2011 Hamblen J made the order sought. He gave permission to serve the claim out of the jurisdiction on the second defendant (a) pursuant to the Hague Convention at their address in Moscow (b) by leaving a copy with the second defendant's lawyers in Moscow, and (c) by delivering a copy by registered mail to the second defendant and to its lawyers in Moscow. However, as I have explained, the matter had been placed before the judge on the wrong basis, namely that the first defendant had an agent for the service of process in London.

14. On 20 June 2011, the proceedings were served on the London office of Bryan Cave LLP at its London office (pursuant to the repealed provision in the guarantee), and on the second defendant by delivery by hand to its lawyers in Moscow and by registered post in Moscow.

15. On 21 June 2011, the first hearing took place in the Moscow Arbitrazh Court in the Russian proceedings. The claimant's motion to dismiss based on the arbitration was rejected.

16. On 14/15 July 2011, the claim (and associated documents) were filed by the claimant's solicitors with the Foreign Process Section at the Royal Courts of Justice for service on the second defendant through the Hague Convention. The defendants' applications challenging jurisdiction and service (and in the case of the second defendant seeking to set aside the 8 June 2011 order) were issued on 25 July 2011.

17. During August 2011, there were two hearings in the Moscow Arbitrazh Court, resulting in the dismissal of the second defendant's claim in the Russian proceedings. This was on the basis that the claim had been brought outside the one year limitation period applicable to such a claim under Russian law.

18. On 22 August 2011, in the English proceedings, the claimant issued its cross application in response to those of the defendants.

19. On 14 September 2011, the second defendant filed an appeal in the Russian proceedings, which was served on the claimant's Moscow lawyers on 20 September 2011.

20. In the arbitration, the arbitrator heard the first phase of the issues in the arbitration at a hearing in London between 26 and 30 September 2011.

The application for an interim injunction and 11 November hearing

21. The appeal in the Russian proceedings is to the first of (potentially) three appellate courts. During September 2011, the claimant was trying to agree a date with the defendants for the hearing of the defendants' applications in the English anti-suit proceedings.

22. On 6 October 2011, the claimant asked the Commercial Court that the hearings be heard on an expedited basis. After representations by both parties, on 20 October 2011 Gloster J ordered that the hearings be listed for 7 - 8 November 2011.

23. On 28 October 2011, the claimant issued its application for an interim injunction. It effectively sought to restrain the first defendant from assisting in the Russian appeal, and the second defendant from pursuing the appeal. The defendants objected to this being heard along with their jurisdiction challenge. Gloster J directed that it should be for the judge hearing the application to decide that matter, taking into account whether there was time to do so.

24. Meanwhile, on about 17 October 2011 the date of the hearing of the second defendant's appeal in the Russian proceedings to the appellate division of the Arbitrazh Court appeared on the court website listed for 15 November 2011.

25. There was a dispute on the evidence as to what would happen on that date. The claimant said that the court might well dispose of the appeal. The defendants said that it was more likely to go off for a further hearing. In fact, in evidence filed on 11 November 2011, the second defendant said that there was no sensible prospect of the appeal going ahead in the light of the claimant's recent motion to dismiss the claim.

26. The hearing on 7 - 8 November before me took a full two days. There was no time to deal with the claimant's application for an interim anti-suit injunction pursuant to its application of 28 October 2011.

27. On 10 November 2011, the claimant gave notice that it intended to apply for an interim injunction, which it did before myself the following day. After hearing argument from all parties, I ruled that the balance of convenience favoured the claimant, because if the appeal were to go ahead on 15 November there was a risk that the guarantee might be invalidated, thereby rendering the decision in these proceedings otiose. The defendants were not prepared to agree to a consensual adjournment of the appeal on 15 November 2011. For reasons I gave at the hearing on 11 November 2011, I granted limited injunctive relief intended to preserve the status quo until this decision could be handed down.

The issues to be determined on the applications

28. A considerable number of issues have been raised by the parties in argument, though some are common to each defendant, and the necessity for a decision on some is contingent on the decision on others. The issues in summary (I have taken them from a document prepared by the claimant and handed in at the hearing and agreed by the defendants) are set out below. I shall deal with them in this order (though the issues were dealt with in a different order in the skeleton arguments, and not all of them were developed in the skeleton arguments). A number of them raise difficult points of law.

First defendant

(1) Jurisdiction: Should the Court grant permission to serve D1 out of the jurisdiction? In light of D1's concessions that gateways CPR 62.5(1)(c) and Ground (6) PD 6B are satisfied (nb C maintains that CPR62.5(1)(b) is also satisfied insofar as relief is claimed under AA s.44)) and that England is the proper place for determining these claims, this boils down to the question: Is there a serious issue to be tried on each claim against D1?

(2) Deemed Service: If the answer to 1 is Yes, should service be deemed to have been effected upon D1, pursuant to CPR 6.15(2), by provision of the relevant documents to (a) Bryan Cave on 20 June and/or (b) Steptoe & Johnson on that date or any rate prior to its acknowledgement of service on behalf of D1 on 27 June 2011?

If the answer to both 1 and 2 is Yes, then it is not necessary to proceed any further.

(3) Service by Alternative Method within England: If the answer to 1 is Yes but the answer to 2 is No:

(a) Should an order be made for service by alternative method upon D1, pursuant to CPR 6.15(1) and/or CPR 6.37(5)(b)(i) and 62 PD para.3.1, allowing service upon Steptoe & Johnson at their address within this jurisdiction? and

(b) If so, should the validity of the Claim Form qua arbitration claim form (CPR 62.4(2)) be extended, pursuant to CPR 7.6, to enable such service?

If the answer to 1 and 3 is Yes, then it is not necessary to proceed any further

(4) Service by Registered Post in Russia: If the answer to 1 is Yes but the answers to 2 & 3 are both No:

(a) Service under CPR 6.40(3)(c). Is service of foreign process in the Russian Federation by registered post (i) permitted or (ii) is it required to take place exclusively through official channels as prescribed by Article 5 of the Hague Convention?

(b) Service by alternative method. If the answer to (a) above is (ii), then:

(i) Should an order be made, pursuant to CPR 6.15(1) and/or CPR 6.37(5)(b)(i), for service by registered post at D1's address in Moscow?

(ii) In so far as relevant to (i) above, is service of foreign process in the Russian Federation by registered post illegal as a matter of Russian law (CPR 6.40(4))?

(c) Extension of validity. Should the validity of the Claim Form qua arbitration claim form (CPR 62.4(2)) be extended, pursuant to CPR 7.6, to enable service upon D1 in Russia hereafter pursuant to the methods identified in (a) and/or (b) above?

Second defendant

(1) Jurisdiction: Does the Court have jurisdiction over the claims against D2 and, if so, should it uphold/exercise such jurisdiction? In particular:

(a) Is there a good arguable case that each claim against D2 falls within one or more of (i) CPR 62.5(1)(b) or (ii) CPR 62.5(1)(c) or (iii) CPR 6.36 & Ground (3) PD 6B or (iv) CPR 6.36 & Ground (6) PD 6B?

(b) If so, is there are serious issue to be tried on each claim?

(c) If so, is England the proper place for determining such claims (CPR 6.37(3))?

(2) Validity of Service in Russia: If the answer to 1 is Yes, was D2 validly served on 20 and/or 28 June 2011 by delivery (i) by hand and/or (ii) registered post at its and/or its lawyers' offices in Moscow? As to this:

(a) Permitted service (CPR 6.40(3)(c)). Is service of foreign process in the Russian Federation by hand and/or by registered post (i) permitted or (ii) is it required to take place exclusively through the official channels prescribed in Article 5 of the Hague Convention?

(b) Alternative service: If the answer to (a) above is (ii):

(i) Was the Court justified in ordering service by alternative methods on D2 in Russia (para.1(b) & (c) of the 8 June Order)?

(ii) In so far as relevant to (i) above, is service of foreign process in the Russian Federation by hand and/or by registered post illegal as a matter of Russian law?

If the answer to both 1 and 2 is Yes, then go to 6 below.

(3) Deemed Service: If the answer to 1 is Yes but the answer to 2 is No:

(a) Should service be deemed to have been effected upon D2, pursuant to CPR 6.15(2), by provision of the relevant documents to (i) Bryan Cave on 20 June 2011 and/or (ii) Steptoe & Johnson on that date or any rate prior to its acknowledgement of service on behalf of D1 on 27 June 2011 and/or (iii) Egorov, Puginsky, Afanasiev & Partners by hand on 20 June 2011 and/or by registered post on 28 June 2011 and/or (iv) D2 at its address in Moscow by registered post on 20 June 2011?

(b) Is it relevant to the answer to (a) that it is said to be contrary to Russian law for substituted service to take place in England? cf. CPR 6.40(4), which refers to the law of the country in which the document is to be served?

If the answers to 1 and 3 above are Yes, then go to question 6.

(4) This was added by D2 in argument, and has to do with prospective service on D2 by an alternative method. Is there a «good reason» to allow service on Bryan Cave in London?

(5) Extension of Validity of Arbitration Claim Form: If the answer to 1 is Yes but the answers to 2 & 3 are both No, should the validity of the Claim Form qua arbitration claim form (CPR 62.4(2)) be extended, pursuant to CPR 7.6, to enable service on D2 in Russia (the process already being underway) under the Hague Convention?

(6) Should the 8 June Order be set aside? As to this:

(a) [not pursued by D2 under this head]

(b) Did C commit a material non-disclosure when obtaining the 8 June Order by not drawing the Court's attention to the fact that the Russian Federation had made a reservation against Article 10 of the Hague Convention; and, if so, does this justify setting aside the 8 June Order?

(c) [not pursued under this head]

29. The defendants rely on alleged delay on the part of the claimant in various contexts, and I have dealt with it as raised.

Preliminary observations

30. On any view, this is a complicated menu of issues for decision on an interlocutory application, though it remains to be seen how many of them require decision. It is also clear that time is pressing, and that has dictated the length at which I have been able to consider some of the issues. It is important to make some preliminary observations. The guarantee is subject to English law, with a London arbitration clause. The claimant and the first defendant are in dispute over the guarantee, the first defendant claiming (among other things) that it is not valid and enforceable. After the dispute arose, an amendment to arbitration agreement was agreed between the claimant and the first defendant on 16 November 2010. A sole arbitrator was agreed and named. The agreement provided expressly that the seat of the arbitration was to be London. It was subject to English law. The first and second defendants are Russian companies in the same group and under the same ultimate ownership and control. On 27 December 2010, the second defendant began the Russian proceedings in the Moscow Arbitrazh Court against both the claimant and the first defendant (and others) seeking the invalidation of the guarantee. All this is common ground.

31. In essence the claimant's claim is simple. There are strong grounds to infer, it says, that the second defendant's commencement and pursuit of the Russian proceedings are part of a scheme involving the first defendant, designed to assist the first defendant's evasion of responsibility under the guarantee. The defendants strongly deny this. There is a dispute as to the nature of the Russian proceedings. The claimant says that the relief sought is in effect the same as the defence in the arbitration, namely that the guarantee is invalid. The defendants say that this is a wrong characterisation of the Russian proceedings, which proceed under distinct provisions of Russian statutory law. At this stage in the proceedings, the court's task is not to decide disputed issues of fact or foreign law. Its task is to assess the facts according to the applicable standard.

32. Since the matter has been submitted to arbitration, the court will not act at all unless the case falls within its limited powers to act in support of an arbitration. Since both defendants are Russian companies, it will not act unless the claimant is entitled to permission to serve them out of the jurisdiction. In principle, there should be little difficulty in obtaining permission to serve a party to an arbitration agreement out of the jurisdiction in circumstances such as the present. The position as regards the second defendant, a non-party, is considerably more complex. However, when the claimant sought permission, it erroneously assumed that it could rely on the first defendant's appointment of agents for the service of process in London. Such a clause had been in the original contractual arrangements, but it was deleted in the substitute agreement appointing the sole arbitrator. So the permission to serve the second defendant on the basis that no permission was required to serve the first defendant was sought and obtained from the court on the wrong premise. The claimant says that the defendants have latched onto this mistake to resist service, but equally it must be said that they are in no way responsible for the mistake. In any case, the claimant seeks both retrospective validation of service, and in the

alternative, seeks an order for service out of the jurisdiction now (which was described in the course of argument as prospective validation), and I will have to decide whether it is entitled to either.

33. A further general point relates to the claim form. Since it is an arbitration claim form, it is valid for one month, rather than the usual four months in a case of service within the jurisdiction. It expired on 17 July 2011. If the action is to proceed, an extension of validity is required unless the defendants are to be treated under the rules as properly served already.

34. Finally, it is to be noted that the injunction claims against both defendants are based upon both the specific (though limited) power in s.44 Arbitration Act 1996, and the court's general jurisdiction under s.37 Senior Courts Act 1981. It has been recently held that the court has jurisdiction to grant an anti-suit injunction under s.37 SCA 1981 even where there are no arbitral proceedings in contemplation or no statutory basis under the Arbitration Act 1996 for such claim. In AES UST-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. UST-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC [2011] EWCA Civ 647 at [105], Rix LJ (with whom Stanley Burnton LJ and Wilson LJ agreed) made it clear that in the case of the protection of an agreement to arbitrate by granting declarations or injunctions, the issue is unlikely to be one of the court's jurisdiction, as distinct from the exercise of its powers of discretion. At [101], he said that such a conclusion reflected the numerous cases, both before and after the Arbitration Act 1996, in which the court has been prepared to use or to recognise the use of s.37 SCA 1981 to support arbitration by requiring parties to refer their disputes to arbitration, rather than to allow one party to pre-empt the issue of arbitral jurisdiction by the use of foreign courts. That was not in contemplation of the case where the party bringing the proceedings in the foreign court was not a party to the arbitration agreement, but the claimant relies on these remarks.

Jurisdiction

35. This is the first issue in respect of each defendant. It arises in a number of contexts, namely whether the court should recognise the service on the defendants that has already taken place, and if not, whether it should now make an order for service out of the jurisdiction. As raised by the defendants, it is a prior issue, since if the court should not assume jurisdiction over the defendants, the other issues in the case become academic. A good deal of the oral argument at the hearing concerned the defendants' contentions on this issue. Each of the requirements necessary for permission to serve out of the jurisdiction has been challenged by the second defendant, namely the availability of a jurisdictional gateway, whether there is a serious issue to be tried between the parties, and whether the English court is the proper place for the claim to be tried.

36. The major factual distinction between the defendants is that the first, but not the second, is a party to the arbitration agreement with the claimant. So far as the court's powers under s.44 Arbitration Act 1996 exercisable in support of arbitral proceedings are concerned, I have already noted that the claimant's application was made with the permission of the tribunal (see s.44(4)). The tribunal itself has no power to grant an injunction against the second defendant, as a non-party (see s.44(5)).

Gateways

37. The test which the claimant must satisfy is to show that there is a good arguable case that its claims fall within the gateway in question.

The CPR 62.5(1)(b) gateway

38. CPR 62.5 is the rule that deals with service of an arbitration claim form out of the jurisdiction. CPR 62.5(1)(b) provides that the court may give such permission if the claim is for

an order under s.44 Arbitration Act 1996. Section 44 is the provision that gives the court powers exercisable in support of arbitral proceedings, including the granting of an interim injunction. It has been held that the Act provides «only a very limited role for the court» (see Cetelem SA v. Roust Holdings Ltd, referred to below, at [35]). On the face of it however, this gateway is available to the claimant, since the claim involves an application for interim relief in relation to arbitral proceedings, and the application was made with the permission of the arbitrator (see sub-sections (1) and (4)). This assumes (and rightly in my view it was not suggested to the contrary in argument) that the scope of s. 44 extends to the grant by the court of an anti-suit injunction in support of arbitral proceedings: Starlight Shipping Co v. Tai Ping Insurance Co Ltd [2008] All ER (Comm) 593 at [21] (Cooke J): AES UST-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. UST-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC [2011] EWCA Civ 647 at [28] (Rix LJ).

39. The objections advanced by the defendants are as follows. The first point taken is that the issue is one for the arbitrator not the court. The defendants say that the claim against the first defendant is that it would not act in a way that frustrate or otherwise frustrates and interferes with the arbitration agreement. That is a matter, they submit, that should be decided by the arbitrator, not the court, the relevant question being whether or not the first defendant has acted in breach of the arbitration agreement.

40. This however is contrary to the view taken in the leading case on s.44 Arbitration Act 1996, Cetelem SA v Roust Holdings Ltd [2005] 1 WLR 3555. At [48], Clarke LJ points out in the context of s.44 (3) that the court's power derives from statute. Though its exercise may incidentally involve the preliminary (or even final) determination of an issue which the parties have agreed to submit to arbitration, and that may be an important matter to take into consideration in deciding how to exercise the discretion conferred by the section, it is not a matter which goes to the jurisdiction of the court. Furthermore, in the present case, the arbitrator has given permission to make the application. I reject this contention.

41. A more substantial objection was taken by the second defendant (and applies to it only). An order under s.44 Arbitration Act 1996 could not, it was submitted, be made against the second defendant because (unlike the first defendant) it was not a party to the arbitration agreement. If this submission is correct, this gateway is closed so far as non-parties are concerned. Looking at the matter in the abstract, where company A is a party to the arbitration agreement, and company B, which is not a party but is under the same ownership and control, seeks to frustrate the agreement by bringing proceedings in court, the gateway is closed as against company B. Recognising the unattractive nature of the outcome, Ms Vasanti Selvaratnam QC, counsel for the second defendant, said that the remedy in such a case lies in joining company B through the «necessary or proper party» gateway in CPR Practice Direction 6B (which however she submits is unavailable for unconnected reasons in the present case).

42. This submission was based on the decision in Vale do Rio Doce Navegacao SA v Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co Ltd [2000] 2 Lloyd's Rep 1. In that case, ship owners applied for a declaration that the defendant was a party to a contract of affreightment which included an arbitration agreement. The brokers were joined in that application so as to obtain their evidence that the contract had been authorised by the charterer, but the owners sought no substantive relief against them. The arbitration claim form was set aside as against the brokers on the grounds that the provisions as to service out of the jurisdiction (which were in materially the same form as CPR 62.5) were to be read as being referable solely to an application that was to be made only as between the parties to the arbitration agreement or the arbitration pursuant to that agreement. This conclusion is expressed by Thomas J at [40] after a full review of the authorities. The principle is stated in the same terms in Dicey, Morris & Collins, The Conflict of Laws, 14th edn, at para 16-045. At [32], Thomas J explains the rationale, namely that the essence of an arbitration agreement is that it is a consensual agreement between the parties to it; the only

parties to the arbitration pursuant to the arbitration agreement are the parties to the arbitration agreement.

43. In Niagara Maritime SA v Tianjin Iron & Steel Group Co Ltd, 2 August 2011, unreported, Hamblen J granted an interim anti-suit injunction restraining both a cargo receiver and its insurer from pursuing a salvage claim in the Chinese court where the ship owner had shown, to a high probability, that there was an enforceable exclusive English arbitration agreement, and there was no strong reason why the injunction should not be granted. The injunction was granted under s.44(3) Arbitration Act 1996 albeit the insurer was not a party to the contract. It was held in the alternative that jurisdiction would have been conferred by the Senior Courts Act 1981 s.37 (1) (which as I have said the claimant also relies upon in this case). The judge's reasoning is not presently available, but the case appears closer to the present facts than those in Vale do Rio Doce.

44. There is a reasoned (albeit brief) judgment of Longmore LJ (with whom Rix LJ agreed) in Tedcom Finance Ltd v Vetabet Holdings Ltd [2011] EWCA Civ 191 which deals expressly with the point. In that case, the judge had held that an order for preservation of assets could not be made against a non-party to the arbitration. Disagreeing, the Court of Appeal held that there was at least an arguable case that there was jurisdiction to make the order. The court distinguished the Vale do Rio Doce case on the basis that it did not in terms consider an application under the then equivalent CPR 62.5(1)(b) but only in relation to (c) which, as far as the connection with England is concerned, is more restrictive. The court held in the alternative that there was also an argument (permission having been given to serve the first defendant out of the jurisdiction on the basis of s.44 Arbitration Act 1996) that permission to serve other defendants out of the jurisdiction could be granted under PD 6B paragraph 3.1(3) (necessary or proper party).

45. As the claimant points out, the facts of the present case are different from those in Vale do Rio Doce. There was no substantive claim against the brokers, because any breach of warranty claim would have to be pursued in Norway. The present case concerns an allegation that the non-party has been engaged in the unconscionable pursuit of litigation intended to prejudice the arbitration agreement, and claims an injunction accordingly. Where that is the position, it may be that in most circumstances, the non-party will be amenable to service out of the jurisdiction as a «necessary or proper party». As has been said, the s.44(3) gateway to court action is a narrow one (AES UST-Kamenogorsk at [66], Rix LJ, and see Elektrim v Vivendi Universal SA (No 2) [2007] 2 Lloyd's Rep 8 at [68], Aikens J). Nevertheless, since s.44(3) encompasses the contractual right to have disputes referred to arbitration (Starlight Shipping Co v. Tai Ping Insurance Co Ltd, ibid, at [21]), the Tedcom case is authority supportive of treating the case also as falling within CPR 62.5(1)(b). Whether the claimant can make good the underlying allegation to the necessary standard depends on the facts, as to which my analysis is set out below in the context of «serious issue to be tried». But if it can, then it appears to me that the claim against the second (as well as the first) defendant falls within the CPR 62.5(1)(b) gateway.

The CPR 62.5(1)(c) gateway

46. By CPR 62.5(1)(c), the court may give permission to serve an arbitration claim form out of the jurisdiction if the claimant seeks some other remedy or requires a question to be decided by the court affecting an arbitration (whether started or not), an arbitration agreement or an arbitration award, and the seat of the arbitration is or will be within the jurisdiction. The latter point is not in issue: England is the seat of the arbitration.

47. The first defendant originally conceded that this gateway was passed by the claimant. In oral argument, it adopted a submission of the second defendant as follows. The proceedings in Russia cannot, it is said, give rise to issues of res judicata or issue estoppel as regards the guarantee. This was acknowledged in the recitals to the arbitrator's order of 4 May 2011 giving

the claimant permission to commence the anti-suit action. The claimant's concern, it is said, is limited therefore to the extent to which an adverse conclusion in the Russian proceedings may impinge upon enforcement against the defendants of an award. Enforcement issues, it is said, are outside CPR r. 62.5. Once an award is made, the matter is no longer within CPR 62.5 (service out of the jurisdiction), and falls within CPR r. 62.18 (enforcement of awards). Accordingly, the language of CPR r. 62.5(1)(c) is not engaged, because neither the remedy, nor the question raised by the claimant is one «affecting an arbitration …, an arbitration agreement or an arbitration award». (There is an inconsistency in the defendants' case in this regard, because in the second defendant's written submissions dealing with the correct characterisation of the Russian proceedings, reliance is placed on a decision of the Moscow Court as to the nature of the proceedings as giving rise to res judicata and an issue estoppel preventing the claimant from arguing to the contrary in these proceedings.)

48. In my view, these contentions are incorrect. The fact that the claimant's concerns relate to enforcement, on the basis that an adverse decision in Russia may make an award in their favour much harder to enforce, does not imply that the question is not one «affecting an arbitration …, an arbitration agreement or an arbitration award». It plainly is, in my view, because enforcement is an integral part of the process.

49. On the point of substance, the Tedcom case which distinguished the Vale do Rio Doce case was (as explained above) in the context of CPR r.62.5(1)(b). The claimant contends that nevertheless the claim under s.37 Senior Courts Act 1981 gets it through the gateway relying on the judgment of Rix LJ in AES UST-Kamenogorsk, ibid, at [114] – [120]. I have discussed s.37 generally above. There is force in this submission, though it is to be noted that AES UST-Kamenogorsk did not concern the position of a non-party. So far as gateways under CPR r.62.5 are concerned, I prefer to base my decision as regards the second defendant on (b) rather than (c). So far as the first defendant is concerned I consider that its original concession was correctly made.

The «necessary or proper party» gateway

50. This arises as regards the second defendant. Under CPR r. 6.36 and PD 6B Ground (3), permission for service out of the jurisdiction may be given where a claim is made against a person on whom the claim form «has been or will be served», and there is between the claimant and the defendant «a real issue which it is reasonable for the court to try», and the claimant wishes to serve the claim form on another person who is «a necessary or proper party to that claim». The principles have recently been explained by Lord Collins in AK Investment CJSC v Kyrgyz Mobil Tel Ltd [2011] UKPC 7.

51. In its written submissions, the second defendant raised two objections. The first was that the claim against the first defendant was for breach of the arbitration agreement, which raised a question which should be decided by the arbitrator. Hence it is said that as between the claimant and the defendant there is no issue which it is reasonable for the court to try. The same point was raised under the CPR r. 62.5(1)(b) gateway, and I have given my reasons there why (in my view) it is incorrect. The comments I have cited from the judgment of Clarke LJ in Cetelem SA v Roust Holdings are equally applicable in this context.

52. The second point is that the second defendant would not be a «necessary or a proper party», since the issues can be decided (it is submitted) perfectly properly without it being joined as a party to the relevant proceedings. I reject that contention. Where the allegation is that parties are acting in consort, one party will usually be a necessary or a proper party to the claim against the other party, being a defendant which has been or will be served, and in my view, the second defendant is so here.

53. A further point was taken in oral argument. Since as is now accepted by the claimant, the application for service out of the jurisdiction on the second defendant was made (as I have explained above) on the wrong premise, it follows, it is contended, that at the time of the order of 8 June 2011 permitting service on the second defendant, the case was not one where the claim form «has been or will be served» on the first defendant within the wording of the sub-rule, which consequently cannot apply.

54. While there is some force in this point, I do not think that it is ultimately a good one. As a matter of fact, the words «has been or will be served» were literally satisfied as regards the first defendant at the time of the 8 June 2011 order. Whether they are still so satisfied depends upon my decision as to the claimant's application for retrospective validation of service on the first defendant, which is an issue I deal with below.

55. A variant of the same point is taken by the second defendant in respect of the alternative application, by which the claimant asks for permission now to serve the first defendant out of the jurisdiction, and serve the second defendant as a necessary or proper party (a process described in the course of argument as prospective validation). It was contended by the second defendant in oral submissions that such an order cannot be made at the same time as the order as regards the first defendant. The reasoning is that until permission is given, the first defendant cannot be described as someone who «will be served». There is a useful discussion in Briggs (ed Rees), Civil Jurisdiction and Judgments, 5th edn, 498-9), where the authors set out the history of this provision, saying that the point is unclear, but adding that nothing prevents applications from being made sequentially. However, I do not think it is necessary to add a gloss to the words of the sub-rule to achieve a sensible commercial result. The precondition under the sub-rule is that the first defendant «has been or will be served», and that precondition is satisfied if the court gives permission to serve the first defendant out of the jurisdiction. Of course the precondition must be satisfied at the time when the court gives permission to serve the second defendant out of the jurisdiction as a necessary or proper party, but if it is, then there is no need for sequential applications.

The «in respect of a contract» gateway

56. The first defendant (rightly) does not dispute that CPR PD 6B Ground (6) is applicable in its case, which it plainly is, since the claims against it are in respect of a contract or contracts (namely the guarantee and/or the arbitration agreement) which was or were made in England and/or which is or are expressly governed by English law.

57. This ground is also invoked against the second defendant. In its brief written submissions on the point, the claimant asserts that it has a contractual claim against the second defendant «for its breach of the Arbitration Agreement by commencing and pursuing a claim before the Russian courts seeking invalidity of the Guarantee on behalf of D1». It asserts that the non-contractual claim against the second defendant is a claim in respect of' a relevant contract. It matters not if D2 is not a contracting party itself. The claim against the second defendant seeks to protect the integrity and value of the arbitration agreement, a contract made in England and expressly governed by English law, and seeks to restrain the pursuit of foreign proceedings which themselves attack the validity of the Guarantee, a contract which is expressly governed by English law.

58. The fact that the second defendant is not a party to either the guarantee or the arbitration agreement in itself is not fatal to an application under this ground, if the claim is otherwise a contractual one. In Greene Wood and McClean LLP v Templeton Insurance Ltd [2009] 1 WLR 2013 at [17] – [20] in the context of a contribution under the Civil Liability (Contribution) Act 1978, Longmore LJ stated that though the paradigm case falling within the contractual jurisdictional gateway is where the relevant contract is one between the intended

claimant and the intended defendant «under» which the claim is made, the gateway is not limited to such claims, and extends to claims made «in respect of» a contract governed by English law to which only one of the intended parties to the litigation is a party. That is a very different context to the present case, in which the argument is that the second defendant has been engaged in unconscionable conduct in respect of the arbitration agreement between the claimant and the first defendant. The claimant's argument under this ground relates to its more general submission that its claim against the second (as well as the first) defendant can be framed in contractual terms. Since (as I shall explain) I have decided the case on the basis of the unconscionable conduct analysis, rather than the contractual analysis, I do not uphold the claimant's claim to jurisdiction on this ground.

Delay

59. Delay arises in a number of contexts in this case. As the claimant submitted, whether there is a good arguable case that the claims succeed in passing through one or more of the jurisdictional gateways falls to be tested as at the date of the relevant application for permission being determined by the Court: ICS v. Guerin [1992] 2 Lloyd's Rep. 430 at 434 col.2. Insofar as the delay issue arises in this context therefore, the period to consider is that between 13 January 2011, when the claimant was served with the Russian proceedings, and 27 May 2011 when it applied to the English court for permission to serve the second defendant out of the jurisdiction. Both defendants submit that this was a period of excessive delay. Reliance is placed on the authorities that hold that anti-suit injunctions must be sought promptly. I set these out later in the discussion of delay in the context of the merits.

60. The steps taken after 13 January 2011 are set out in some detail in the claimant's evidence. It is said that consultation with other banks was required under the terms of the relevant credit agreement, and it was then necessary to research the connection between the first and second defendants. Once a decision was taken, an approach had to be made to the arbitrator, which was done on 11 April 2011. There was correspondence from the first defendant's solicitors, and permission was given by the arbitrator on 4 May 2011. The defendants object that the connection between them was not concealed, and apparent (it is said) from straightforward searches on the internet. However, the nexus was not necessarily apparent to the claimant, and I consider that it was bound to take proper steps to establish the nature of the connection. In the light of the further necessity to consult with other banks before taking action, which is a common feature of credit agreements, I do not consider that there was unreasonable delay during this period.

Serious issue to be tried

61. I have held that the claims against the defendants pass through one or more of the gateways to permission for service out of the jurisdiction. The next question (taken in the order in the summary of issues agreed by the parties) relates to the merits of the matter. This is also disputed by the defendants. This stage of the matter does not involve a substantive resolution. In AK Investment CJSC v Kyrgyz Mobil Tel Ltd [2011] UKPC 7 at [85], Lord Collins approved the well known statement in Seaconsar (Far East) Ltd v Bank Markazi Jomhouri Islami Iran [1994] 1 AC 438 at 452 that if, at the end of the day, there remains a substantial question of fact or law or both, arising on the facts disclosed by the evidence, which the claimant bona fide desires to try, the court should, as a rule, allow service. The standard of proof in respect of the cause of action can broadly be stated to be whether, on the evidence before the court, there is a serious question to be tried. As I make clear later however, other standards may be applicable depending on the particular issue before the court.

62. The claimant defines the issue to be tried as follows:

(1) As against the first defendant:

(a) Whether the first defendant has breached and continues further to breach the express or implied terms of the Arbitration Agreement; and/or

(b) Whether the first defendant has acted and continues to act vexatiously and/or oppressively and/or unconscionably, in each case by supporting and/or procuring and/or encouraging the second defendant in its commencement and pursuit of the Russian proceedings with a view to frustrating the arbitration and/or hindering enforcement of any award in Russia.

(2) As against the second defendant:

(a) Whether the second defendant has itself breached and continues further to breach the Arbitration Agreement, i.e. by its commencement and pursuit of the Russian proceedings asserting a contractual claim to which the arbitration clause attaches; and/or

(b) Whether the second defendant has acted and continues to act vexatiously and/or oppressively and/or unconscionably, i.e. by its commencement and pursuit of the Russian Proceedings.

The claimant says that claims (1)(a) and (2)(a) above and/or their respective juridical bases are contractual, whilst claims (1)(b) and (2)(b) above and/or their respective juridical bases are non-contractual.

63. The second defendant puts it more succinctly (in terms that apply equally to the first defendant). In order for the claimant to succeed on its claim on the merits it either must make out that the second defendant has acted in breach of and/or non compliance with the Arbitration Agreement, and/or that the second defendant has acted vexatiously, oppressively or unconscionably so that the ends of justice require that the claimant be granted the relief it seeks. I do not think that this is different in substance from the claimant's formulation. It is reflective of the distinction drawn in the case law between cases (i) where there is a legal right not to be sued in the foreign court where, for example, the foreign proceedings are a breach of a jurisdiction or arbitration clause, and (ii) where there is no legal right not to be sued in the foreign court, but there is an equitable right because the pursuit of proceedings in the foreign court is vexatious and oppressive (Kallang Shipping S.A. v Axa Assurances Senegal [2007] 1 Lloyd's Rep 160 at [20], and REC Wafer Norway AS v Moser Baer Photo Voltaic Ltd [2011] 1 Lloyd's Rep 410 at [26] – [27]).

64. Although the matter is analysed by the parties under these two headings, in reality this results from the fact that only the first defendant is a party to the arbitration agreement. The factual allegations relied on by the claimant as amounting to, in the one case, breach of the arbitration agreement, and in the other, unconscionable conduct, are the same, namely collusive conduct on the part of the defendants to frustrate the arbitration and/or hinder enforcement of any award in Russia.

The claimant's contractual claim

65. I need say nothing in this respect as regards the first defendant, which is a party to the arbitration agreement with the claimant. In its case, the determination of the question whether there is a serious issue to be tried on the merits depends on the facts as regards the alleged collusion.

66. The position is considerably more complex in the case of the second defendant. The claimant's argument is as follows. The first question, it says, is as to the law governing the characterisation of the claim in the Russian proceedings. This must be English law as the applicable law of the substantive contract in issue, namely the guarantee. Questions as to privity and validity, including (ostensible) authority of those who signed the Guarantee on behalf of the first defendant, are therefore governed by English law. Alternatively, English law applies as the

lex fori: see Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v. New India Assurance Co Ltd [2005] 1 Lloyd's Rep. 67 at [19] & [52]-[60].

67. Under English law, the claim which the second defendant asks to be determined in the Russian proceedings is, as a matter of substance, a contractual claim under a contract between the claimant and the first defendant and it seeks contractual relief, namely invalidation of that contract. Its pursuit of its claim for invalidation of the contract, therefore, concerns a right under the contract belonging to the first defendant. In the circumstances, the second defendant's relevant substantive right (if any) has attached to it the associated dispute resolution obligations relating to disputes under the contract. Reliance is placed on cases as regards assignment and subrogation, where for example, it has been held that an insurer becoming entitled to contractual rights by way of subrogation takes subject to an arbitration clause that is part of the rights: see eg, Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen GmbH v. Voest Alpine Intertrading [1997] 2 Lloyd's Rep. 279.

68. It is wrong, the claimant submits, to suggest that the second defendant's claim in the Russian proceedings is «independent of the guarantee» because it arises from Russian statute. The claim is headed «Statement of Claim seeking invalidation of a transaction»; the grounds put forward all seek invalidation of the guarantee; and the only head of relief sought at the end of the statement of claim is that the guarantee «be invalidated». In other words, it is a contractual claim and the contractual relief sought is that the Court should take a step, akin perhaps to rescission by an English Court, to deprive the contract of its validity. It is in substance a contractual claim albeit seeking to attack and destroy the relevant bargain. From an English law perspective, if the second defendant is to exercise such contractual rights, it must do so by operating the contractual dispute resolution machinery.

69. In response, the second defendant submits that it is not the case that its claim in the Russian proceedings is to have the guarantee invalidated by the Russian Court applying Russian law on grounds the same or similar to those already invoked by the first defendant in the arbitration. It says that even a cursory comparison of the first defendant's Response to the Request for Arbitration and the second defendant's Statement of Claim seeking the invalidation of a transaction in the Russian proceedings is sufficient to reveal this allegation to be baseless. The first defendant's position in the arbitration is summarised in the introduction as being that the claim must fail because the guarantee is «not valid due to a lack of consideration» and «that in any event only gives rise to a secondary liability»; and further that «the Claimant (and its agents) failed to act in a commercially reasonably [sic] manner and/or in good faith when liquidating the shares pledged by the beneficiary under the guarantee agreement». By contrast, the heads of the second defendant's claim in the Russian proceedings are as follows:

> i) «The Guarantee Agreement is an interested party transaction as the beneficiary under the transaction, a shareholder holding more than 50% of shares and the counterparty in the transaction are affiliated
>
> ii) The Guarantee Agreement falls within major transactions as it is relate to the disposal of assets which value exceeds 25% of the book value of such assets
>
> iii) The Guarantee Agreement should have been approved at a general meeting of shareholders by a majority vote cast by all of the uninterested shareholders
>
> iv) BNP Paribas SA as a party to the Guarantee Agreement was and should have been aware that such a transaction showed evidence of both an interested party and a major transaction
>
> v) The Guarantee is detrimental to Russian Machines OJSC and, therefore, violates the Plaintiff's [that is, the second defendant's] rights and legitimate interests»

70. This illustrates starkly, the second defendant submits, that the claimant's suggestion that the defendants are seeking to have the guarantee invalidated on the same or similar grounds is simply incorrect. The first defendant's alleged grounds for setting aside the guarantee are

founded on English contract law. The second defendant's claims clearly «derive» from Russian company law. This also illustrates the artificiality, it is submitted, of the claimant's characterisation of the second defendant's claim in Russia as being «contractual» as a matter of substance. Self-evidently, the second defendant's claims are not contractual and are based on grounds that are specific to Russian company law.

71. It is contended by the second defendant that it has been already been held by the Moscow Court at the preliminary stage of the proceedings that the second defendant was not subject to the arbitration agreement and that the second defendant was exercising its own right to have the guarantee declared void or invalid as a shareholder in order to protect its own interests qua shareholder. Reliance is placed on the test as set out in The Sennar (No. 2) [1985] 1 WLR 490 at 499. Therefore the question of the proper characterisation of the second defendant's claim in the Russian action is res judicata and gives rise to an issue estoppel preventing the claimant from arguing to the contrary in these proceedings.

72. The passage relied upon appears within the reasons given by the Abitrazh Court on 21 June 2011 for rejecting the claimant's motion to dismiss the Russian proceedings. The court notes that the second defendant (i.e. claimant in Russia) is not party to the guarantee, as a result of which it is not a party to the arbitration agreement. It rejects the argument of the claimant (a defendant in Russia) that the Russian proceedings were brought in order to protect the first defendant, since the second defendant was seeking to protect its own interests as a shareholder in the first defendant company.

73. The claimant seeks to meet the res judicata argument by submitting that the Abitrazh Court was not analysing the proceedings before it for the purposes of conflict of laws. It was not concerned with the question whether the substance of the claim before it was the same as that of the defence in the arbitration. In any event, the claimant submits that characterisation is to be determined according to English law.

74. This court will pay great respect to the reasoning of the Abitrazh Court. On the other hand, I consider there is force in the claimant's submission that the Abitrazh Court was not concerned with the point before this court, namely the nature of the Russian proceedings as compared with the defence put forward by the first defendant in the arbitration. Rather, the point made in the Court's reasons is that the second defendant was not a party to the arbitration agreement, and was pursuing a claim under the relevant code and statutory laws in Russia. This is not a matter that I can resolve at this stage, and it is sufficient to say that the claimant has shown (in my view) that there is a real prospect of showing that the matter is not res judicata. In any case, the analysis in the court's reasons does not extend to the question of collusion, which is the factual basis of the claimant's claim in the English proceedings.

75. The second defendant has a further argument on the basis that the claimant is correct to submit that characterisation of the claim in the Russian proceedings is a matter for English law. Relying on the statutory definition of «derivative claim» in s.260(1) Companies Act 2006, it is submitted that an essential element of a derivative claim under English law is that the relief sought is on behalf of the company, whereas in the Russian proceedings in the Abitrazh Court, the second defendant is seeking to exercise its own rights as shareholder.

76. The reference to the Companies Act is not in my view apposite. Where in this context the English case law speaks of «derived» rights, it is concerned with a different type of situation, one where a third party claims «in the shoes» of one of the original parties to the contract. The court will hold the third party's «derived» rights as subject to, and not to be exercised inconsistently with, an arbitration clause in the original contract. The classic situations are those of an assignee, or an insurer exercising a right of subrogation, who though not parties are treated as such: see Raphael, The Anti-Suit injunction, 1st edn, 2010, para 10.06. The question is whether the claimant can show, to the necessary standard, that is to say, that there is a serious issue to be tried, or in so far as its argument founds jurisdiction, a good arguable case, that by its

commencement and pursuit of the Russian proceedings, the second defendant is asserting a contractual claim to which the arbitration clause attaches.

77. In my view, this is a question of considerable difficulty. It is right to say that, if successful, the proceedings will (it appears) result in an order invalidating the guarantee. I accept that a claim can be characterised as contractual even if it seeks the invalidation rather than the enforcement of a contract. On the other hand, the second defendant's Russian claim is clearly not brought by way of subrogation or assignment, depending on the exercise of statutory rights under Russian law. The claimant points out that the Through Transport case also involved a claim under a foreign statute (ibid at [54] – [60]). But there the similarity seems to end, since the claim in that case concerned an insurer's statutory rights under the Finnish equivalent of the Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930. It was held that this claim was to be characterised under English law, and as such was to be characterised as contractual, and thus subject to the contractual right to arbitrate. The element of subrogation present in Through Transport is not present in this case.

78. I appreciate that, as the claimant says, in these proceedings characterisation of the Russian proceedings is a matter of English law, but the English court should not be too ready to impose its own characterisation in such circumstances. Further, there is a question as to whether, based only on such an English law characterisation, the English court would grant an anti-suit injunction. It refused to do so in Through Transport (see [94]), though each case depends on its own facts. At this point, and on the material to which my attention has been drawn, I am not persuaded that the claimant makes out this part of its case. I need not decide the point however, because of my views in relation to the claimant's alternative case. In that context, it is to be noted that in Through Transport, the court went on to say that «…this is not a case in which it can fairly be said that the proceedings in Finland are vexatious or oppressive. New India is simply proceeding in Finland under a Finnish statute which gives it the right to do so» ([96]). I now proceed to consider whether the same applies on the present facts.

The claimant's claim based on unconscionable conduct

79. As stated above, the case advanced by the claimant is that the first defendant has acted and continues to act vexatiously, oppressively or unconscionably, by supporting, procuring or encouraging the second defendant in its commencement and pursuit of the Russian proceedings with a view to frustrating the arbitration and hindering enforcement of any award in Russia. The second defendant has acted and continues to act vexatiously, oppressively or unconscionably by its commencement and pursuit of the Russian proceedings. I begin by setting out the parties' submissions on the evidence.

80. It is not in dispute that the defendants are group entities ultimately under common ownership or control. Indeed, in the context of the allegation of collusion between the defendants, they rely upon the fact that (as the first defendant put it) their «close connection was publicly proclaimed», rather than deliberately concealed.

81. Against that background, the claimant submits that it is a reasonable inference that the commencement of the Russian proceedings by the second defendant on 27 December 2011, so long after the guarantee was executed on 1 October 2008, and just after the claimant filed its statement of case in the London arbitration on 20 December 2010, is not a coincidence. (I have set out some of the overall timing above.)

82. This contention was considerably developed in the claimant's oral submissions at the hearing, and the factual submissions in support form the bedrock of its case. It relies upon what it calls nine «overt acts» which demonstrate, it says, that the first defendant (though a defendant along with the claimant in the Russian proceeding) is in fact supporting the second defendant

(which is the claimant in the Russian proceedings – to avoid confusion I shall continue to describe them in the same way as in the English proceedings). These acts are as follows:

(1) The order of the Arbitrazh Court of 3 February 2011 records the first defendant «upholding» the position of the second defendant.

(2) The same decision shows the first defendant leaving the claimant's motion to adjourn «to the Court's discretion».

(3) The defence filed in due course by the first defendant contains in translation, the following: «On the basis of the foregoing, Russian Machines OJSC believes that the demand advanced by the Claimant is well-founded and leaves the question of granting the claim to the discretion of the court». Particular reliance is placed on this by the claimant.

(4) The above should be contrasted, the claimant submits, with what the first defendant should have done. It should have supported the claimant's application for a dismissal of the Russian proceedings, so that the issue could be decided within the London arbitration. Instead, it adopted an adverse position: reference is made to the minutes of the Abitrazh Court hearing on 21 June 2011 which records the first defendant objecting to the motion filed by the claimant, and explaining that the defendants are not «affiliated entities».

(5) At the same hearing, the first defendant objected to the claimant's oral motion to adjourn the proceedings so it could examine documents which had been submitted as evidence.

(6) The claimant submits that the record shows the first defendant filing evidence in support of the second defendant's case.

(7) At the hearing on 4-8 August 2011 at the Arbitrazh Court, it is said that the first defendant continued to support the second defendant. Reference is made to the judgment, to the effect that the first defendant «holds that the [second defendant's] claims are well founded and asserts that the contested agreement was an interested party transaction…».

(8) At the same hearing, the first defendant filed more evidence in support of the second defendant's case.

(9) At the hearing in front of the Arbitrazh Court on 4 August 2011, the claimant's evidence is that the first defendant objected to the production of documents as has been requested by the claimant.

83. Accordingly, the claimant submits that it is to be inferred that behind the scenes the defendants were colluding to bring the proceedings in Russia with the purpose of impeding the London arbitration. At this stage, it is accepted that this can only be a matter of inference. But, the claimant submits, the timing of the Russian proceedings, the ultimate control of the defendants being in the same hands, the fact that a successful invalidation in the Russian proceedings will assist the first defendant in avoiding the enforcement of any arbitration award against it, together with the inference to be drawn from the nine overt acts listed above, justifies the court in drawing this inference, at least to the extent of finding that there is a serious issue to be tried.

84. For their part, the defendants submit as follows. There has never been, it has submitted, any attempt to conceal the fact that the ultimate beneficial ownership of the defendants is the same. That is fatal to any suggestion that there has been collusion. The second defendant is a management company of a pension fund, the latter being a minority shareholder of the first defendant. The evidence of Mr Egishe Dzhazoyan (a Russian qualified lawyer and senior associate at the first defendant's solicitors) together with that of Ms Eleonora Sergeeva, an independent expert in Russian law instructed by the second defendant, is that the second defendant is exercising its own rights and seeks legitimate relief on its own behalf. On that basis, it is submitted that the court should accept that there is a proper and legitimate purpose to the Russian proceedings.

85. There is nothing, it is submitted, in the timing of the Russian proceedings, which came nearly four weeks after the arbitrator's appointment was confirmed by the LCIA Court. In

answer to the allegations based on the nine «overt acts» of cooperation in the Russian proceedings alleged against the first defendant, it is submitted that these are properly and cogently answered by the fact that it was the first defendant's duty (as a party properly joined under Russian law) to cooperate in the proceedings as required. The suggestion that this gives rise to a risk of collusion is illusory. Where the case is admittedly based on inference, it is at the «extreme edge» of what is permissible, and particularly cogent evidence is required.

86. Further, reliance is placed on the fact that the first defendant's solicitors made it clear to the arbitrator before he gave permission to bring these proceedings that any determination in the Russian proceedings would not be binding on the parties to the arbitration, and would merely stand as a piece of evidence to be relied upon by one or other of the parties. The arbitrator's order of 4 May 2011 recites that the first defendant's position is that the Russian proceedings cannot have a res judicata effect. A similar recital relates to the first defendant's statement that there would be no estoppel. This again, it is submitted, refutes any suggestion of collusion.

87. It is to be noted however that reliance is placed upon the view said to have been taken in the Russian proceedings that those proceedings are not abusive or vexatious under Russian law. The first defendant says only that this was accepted to «a certain degree» in the Russian proceedings (presumably to avoid inconsistency with its case as to what the arbitrator was told). The second defendant, on the other hand, says that the matter is res judicata and raises an issue estoppel. I have rejected this contention, and refer to my reasons above.

88. In stating my conclusion on this issue, I reiterate the threshold that the claimant must demonstrate at the jurisdictional stage. I have dealt with the «serious issue to be tried» standard above, and note that the good arguable case standard applies to the extent that the claimant relies on these matters as supporting its case on the gateway issues. This means the claimant having much the better of the argument on the material available, and does not imply that the claimant must at this stage establish its case on the balance of probabilities (Canada Trust Co v Stolzenberg (No. 2) [1998] 1 W.L.R. 547 at 555E-G, Waller LJ, and at 572H, Nourse LJ). As I explain shortly, the first defendant has cited authority to the effect that a higher standard still is required if an interim injunction were to be granted the effect of which would be equivalent to a final resolution.

89. I start with a different point made by the first defendant. It is said that this claim is entirely circular in nature. It relies on the alleged collusion of the first and second defendant and on no other basis. It ignores (it is argued) the reality of the first defendant's participation in the Russian proceedings; the fact that it is procedurally regular and not abusive under Russian law; the fact that neither the claimant nor the Russian Court has complained (in those proceedings) that the first defendant's participation as defendant in the Russian proceedings is abusive or collusive or otherwise improper or irregular.

90. I accept the general point that the first defendant's participation as defendant in the Russian proceedings is premised on the fact that it is a Russian company, and so within the Abitrazh Court's jurisdiction. But that in itself does not in my view create a circularity. It would explain, for example, why the first defendant was a party to the proceedings, but not the stance it took in the proceedings. I do not think this is referable either to the duty to cooperate in the proceedings that Mr James Ramsden, counsel for the first defendant, mentioned in oral argument. Nor do I accept that the claimant's case can be described as «extreme» because it is based on inference. In the way of things, and before disclosure, it can only be based on inference. The question is whether the material supports an inference, and if so, as to its strength.

91. In those circumstances, I should state my conclusion briefly, since this is an interlocutory hearing, and there may remain matters relevant to the factual enquiry. On 16 November 2010 the claimant and first defendant agreed to the appointment of Professor van den Berg as sole arbitrator. The claimant filed its Statement of Case in the London Arbitration on 20 December 2010, and the second defendant commenced the Russian proceedings on 27 December

2010. The timing may be coincidental, but given that the defendants are under common ownership and control, a question clearly arises in that regard. The case of the second defendant may or may not be properly characterised as contractual, but the end result is the same, namely the invalidation of the guarantee.

92. In addition, there is evidence from the record that the first defendant has supported the second defendant's case in the Russian proceedings. What is unconscionable cannot and should not be defined exhaustively (Glencore International AG v Exter Shipping Ltd [2002] 2 All ER (Comm) 1 at [42], Rix LJ), but where companies are in the same ownership and control, it is arguably unconscionable for them to work together to the extent of one bringing court proceedings with a view to impeding the outcome of an arbitration to which the other is a party. Where England is the seat, this may justify the court intervening by way of injunction against both companies, albeit only one is a party to the arbitration agreement, because the conduct of the other party is bound up with the arbitration agreement. Against the non-party also, the court's jurisdiction ultimately rests upon the consensual submission of the dispute to arbitration. On the submissions I have heard, and the material I have seen, I accept the claimant's contention that there is sufficient material to justify drawing the inference that the Russian proceedings are brought with a view to impeding the outcome of the arbitration. There is authority that the claim should be made out to a «high degree of probability» where an interim injunction has the effect of finally disposing of all or part of a claim (e.g. Midgulf International Ltd v Groupe Chimiche Tunisien [2009] 2 Lloyd's Rep 411 at [36]), Teare J, (reversed on other grounds: [2010] EWCA Civ 66). Although at present, I am considering the matter in the context of a challenge to jurisdiction, where it is sufficient to say that the good arguable case threshold is satisfied, I have kept in mind that this higher standard may be applicable on an interim application.

Delay

93. Most of the argument at the hearing concerned the numerous detailed points discussed above as to the jurisdictional gateways, and below as to service, but alleged delay on the claimant's part has been an important aspect of the defendants' cases. The sole claim in the English proceedings is for an anti-suit injunction. In the context of jurisdiction, the defendants submit that, «the Claimant will not be able to show a reasonable prospect of success on the merits of its anti-suit relief because of the delay that it has shown in applying for such relief». I now consider that question.

94. The principle is not in doubt. In the leading case of The Angelic Grace [1995] 1 Lloyd's Rep 87 at 96, Millett LJ said that «… where an injunction is sought to restrain a party from proceeding in a foreign Court in breach of an arbitration agreement governed by English law, the English Court need feel no diffidence in granting the injunction, provided that it is sought promptly and before the foreign proceedings are too far advanced». Similarly, in Transfield Shipping Inc v Chiping Xinfa Huayu Alumina Co Ltd [2009] EWHC 3629 at [76], Christopher Clarke J said that «Once it [the claimant] was aware of the breach, it behoved it, in my view, promptly to seek relief». The reasons for promptness include the expenditure of costs in the foreign proceedings, and, also importantly, comity considerations, which may be exacerbated if the English court is perceived to be intervening in foreign proceedings at a late stage. Both defendants have urged that there is no authority to which the claimant can point where the court has granted an anti-suit injunction as late as in the present case.

95. I have set out above some of the main dates in the timing prior to the application to the court for permission to serve these proceedings out of the jurisdiction. On 13 January 2011 the Russian proceedings were served on the claimant, there were then investigations as to the relationship between the parties, and the necessity to obtain the consent for anti-suit proceedings from the other banks which were party to the credit agreement. The request to the arbitrator for

permission to commence the anti-suit action was made on 11 April 2011, and subsequent submissions were made to the arbitrator by both parties. That culminated in permission being given by the arbitrator on 4 May 2011, and the application to the court was made on 27 May 2011. The second defendant has said that this in fact represents one of the most crucial and culpable periods of delay. However for reasons set out above, I do not consider this to be an excessive period of time in the circumstances, bearing in mind that this is not the more usual bipartite situation in which one party begins foreign proceedings allegedly in breach of an arbitration agreement, but a tripartite situation in which a connected party is alleged to have done so. That this is a major complicating factor appears from the facts of the present case.

96. On the other hand, it was not until the 28 October 2011 that the claimant issued its application for an interim injunction. There is much force in the defendants' submission that this was very late, particularly since it came over a month after the second defendant had lodged its appeal to the Appellate Division of the Moscow Arbitrazh Court.

97. It is necessary to look at the intervening time period in some detail. The sealed order of 8 June 2011 was received (I am told) by the claimant's solicitors on 13 June 2011. At that time, the claimant's submissions in the arbitration were due on 16 June 2011. This may explain why the anti-suit action was in fact commenced on 17 June 2011.

98. There followed a period during which the claimant sought to serve the defendants. On 27 June 2011, the defendants acknowledged service of the claim form, indicating their intention to dispute jurisdiction. The chronology shows that there was discussion between solicitors in early July as to timing of the anticipated hearing. The second defendant's solicitors were not prepared to agree to an expedited timetable. On 11 July 2011, they sought a 14 day extension for the issuance of the jurisdiction challenge, which the claimant's solicitor agreed. Such challenges were issued by the defendants on 25 July 2011. They were accompanied by evidence, including evidence as to Russian law. The defendants' solicitors agreed to give the claimant until 22 August 2011 to respond. On that date, the claimant issued its own cross-application in response to the defendants' applications, together with its evidence in response. Reply evidence was served by both defendants on 5 September 2011. I think that this is a reasonable explanation as to why an application for an interim injunction was not issued before then.

99. In fact, as things stood at that point, the Russian proceedings appeared to have run into the sand, because although it had rejected the claimant's motion to dismiss on 21 June 2011, the Abitrazh Court dismissed the proceedings on 15 August 2011 (though this ruling was not to take effect until expiry of the one month appeal period). As I have indicated, the second defendant lodged an appeal on 20 September 2011, and it was received on that day by the claimant's solicitors in Moscow.

100. Meanwhile, the solicitors for the parties had been trying to agree a hearing date and time estimate for the jurisdiction challenge in the English court. The claimant says that the parties were simultaneously dealing with the substantive five day hearing in Phase I of the London arbitration, which took place on 26-30 September 2011. In the usual way, it was followed by post-hearing briefs due by 21 October 2011.

101. I have explained elsewhere in this judgment the material events in the period immediately before the hearing of these applications. On 6 October 2011, the claimant asked the Commercial Court that the hearings be heard on an expedited basis. After representations by the other parties, on 20 October 2011 an order was made for an expedited hearing on 7-8 November 2011. Meanwhile, on 17 October 2011, the date of the hearing of the second defendant's appeal in the Russian proceedings by the Appellate division of the Arbitrazh Court was listed for 15 November 2011. On 28 October 2011, the claimant issued its application for an interim injunction.

102. The principal point made by the claimant is that it acted reasonably by holding off seeking interim relief in the expectation that it could obtain a speedy determination of its claim

for final relief. It is contended that it is the defendants who, through their objections to jurisdiction and service, have slowed down the procedure. It is said that for large parts of the intervening period there has been no pressing urgency to justify interim relief by reference to impending steps in the Russian proceedings. Finally, it is said that throughout the process the claimant has itself been heavily engaged in the conduct of the arbitration, in which it is claimant.

103. The defendants submit that they cannot be criticised for challenging jurisdiction on properly arguable grounds. The delay in bringing the application is inadequately explained and inexcusable. Even after the judgement of the Arbitrazh Court, it was inexplicable for the claimant to fail to apply for interim anti-suit relief. It is wrong, it submitted, to suggest that the defendants have sought to frustrate the listing of their jurisdictional challenges. The interim relief application on 28 October 2011 was some nine and a half months after the Russian proceedings had begun, and over two and a half months after judgement in the Russian proceedings. It is clear, the second defendant submits, that the claimant obtained its expedited hearing date from the Commercial Court, and then attempted to shoe-horn in a further application. The claimant's solicitors are a major law firm well able to deal with both the arbitration and the interim anti-suit injunction. An application could have been made very much earlier, and would not have been frustrated by the defendants' jurisdictional challenges, because the court would have to take a preliminary view on jurisdiction and grant interim anti-suit relief on that basis, leaving the merits of the Part 11 challenge to be resolved inter partes while the interim order remained in force. When the Arbitrazh Court dismissed the claimant's motion to dismiss the Russian proceedings on 21 June 2011, it became inevitable that the claimant would have to face a merits hearing in Russia. The key point, the defendants submit, is that the claimant allowed the Russian proceedings to become so procedurally advanced that they reached the Appellate Court before seeking interim relief from the English court.

104. My conclusions on this difficult issue are as follows. I do not consider that it is a good answer to the delay allegation to assert the pressures of the conduct of the arbitration, though I do not doubt that it has had to take priority at particular times, and in practice explains particular periods of inaction. Nor do I accept that it is an answer that for large parts of the time elapsed there has been no «pressing urgency» to justify interim relief by reference to impending steps in the Russian proceedings. If anything this point counts against the claimant, because its application for interim relief now takes place against the background of imminent appeal hearings in Moscow, which is unsatisfactory on comity grounds alone. Albeit the court does not act contrary to international comity by restraining a party to an arbitration agreement from doing something which it has promised not to do (O.T. Africa Line Lltd v Magic Sportswear Corp [2005] EWCA Civ 710 at [35]), the court is bound to be concerned about perception in cases like this. The question it seems to me is whether the claimant can show that, despite these considerations, when the facts are taken as a whole, the delay is not such as to disqualify it from anti-suit relief which it would otherwise have good grounds to seek from the court of the seat of the arbitration.

105. The main factor, in my view, is as follows. On balance, I think it was reasonable for the claimant not to apply for an interim injunction at the time of seeking permission to serve the second defendant out of the jurisdiction. Though the first defendant is a party to a London arbitration, the jurisdiction issues as regards the second defendant were, as the claimant recognised when it made the application, likely to be complex ones. Once the proceedings were served, it became clear that jurisdiction would be strongly contested. It was apparent that evidence would be required on both sides, and that the questions relating to jurisdiction and service would take some considerable time to argue before the court—as indeed they did. If there was culpable delay, it lay in not applying for an interim injunction before the issues as to service and jurisdiction could be decided. But as the second defendant put it, on such an application the court would have to take a preliminary view on jurisdiction and grant (or withhold) interim anti-

suit relief on that basis. As the first defendant contended however, there are difficulties inherent in such a course since before full argument of the kind that there has been on these applications, the court would have to make uninformed assumptions which might turn out to be misplaced. Objection has been taken by the first defendant that the threshold test even on an application for interim relief requires the applicant for an anti-suit injunction to establish «a high degree of probability» that its case against the respondent is right and that it is entitled as of right to restrain the respondent from taking proceedings abroad. I accept that the defendants cannot be criticised for challenging jurisdiction on properly arguable grounds, but these challenges have set the framework for the timing. The difficult choice for the English court, as the court of the seat of the arbitration, is to consider making, or to decline to consider making, protective steps in support of the arbitral process. With some hesitation, I accept the submission of Mr Graham Dunning QC, counsel for the claimant, that delay should not itself preclude the bringing of the claimant's claim.

Forum conveniens

106. The claimant must also show that England is the proper place for determining its claims. This is accepted by the first but not the second defendant. Given that the seat of the arbitration is England, I am not in doubt that it is the proper place to determine these claims.

Deemed service on the first defendant

107. As explained above, no order for service out of jurisdiction was obtained as regards the first defendant, the claimant's solicitors mistakenly believing that service was covered by a process clause in the guarantee which had, in fact, been repealed when Professor van den Berg was appointed sole arbitrator. Service of these proceedings was made upon Bryan Cave LLP under the (revoked) process clause on 20 June 2011. The claimant seeks, and the first defendant opposes, retrospective validation of such service under CPR r. 6.15(2).

108. CPR r. 6.15 is the provision in the rules which provides for service by an alternative method or at an alternative place as follows:

«(1) Where it appears to the court that there is a good reason to authorise service by a method or at a place not otherwise permitted by this Part, the court may make an order permitting service by an alternative method or at an alternative place.

(2) On an application under this rule, the court may order that steps already taken to bring the claim form to the attention of the defendant by an alternative method or at an alternative place is good service.»

109. Sub-rule (1) deals with alternative service where there is good reason to authorise it. The relevant provision for present purposes is sub-rule (2), which enables the court to order that steps already taken to bring the claim form to the attention of the defendant is good service. In Lord Michael Cecil v Bayat [2011] EWCA Civ 135, the Court of Appeal held that CPR r. 6.15 gave the court power to order service out of the jurisdiction by alternative methods. This and earlier authority on the relationship between CPR r. 6.15 and CPR r. 6.37(5) is reviewed by Tugendhat J in Bacon v. Automattic Inc [2011] EWHC 1072 (QB), to which I refer. The claimant accepts that an applicant must satisfy the test of «good reason» in sub-rule (1) before the court comes to consider sub-rule (2). In the case of a foreign-domiciled defendant (such as the first defendant), this entails the applicant showing that the English court has, and should exercise, jurisdiction in respect of the claim. (I have dealt with the jurisdiction question already and need say no more here than that the claimant has sufficiently made good its case in that regard.)

110. The parties' arguments were as follows. The claimant submits that this is a «paradigm case» for the exercise of the court's power under CPR r. 6.15(2). It asks that the court should order now that «the steps taken to date to bring these proceedings to the attention of D1 (including their provision as a matter of fact to Steptoe & Johnson, solicitors acting for D1 in the London arbitration) are sufficient to constitute good service». It makes the following submissions in that regard.

(1) Service on Bryan Cave LLP without asking for permission was an oversight, and was not deliberate.

(2) In the case of an arbitration in this country, service on the defendant's English solicitors is normally appropriate, and in this case the application could readily have included an application for permission to serve the arbitration claim form on Steptoe & Johnson.

(3) The proceedings are ancillary to the arbitration, and aimed at protecting it.

(4) The first defendant knew that the claimant intended to bring an anti-suit action against it, because the claimant had to apply to the arbitrator for permission. I have dealt with the facts in this regard above.

(5) A partner from Bryan Cave LLP appeared in the arbitration ostensibly representing the first defendant.

(6) There is no dispute that the defective service was brought to the immediate notice of the first defendant.

(7) If the court does not make the order sought, the claimant may be prejudiced, because it may have to cross extra hurdles to serve the first defendant. (This, I think, is a reference to service under the Hague Convention.)

111. As to the fifth point, this is based on a somewhat flimsy assertion that a partner of the firm was present at one of the arbitration hearings. Bryan Cave LLP does not act and has never acted for the first defendant in the arbitration. That was made clear in a witness statement filed by Mr Paul Hauser, a partner in the firm, and I accept it.

112. The first defendant's contentions in response are as follows. What this application amounts to, it is submitted, is the general assertion that because the proceedings eventually found their way to the solicitors acting for the first defendant in the arbitration, namely Steptoe & Johnson (which happened according to the correspondence on 20/21 June 2011), and then only so that they could challenge service and jurisdiction, good service has thereby been effected. This is an absurd proposition the court is invited to reject. The claimant should not be permitted to circumvent the prescribed procedure for service of documents and in particular CPR r.6.3 and CPR r.6.9 read with the Hague Convention, ratified both by the UK and the Russian Federation.

113. Reliance is placed on Andrew Brown v Innovatorone Plc [2009] EWHC 1376 (Comm), where Andrew Smith J said at [40]:

«…even if exceptional circumstances are not required to justify a retrospective order under CPR r 6.15, the court should adopt a rigorous approach to an application by a claimant for indulgence. After all, the rule does stipulate that an order should be made only where it appears that there is «a good reason» to do so, and, while it might be said that this requirement adds nothing because the court should never exercise a discretionary power other than for good reason, this stipulation in itself seems to me to underline that the court should examine with some care why it has come about that it is being asked to make an order. Furthermore, in my judgment the mere absence of prejudice to a defendant will not usually in itself be sufficient reason to make an order under CPR r 6.15.»

114. At [44], Andrew Smith J cites Mummery LJ in Anderton v Clwyd County Council [2002] EWHC Civ 933 at [36]: «…Justice and proportionality require that there should be firm procedural rules which should be observed, not that general rules should be construed to create exceptions and excuses wherever those who could easily have complied with the rules, have slipped up and failed to do so».

115. It is not good enough therefore, the first defendant says, for the claimant to protest that it should not be required «…to jump through further technical hoops, involving further delay in progressing these injunction proceedings», particularly where the confusion affecting these proceedings stems from the error in the application to the judge. Whilst pragmatism is justified in some circumstances, it cannot become the default justification of a party which has, for no good reason, failed to comply with the rules for service of proceedings. It is also said that delay on the claimant's part militates against the exercise of the court's discretion under CPR r. 6.15(2). I have dealt with the delay issue elsewhere in this judgment, but say here that I have taken the issue into account.

116. Overall, my conclusions are as follows. The CPR r. 6.15(2) power applies to a foreign defendant (see Abela v Baadarani [2011] EWHC 116 (Ch) at [66], Sir Edward Evans-Lombe). So far as the first defendant argued that the power could not be exercised against a Russian defendant on the basis that service could only take place under the Hague Convention, I reject such argument. Since this was a point which was raised in the evidence, I should say that I do not think that questions of the legality of service under foreign law arise if the court exercises power to order service on a foreign defendant in England.

117. However the first defendant was right to submit that in cases of service out of the jurisdiction, CPR r. 6.15 cannot be invoked where convenience or pragmatism is the only justification. This is clear from the decision in Cecil v Bayat, ibid, a case under CPR r. 6.15(1). Stanley Burnton LJ (with whom Wilson and Rix LJJ agreed) said that service on a party to the Hague Convention by an alternative method under CPR r. 6.15 should be regarded as exceptional, to be permitted in special circumstances only (at [65]). Speed is a relevant consideration when deciding whether to make an order under CPR r. 6.15, but in general not a sufficient one (at [66]). In general, the desire of a claimant to avoid the delay inherent in service by the methods permitted by CPR r. 6.40 cannot of itself justify an order for service by alternative means (at [67]).

118. He continued:

68. Service by alternative means may be justified by facts specific to the defendant, as where there are grounds for believing that he has or will seek to avoid personal service where that is the only method permitted by the foreign law, or by facts relating to the proceedings, as where an injunction has been obtained without notice, or where an urgent application on notice for injunctive relief is required to be made after the issue of proceedings. In the present case, the only reason for urgency in serving the Defendants arose from the Claimants' delay in seeking and obtaining their permission to serve out of the jurisdiction: a delay resulting in part from their decision not to proceed with their claim until they had obtained funding for the entire proceedings. Furthermore, their application for permission to serve out was not particularly complicated.

69. This does not mean that a claimant cannot bring proceedings to the attention of a defendant by email, fax or other more speedy means than service pursuant to CPR r 6.40. The Claimants could have done so in the present case. But, as I have indicated, service is more than this. In my view, the judge confused this possibility with service itself.

119. This passage makes it clear that that service by alternative means may be justified by the circumstances of the case including, where appropriate, cases of urgency. Some special circumstance is needed to amount to good reason, but the need for some flexibility is also acknowledged at [113] (where Rix LJ is speaking in the context of delays in the case of service under the Hague Convention).

120. The present case is an unusual one. The points that seem most compelling to me are as follows. The claimant had overlooked the fact that the service of process clause had been repealed. Had that been noticed, it is difficult to see why service in England on the first defendant's solicitors acting for it in the arbitration would not have been permitted. Unlike the

present case, Cecil v Bayat did not concern an arbitration claim. In such a case the position as to service is as stated by Tomlinson J in Kyrgyz Republic v. Finrep GmbH [2006] 2 C.L.C. 402 at [29]:

« …in relation to arbitration applications concerning arbitrations which have their seat within the jurisdiction it is the almost invariable practice of the court to permit service upon a party's solicitor who has acted for that party in the arbitration, provided that that solicitor does not appear to have been disinstructed or absent other special circumstances. This practice is reflected in paragraph 3.1 of Arbitration Practice Direction 62.4 which provides, under the rubric

'Arbitration Claim Form Service': '3.1 Service. The court may exercise its powers under Rule 6.8 to permit service of an arbitration claim form at the address of a party's solicitor or representative acting for him in the arbitration.'»

121. I accept unreservedly the defendants' submission that the authorities make it clear that the rules as to service have to be abided by. A mistake may be irrecoverable, as when a limitation period has expired. But that is not the present case. The solicitors acting for the first defendant in the arbitration knew that this claim was coming, and prior correspondence about it had taken place with the arbitrator. The proceedings were sent to Bryan Cave LLP (now acting for the second defendant) and passed to Steptoe & Johnson, solicitors for the first defendant in the arbitration. The defendants are in common ownership and control. There is jurisdiction to make an order that the steps already taken to bring the proceedings to the attention of the first defendant are to be good service, there is or would be no prejudice to the first defendant in making such an order, and the result of declining to do so would be the unnecessary incurring of yet further expense. For these reasons, I am satisfied that I should exercise the CPR r. 6.15(2) power in accordance with the claimant's application.

Other issues as regards the first defendant

122. It is common ground that in the light of the conclusions I have reached, it is not necessary to proceed any further as regards the issues concerning the first defendant. I restrict myself to stating that, had I not concluded that an order should be made under CPR r. 6.15(2), I would have ordered service by an alternative method upon the first defendant, allowing service on their solicitors at their address within this jurisdiction. In this regard, I refer to the passage in the Kyrgyz Republic case cited above. I would have ordered that the validity of the claim form (as an arbitration claim form) be extended pursuant to CPR r. 7.6 to enable such service. As I understood it, the only point taken by the first defendant in that respect was delay on the claimant's part up to the making of the order of Hamblen J on 8 June 2011. I explain elsewhere in this judgment why I do not consider delay to have occurred during that period.

Validity of Service in Russia on the second defendant

123. Since I have held that the court has, and should exercise jurisdiction over the second defendant, the next question is as to the validity of service of these proceedings on the second defendant in Russia which pursuant to the order of 8 June 2011 happened, or purportedly happened, on 20 and/or 28 June 2011 by delivery (i) by hand and/or (ii) registered post at its and/or its lawyers' offices in Moscow. This raises a question as to permitted service under CPR r. 6.40(3)(c)), namely whether such service is (i) permitted or (ii) required to take place exclusively through the official channels prescribed in Article 5 of the Hague Convention. If the latter, the question is whether the court was justified in ordering service by alternative methods on the second defendant in Russia (paragraph 1(b) & (c) of the 8 June 2011 Order). In so far as relevant to (i), there is a further question as to whether service of foreign process in the Russian Federation by hand and/or by registered post is illegal as a matter of Russian law.

124. It may be noted that the order of 8 June 2011 gave permission to serve the proceedings on the second defendant pursuant to the Hague Convention as well as by alternative methods (namely by hand or post at the second defendant's offices in Moscow, or those of its lawyers). Ms Selvaratnam QC accepted in oral submissions that if it is decided that there is jurisdiction as regards the second defendant (and I have decided that there is) then the order of 8 June 2011 would stand to that extent, subject to an extension of the validity of the claim form. The claimant's evidence on the application for permission to serve out was that service in Russia through the Ministry of Justice under the Hague Convention can take between three to six months, and I do not understand that to be in dispute. Since the Hague Convention procedure was incepted by the claimant on 14/15 July 2011, it appears that service through that channel will in fact take place soon.

125. I have set out above the provisions as to alternative methods of service in CPR r. 6.15 in relation to the first defendant, and referred there to some of the case law. The relevant sub-rule as regards the making the order of 8 June 2011 in respect of the second defendant so far as it provided for alternative service was sub-rule (1).

126. I must now set out the general provisions about the method of service of a proceedings on a party out of the jurisdiction which are to be found in CPR r. 6.40 as follows:

«Methods of service-general provisions

6.40—(1) This rule contains general provisions about the method of service of a claim form or other document on a party out of the jurisdiction.

…

Where service is to be effected on a party out of the United Kingdom

(3) Where a party wishes to serve a claim form or other document on a party out of the United Kingdom, it may be served—

(a) by any method provided for by-

(i) rule 6.41 (service in accordance with the Service Regulation);

(ii) rule 6.42 (service through foreign governments, judicial authorities and British Consular authorities); or

(iii) rule 6.44 (service of claim form or other document on a State);

(b) by any method permitted by a Civil Procedure Convention or Treaty; or

(c) by any other method permitted by the law of the country in which it is to be served.

(4) Nothing in paragraph (3) or in any court order authorises or requires any person to do anything which is contrary to the law of the country where the claim form or other document is to be served.

…»

127. There was evidence of Russian law before the court as regards service. The following is common ground. Service of domestic process in Russia by registered post is permitted, and in fact is the «usual» way of effecting service domestically. Both the United Kingdom and Russia are parties to the Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (Hague, November 15, 1965) (the Hague Convention), but in 2004 Russia made a reservation with respect to the application of Article 10 (service directly by post). Process originating in another Hague Convention signatory country (like the United Kingdom) is only permitted through so-called Article 5 «official channels» (in other words through the Ministry of Justice and the Arbitrazh Court). Service of other foreign process in Russia, in other words process which originates in a non-Hague Convention signatory country, by registered post is permissible under Russian law.

128. The parties' respective contentions were as follows. The claimant accepted, as I understood it, that direct service by post or in person of legal proceedings emanating from the United Kingdom was not «permitted» by Russian law. It submitted that the English court could

nevertheless order such service as service by an alternative method under CPR r. 6.15(1) provided that such service was not illegal under Russian law. This proposition is based on the contention that the relevant provision in this respect is CPR r. 6.40(4), by which the court is precluded from making an order which «authorises or requires any person to do anything which is contrary to the law of the country where the claim form or other document is to be served».

129. The second defendant's contention is that service by a means that is not permissible as a matter of Russian law is bad and invalid. Under Russian law, service of foreign proceedings from a Hague Convention member (such as the UK) is only permissible pursuant to the Hague Convention, and as such that is the only way in which the proceedings can lawfully be served Russia. The first defendant has supported the second defendant's argument in this respect, contending that if the alternative method proposed by the claimant is not «clearly permitted» under Russian law, the English court cannot properly exercise its discretion under CPR r. 6.15(1).

130. In its submissions, the second defendant has contended that the claimant's interpretation drives a wedge between CPR r. 6.40(3)(c) and r. 6.40(4), is contrary to authority and cannot be justified. It submits that the claimant's contention was rejected in Amalgamated Metal Trading Ltd v Baron [2010] EWHC 3207 (Comm), in which Judge Chambers QC said at [40]: «It seems to me that, while it is always open to a claimant to lead evidence to the effect that the state in which service is said to have been effected permits such service by conduct that is not express, a claimant cannot say that where a state expressly provides for a method or methods of service within its jurisdiction but does not expressly provide that service by other means is illegal then it is to be inferred that service by other means is permitted for the purposes of CPR r. 6.40(3)(c).»

131. In that case, the question was as to whether personal service on the defendant in Peru was good service, where under Peruvian law service is to be through judicial channels. The court rejected the proposition that CPR r. 6.40(3)(c) could be applied in a way in which the term «permitted» could be construed as meaning not «contrary to law» within the words of CPR r. 6.40(4). That led to the conclusion in the passage from the judgment which I have quoted. However, the court went on to consider service by alternative means, concluding that there was jurisdiction to make such an order, albeit it would not do so on the facts of the case.

132. The claimant therefore itself relies on this decision, which so far at the court's powers are concerned, is consistent with the decision in Cecil v Bayat (ibid) making clear that service on a party to the Hague Convention by an alternative method under CPR r. 6.15 can be ordered ([65]), subject to the qualifications expressed by the court which I have mentioned above.

133. The claimant's case in this respect was presented by its junior counsel, Mr Stephen Houseman. He summarised the evidence as to Russian law, and told me that whilst the evidence was to the effect that service was not «permitted» otherwise than through official channels, service of foreign proceedings in person or by post was not illegal under Russian law.

134. The defendants' objection (as I understood it) was not to the detail of this analysis of the evidence, but rather on the basis that it follows that, since service of foreign proceedings emanating from a Hague Convention country is «not permitted» under Russian law save through official channels because of the 2004 reservation to the Convention, service in person or by post is «contrary» to Russian law within the meaning of CPR r. 6.40(4). For that reason, it is submitted by the defendants, the order of 8 June 2011 cannot stand.

135. However, the defendants' approach is not supported by authority. I apply the law as set out in the notes in the White Book at r. 6.40.5. This states that the function of CPR r. 6.40(3) is to prevent service by a method forbidden by the law of the place of service; Shiblaq v Sadikoglu [2003] All ER (D) (428) (Comm). It is implicit in CPR r. 6.40(4) that the court may permit any alternative method of service abroad so long as it does not contravene the law of the

country where service is to be effected; Habib Bank Ltd v Central Bank of Sudan [2007] 1 WLR 470. Alternative service in Russia in person or by post is not permitted, but neither is it illegal. The court can properly order service by alternative means provided such an order is justified under the guidance laid down in Cecil v Bayat, ibid, which I have explained above.

136. It is said by the second defendant that there was no special circumstance justifying an order for alternative service in the present case. One of the factors identified as such in Cecil v Bayat is the case of urgency. The second defendant points out that in making its application to the court, the claimant relied upon s.44 (4) Arbitration Act 1996. That provides that if the case is not one of urgency, the court can only act with the permission of the arbitral tribunal. That is to be distinguished from the power in s.44 (3) which gives the court a general power to make orders for the purpose of preserving evidence or assets if the case is one of urgency.

137. My conclusion in this respect is as follows. The claimant's evidence in support of its application made it clear that although, at that time, the claimant did not envisage an urgent application for interlocutory relief, there was nevertheless «some element of urgency» in the matter. In particular, it was stated that «the relief sought is sufficiently urgent that to wait for service to be effected under the Hague Convention on the second defendant (which could take between 3 to 6 months) would likely defeat the purpose of this application, which in order to be effective, must be heard before the Russian proceedings are concluded. I understand [said the deponent] that there is English authority that allows for service of foreign process by an alternative method, and I believe that service on the second defendant's lawyers would not prejudice the second defendant as its lawyers already represent it in the Russian proceedings».

138. At the time of the application to the court, the arbitration was underway. Two procedural orders had already been made before the application to the arbitrator which resulted in the order giving permission to bring the anti-suit proceedings. I do not consider that it is surprising that the claimant thought it right in those circumstances to seek permission from the arbitrator. Nor do I consider that the fact that his permission was sought requires a conclusion that the matter was not sufficiently «urgent» to fall within the kind of special circumstance envisaged by the court in Cecil v Bayat. Hamblen J was the judge at first instance in that case, and was well acquainted with the issues. I consider that he was right to make the order he did, and reject the defendants' contentions to the contrary.

139. That being so, the matter remaining for decision as regards the second defendant concerns its submissions as regards material non disclosure in the obtaining of the 8 June 2011 Order and the question of delay.

Material non-disclosure

140. The application for permission to serve the second defendant was made on a without notice basis, and the claimant was under the duty of good faith disclosure that applies to an applicant in such circumstances. The second defendant submits that the 8 June 2011 order should be set aside by reason of the claimant's material non-disclosure in its application notice and supporting evidence of the fact that Russia had made a reservation to Article 10 of the Hague Convention, and therefore service by alternative methods was not permitted.

141. The claimant responds that there is no suggestion that the alleged non-disclosure was other than inadvertent and innocent. It is not even clear, it is submitted, how this is said to be material: service of foreign process in Russia by registered post either is or is not a valid method of service which it was appropriate for the court to sanction as it did in the 8 June Order. If it is, the alleged non-disclosure is not material. If it is not, the alleged non-disclosure adds nothing to the substantive position as to validity of service. It appears that this ground is, therefore, something of a make-weight.

142. I do not accept the logic of the claimant's analysis of materiality, which overlooks the relevance of the reservation to Article 10 to the decision which the court had to make. However nor do I accept the second defendant's description of the omission as «egregious» which is based on a submission as regards Amalgamated Metal Trading Ltd v Baron (ibid) at [40] which I have not accepted. Other than the mistake as to the service of process clause dealt with above, I consider that this application was put before the court with due care, and I would not discharge the order on the ground of non-disclosure.

Other issues as regards the second defendant

143. It is common ground that in the light of the conclusions I have reached, it is not necessary to proceed any further as regards the issues concerning the second defendant. I restrict myself to saying that had I not reached the above conclusions, I was not persuaded by the second defendant's objections to an extension of the validity of the claim form. I would have granted an extension. Neither however was I persuaded by the claimant's submission that an order for deemed service should be made at this stage under CPR r. 6.15(2). The first and second defendants are in a different position in this regard, because in the case of the latter, the possibility of service on solicitors within the jurisdiction acting in the arbitration is not available. There is in my view no basis for the claimant's contention that an order should be made recognising as good service the provision of the relevant documents to Bryan Cave LLP, because that firm is acting for the second defendant for the purpose of contesting jurisdiction, and not otherwise. As I have said, the second defendant accepts that so far as it ordered service in accordance with the Hague Convention, the order of 8 June 2011 was valid (subject to its points on jurisdiction and extension which I have rejected).

Conclusion

144. For the above reasons, I have concluded that the defendants' applications of 25 July 2011 should be dismissed. I am grateful to the parties for their assistance, and will hear them as to the terms of the consequential orders, and on other matters resulting from this decision.

12. TURNER V GROVIT, HARADA LTD AND CHANGEPOINT SA. CASE NO. C-159/02. COURT OF JUSTICE. 27 APRIL 2004

REFERENCE to the Court under the Protocol of 3 June 1971 on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, by the House of Lords (United Kingdom), for a preliminary ruling in the proceedings pending before that court between

Gregory Paul Turner

and

Felix Fareed Ismail Grovit,

Harada Ltd,

Changepoint SA,

on the interpretation of the abovementioned Convention of 27 September 1968 (OJ 1978 L 304, p. 36), as amended by the Convention of 9 October 1978 on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (OJ 1978 L 304, p. 1, and — amended version — p. 77), by the Convention of 25 October 1982 on the Accession of the Hellenic Republic (OJ 1982 L 388, p. 1) and by the Convention of 26 May 1989 on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic (OJ 1989 L 285, P- D,

THE COURT (FULL COURT),

composed of: V. Skouris, President, P. Jann (Rapporteur), C.W.A. Timmermans, C. Gulmann, J.N. Cunha Rodrigues and A. Rosas, Presidents of Chambers, A. La Pergola, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, N. Colneric and S. von Bahr, Judges,

Advocate General: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

Registrar: L. Hewlett, Principal Administrator,

after considering the written observations submitted on behalf of:

— Mr Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA, by R. Beynon, Solicitor, and T. de La Mare, Barrister,

— the United Kingdom Government, by K. Manji, acting as Agent, assisted by S. Morris QC,

— the German Government, by R. Wagner, acting as Agent,

— the Italian Government, by I.M. Braguglia, acting as Agent, assisted by O. Fiumara, vice avvocato generale dello Stato,

— the Commission of the European Communities, by C. O'Reilly and A.-M. Rouchaud-Joët, acting as Agents, having regard to the Report for the Hearing, after hearing the oral observations of Mr Turner and of the United Kingdom Government, of Mr Grovit, of Harada Ltd and of Changepoint SA, and of the Commission, at the hearing on 9 September 2003, after hearing the Advocate General at the sitting on 20 November 2003,

Judgment

By order of 13 December 2001, received at the Court on 29 April 2002, the House of Lords referred to the Court of Justice for a preliminary ruling under the Protocol of 3 June 1971 on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters a question on the interpretation of that convention (OJ 1978 L 304, p. 36), as amended by the Convention of 9

October 1978 on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (OJ 1978 1. 304, p. 1, and — amended text — p. 77), by the Convention of 25 October 1982 on the accession of the Hellenic Republic (OJ 1982 L 388, p. 1) and by the Convention of 26 May 1989 on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic (OJ 1989 L 285, p. 1, 'the Convention').

That question was raised in proceedings between Mr Turner, on the one hand and, on the other, Mr Grovit, Harada Limited ('Harada') and Changepoint SA ('Changepoint') concerning breach of Mr Turner's employment contract with Harada.

The dispute in the main proceedings

Mr Turner, a British citizen domiciled in the United Kingdom, was recruited in 1990 as solicitor to a group of undertakings by one of the companies belonging to that group.

The group, known as Chequepoint Group, is directed by Mr Grovit and its main business is running bureaux de change. It comprises several companies established in different countries, one being China Security Ltd, which initially recruited Mr Turner, Chequepoint UK Ltd, which took over Mr Turner's contract at the end of 1990, Harada, established in the United Kingdom, and Changepoint, established in Spain.

Mr Turner carried out his work in London (United Kingdom). However, in May 1997, at his request, his employer allowed him to transfer his office to Madrid (Spain).

Mr Turner started working in Madrid in November 1997. On 16 February 1998, he submitted his resignation to Harada, the company to which he had been transferred on 31 December 1997.

On 2 March 199 8 Mr Turner brought an action in London against Harada before the Employment Tribunal. He claimed that he had been the victim of efforts to implicate him in illegal conduct, which, in his opinion, were tantamount to unfair dismissal.

The Employment Tribunal dismissed the objection of lack of jurisdiction raised by Harada. Its decision was confirmed on appeal. Giving judgment on the substance, it awarded damages to Mr Turner.

On 29 July 1998, Changepoint brought an action against Mr Turner before a court of first instance in Madrid. The summons was served on Mr Turner around 15 December 1998. Mr Turner did not accept service and protested the jurisdiction of the Spanish court.

In the course of the proceedings in Spain, Changepoint claimed damages of ESP 85 million from Mr Turner as compensation for losses allegedly resulting from Mr Turner's professional conduct.

On 18 December 1998 Mr Turner asked the High Court of Justice of England and Wales to issue an injunction under section 37(1) of the Supreme Court Act 1981, backed by a penalty, restraining Mr Grovit, Harada and Changepoint from pursuing the proceedings commenced in Spain. An interlocutory injunction was issued in those terms on 22 December 1998. On 24 February 1999, the High Court refused to extend the injunction.

On appeal by Mr Turner, the Court of Appeal (England and Wales) on 28 May 1999 issued an injunction ordering the defendants not to continue the proceedings commenced in Spain and to refrain from commencing further proceedings in Spain or elsewhere against Mr Turner in respect of his contract of employment. In the grounds of its judgment, the Court of Appeal stated, in particular, that the proceedings in Spain had been brought in bad faith in order to vex Mr Turner in the pursuit of his application before the Employment Tribunal.

On 28 June 1999, in compliance with that injunction, Changepoint discontinued the proceedings pending before the Spanish court.

Mr Grovit, Harada and Changepoint then appealed to the House of Lords, claiming in essence that the English courts did not have the power to make restraining orders preventing the continuation of proceedings in foreign jurisdictions covered by the Convention.

The order for reference and the questions submitted to the Court

According to the order for reference, the power exercised by the Court of Appeal in this case is based not on any presumed entitlement to delimit the jurisdiction of a foreign court but on the fact that the party to whom the injunction is addressed is personally amenable to the jurisdiction of the English courts.

According to the analysis made in the order for reference, an injunction of the kind issued by the Court of Appeal does not involve a decision upon the jurisdiction of the foreign court but rather an assessment of the conduct of the person seeking to avail himself of that jurisdiction. However, in so far as such an injunction interferes indirectly with the proceedings before the foreign court, it can be granted only where the claimant shows that there is a clear need to protect proceedings pending in England.

The order for reference indicates that the essential elements which justify the exercise by the Court of Appeal of its power to issue an injunction in this case were that:

— the applicant was a party to existing legal proceedings in England;

— the defendants had in bad faith commenced and proposed to prosecute proceedings against the applicant in another jurisdiction for the purpose of frustrating or obstructing the proceedings in England;

— the Court of Appeal considered that in order to protect the legitimate interest of the applicant in the English proceedings it was necessary to grant the applicant an injunction against the defendants.

Taking the view, however, that the case raised a problem of interpretation of the Convention, the House of Lords stayed its proceedings pending a preliminary ruling from the Court of Justice on the following question: 'Is it inconsistent with the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters signed at Brussels on 27 September 1968 (subsequently acceded to by 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?'

The question referred to the Court

By its question, the national court seeks in essence to ascertain whether the Convention precludes the grant of an injunction by which a court of a Contracting State prohibits a party to proceedings pending before it from commencing or continuing legal proceedings before a court in another Contracting State even where that party is acting in bad faith in order to frustrate the existing proceedings.

Observations submitted to the Court

The defendants in the main proceedings, the German and Italian Governments and the Commission submit that an injunction of the kind at issue in the main proceedings is not compatible with the Convention. They consider, in essence, that the Convention provides a complete set of rules on jurisdiction. Each court is entitled to rule only as to its own jurisdiction under those rules but not as to the jurisdiction of a court in another Contracting State. The effect of an injunction is that the court issuing it assumes exclusive jurisdiction and the court of another

Contracting State is deprived of any opportunity of examining its own jurisdiction, thereby negating the principle of mutual cooperation underlying the Convention.

Mr Turner and the United Kingdom Government observe, first, that the question on which a ruling is sought concerns only injunctions prompted by an abuse of procedure, addressed to defendants who are acting in bad faith and with the intention of frustrating proceedings before an English court. In pursuit of the aim of protecting the integrity of the proceedings before the English court, only an English court is in a position to decide whether the defendant's conduct undermines or threatens that integrity.

In common with the House of Lords, Mr Turner and the United Kingdom Government also submit that the injunctions at issue do not involve any assessment of the jurisdiction of the foreign court. They should be regarded as procedural measures. In that regard, referring to the judgment in Case C-391/95 Van Uden [1998] ECR I-7091, they contend that the Convention imposes no limitation on measures of a procedural nature which may be adopted by a court of a contracting State, provided that that court has jurisdiction under the Convention over the substance of a case.

Finally, Mr Turner and the United Kingdom Government maintain that the grant of an injunction may contribute to attainment of the objective of the Convention, which is to minimise the risk of conflicting decisions and to avoid a multiplicity of proceedings.

Findings of the Court

At the outset, it must be borne in mind that the Convention is necessarily based on the trust which the Contracting States accord to one another's legal systems and judicial institutions. It is that mutual trust which has enabled a compulsory system of jurisdiction to be established, which all the courts within the purview of the Convention are required to respect, and as a corollary the waiver by those States of the right to apply their internal rules on recognition and enforcement of foreign judgments in favour of a simplified mechanism for the recognition and enforcement of judgments (Case C-116/02 Gasser [2003] ECR I-14693, paragraph 72).

It is inherent in that principle of mutual trust that, within the scope of the Convention, the rules on jurisdiction that it lays down, which are common to all the courts of the Contracting States, may be interpreted and applied with the same authority by each of them (see, to that effect, Case C-351/89 Overseas Union Insurance and Others [1991] ECR I-3317, paragraph 23, and Gasser, paragraph 48).

Similarly, otherwise than in a small number of exceptional cases listed in the first paragraph of Article 28 of the Convention, which are limited to the stage of recognition or enforcement and relate only to certain rules of special or exclusive jurisdiction that are not relevant here, the Convention does not permit the jurisdiction of a court to be reviewed by a court in another Contracting State (see, to that effect, Overseas Union Insurance and Others, paragraph 24).

However, a prohibition imposed by a court, backed by a penalty, restraining a party from commencing or continuing proceedings before a foreign court undermines the latter court's jurisdiction to determine the dispute. Any injunction prohibiting a claimant from bringing such an action must be seen as constituting interference with the jurisdiction of the foreign court which, as such, is incompatible with the system of the Convention.

Notwithstanding the explanations given by the referring court and contrary to the view put forward by Mr Turner and the United Kingdom Government, such interference cannot be justified by the fact that it is only indirect and is intended to prevent an abuse of process by the defendant in the proceedings in the forum State. In so far as the conduct for which the defendant is criticised consists in recourse to the jurisdiction of the court of another Member State, the judgment made as to the abusive nature of that conduct implies an assessment of the

appropriateness of bringing proceedings before a court of another Member State. Such an assessment runs counter to the principle of mutual trust which, as pointed out in paragraphs 24 to 26 of this judgment, underpins the Convention and prohibits a court, except in special circumstances which are not applicable in this case, from reviewing the jurisdiction of the court of another Member State.

Even if it were assumed, as has been contended, that an injunction could be regarded as a measure of a procedural nature intended to safeguard the integrity of the proceedings pending before the court which issues it, and therefore as being a matter of national law alone, it need merely be borne in mind that the application of national procedural rules may not impair the effectiveness of the Convention (Case C-365/88 Hagen [1990] ECR I-1845, paragraph 20). However, that result would follow from the grant of an injunction of the kind at issue which, as has been established in paragraph 27 of this judgment, has the effect of limiting the application of the rules on jurisdiction laid down by the Convention.

The argument that the grant of injunctions may contribute to attainment of the objective of the Convention, which is to minimise the risk of conflicting decisions and to avoid a multiplicity of proceedings, cannot be accepted. First, recourse to such measures renders ineffective the specific mechanisms provided for by the Convention for cases of lis alibi pendens and of related actions. Second, it is liable to give rise to situations involving conflicts for which the Convention contains no rules. The possibility cannot be excluded that, even if an injunction had been issued in one Contracting State, a decision might nevertheless be given by a court of another Contracting state. Similarly, the possibility cannot be excluded that the courts of two Contracting States that allowed such measures might issue contradictory injunctions.

Consequently, the answer to be given to the national court must be that the Convention is to be interpreted as precluding the grant of an injunction whereby a court of a Contracting State prohibits a party to proceedings pending before it from commencing or continuing legal proceedings before a court of another Contracting State, even where that party is acting in bad faith with a view to frustrating the existing proceedings.

Costs

The costs incurred by the United Kingdom, German and Italian Governments, and by the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT (Full Court),

in answer to the questions referred to it by the House of Lords by order of 13 December 2001, hereby rules:

The Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, as amended by the Convention of 9 October 1978 on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, by the Convention of 25 October 1982 on the accession of the Hellenic Republic and by the Convention of 26 May 1989 on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic, is to be interpreted as precluding the grant of an injunction whereby a court of a Contracting State prohibits a party to proceedings pending before it from commencing or continuing legal proceedings before a court of another Contracting State, even where that party is acting in bad faith with a view to frustrating the existing proceedings.

13. TURNER V GROVIT, HARADA LTD AND CHANGEPOINT SA. CASE NO. C-159/02. COURT OF JUSTICE. OPINION OF ADVOCATE GENERAL RUIZ-JARABO COLOMER. 20 NOVEMBER 2003

Introduction

1. This request for a preliminary ruling from the House of Lords ought to serve to dispel all doubt as to the validity in the light of the Brussels Convention 2 of what are commonly known as 'anti-suit injunctions'. These are injunctions whereby a party is prohibited — and non-compliance constitutes contempt of court — from commencing or continuing proceedings before another judicial authority, even one abroad. In the present case, the purpose of the injunction is to prevent abuse of process by such a party in the form of vexatious litigation.

The facts of the case before the national court

2. As explained by Lord Hobhouse of Woodborough in the order for reference, the facts giving rise to this request for a preliminary ruling can be summarised as follows.

3. Gregory Paul Turner, who is of British nationality and is a solicitor entitled to practise under English law, was employed as legal adviser to a group of companies by one of the companies in the group.

The group, known as the Chequepoint Group, is managed by Mr Grovit and comprises several companies, incorporated in a number of countries, including, apart from China Security Ltd, incorporated in Hong Kong, which had employed Mr Turner under contract, Harada Ltd, whose registered office is in the United Kingdom, and Changepoint SA, whose registered office is in Spain.

His role as an adviser included dealing with and advising on real property and commercial matters, representation in proceedings in the United Kingdom and other tasks of a legal nature relating to the group.

4. Mr Turner worked in London. However, in May 1997 he asked for a transfer to the group office in Madrid, a request to which his employer acceded. In November of that year he was put on Harada Ltd's payroll, under the same conditions of employment. Mr Turner was thus to continue to perform the same tasks as those previously carried out by him.

5. After working in Madrid for 35 days, Mr Turner asked to terminate his contact with Harada and instituted proceedings against that company before the Employment Tribunal, London, which has jurisdiction in such matters. He claimed that efforts had been made to implicate him in illegal conduct involving irregularities relating to deductions in respect of social security. Such machinations were, in the claimant's view, tantamount to unfair dismissal.

6. The Employment Tribunal dismissed an objection of lack of jurisdiction raised by Harada and that decision was upheld on appeal. On conclusion of the proceedings, the Employment Tribunal awarded Mr Turner damages.

7. In the meantime, in July 1998, Changepoint and Harada commenced proceedings against Mr Turner before a court of first instance in the Spanish capital, claiming compensation for damage caused to them as a result of unsatisfactory professional conduct. Mr Turner received the writ of summons around 15 December but refused to accept service. In the statement of claim, formulated at a later stage, he was called on to pay a very considerable sum (more than ESP 85 million) for failing properly to provide to Changepoint SA the services required by his contract. Seven examples were given of allegedly inadequate fulfilment by Mr Turner of his obligations, it also being contended that he had improperly disappeared from the Madrid office without giving notice and had then made a claim in the United Kingdom on the basis of unfounded allegations which concealed the truth from the English tribunal.

8. Mr Turner never entered an appearance in the Spanish proceedings. On 18 December 1998 he asked the High Court in London 3 to restrain Mr Grovit, Harada and Changepoint from continuing the proceedings commenced in Spain. On 22 December the High Court granted his application by issuing an interlocutory injunction. In February 1999 the High Court declined to renew the injunction, whereupon Mr Turner applied to the Court of Appeal which, on 28 May, made an order requiring the defendant together or separately to:

'(1) take all necessary steps forthwith to discontinue or to procure the discontinuance of the claims made against the Claimant in proceedings commenced by one or more of the Defendants in the Court of First Instance, Madrid, Court *67,* under Proceedings number 70/98;

(2) be restrained until further Order from taking, or procuring any other person or persons to take, any step in the action commenced by one or more of the Defendants in the Court of First Instance Madrid, Court 67, under Proceedings number 70/98, except to carry out paragraph 3(1) of this Order hereinabove;

(3) be restrained until further Order from commencing or continuing or procuring any other person or persons (including any company directly or indirectly controlled by the Respondents or any of them, or any company within or associated with the Chequepoint Group of companies, and further, in respect of the 1st Defendant, any company of which [he] is a Director) to commence or continue any further or other proceedings against the Claimant (arising out of his contract of employment) in Spain or elsewhere, except that this paragraph shall not apply to proceedings commenced or continued in England and Wales.'

9. The Court of Appeal took the view that the sole purpose of the proceedings commenced in Madrid was to intimidate and exert pressure on a party and it therefore considered that it was entitled to require Changepoint and Harada, by injunction, not to continue the foreign proceedings. It can be inferred from the judgment of the Court of Appeal that it considered that, in the absence of an injunction, the defendants would continue to behave improperly.

10. The defendants appealed to the House of Lords.

The applicable domestic law

11. Restraining orders, like the injunction issued in the main proceedings, now have as their legal basis section 37(1) of the Supreme Court Act, which in broad terms states: 'The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction ... in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.' The Court of Appeal has similar powers on an appeal from the High Court.

12. United Kingdom judicial decisions limit the cases in which it is appropriate to grant an injunction. It is necessary to establish that the addressee of the injunction has engaged in wrongful conduct and that the applicant has a legitimate interest in seeking to prevent it.

13. Such protection is available to victims of abuse of process, that is to say those who are the butt of unscrupulous behaviour in the form of vexatious or oppressive proceedings, regardless of whether they are brought in England and Wales or abroad.

The question on which a preliminary ruling is sought

14. By order of 13 December 2001 the House of Lords referred the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling under Article 3(1) of the Protocol of 3 June 1971 on the interpretation of the 1968 Brussels Convention: 'Is it inconsistent with the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters signed at Brussels on 27 September 1968 (subsequently acceded to by 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?'

The views of the House of Lords

15. According to the order for reference, the Court of Appeal, in exercising its power in this case, does not purport to determine the jurisdiction of a foreign court but its action is justified because the addressee of the injunction is subject *in personam* to the jurisdiction of the English court. Accordingly, the restraining order is directed solely against the party appearing before the court from which it emanates, not against the foreign court.

Proof that restraining orders do not involve an appraisal of the jurisdiction of a court of another State is the fact that they are usually issued when the foreign authority has, or is willing to assume, jurisdiction to hear a case. Nevertheless, since such orders indirectly affect the foreign court, the jurisdiction must be exercised with caution and only if the ends of justice so require.

16. Similarly, if there are proceedings before an English court which it is unconscionable for a party to pursue, such proceedings will be stayed. Although it can be inferred from the foregoing that the issue of an injunction is not based on the consideration that the claim has been brought in an inappropriate court (doctrine of *forum non conveniens),* the view is expressed in the order for reference that the question whether or not the foreign forum was an appropriate forum is of importance in evaluating the abusive conduct complained of and affects the decision whether or not to grant the remedy of a restraining order.

17. The House of Lords states that when an application for a restraining order is considered it is necessary to verify that the applicant has a legitimate interest, such as a contractual right not be sued in a particular jurisdiction (for example, owing to the existence of an exclusive jurisdiction clause or an arbitration clause).

18. Consequently, the essential features which prompted the Court of Appeal, under English law, to make the order in the present case are:

(a) The applicant is a party to existing legal proceedings in England;

(b) The defendants have in bad faith commenced and propose to prosecute proceedings against the applicant in another jurisdiction for the purpose of frustrating or obstructing the proceedings pending in England;

(c) The court considers that it is necessary in order to protect the legitimate interest of the applicant in the English proceedings to grant the applicant a restraining order against the defendants.

19. For the rest, no provision of the Brussels Convention precludes the adoption of decisions of this kind. On the contrary, they are conducive to effective attainment of one of its objectives, namely to limit the risk of irreconcilable judgments.

20. The order also states that it is a matter for the English — and not the Spanish — court to decide, after analysing the information available to it, whether the proceedings being conducted abroad might adversely affect the normal conduct of the action before it.

21. Finally, it rejects the view that the principle of equality as between the courts of the Convention countries might be undermined as a result of the fact that not all of them are empowered to issue restraining orders. According to the House of Lords, it is not the purpose of the Convention to require uniformity but to have clear rules governing international jurisdiction.

22. By way of corollary, it adds that if the question of interpretation fell to be decided by the House of Lords alone, it would take the view that there was no incompatibility with the Convention.

Proceedings before the Court of Justice

23. The request for a preliminary ruling was received at the Registry of the Court of Justice on 30 April 2002. At the appropriate stage in the procedure, a public hearing was held on 9 September 2003.

24. Oral argument was presented by the defendants in the main proceedings, by the United Kingdom, German and Italian Governments and by the Commission.

Analysis of the question referred to the Court

25. The defendants in the national proceedings, and likewise the German and Italian Governments and the Commission, maintain that injunctions of the kind at issue in these proceedings are not reconcilable with the Brussels Convention. Of those who presented oral argument, only the United Kingdom Government aligns itself with the view of the referring court, which considers them to be compatible.

26. Such restraining orders date back to the 15th century, although their significance has evolved, always being linked to the concept of equity and inspired by the views of common-law judges. According to the United Kingdom Government, anti-suit injunctions (namely, orders to discontinue or preclude proceedings) are not addressed to a judicial authority of another State, but to a person amenable to the jurisdiction of the court which issues them. For that reason, like the House of Lords, it considers that the term 'anti-suit injunction' is a misnomer and prefers the term 'restraining orders'. In its view, therefore, they do not represent a pronouncement by an English court as to the jurisdiction of its foreign counterpart, but rather a procedural measure of an organisational nature similar to that approved by the Court of Justice in the *Van Uden* case. The Brussels Convention does not limit the measures which a court may issue in order to protect the subjectmatter of proceedings before it.

27. In the present case, the aim was to ensure that consideration of the action brought by Mr Turner would not be undermined by a multiplicity of obstructive procedural measures issued at the request of the defendants.

28. The United Kingdom Government adds that only an English court can give a decision on the need to preserve the integrity of proceedings conducted in England.

29. Finally, it states that orders of this kind help to attain a Brussels Convention objective, namely that of reducing the number of courts with jurisdiction to consider the same dispute.

30. The arguments against compatibility with the Convention put forward in the course of these preliminary proceedings stem from the idea that one of the pillars of that international instrument is the reciprocal trust established between the various national legal systems, upon which the English restraining orders would seem to cast doubt.

31. That view seems to me to be decisive. European judicial cooperation, in which the Convention represents an important landmark, is imbued with the concept of mutual trust, which presupposes that each State recognises the capacity of the other legal systems to contribute independently, but harmoniously, to attainment of the stated objectives of integration. No superior authorities have been created to exercise control, beyond the interpretative role accorded to the Court of Justice; still less has authority been given to the authorities of a particular State to arrogate to themselves the power to resolve the difficulties which the European initiative itself seeks to deal with.

32. It would be contrary to that spirit for a judicial authority in Member States to be able, even if only indirectly, to have an impact on the jurisdiction of the court of another Contracting State to hear a given case.

33. A further inherent feature of the principle of mutual trust is the fact that issues determining the jurisdiction of the judges of a State are dealt with in accordance with uniform

rules or, which comes to the same thing, that each judicial body is, for such purposes, on an equal footing with the others.

For that reason, I am not persuaded by the submission that nothing in the Brussels Convention expressly prohibits the adoption of judicial measures such as those at issue here. The Convention seeks to provide a comprehensive system, for which reason it is appropriate to ask ourselves whether a measure which has an impact on its field of application is compatible with the common rules which it establishes. The question must be answered in the negative.

A comparative review shows that only legal systems within the common-law tradition allow such orders. An imbalance of this kind goes against the scheme of the Convention, which does not incorporate any mechanism capable of resolving a conflict between a restraining order from an English court, prompted by the abusive nature of the foreign proceedings, and a possibly conflicting assessment which the Spanish court might arrive at. It is difficult to accept that a State which issues an injunction of this kind could unilaterally attribute to the jurisdiction which it is protecting an exclusive character. If all European courts arrogated such a power to themselves, chaos would ensue. If that power were exercised only by English courts, they would be taking it upon themselves to exercise a distributive function which the Brussels Convention entrusts to less flexible, but more objective, criteria, which it imposes on everyone in the same way.

Nor does the Convention contain any rule to resolve a situation in which two judicial authorities of States which allow such orders issue contradictory injunctions, even though the situation has in fact arisen between different States belonging to the common-law system. The classic example is the *Laker Airways* case, in which there was a clash between various English and North American judicial authorities.

34. The United Kingdom Government, following the House of Lords, insists, of course, that the orders at issue are not concerned with the jurisdiction of the Spanish court; they are addressed only to the party which commenced proceedings with the sole object of frustrating the conduct of another action pending in another court.

That analysis is formally correct. Nevertheless, it is undeniable that, as a result of a litigant being prohibited, under threat of a penalty, from pursuing an action before a given judicial authority, the latter is being deprived of jurisdiction to deal with the case, and the result is direct interference with its unfettered jurisdictional authority. Although English legal writers followed that view for some time, more recently authors have recognised that that argument is no longer valid since, for a court to hear a case, it is necessary for the plaintiff to exercise his right of action.

If he is deprived of the opportunity to do so, the result is interference with the jurisdiction of the foreign judge by reason of the fact that he is not permitted to hear or decide the case. It has been recognised in American legal literature 12 and case-law 13 that the distinction between an order *in personam* addressed to a litigant and an order addressed to a foreign court is indeed a very fine one.

35. The effects of restraining orders are similar to those produced by application of the doctrine of *forum non conveniens,* whereby a decision may be made not to hear actions which have been brought in an inappropriate forum. Likewise, restraining injunctions, however much they are addressed to the parties and not to a judicial authority, presuppose some assessment of the appropriateness of bringing an action before a specific judicial authority. However, save in certain exceptional cases which are not relevant here, the Convention does not allow review of the jurisdiction of a court by a judicial authority of another contracting state.

36. Moreover, the system of mutual recognition of decisions given in the Contracting States without the need for recourse to any procedure whatsoever, provided for in Article 26 of the Convention, although subject to the exception relating to public policy (Article 27(1)), expressly excludes the question of jurisdiction from the scope of the latter (Article 28), so that

the paradoxical situation could arise whereby a judge who had issued an anti-suit injunction might be obliged to grant an order for enforcement of a judgment delivered in spite of his having expressly imposed a prohibition. The English court, at some time or another, must verify the jurisdiction of the foreign court before issuing the estraining order, and that clearly goes against the letter, spirit and purpose of the Brussels Convention.

37. Finally, it is argued that restraining orders are remedies of a procedural nature, an area not covered by the Brussels Convention. Such measures are precautionary or protective and their compatibility with the European system is beyond all doubt.

It is true that the Convention contains hardly any provisions governing procedure. As a result, the Contracting States are free to organise proceedings brought before their judicial authorities. Nevertheless, they must make certain that the provisions thus adopted do not run counter to the philosophy of the Convention. In other words, the legislative autonomy available to States in procedural matters is subject to limits deriving from respect for the general scheme of the Convention.

Conclusion

38. In view of the foregoing considerations, I suggest that the Court of Justice give the following answer to the question referred to it by the House of Lords: The Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters must be interpreted as precluding the judicial authorities of a Contracting State from issuing orders to litigants restraining them from commencing or continuing proceedings before judicial authorities of other Contracting States.

14. ALLIANZ SPA AND GENERALI ASSICURAZIONI GENERALI SPA V WEST TANKERS INC. CASE NO. C-185/07. COURT OF JUSTICE. 10 FEBRUARY 2009

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)
10 February 2009
(Recognition and enforcement of foreign arbitral awards – Regulation (EC) No 44/2001 – Scope of application – Jurisdiction of a court of a Member State to issue an order restraining a party from commencing or continuing proceedings before a court of another Member State on the ground that those proceedings would be contrary to an arbitration agreement – New York Convention)

In Case C‑ 185/07,
REFERENCE for a preliminary ruling under Articles 68 EC and 234 EC from the House of Lords (United Kingdom), made by decision of 28 March 2007, received at the Court on 2 April 2007, in the proceedings
Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA,
Generali Assicurazioni Generali SpA,
v
West Tankers Inc.,

THE COURT (Grand Chamber),

composed of V. Skouris, President, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts and A. Ó Caoimh, Presidents of Chambers, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, J. Klučka (Rapporteur), E. Levits and L. Bay Larsen, Judges,
Advocate General: J. Kokott,
Registrar: K. Sztranc-Sławiczek,
Administrator, having regard to the written procedure and further to the hearing on 10 June 2008, after considering the observations submitted on behalf of:

– Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, and Generali Assicurazioni Generali SpA, by S. Males QC and S. Masters, Barrister,
– West Tankers Inc., by I. Chetwood, Solicitor, and T. Brenton and D. Bailey, Barristers,
– the United Kingdom Government, by V. Jackson and S. Behzadi-Spencer, acting as Agents, and V. Veeder and A. Layton QC,
– the French Government, by G. de Bergues and A.‑ L. During, acting as Agents,
– the Commission of the European Communities, by A.‑ M. Rouchaud-Joët and M. Wilderspin, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 4 September 2008,
gives the following

Judgment

This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2001 L 12, p. 1).

The reference was made in the context of proceedings between, on the one hand, Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, and Generali Assicurazioni Generali SpA (‘Allianz and Generali’) and, on the other, West Tankers Inc. (‘West Tankers’) concerning West Tankers’ liability in tort.

Legal context

International law

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, signed in New York on 10 June 1958 (*United Nations Treaty Series*, Vol. 330, p. 3) ('the New York Convention'), provides as follows in Article II(3):

'The court of a Contracting State, when seised 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 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.'

Community law

According to recital 25 in the preamble to Regulation No 44/2001:

'Respect for international commitments entered into by the Member States means that this Regulation should not affect conventions relating to specific matters to which the Member States are parties.'

Article 1(1) and (2) of that regulation provides:

'1. This Regulation shall apply in civil and commercial matters whatever the nature of the court or tribunal. It shall not extend, in particular, to revenue, customs or administrative matters.

2. The Regulation shall not apply to:

…

(d) arbitration.'

Article 5 of that regulation provides:

'A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued:

…

(3) in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur;

…'.

National law

Section 37(1) of the Supreme Court Act 1981 provides:

'The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction … in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.'

Section 44 of the Arbitration Act 1996, entitled 'Court powers exercisable in support of arbitral proceedings', provides:

'(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are:

… (e) the granting of an interim injunction …'.

The dispute in the main proceedings and the question referred for a preliminary ruling

In August 2000 the *Front Comor*, a vessel owned by West Tankers and chartered by Erg Petroli SpA ('Erg'), collided in Syracuse (Italy) with a jetty owned by Erg and caused damage. The charterparty was governed by English law and contained a clause providing for arbitration in London (United Kingdom).

Erg claimed compensation from its insurers Allianz and Generali 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, Allianz and Generali brought proceedings on 30 July 2003 against West Tankers before the Tribunale di Siracusa (Italy) in order to recover the sums they had paid to Erg. The action was based on their statutory right of subrogation to Erg's claims, in accordance with Article 1916 of the Italian Civil Code. West Tankers raised an objection of lack of jurisdiction on the basis of the existence of the arbitration agreement.

In parallel, West Tankers brought proceedings, on 10 September 2004, before the High Court of Justice of England and Wales, Queens Bench Division (Commercial Court), seeking a declaration that the dispute between itself, on the one hand, and Allianz and Generali, on the other, was to be settled by arbitration pursuant to the arbitration agreement. West Tankers also sought an injunction restraining Allianz and Generali from pursuing any proceedings other than arbitration and requiring them to discontinue the proceedings commenced before the Tribunale di Siracusa ('the anti-suit injunction').

By judgment of 21 March 2005, the High Court of Justice of England and Wales, Queens Bench Division (Commercial Court), upheld West Tankers' claims and granted the anti-suit injunction sought against Allianz and Generali. The latter appealed against that judgment to the House of Lords. They argued that the grant of such an injunction is contrary to Regulation No 44/2001.

The House of Lords first referred to the judgments in Case C-116/02 *Gasser* [2003] ECR I-14693 and Case C-159/02 *Turner* [2004] ECR I‑ 3565, which decided in substance that an injunction restraining a party from commencing or continuing proceedings in a court of a Member State cannot be compatible with the system established by Regulation No 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 cannot, in the view of the House of Lords, be extended to arbitration, which is completely excluded from the scope of Regulation No 44/2001 by virtue of Article 1(2) (d) thereof. In that field, there is no set of uniform Community rules, which is a necessary condition in order that mutual trust between the courts of the Member States may be established and applied. Moreover, it is clear from the judgment in Case C-190/89 *Rich* [1991] ECR I‑ 3855 that the exclusion in Article 1(2)(d) of Regulation No 44/2001 applies not only to arbitration proceedings as such, but also to legal proceedings the subject-matter of which is arbitration. The judgment in Case C-391/95 *Van Uden* [1998] ECR I-7091 stated that arbitration is the subjectmatter of proceedings where they serve to protect the right to determine the dispute by arbitration, which is the case in the main proceedings.

The House of Lords adds that since all arbitration matters fall outside the scope of Regulation No 44/2001, an injunction addressed to Allianz and Generali restraining them from having recourse to proceedings other than arbitration and from continuing proceedings before the Tribunale di Siracusa cannot infringe the regulation.

Finally, the House of Lords points out that the courts of the United Kingdom have for many years used anti-suit injunctions. That practice is, in its view, a valuable tool for the court of the seat of arbitration, exercising supervisory jurisdiction over the arbitration, as it promotes legal certainty and reduces the possibility of conflict between the arbitration award and the judgment of a national court. Furthermore, if the practice were also adopted by the courts in other Member States it would make the European Community more competitive vis-à-vis international arbitration centres such as New York, Bermuda and Singapore.

In those circumstances, the House of Lords decided to stay its proceedings and to refer the following question to the Court for a preliminary ruling:

'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?'

The question referred for a preliminary ruling

By its question, the House of Lords asks, essentially, whether it is incompatible 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 before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement, even though Article 1(2)(d) of the regulation excludes arbitration from the scope thereof.

An anti-suit injunction, such as that in the main proceedings, may be directed against actual or potential claimants in proceedings abroad. As observed by the Advocate General in point 14 of her Opinion, non-compliance with an anti-suit injunction is contempt of court, for which penalties can be imposed, including imprisonment or seizure of assets.

Both West Tankers and the United Kingdom Government submit that such an injunction is not incompatible with Regulation No 44/2001 because Article 1(2)(d) thereof excludes arbitration from its scope of application.

In that regard it must be borne in mind that, in order to determine whether a dispute falls within the scope of Regulation No 44/2001, reference must be made solely to the subject-matter of the proceedings (*Rich*, paragraph 26). More specifically, its place in the scope of Regulation No 44/2001 is determined by the nature of the rights which the proceedings in question serve to protect (*Van Uden*, paragraph 33).

Proceedings, such as those in the main proceedings, which lead to the making of an anti-suit injunction, cannot, therefore, come within the scope of Regulation No 44/2001.

However, even though proceedings do not come within the scope of Regulation No 44/2001, they may nevertheless have consequences which undermine its effectiveness, namely preventing the attainment of the objectives of unification of the rules of conflict of jurisdiction in civil and commercial matters and the free movement of decisions in those matters. This is so, inter alia, where such proceedings prevent a court of another Member State from exercising the jurisdiction conferred on it by Regulation No 44/2001.

It is therefore appropriate to consider whether the proceedings brought by Allianz and Generali against West Tankers before the Tribunale di Siracusa themselves come within the scope of Regulation No 44/2001 and then to ascertain the effects of the anti-suit injunction on those proceedings.

In that regard, the Court finds, as noted by the Advocate General in points 53 and 54 of her Opinion, that, if, because of the subject-matter of the dispute, that is, the nature of the rights to be protected in proceedings, such as a claim for damages, those proceedings come within the scope of Regulation No 44/2001, a preliminary issue concerning the applicability of an arbitration agreement, including in particular its validity, also comes within its scope of application. This finding is supported by paragraph 35 of the Report on the accession of the Hellenic Republic to the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (OJ 1978 L 304, p. 36) ('the Brussels Convention'), presented by Messrs Evrigenis and Kerameus (OJ 1986 C 298, p. 1). That paragraph states that the verification, as an incidental question, of the validity of an arbitration agreement which is cited by a litigant in order to contest the jurisdiction of the court before which he is being sued pursuant to the Brussels Convention, must be considered as falling within its scope.

It follows that the objection of lack of jurisdiction raised by West Tankers before the Tribunale di Siracusa on the basis of the existence of an arbitration agreement, including the

question of the validity of that agreement, comes within the scope of Regulation No 44/2001 and that it is therefore exclusively for that court to rule on that objection and on its own jurisdiction, pursuant to Articles 1(2)(d) and 5(3) of that regulation.

Accordingly, the use of an anti-suit injunction to prevent a court of a Member State, which normally has jurisdiction to resolve a dispute under Article 5(3) of Regulation No 44/2001, from ruling, in accordance with Article 1(2)(d) of that regulation, on the very applicability of the regulation to the dispute brought before it necessarily amounts to stripping that court of the power to rule on its own jurisdiction under Regulation No 44/2001.

It follows, first, as noted by the Advocate General in point 57 of her Opinion, that an anti-suit injunction, such as that in the main proceedings, is contrary to the general principle which emerges from the case-law of the Court on the Brussels Convention, that every court seised itself determines, under the rules applicable to it, whether it has jurisdiction to resolve the dispute before it (see, to that effect, *Gasser*, paragraphs 48 and 49). It should be borne in mind in that regard that Regulation No 44/2001, apart from a few limited exceptions which are not relevant to the main proceedings, does not authorise the jurisdiction of a court of a Member State to be reviewed by a court in another Member State (Case C‑ 351/89 *Overseas Union Insurance and Others* [1991] ECR I-3317, paragraph 24, and *Turner*, paragraph 26). That jurisdiction is determined directly by the rules laid down by that regulation, including those relating to its scope of application. Thus in no case is a court of one Member State in a better position to determine whether the court of another Member State has jurisdiction (*OverseasUnion Insurance and Others*, paragraph 23, and *Gasser*, paragraph 48).

Further, in obstructing the court of another Member State in the exercise of the powers conferred on it by Regulation No 44/2001, namely to decide, on the basis of the rules defining the material scope of that regulation, including Article 1(2)(d) thereof, whether that regulation is applicable, such an anti-suit injunction also runs counter to the trust which the Member States accord to one another's legal systems and judicial institutions and on which the system of jurisdiction under Regulation No 44/2001 is based.

Lastly, if, by means of an anti-suit injunction, the Tribunale di Siracusa were prevented from examining itself the preliminary issue of the validity or the applicability of the arbitration agreement, a party could avoid the proceedings merely by relying on that agreement and the applicant, which considers that the agreement is void, inoperative or incapable of being performed, would thus be barred from access to the court before which it brought proceedings under Article 5(3) of Regulation No 44/2001 and would therefore be deprived of a form of judicial protection to which it is entitled.

Consequently, an anti-suit injunction, such as that in the main proceedings, is not compatible with Regulation No 44/2001.

This finding is supported by Article II(3) of the New York Convention, according to which it is the court of a Contracting State, when seised of an action in a matter in respect of which the parties have made an arbitration agreement, that will, at the request 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.

In the light of the foregoing considerations, the answer to the question referred is that it is incompatible 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 before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement.

Costs

Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

It is incompatible with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement.

15. STAR REEFERS POOL INC V JFC GROUP CO LTD [2012] EWCA CIV 14

Case No: A3/2010/3022

Neutral Citation Number: [2012] EWCA Civ 14
IN THE COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION)
ON APPEAL FROM THE QUEEN'S BENCH DIVISION
COMMERCIAL COURT
MR JUSTICE TEARE
2010 FOLIO 1230

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL
Date: 20/01/2012

Before :
LORD JUSTICE RIX
LORD JUSTICE SULLIVAN
and
LORD JUSTICE LEWISON

- -

Between : STAR REEFERS POOL INC. **Claimant / Respondent**

- and -

JFC GROUP CO. LTD. **Defendant / Appellant**

Lord Justice Rix :

1. This appeal is against the judge's grant of an anti-suit injunction of proceedings in Russia. The appellant, JFC Group Co Ltd («JFC»), defendant below, is a Russian company which has brought proceedings in Russia for a declaration that it is not bound under two guarantees which the respondent, Star Reefers Pool Inc («Star Reefers»), a Cayman Islands company, claimant below, relies upon. Indeed, since the grant of the injunction by Teare J in his judgment and order dated 23 November 2010, Star Reefers has obtained summary judgment against JFC under the guarantees in the sum of just over $16 million. That was in the absence of any defence from JFC, which, having lost its challenge to the English court's jurisdiction, has not entered an appearance in these proceedings.

2. The essential question which arises on this appeal is whether Teare J was right to say that JFC's Russian proceedings were vexatious or oppressive. It is suggested on behalf of Star Reefers that that finding was an exercise in discretion, and that no effective appeal can be mounted against it. In my view, however, such a finding is an evaluative judgment, and a condition precedent to the grant of any injunction in such a case as this, where no exclusive English jurisdiction or arbitration clause has been agreed between the parties. In this respect it is analogous to the concept of abuse of process: see *Aktas v. Adepta* [2010] EWCA Civ 1170, [2011] 2 WLR 945 at [53]. In both cases, those of vexatious or oppressive conduct and abuse of process respectively, an evaluative assessment has to be made, which is not an exercise of discretion but a matter on which there is, in theory, a right or wrong answer. If the answer is that such conduct exists, there then arises a question of discretion as to whether an injunction against foreign proceedings in the one case, or a stay of domestic proceedings in the other case, will be granted. It may be of course that the finding of vexatious conduct or of an abuse of process carry the court almost the whole way to its decision to grant an injunction or a stay: but that does not affect the fact that the prior finding is not itself an exercise of discretion. Factors which may come in at the second, discretionary, stage in the context of an anti-suit injunction include the important matter of comity.

3. Of course, the finding of an experienced judge of the commercial court that there has been vexatious conduct (I will adopt that shortened expression) is entitled to proper respect, and if it involves an assessment of a large number of factors may for that reason be hard for an appellate court to dislodge. However, it is a serious finding, reflecting a view of what is to count as unacceptable behaviour in the sphere of international litigation. Moreover, in the typical case, such as this, all the evidence is documentary. In such circumstances, this court is entitled to conduct a serious review of the issue.

The underlying transactions

4. Star Reefers is a ship owner, and JFC is an organisation which charters ships. It acts through nominee companies. In the present case it acted through a Cypriot company, Kalistad Limited, but the negotiations were conducted by JFC itself. Star Reefers required JFC to guarantee the chartering obligations of its nominee.

5. We are concerned with two charterparties which Star Reefers made with Kalistad. Under one, dated London, 4 April 2008, Star Reefers time chartered two vessels out of *Almeda Star*, *Avelona Star* and *Andalucia Star* to Kalistad for 36 months. Under the other, dated London, 15 July 2008, Star Reefers chartered one vessel out of *Polar Class*, *Durban Star* and *Cape Town Star* to Kalistad, also for 36 months. In each case the box which named Kalistad as charterer also contained the following: «Due performance of this Charter party in [sic] guaranteed by JFC in every way». The charterparties each contained a London arbitration clause («English law to apply»). However, JFC did not sign the charterparties, and it was accepted before Teare J by Star Reefers that JFC is not a party, as guarantor, to the charterparties or to their arbitration clauses.

6. Instead the guarantees upon which Star Reefers has relied in this litigation were contained in two letters signed on behalf of JFC, undated, but stamped as received by Star Reefers on 13 October and 19 November 2008 respectively. The letters referred to the respective charterparty and said –

«We herewith certify that our company guarantees… performance…for account of our Nominee, Kalistad Limited, Nicosia.»

The text of the guarantees had been negotiated between the parties. Star Reefers had earlier sent copies of the charterparties to JFC for signature. Copies of the agreed text of the guarantee letters accompanied the charterparties, but the covering letters did not refer to them.

7. On 1 April 2009 Kalistad emailed Star Reefers with respect to a third charterparty (also with its guarantee letter) in relation to an off-hire dispute. There was an issue about the need for security, which Kalistad rejected, saying «Owners have the guarantee from JFC for performance of obligations under the charterparties». Although the email was signed for Kalistad, it was written by a member of JFC's legal department, Mr Dmitry Kasatkin. Star Reefers relies on this email as evidence of JFC's acceptance at that time of the validity of the guarantees.

8. Later, Kalistad fell behind in its hire payments of the chartered vessels. It said that it faced «difficulties because the number of ships under its control turns out to be excessive in current adverse difficulties». On 23 February 2010 Star Reefers wrote to JFC asking whether, as guarantor, it would confirm that it was willing for Star Reefers to extend concessions to Kalistad. It received no reply. So, on 12 March 2010 Star Reefers commenced arbitration in respect of unpaid hire against both Kalistad and JFC, calling on each of them to appoint their arbitrators. On 26 March 2010 JFC replied through its London solicitors, disputing that it was a party to the charterparties or their arbitration agreements, but otherwise saying nothing expressly about the guarantees. However, it appointed its arbitrator without prejudice.

9. There was a meeting between the parties in St Petersburg in early June 2010. It is said that JFC did not then question the validity of the guarantees or refer to the possibility of imminent Russian proceedings.

JFC's Russian proceedings

10. However, on 23 June 2010, without prior warning by way of a letter before action, JFC commenced proceedings in Russia in which it sought declaratory relief to the effect that the guarantees were ineffective because its letters were an offer to which it had received no reply from Star Reefers by way of acceptance. JFC's claim form cited extracts from the Russian Code to the effect that under Russian private international law the international transactions of a Russian party were governed by Russian law, and that under Russian law JFC's offers of guarantee had not been accepted.

11. JFC did not at that time, however, serve its claim form on Star Reefers. On 6 July 2010 the Russian court stayed JFC's claim in the absence of proof of service. The Russian court next fixed a hearing for 6 September 2010. On that day JFC demanded judgment on its claim, but the court refused, because it was not satisfied that service had yet been made. It appears that Star Reefers received notice of the claim on the next day.

12. On 15 September 2010 Kalistad purported to redeliver the vessels on the ground of Star Reefers' repudiation of the charterparties. In turn Star Reefers accepted Kalistad's conduct as repudiatory and terminated the charterparties. On 23 September 2010 Star Reefers' London solicitors wrote to JFC asking that the Russian proceedings be withdrawn as being vexatious and oppressive. There was no response to that and further letters.

Star Reefers' English proceedings

13. On 13 October 2010 Star Reefers commenced these proceedings, seeking payment under JFC's guarantees of unpaid hire and damages for repudiation of the charterparties. On 15 October 2010 Star Reefers obtained without notice to JFC an anti-suit injunction which ordered JFC not to pursue nor to take any further steps in its Russian proceedings.

14. On that occasion Christopher Clarke J gave Star Reefers permission to serve its proceedings out of the jurisdiction on JFC in Russia, on the basis that the guarantees were governed by English law, that England was the natural forum, and that JFC's action in Russia was vexatious and oppressive. He said:

«I also take the view on the material before me that the application to the Russian courts is vexatious and oppressive and an attempt to prevent the claimants from successfully proceeding in England. The Russian proceedings were commenced after the arbitration had been initiated; there was no letter before action; there was no warning that the point that there was no guarantee was to be taken; there was no notice of the proceedings when they had begun; and the issue as to whether or not there was an effective guarantee had never been raised before.

The argument that there is no effective guarantee seems to me very unconvincing, whether the relevant law be English or Russian law, and the proposed proceedings in Russia are necessarily likely to take a considerable time to resolve and will only deal with one portion of the potential dispute namely whether the guarantee is effective.»

15. On 8 November 2010 Star Reefers' English action came before Teare J, this time *inter partes*. Teare J upheld the injunction. It is from his judgment that this appeal proceeds, with the permission of Lord Justice Tomlinson.

16. In the meantime Star Reefers had issued an application on 1 November 2010 in Russia to dismiss JFC's action on the ground that the Russian court lacked jurisdiction. Teare J criticised Star Reefers for not mentioning that application to him at the *inter partes* hearing.

17. On that occasion it appears that JFC's challenge to the English court's jurisdiction under CPR Part 11.1 was not yet before the court. Teare J nevertheless proceeded on the basis that the guarantees were governed by English law, by reason of an implied choice of English law

pursuant to article 3 of the Rome Convention, and that England was the natural forum for the resolution of the parties' disputes. These aspects of the debate are no longer in issue, although they were before the judge. Of course, Teare J could not have proceeded to uphold the grant of an anti-suit injunction unless he had considered England to be the natural forum: *SNIA v. Lee Kui Jak* [1987] 1 AC 871.

18. As it was, JFC's challenge to English jurisdiction did not formally come before the commercial court until 11 February 2011, when Andrew Smith J dismissed it: [2011] EWHC 339 (Comm), [2011] 2 Lloyd's Rep 215. Andrew Smith J proceeded on the basis that the issues were not foreclosed by Teare J's judgment and he considered the matter de novo. There has been no appeal from that judgment on jurisdiction.

19. The critical issue that remains in dispute therefore is as to Teare J's finding that JFC's conduct with respect to its proceedings in Russia was vexatious. He reasoned as follows. First, that the «Russian proceedings were commenced with a view to frustrating the determination of the dispute in England» (at para 19). In this connection he referred to Star Reefers' expressed wish to arbitrate its guarantee claim in London, although he accepted that that attempt was invalid. Secondly, the «apparent weakness of the point sought to be taken in Russia suggests that the proceedings are vexatious and oppressive, notwithstanding that the point is supported by evidence from a Russian lawyer» (at para 20). The judge said that he «cannot resolve» the dispute between the parties on the basis of the conflicting evidence of Russian law; and he accepted that, in Russia, the Russian court would apply its own law (*ibid*). Nevertheless he said that he found the evidence of JFC's expert, Professor Zenin, a professor of civil law at Moscow State University, «surprising» and that it was «very difficult to accept» that there had not been at least agreement by means of an exchange of documents between the parties, even if there was no one document signed by the parties (at paras 20/24). He therefore concluded:

«25. Thus the circumstances in which the Russian proceedings were commenced coupled with the apparent weakness of the point sought to be argued in those proceedings strongly indicate that the proceedings are vexatious and oppressive.

26. It therefore appears to me that the anti-suit injunction was properly granted and should be continued.»

20. At that stage of his judgment, the judge had not yet considered the arguments raised by Mr Stephen Gee QC on behalf of JFC, although he turned to them at this point, but rejected them (at paras 27/30), concluding that «For the reasons which I have endeavoured to describe I consider that the Russian proceedings are vexatious and oppressive» (at para 30). The judge nowhere considered the concept of comity.

21. On 1 April 2011 Michael Burton J considered Star Reefers' unopposed application for summary judgment, which he granted, [2011] EWHC 1166 (QB). The assessment of damages, also unopposed, was dealt with by HHJ Chambers QC on 20 May and 25 August 2011, whose full and careful judgment concluded with an award to Star Reefers in the sum of US$16,009,438.71 plus interest.

The expert evidence

22. JFC relies on the expert report of Professor Ivan Alexandrovich Zenin, Star Reefers relies on the expert report of its Russian legal advisor, Mr Victor Kozlov. I agree both with the judge's comments about this evidence, namely that it is not possible to resolve the dispute about Russian law at this stage, and that the conclusions of Professor Zenin nevertheless appear surprising, that is to an English lawyer. Nevertheless, it is clear on the material addressed by Professor Zenin that a Russian court, applying Russian principles of private international law, rather than the Rome Convention, would be bound to apply Russian law. It is also clear from Professor Zenin's detailed report that he would consider the letters relied on by Star Reefers as

only constituting an *oferta* offering to enter into a contract of guarantee, and therefore as unable to bind JFC without an *aktsept* or acceptance on the part of Star Reefers. On that basis the exchange of prior drafts would be nothing to the point. Professor Zenin is a distinguished, independent, Russian lawyer. I remind myself that there are peculiarities in our own law of guarantees, for instance arising out of the Statute of Frauds; and that several apparently unmeritorious cases about guarantees, and possibly truly unmeritorious cases, have ultimately had to be determined in the House of Lords.

Submissions

23. On behalf of JFC, Mr Gee makes the following points. First, that in finding that the Russian proceedings were vexatious, the judge was wrong to consider that their purpose was to frustrate the determination of the dispute in England, and wrong to regard any apparent weakness in the argument from Russian law as evidence of vexatious intent. Secondly, the judge had ignored the legitimate juridical advantage which JFC could only obtain in Russia, by reference to an argument derived from Russian law. Thirdly, the judge had seriously undervalued the facts that JFC was first to commence court proceedings, and had done so in its own courts, and by reference to a legitimate argument, at any rate in those courts, as to the applicability of Russian law. Fourthly, the judge had similarly undervalued the fact that JFC had not submitted to the English proceedings and was making it clear that it would not do so. Fifthly, the judge had made remarks about the need for an injunction to prevent «any risk of issues in the English proceedings being resolved by an issue of estoppel arising out of the Russian proceedings» which were difficult to understand. Sixthly, the judge had omitted any consideration of comity. Finally, there was a more technical argument to the effect that the judge had been wrong to say that there was any power to serve the injunction order out of the jurisdiction under CPR 6.37(5)(b)(ii) (as «any other document in the proceedings») or 6.38(1) (as ancillary relief).

24. On behalf of Star Reefers, on the other hand, Mr Charles Kimmins QC submits that the judge was right for the reasons he gave; but he also elaborated the matter further. Thus he said that not only the purpose of the Russian proceedings, to frustrate resolution of the dispute in England, but also the conduct of JFC in the Russian proceedings, in commencing them without warning, without previously disputing the guarantees, and without service of notice of the Russian claim form or orders of the Russian court until made to do so by that court, was clear evidence of vexatious conduct; and the weakness of JFC's Russian law case underlined that evidence. Secondly, that same weakness showed that there was no legitimate juridical advantage in Russia. Thirdly, it was wrong to suggest that the first litigant in the field could not be vexatious. Fourthly, submission to the English court was not a condition precedent to the jurisdiction to grant an anti-suit injunction. Fifthly, the question of issue estoppel had not entered into the judge's reasons for finding vexation or granting the injunction, but, if it had, the judge was entitled to take it into account: the risk of it reflected the dilemma faced by a defendant sued in an inappropriate forum. Sixthly, there was nothing inconsistent with the dictates of comity in the judge's injunction. And finally, the power to serve the injunction documents out of the jurisdiction was necessarily ancillary to the court's jurisdiction over the proceedings as a whole.

Jurisprudence

25. There was no dispute about the basic principles applicable to the power to grant an anti-suit injunction. What was needed was *either* an agreement for exclusive English jurisdiction or, its equivalent, an agreement for arbitration in England, in which case the court would ordinarily enforce the parties agreement by granting an anti-suit injunction in the absence of strong reason not to do so; *or* else two other conditions had to be satisfied, namely England had

to be the natural forum for the resolution of the dispute and the conduct of the party to be injuncted had to be unconscionable: see *South Carolina Co v. Maatshappij 'De Zeven Provincien' NV* [1987] AC 24, *SNIA v. Lee Kui Jak* [1987] AC 871, *Airbus Industrie GIE v. Patel* [1999] 1 AC 119, *Donohue v. Armco Inc* [2002] CLC 440 and *Turner v. Grovit* [2002] 1 WLR 107. In the present case, there was no agreement for English jurisdiction or arbitration in the guarantees, and therefore it was the second of the alternatives which was in issue.

26. I ventured to summarise the relevant authorities in *Glencore International AG v. Exter Shipping Ltd* [2002] 2 All ER (Comm) 1 at paras 42/43 as follows:

> «42…However, jurisprudence has limited the conditions under which such an injunction may be regarded as 'just and convenient'. The following conditions are necessary. First, the threatened conduct must be 'unconscionable'. It is only such conduct which founds the right, legal or equitable but here equitable, for the protection of which an injunction can be granted. What is unconscionable cannot be defined exhaustively, but it includes conduct which is 'oppressive or vexatious or which interferes with the due process of the court' (see the *South Carolina* case [1986] 3 All ER 487 at 496, [1987] AC 24 at 41 per Lord Brandon of Oakbrook). The underlying principle is one of justice in support of the 'ends of justice' (see the *SNI Aerospatiale* case [1987] 3 All ER 510 at 519, 520, [1987] AC 871 at 892, 893 per Lord Goff of Chieveley). It is analogous to 'abuse of process'; it is related to matters which should affect a person's conscience (see *Turner v. Grovit* [2002] 1 WLR 107 at [24] per Lord Hobhouse of Woodborough). Secondly, to reflect the interests of comity and in recognition of the possibility that an injunction, although directed against the respondent personally, may be regarded as an (albeit indirect) interference in the foreign proceedings, an injunction must be necessary to protect the applicant's legitimate interest in English proceedings; he must be a party to litigation in this country at which the unconscionable conduct of the party to be restrained is directed, and so there must be a clear need to protect existing English proceedings ([2002] 1 WLR 107 at [27]-[28]); the *Airbus Industrie* case). It follows that the natural forum for the litigation must be in England, but this, while necessary, is not a sufficient condition.
>
> 43. While these are the conditions (and in this sense may be said to go to jurisdiction) for the grant of an anti-suit injunction, at a secondary stage, that of the exercise of discretion, the court will always exercise caution before granting an injunction (but cf *Aggeliki Charis Cia Maritima v Pagnan SpA, The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87 in cases dealing with contractual arbitration and jurisdiction clauses). Moreover, because the court is concerned with the ends of justice, the respondent will always be entitled to show why it would nevertheless be unjust for the injunction to be granted (see the *SNI Aerospatiale* case [1987] 3 All ER 510 at 522, [1987] AC 871 at 896; *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13th edn, 2000) para 12-064).»

See also *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* [2011] EWCA Civ 647 at para 89.

27. To similar effect is this summary by Toulson LJ from *Deutsche Bank AG v. Highland Crusader Offshore Partners LP* [2010] 1 WLR 1023 at [50]:

> «(1) Under English law the court may restrain a defendant over whom it has personal jurisdiction from instituting or continuing proceedings in a foreign court when it is necessary in the interests of justice to do. (2) It is too narrow to say that such an injunction may be granted only on the grounds of vexation or oppression, but, where a matter is justiciable in England and a foreign court, the party seeking an anti-suit injunction must generally show that proceeding before the foreign court is or would be vexatious or oppressive. (3) The courts have refrained from attempting a comprehensive definition of vexation or oppression, but in order to establish that proceeding in a foreign court is or would be vexatious or oppressive on grounds of forum non conveniens, it is

> generally necessary to show that (a) England is clearly the more appropriate forum («the natural forum»), and (b) justice requires that the claimant in the foreign court should be restrained from proceeding there. (4) If the English court considers England to be the natural forum and can see no legitimate personal or juridical advantage in the claimant in the foreign proceedings being allowed to pursue them, it does not automatically follow that an anti-suit injunction should be granted. For that would be to overlook the important restraining influence of considerations of comity. (5) An anti-suit injunction always requires caution because by definition it involves interference with the process or potential process of a foreign court. An injunction to enforce an exclusive jurisdiction clause governed by English law is not regarded as a breach of comity, because it merely requires a party to honour his contract. In other cases, the principle of comity requires the court to recognise that, in deciding questions of weight to be attached to various factors, different judges operating under different legal systems with different legal policies may legitimately arrive at different answers, without occasioning a breach of customary international law or manifest injustice, and that in such circumstances it is not for an English court to arrogate to itself the decision how a foreign court should determine the matter. The stronger the connection of the foreign court with the parties and the subject matter of the dispute, the stronger the argument against intervention. (6) The prosecution of parallel proceedings in different jurisdictions is undesirable but not necessarily vexatious or oppressive.»

28. Reference has been made by one or other of the parties to cases which illustrate certain strands of these principles. Thus, in relation to the legitimate interest in the protection of English litigation, and thus the questions of the relevance of who invokes litigation first, and of whether the respondent submits to the jurisdiction of the English court or stands aloof, Mr Kimmins referred us to the following dicta. In *E I Du Pont de Nemours & Co v. Endo Laboratories Inc* [1987] 2 Lloyd's Rep 585, Bingham LJ said at 593:

> «Second, I do not regard this as a case in which the dates of the beginning proceedings are significant. As it happens, the English proceedings began first and the Illinois action a month later. It might have been the other way round. I do not think the outcome of these appeals should be affected by what is little more than an accident of timing.»

29. In *Deutsche Bank* at para 118, Toulson LJ referred to that passage with approval, and said he would attach little significance to the fact that the Texas action was begun before the English action, in part because «the natural consequence of treating it as an important factor would be to encourage parties to rush to fire the first shot». All that no doubt makes good sense in the appropriate case; but I would observe that what was in issue in *Du Pont* was an application, which failed, to stay and/or injunct the English proceedings. It was not a case concerned with unconscionability or abuse of process, but with whether the English claimants had shown a good argument for invoking the jurisdiction of the English court against foreign defendants. Moreover, in *Deutsche Bank,* the anti-suit injunction was sought on the basis of an English jurisdiction clause. I do not think that Mr Kimmins was able to show us a case in which a respondent, first in the field in a foreign jurisdiction (and here in its own domicile), was injuncted for his unconscionable conduct in the absence of his agreement to litigate or arbitrate in England. I do not say that it may not happen or have happened, only that it may be a strong thing to do and that an example of it happening has not come readily to hand.

30. As for the relevance of the respondent's lack of submission to the English court, Mr Kimmins disputed that this was a condition precedent, which I would accept. However, where a foreign defendant, impleaded in England, does not submit to the jurisdiction, and has not agreed to litigate or arbitrate in England, it is not obviously easy to visualise how his foreign proceedings will impede the English proceedings or why an anti-suit injunction will be necessary to protect the English claimant's legitimate interest in his English action. Ex hypothesi the

English action will not be opposed. (I put on one side the so-called «single forum» cases, which are exceptional in nature, see Lord Goff in *Airbus Industrie* at 139G.) Thus, it has been recognised that the unconscionability of the foreign claimant is often to be found, mainly or substantially, in the very reason that he has first submitted to English jurisdiction as the forum where the parties' dispute will be resolved and then sought vexatiously to extricate himself from the consequences of that submission, or oppressively to prolong or multiply the litigation by commencing further proceedings abroad. Examples of that recognition can be founded in cases such as *Glencore v. Exter Shipping* itself (at [67]), *CAN Insurance Co v. OD Inc* [2005] EWHC 456 (Comm) at [27] (cited in *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, 14th ed, 2006, at para 12-078, footnote 48), *Tonicstar Ltd v. American Home Assurance Co* [2005] 1 Ll Rep I R 32 at [13] (where Morison J spoke of the attempt «to hijack the decision which is presently before this court»), and *Trafigura Beheer BV v. Kookmin Bank Co* [2007] 1 Lloyd's Rep 669 at [48]-[51] (Field J).

31. We were also shown a number of authorities where the weakness of the case sought to be pursued in the foreign court has been the subject of comment. In *Midland Bank v. Laker Airways* at 700 Lawton LJ said that «the weakness of the evidence is a factor which can be taken into account, together with more weighty factors, in deciding whether conduct is unconscionable», but that to treat such weakness «as a separate and distinct ground» of unconscionability was problematic. English judges could not set themselves up as examining magistrates to decide whether a foreign court had a case fit for trial. It was only in a case where it was «plain» that a case was «bound to fail» that the making of it was vexatious (see *British Airways Board v. Laker Airways Ltd* [1985] AC 58 at 86); but such cases were «likely to be rare». Such a rare (and clearly extreme) case (where the foreign claim was said to be «utterly absurd») was found to exist in *Shell International Petroleum Co v. Coral Oil Co Ltd* [1999] 2 Lloyd's Rep 606 at 609 (Thomas J); see also *Trafigura v. Kookmin* at [51] where an issue of the meaning of English words in a contract which had already been decided by the English court was said to be «hopeless». In *Elektrim SA v. Vivendi Holdings* [2009] 1 Lloyd's Rep 59 (CA) at [121] the foreign claim was described as «hopeless» and «bogus». In *The Eras EIL Actions* [1995] 1 Lloyd's Rep 64, on the other hand, Potter J was not prepared to regard the foreign pleas as «either made in bad faith or doomed to failure» and therefore looked for evidence of unconscionability elsewhere (at 84 lhc). It would seem to follow that in the present case, where Teare J stated that he was unable to resolve the issue of Russian law, while he was entitled to take his view of the apparent weakness of JFC's claim in Russia into account, he was hardly entitled to found himself on it as one of his two principal reasons for finding JFC's conduct to be vexatious.

Unconscionability

32. In my judgment, looking at these materials, I am unable, with respect, to agree with the judge's finding that JFC's conduct was vexatious. His first reason was that the Russian proceedings were commenced with a view to frustrating the determination of the dispute in England. However, this conclusion is unjustified. There was nothing which JFC could do in commencing proceedings in Russia to frustrate any proceedings in England. At the time of JFC's issue of its claim in Russia, no valid proceedings had been commenced in England, only Star Reefers' invalid claim to commence an arbitration against JFC. Even if that claim was to be viewed as a harbinger of future English court proceedings, the consequences of that would lie in the future. If JFC refused to submit to such proceedings, which is what in the event it has shown it would do, those English proceedings would take their own course, unaffected by the Russian proceedings. It is possible that an earlier judgment in Russia would interfere with Star Reefers' attempt ultimately to enforce an English judgment against JFC in Russia: but, if JFC refused to

submit to the English jurisdiction, Star Reefers would always find it difficult to enforce its English judgment in Russia without litigating anew in Russia. Moreover, in Russia, an English judgment in which JFC had not participated would presumably not constitute any res judicata or estoppel. In effect, JFC's Russian proceedings anticipate such possible, but problematic, enforcement proceedings. However, there is nothing unconscionable about that. JFC has not promised to litigate or arbitrate in England, and thus to accept the decision of the English courts or of an English arbitration award. It is entitled, so far as international understandings about such matters go, to stand aloof from English litigation. That may present difficulties for it in international commerce, but there is nothing unusual about such tactics. The enforcement of an English judgment is ultimately a matter for Russia and its courts, subject to any relevant treaty, about which we have been told nothing.

33. In this connection, the judge mentioned matters such as that the Russian proceedings were commenced without any warning, and without any express prior rejection of liability under the guarantees. This may not be good business or litigating practice, but it is hardly the stuff of unconscionable or vexatious conduct. It is, unfortunately, all too common. Meanwhile, it must have been quite plain to Star Reefers that it was running into trouble. Its letters had gone unanswered. It was forced to commence arbitration. The response from JFC was not promising: it rejected the suggestion that it was a party to the charterparties or their arbitration agreements (and was right to do so). Star Reefers' meeting with JFC in St Petersburg had reached no solution. Where did Star Reefers think that matters were headed but for dispute and litigation? It is unrealistic to suggest otherwise, however regrettable that may seem.

34. Mr Kimmins suggests in this context that it was a mere incident of timing that JFC's proceedings in Russia came first. I am unable to be confident about that on the evidence. Star Reefers wanted to involve both Kalistad and JFC in a London arbitration: such an arbitration, had JFC participated, would in due course have determined Kalistad's defence that it had been Star Reefers which had repudiated, and, on the assumption of the success that Star Reefers has obtained from the English court without opposition, would have resulted in awards against both Kalistad for unpaid hire and, more importantly, repudiation damages, as well as against JFC for damages under the guarantees. Armed with such awards, Star Reefers could have sought enforcement proceedings under the New York Convention. Perhaps that was Star Reefers' ambition. It would have been good tactics. If, however, JFC had participated in any arbitration only under reserve, disputing the jurisdiction of the arbitrators on the ground that it was a non-party to the arbitration agreements, then that question of jurisdiction might ultimately have ended up in the English court: which, as is now common ground, would have resolved the issue in JFC's favour. Alternatively, JFC might have stood aloof from the arbitration and taken the risk of resisting enforcement of any award in Russia, by raising the defence that there was no valid arbitration agreement. However, instead JFC went on the attack in Russia, as it seems to me it was entitled to do, relying on Russian principles of private international law for the application of Russian law as the putative proper law of the guarantees, and on substantive Russian law for its defence under the applicable principles of *oferta* and *aksept*. In these circumstances, it is not clear to me that Star Reefers would have abandoned its tactics of proceeding by way of arbitration had not JFC gone to court in Russia. We have been shown no evidence from Star Reefers to determine this.

35. Mr Kimmins also relies on JFC's failure to serve notice of the Russian proceedings on Star Reefers until 7 September 2010. This is a matter of real concern, although not relied on by the judge. However, whatever be the reason for this failure, it went nowhere, for the Russian court was unwilling to proceed without proof of service.

36. The second principal matter relied on by the judge was the apparent weakness of JFC's case under Russian law. However, even on the judge's findings, this case does not fall into that special category where it can be said that the foreign proceedings are based on a hopeless

claim, or one doomed to failure. On the contrary, the judge said that he was unable to resolve the issue which arose on the experts' reports under Russian substantive law. He was satisfied, moreover, that Russian proper law applied to the guarantees in the Russian court. He was entitled to have regard to his view that Professor Zenin's evidence was surprising, but he was unable to reject it. This is not a case where a foreign claimant comes to the English court armed with nothing but his pleaded assertions under foreign law. In the circumstances, the judge appears to have entirely overlooked the circumstance that JFC had a juridical advantage in the Russian court, unavailable to it, as it turned out, in England, namely the application of Russian rather than English law to the substance of the parties' dispute. Unless that juridical advantage can be said to be hopelessly and cynically invoked, it is a legitimate advantage. It is hard to see that a party can be said to be acting unconscionably when it seeks a legitimate juridical advantage in a foreign court, especially where that is the court of its domicile, the place where any obligation falls to be performed, and the place where, if there was a contract of guarantee created by the posting of the guarantee letters to Star Reefers from Russia, those contracts were made.

37. It seems to me that it is also relevant that JFC had not submitted to the English court, and had made it reasonably clear that it planned not to do so. This was therefore not the typical case of vexatious conduct created by the issue of foreign proceedings in the face of English proceedings in which the foreign defendant had participated and from the consequences of which he was now seeking to extricate himself by the multiplication of litigation abroad.

38. In sum, I do not know of any case which has gone as far as this in finding unconscionable conduct on the part of a foreign party who has not agreed to litigate or arbitrate in England; has been the first to issue court proceedings; has an arguable, if apparently, at any rate to English eyes, weak case under the admittedly applicable law of the foreign forum; therefore has a legitimate juridical advantage in seeking to litigate in Russia, which is the forum of its domicile and its disputed obligation; and who has not submitted to or participated in the English proceedings.

39. In consequence, there is, as it seems to me, something of a touch of egoistic paternalism in an English court injuncting continuation of the foreign proceedings in such a case. In my judgment, Star Reefers' application for an anti-suit injunction should have failed at this point of the argument.

Comity

40. In any event, in such circumstances the considerations of comity become of especial importance. The judge however took no account of such considerations. That is an error in the exercise of his discretion, having found the conditions for the exercise of his power made good. In my judgment, in the light of the reasons which I have sought to set out above, the considerations of comity should have in any event caused the English court to pause long and hard before granting an injunction in such a case. It seems to me that an injunction was not necessary, and was not in the interests of justice. It is not always possible to ensure that parties' litigation is canalised into the channel of a single set of proceedings. This is not a case where a party has issued two sets of proceedings. Rather there is a typical battle of forums (or fora) between an English claimant who seeks to invoke English principles of private international law and thus English substantive law, and a foreign claimant who seeks to invoke the principles of private international law and thus the substantive law of another country. On the evidence before the judge, the English proceedings were very likely to have been completed before the Russian proceedings in any event. It was not necessary to protect the English proceedings that an anti-suit injunction be given against the foreign proceedings. What the effect will be in Russia of a move for enforcement of an English judgment in the circumstances has not been the subject of evidence or submission.

41. While the finding of vexatious conduct may well carry a court nearly all the way to the conclusion that it would be right in the interests of justice, and despite considerations of comity, to grant an anti-suit injunction, in the present case, the weakness of the case concerning vexatious conduct combines with the caution prompted by considerations of comity to the result that an anti-suit injunction ought not to have been granted. As things stand, Star Reefers has its judgment.

Service out of the injunction documentation

42. In the circumstances this point does not matter. However, I agree with the judge that the application for the injunction and the order granting it could be served on JFC in Russia, as being either a «document in the proceedings» and/or «in protection of the [court's] jurisdiction and its processes, including the integrity of its judgments» (to refer to the judgment of Lawrence Collins LJ in *Masri v. Consolidated Contractors International* [2009] QB 503 at [26]). The latter is exactly what the purpose of an anti-suit injunction is, quite irrespective of the matter of issue estoppel which the judge also relied on.

43. Mr Gee described this point as going to jurisdiction. In my judgment it does not. Jurisdiction over JFC with respect to Star Reefers' claims under the guarantees has already been achieved, and there has been no appeal from those aspects of the judgments of Teare J and Andrew Smith J. In the circumstances, although JFC has (albeit unsuccessfully) challenged the jurisdiction of the English court over it, and has not entered an appearance since losing its challenge on jurisdiction, I raise the question whether its appeal on the question of the anti-suit injunction against it, or the pursuit of its appeal to a hearing, is consistent with its case that it has not submitted to the jurisdiction. However, that has not been the subject of any argument before us.

Conclusion

44. In sum, I would allow the appeal and set aside the anti-suit injunction.

Lord Justice Sullivan :

45. I agree.

Lord Justice Lewison :

46. I also agree.

16. UST-KAMENOGORSK HYDROPOWER PLANT JSC V AES UST-KAMENOGORSK HYDROPOWER PLANT LLP [2013] UKSC 35.

Trinity Term [2013] UKSC 35
On appeal from: [2011] EWCA Civ 647

JUDGMENT
Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC (Appellant) *v* AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP (Respondent)

before

Lord Neuberger, President Lord Mance Lord Clarke Lord Sumption Lord Toulson
JUDGMENT GIVEN ON
12 June 2013
Heard on 1 and 2 May 2013

LORD MANCE (with whom Lord Neuberger, Lord Clarke, Lord Sumption and Lord Toulson agree)

Introduction

1. An agreement to arbitrate disputes has positive and negative aspects. A party seeking relief within the scope of the arbitration agreement undertakes to do so in arbitration in whatever forum is prescribed. The (often silent) concomitant is that neither party will seek such relief in any other forum. If the other forum is the English court, the remedy for the party aggrieved is to apply for a stay under section 9 of the Arbitration Act 1996.

2. The issue on this appeal is whether, if the other forum is a foreign jurisdiction outside the European régime of the Brussels Regulation (EC) No 44/2001 and the Lugano Convention, the English court has any and if so what power to declare that the claim can only properly be brought in arbitration and/or to injunct the continuation or commencement of the foreign proceedings. (It is clear that injunctive relief in relation to foreign proceedings within the Brussels/Lugano space is impermissible under the Regulation and Convention: *West Tankers Inc v Allianz SpA (formerly RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA) (The Front Comor)* (Case 185/07) [2009] 1 AC 1138.

3. By order dated 16 April 2010, Burton J granted the respondent, Aes Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP («AESUK»), such a declaration together with an injunction in relation to the bringing of proceedings against it by the appellant, Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC («JSC»): [2010] 2 All ER (Comm) 1033. By order dated 1 July 2011 the Court of Appeal dismissed JSC's appeal against the judge's order: [2012] 1 WLR 920.

4. The perhaps unusual feature is that AESUK has not commenced, and has no intention or wish to commence, any arbitration proceedings. Its contention is simply that JSC should not pursue or be free to pursue court proceedings against it. If JSC commences arbitration proceedings, then no doubt AESUK will defend them.

Background

5. AESUK is the current grantee and lessee of a 25 year concession granted by agreement dated 23 July 1997 entitling it to operate an energy producing hydroelectric plant in Kazakhstan. From 1997 to 2007, the concession was held by its parent or affiliate company, Tau Power BV.

JSC is the current owner and grantor of the concession, having succeeded to the concession's original owner and grantor, the Republic of Kazakhstan.

6. The concession agreement is governed by Kazakh law (clause 31), but contains a London arbitration clause (clause 32). It was common ground below and it remains common ground, at least for the purposes of this appeal, that this clause is governed by and to be construed in accordance with English law. It is therefore unnecessary to consider authority in this area such as *C v D* [2007] EWCA Civ 1282, *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638 and *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC 3702 (Comm).

7. The arbitration clause provides in summary that, subject to provisions contained in clauses 17.8 and 17.9, any dispute or difference arising out of or in connection with any matter or thing in relation to the provisions of the concession agreement and the transactions contemplated by the parties that cannot be resolved by negotiation should be settled by arbitration in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce (the «ICC») to be conducted in London.

8. Relations between the owners and holders of the concession have for some years been fraught. Burton J summarised the history in paras 5 to 10 of his judgment, and it is unnecessary to repeat it here. Some salient facts suffice.

9. First, during the period when it owned the concession, the Republic of Kazakhstan brought proceedings in Kazakhstan against AESUK's predecessors in title, Tau Power BV, and on 8 January 2004 obtained from the Kazakh Supreme Court a ruling that the arbitration clause was invalid. This was on two grounds: that the arbitration agreement included tariff disputes, which would put such disputes beyond the control of the Republic contrary to its public policy; and that the reference in clause 32 to the Rules of the ICC was not a reference to the ICC and left the arbitral body unspecified.

10. Burton J and the Court of Appeal held that they were not bound by the Kazakh court's conclusions in relation to an arbitration agreement subject to English law, and that neither ground was sustainable. Tariff disputes were in fact outside the arbitration agreement, by reason of the reference to clauses 17.8 and 17.9, under which they fell to be dealt with by an expert; and the reference in clause 32 to the ICC was plainly sufficient to mean that any arbitration was to be by the ICC. There is no appeal to this Court in relation to these matters.

11. On 12 June 2009 JSC brought proceedings against AESUK in the Specialist Inter-District Economic Court of East Kazakhstan Oblast («the Economic Court»), alleging that AESUK had failed to supply information concerning concession assets pursuant to a request duly made under the concession agreement. AESUK's application to stay these proceedings under the arbitration clause was dismissed on 28 July 2009 on the ground that the clause had been annulled by the Supreme Court's ruling of 8 January 2004.

12. On 31 July 2009 AESUK issued proceedings before the English Commercial Court claiming declarations that the arbitration clause was valid and enforceable and a without notice interim anti-suit injunction restraining JSC from pursuit of the proceedings before the Economic Court. AESUK's attempt to rely on this injunction in the Kazakh courts was rejected by the Economic Court on 5 August 2009 and on an appeal to the East Kazakhstan Regional Court on 11 September 2009. Both the Economic Court and the Regional Court also held that JSC was entitled to the information which it had requested.

13. Meanwhile on 21 August 2009 the interim injunction granted by the English Commercial Court was continued by consent pending a challenge by JSC to the jurisdiction of the English courts and amended to provide that JSC would withdraw its request for information the subject of the Kazakh proceedings. However, despite being requested, JSC did not undertake either that it would not resubmit a request for information or that it would not commence further

proceedings in Kazakhstan. Hence, the continuation of the present proceedings, leading to Burton J's and the Court of Appeal's judgments and orders.

Burton J's order

14. The order dated 16 April 2010 giving effect to Burton J's judgment declares in paragraph 2 that JSC «cannot bring», and orders in paragraph 3 that JSC «is restrained from bringing» «the claim, the subject matter of the [Kazakhstan proceedings], or any other claim arising out of or in connection with any matter or thing in relation to the provisions of the Concession Agreement …., save only for [excepted matters], otherwise than by commencing arbitration proceedings in the International Chamber of Commerce in London and pursuant to its Rules.» By its order dated 1 July 2011 giving effect to its judgment, the Court of Appeal simply dismissed the appeal against Burton J's order.

15. In its terms and form, Burton J's order was and is a final order, as to both the declaration and the injunction which it granted. Indeed, in para 1 of his judgment, Burton J recorded that he was being asked to give «final relief» on AESUK's arbitration claim form, and in the final para 54 to 56 of his judgment, referring back to para 21, he concluded that AESUK was entitled to the grant of «(limited) final declaratory and injunctive relief». In these paragraphs, he made clear that he regarded an injunction in the wording of his later order as «limited» in a way which would avoid any concern about «usurpation or ouster» of the jurisdiction of the arbitrators, if any arbitration were to take place, and would give «the opportunity …. for any proper challenge to be made to the jurisdiction of the arbitrators or the applicability of the arbitration clause».

16. Rix LJ, giving the main judgment in the Court of Appeal with which his colleagues agreed, addressed the nature of the order made by commenting (para 108) that it might possibly be said that a binding declaration as to the existence of the arbitration agreement trespassed on the theoretical possibility that an arbitral tribunal might one day have to grapple with that very issue, that he did not himself think that it would do, but that he «need not decide that question here, for the judge has been cautious not to give such a declaration and the operator [AESUK] as respondent in this appeal has not sought to go further than the judge has gone».

17. Before the Supreme Court, both sides have in their submissions treated the judge's order as a final order; and so in terms it is. Neither side has sought to have the order, if it stands, corrected or qualified. Appeals lie against orders, and parties are entitled and correct to take orders at their face value. Burton J's order was in terms a final order declaring that certain claims could only properly be pursued in arbitration, and restraining their pursuit in any other forum. If an arbitration were to be commenced, by either side, in the future, it would not, under Burton J's order, be open to the respondent to object to its commencement or to the jurisdiction of the arbitral tribunal by submissions which contradicted the terms of the declaration made and injunction ordered by Burton J. The Supreme Court can and should consider the order on that basis. Further, if the court has, consistently with the scheme of the Arbitration Act 1996, power to make any sort of declaration about arbitral jurisdiction, then Rix LJ was, in my view, right that there is no objection to its being a final and binding declaration.

The issue

18. The issue is therefore whether the English court has power to declare that the claim can only properly be brought in arbitration and/or to injunct the continuation or commencement of proceedings brought in any other forum outside the Brussels/Lugano régime. Although Lord Goldsmith in his oral submissions laid some emphasis on the primacy of the declaratory relief

claimed by AESUK and ordered by Burton J, in my opinion the claim and order for injunctive relief are more important. Before the court could order final injunctive relief, it had to conclude that there was a binding and applicable arbitration agreement – as JSC's own case in fact correctly stated at para 67. The order for injunctive relief carried by itself the basis of an issue estoppel in any future proceedings, precluding JSC from denying the existence or validity of such an agreement.

19. The rival submissions regarding the court's power turn primarily on the scope and effect of the Arbitration Act 1996. Mr Toby Landau QC for AESUK advances a simple case. Independently of that Act, the court has a general inherent power to declare rights and further, under section 37 of the Senior Courts Act (formerly the Supreme Court Act) 1981: «The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so».

20. Despite its generality, there are statements limiting the application of section 37 to two situations: (a) where one party can show that the other party has invaded, or threatens to invade, a legal or equitable right of the former for the enforcement of which the latter is amenable to the jurisdiction of the court, and (b) where one party to any action has behaved, or threatens to behave, in a manner which is unconscionable: *South Carolina Insurance Co v Assurantie Maatschappij «De Zeven Provincien» NV* [1987] AC 24, 40B-D, per Lord Brandon, with whose speech Lord Bridge and Lord Brightman agreed without qualification. Lord Mackay and Lord Goff voiced a reservation as to whether section 37 should be so limited, and Lord Mustill in *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334, 362B left the point open. It is unnecessary to say more about this here, since, on Mr Landau's case, the first situation applies. JSC has invaded or is threatening to invade AESUK's legal right not to be sued in Kazakhstan. Absent any contrary reason, there is, AESUK submits, no reason why the court should not exercise both its declaratory powers and its powers under section 37. To do so would support the commitment to arbitration contained in the arbitration clause. In contrast, JSC – although it invokes the supposed policy interests of international users of London arbitration – opposes the deployment of such powers in order to frustrate the arbitration clause.

The negative aspect of an arbitration agreement and exclusive choice of court clause

21. At points in his submissions, Lord Goldsmith QC, representing JSC, suggested that any negative obligation inherent in an arbitration agreement is a mere ancillary to current or intended arbitral proceedings. As a matter of interpretation of a straightforward agreement to arbitrate disputes in a particular forum (like that in this case: para 7 above), there is no basis for any such limitation. The negative aspect of an arbitration agreement is a feature shared with an exclusive choice of court clause. In each case, the negative aspect is as fundamental as the positive. There is no reason why a party to either should be free to engage the other party in a different forum merely because neither party wishes to bring proceedings in the agreed forum. Nor is there any basis for treating the Arbitration Act 1996 as affecting the *interpretation* of an arbitration agreement in this respect, although it is JSC's case that the effect of the Act is to preclude the court from granting *relief* to enforce the negative aspect of an arbitration agreement unless and until arbitral proceedings are on foot or proposed (see para 29 et seq below).

22. The case-law also contains no support for JSC's argument that the negative aspect of an arbitration agreement is enforceable only when an arbitration is on foot or proposed. It is true that in most of the cases an arbitration was on foot, but none of the statements of principle identify this as relevant or critical. The case-law is worth considering more closely not only to make this good, but also as background to a consideration of JSC's submissions on the effect of the Arbitration Act.

23. Both prior to the Arbitration Act 1996 and indeed subsequently - until the present case - the negative aspect was well recognised, and it was well established that the English courts would give effect to it, where necessary by injuncting foreign proceedings brought in breach of either an arbitration agreement or an exclusive choice of court clause. Further, such relief was treated as the counterpart of the statutory power to grant a stay of domestic proceedings to give effect to an arbitration agreement. A stay is not made conditional upon arbitration being on foot, proposed or brought. If there is power under section 37 to injunct the commencement or continuation of foreign proceedings, no reason is evident why the exercise of this power should depend upon such a condition. In each case it is, on the face of it, for either party to commence any arbitration it wishes at any time, or not to do so.

24. In *Pena Copper Mines Ltd v Rio Tinto Co Ltd* (1911) 105 LT 846, an English law contract provided for any matter in difference to be referred to arbitration under the Arbitration Act 1889 (and for an award to be a condition precedent to any liability in respect thereof), but Rio Tinto began Spanish court proceedings. No arbitration was on foot. The Pena company expressed itself «perfectly willing to refer» any dispute to arbitration, but that does not mean that it proposed to do so itself and no such condition was imposed upon it. After referring to the statutory power to stay which would have existed had Rio Tinto commenced English court proceedings, the Court of Appeal ordered Rio Tinto to desist from the Spanish proceedings. The arbitration clause involved, in Cozens Hardy MR's words, «probably an express negative, but …. certainly an implied negative», a contract «that they will not sue in a foreign court» (pages 850-851), and Rio Tinto's conduct in suing in Spain was, in Fletcher Moulton LJ's words, «certainly contrary to their contractual duties» (page 852). That an award was a condition precedent to any liability cannot have been decisive.

25. By the 1990s it had come to be thought that the power to injunct foreign proceedings brought in breach of contract should be exercised «only with caution», because English courts «will not lightly interfere with the conduct of proceedings in a foreign court»: see eg *Sokana Industries Inc v Freyre & Co Inc* [1994] 2 Lloyd's Rep 57, 66, per Colman J. But in *Aggeliki Charis Cia Maritime SA v Pagnan SpA (The «Angelic Grace»)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87, where the parties had agreed to arbitrate all disputes in London (an award not being a condition precedent to liability) and owners commenced such an arbitration while charterers sued in court in Venice, the Court of Appeal held, citing *Pena Copper* and other authority, that courts ought not to feel diffident about granting an anti-suit injunction, if sought promptly. Without it the claimant would be deprived of its contractual rights in a situation where damages would be manifestly an inadequate remedy. The time had come, in Millett LJ's words, «to lay aside the ritual incantation that this is a jurisdiction which should only be exercised sparingly and with great caution». An injunction should be granted to restrain foreign proceedings in breach of an arbitration agreement «on the simple and clear ground that the defendant has promised not to bring them». The principle was endorsed in the context of exclusive choice of court clauses by the House of Lords in *Donohue v Armco Inc* [2001] UKHL 64; [2002] 1 All ER 749, a decision recognising (para 24) that strong reasons are required to outweigh the prima facie entitlement to an injunction. In that case, a claim for fraud conspiracy was brought against Mr Donohue in New York in breach of an agreement providing for the exclusive jurisdiction of the English courts. Mr Donohue was refused an anti-suit injunction because strong reasons (in the form of alleged participation in the alleged fraud of other New York defendants not party to any exclusive jurisdiction agreement) existed why the New York proceedings should continue. But the consideration that Mr Donohue had not commenced English proceedings on the substance of the matter played no part in the reasoning. Indeed the House recognised that he would continue to have a prima facie right to recover any damage he suffered in consequence of the continuation of the New York proceedings against him contrary to the exclusive jurisdiction clause: paras 36 and 48 per Lord Bingham and Lord Hobhouse.

26. Lord Hobhouse also encapsulated the principle in *Turner v Grovit* [2001] UKHL 65; [2002] 1 WLR 107, when he said:

> «25 …. Under English law, a person has no right not to be sued in a particular forum, domestic or foreign, unless there is some specific factor which gives him that right. A contractual arbitration or exclusive jurisdiction clause will provide such a ground for seeking to invoke the right to enforce the clause. The applicant does not have to show that the contractual forum is more appropriate than any other; the parties' contractual agreement does that for him. …..
>
> …..
>
> 27 The applicant for a restraining order must have a legitimate interest in making his application and the protection of that interest must make it necessary to make the order. Where the applicant is relying upon a contractual right not to be sued in the foreign country (say because of an exclusive jurisdiction clause or an arbitration clause), then, absent some special circumstance, he has by reason of his contract a legitimate interest in enforcing that right against the other party to the contract.»

27. In the *West Tankers* case at first instance ([2005] EWHC 454 (Comm), paras 13, 59 and 72), Colman J referred to *The «Angelic Grace»* and *Donohue v Armco*, when granting a permanent injunction restraining the pursuit of the Italian legal proceedings which he had held to be in breach of a London arbitration agreement. That aspect of the decision was not questioned when the matter came before the Court of Appeal and the House of Lords, where Lord Hoffmann said, [2007] 1 Lloyd's Rep 391, para 10:

> «By section 37(1) of the Supreme Court Act 1981 the High Court has jurisdiction to grant an injunction (whether interlocutory or final) 'in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so'. The English courts have regularly exercised this power to grant injunctions to restrain parties to an arbitration agreement from instituting or continuing proceedings in the courts of other countries: see *The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87.»

He went on to refer to the court's power to grant an interim injunction under section 44, to which I revert below. The interpretation subsequently given to the Brussels Regulation by the Court of Justice in *West Tankers* (Case C-185/07) now means that an English court can no longer enforce contractual rights (or prevent oppression of the sort found to exist in *Turner v Grovit*) by injuncting a party within its jurisdiction from commencing or continuing proceedings in a foreign court within the Brussels/Lugano regime. But that limitation is irrelevant in this case.

28. Unless the Arbitration Act 1996 requires a different conclusion, the negative aspect of a London arbitration agreement is therefore a right enforceable independently of the existence or imminence of any arbitral proceedings.

The scheme of the Arbitration Act 1996

29. JSC submits that it is contrary to the terms, scheme, philosophy and parliamentary intention of the Arbitration Act 1996 for an English court to determine that foreign proceedings involve a breach of an arbitration agreement or issue either declaratory or injunctive relief on that basis other than when arbitral proceedings are on foot or proposed and only then under the provisions of the Act. The Arbitration Act contains «a complete and workable set of rules for the determination of jurisdictional issues». The general rule is that the arbitral tribunal should

consider jurisdictional issues in the first instance – with «the only exception to that general rule for a party *asserting* arbitral jurisdiction to be found in section 32». Unless and until one or other party commences an arbitration, the court should keep a distance. Any more general power contained in section 37 has been superseded by the Act, or should at least no longer be exercised.

30. During the hearing before the Supreme Court there was discussion as to the extent to which JSC was submitting that there was no longer any jurisdiction to rely on section 37, or simply that it would be wrong in principle to do so, in a context such as the present. This discussion arose because, in the Court of Appeal, different counsel then appearing for JSC was, for good or bad reason, concerned that JSC should not «descend into the arena of discretionary arguments» and, as he saw it, «risk submitting to the jurisdiction» (para 91 of the judgment of Rix LJ). Counsel therefore confined his submissions to «statutory or principled objection[s] to the jurisdiction» of the court (para 94). The Supreme Court is content to accept that this leaves it open to JSC to argue now both that there is no longer any jurisdiction to exercise the power otherwise contained in section 37 and, alternatively, that it would be wrong in principle to do so in the present context, absent perhaps very special circumstances not here present.

31. JSC points out correctly that the 1996 Act embodies, (from Mustill and Boyd, Commercial Arbitration: (2001) Companion Volume to 2nd Ed, preface endorsed by Lord Steyn) «a new balancing of the relationships between parties, advocates, arbitrators and courts which is not only designed to achieve a policy proclaimed within Parliament and outside, but may also have changed their juristic nature»: *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA* [2005] UKHL 43, [2006] 1 AC 221, para 17. The Act was also a response to «international criticism that the Courts intervene more than they should in the arbitral process, thereby tending to frustrate the choice the parties have made to use arbitration rather than litigation as the means for resolving their disputes»: Report on Arbitration of the Departmental Advisory Committee («DAC») 1996 (with Lord Justice Saville as its chair), paragraphs 20-22. This criticism was addressed by the third of the general principles with which the Act, unusually, begins:

> «1. General principles.
>
> The provisions of this Part are founded on the following principles,
>
> and shall be construed accordingly—
>
> (a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;
>
> (b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest;
>
> (c) in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part.»

32. JSC's submissions in this area give rise to two questions. The first is the extent to which it is correct to regard the 1996 Act as a complete and workable set of rules for the determination of all jurisdictional issues in all situations. The other is what is meant by the word «should» in section 1(c). As to the first, section 1(c) is limited to «matters governed by this Part», and it is clear that the drafters of the Act were not attempting a complete code of arbitration law. The DAC Report 1996 stated expressly that «The Bill does not purport to provide an exhaustive code on the subject of arbitration», but that they had «sought to include what we consider to be the more important common law principles, whilst preserving all others, in so far as they are consistent with the provisions of this Bill (see clause 81)». Clause 81 became section 81, reading

> «Nothing in this Part shall be construed as excluding the operation of any rule of law consistent with the provisions of this Part in particular, any rule of law as to—

(a) matters which are not capable of settlement by arbitration;
(b) the effect of an oral arbitration agreement; or
(c) the refusal of recognition or enforcement of an arbitral award on grounds of public policy».

The DAC Report instances confidentiality as another subject deliberately left outside the scope of the Act.

33. The use of the word «should» in section 1(c) was also a deliberate departure from the more prescriptive «shall» appearing in article 5 of the UNCITRAL Model Law. Article 5 reads that «In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law». Article 5 had been the subject of forceful critique in *A New Arbitration Act?*, the 1989 report on the UNCITRAL Model Law by the DAC at a time when its chair was Lord Justice Mustill, who had also represented the United Kingdom at UNCITRAL. Even in matters which might be regarded as falling within Part 1, it is clear that section 1(c) implies a need for caution, rather than an absolute prohibition, before any court intervention.

34. It is in these circumstances that the question now arises whether it is consistent with the 1996 Act for the English court to determine whether there is a valid and applicable arbitration agreement covering the subject matter of actual or threatened foreign proceedings and, if it holds that there is, to injunct the commencement or continuation of the foreign proceedings. JSC points to sections 32 and 72 of the Act as the means by which a challenge to the jurisdiction may, under certain conditions, be pursued during an arbitration and to section 67 as the means by which an award may be challenged for lack of jurisdiction. It submits, that, if AESUK convoked an arbitral tribunal, the arbitrators could rule on their jurisdiction under section 30, their ruling could be tested under sections 32, 67 and/or 72 and the court could in the meantime be asked to give interim relief under section 44.

Sections 30, 32 and 72 and Kompetenz-Kompetenz

35. Section 30 provides that an arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction:

«30 Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.
(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—
(a) whether there is a valid arbitration agreement,
(b) whether the tribunal is properly constituted, and
(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.
(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.»

Section 30 reflects the principle of «Kompetenz-Kompetenz», discussed in *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan* [2010] UKSC 46, [2011] 1 AC 763. In short, any tribunal convoked to determine a dispute may, as a preliminary, consider and rule upon the question whether the dispute is within its substantive jurisdiction, without such ruling being binding on any subsequent review of its determination by the court under sections 32, 67 or 72 of the 1996 Act. However, a tribunal cannot by its preliminary ruling that it has substantive jurisdiction to determine a dispute confer upon itself a substantive jurisdiction which it does not have. Absent a submission specifically tailored to embrace them (as to which there is no suggestion here), jurisdictional issues stand necessarily on

a different footing to the substantive issues on which an award made within the tribunal's jurisdiction will be binding.

36. In *Dallah*, I put these points as follows (para 24):

> «…. Arbitrators (like many other decision-making bodies) may from time to time find themselves faced with challenges to their role or powers, and have in that event to consider the existence and extent of their authority to decide particular issues involving particular persons. But, absent specific authority to do this, they cannot by their own decision on such matters create or extend the authority conferred upon them.»

Lord Collins said (para 84) that it does not follow, from the general principle that a tribunal has power to consider its own jurisdiction:

> «that the tribunal has the exclusive power to determine its own jurisdiction, nor does it follow that the court of the seat may not determine whether the tribunal has jurisdiction before the tribunal has ruled on it. Nor does it follow that the question of jurisdiction may not be re-examined by the supervisory court of the seat in a challenge to the tribunal's ruling on jurisdiction. Still less does it mean that when the award comes to be enforced in another country, the foreign court may not re-examine the jurisdiction of the tribunal.»

37. Section 32 enables the court to determine any question as to the substantive jurisdiction of a tribunal «on the application of a party to arbitral proceedings», provided that the application is made by agreement of all the other parties or, subject to the court being satisfied of various matters, with the tribunal's permission. Section 44 provides for the court to have «for the purposes of and in relation to arbitral proceedings», and on the application of a party or proposed party to the proceedings, the same power of making orders about certain listed matters as it has for purposes of and in relation to legal proceedings. The listed matters include the making of an interim injunction, but, save in case of urgency, the court is only to act on an application made under section 44 with the permission of the tribunal or the agreement of the other parties to the arbitral proceedings.

38. Section 72 permits a party alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in them to take his jurisdictional challenge directly to the court without waiting for the tribunal to address the matter.

39. In support of its submissions, JSC relies upon cases in which commercial judges have refused to permit the pursuit of court proceedings for a declaration as to the existence of a binding arbitration clause brought by a claimant in current or proposed arbitration proceedings: *ABB Lummus Global Ltd v Keppel Fels Ltd* [1999] 2 Lloyd's Rep 24; *Vale do Rio Doce Navegaceo SA v Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co Ltd* [2000] 2 All ER (Comm) 70. In *Vale do Rio*, Thomas J observed that it could not have been the intention that a party to a disputed arbitration agreement could obtain the decision of the courts on its existence without being subject to the restrictions contained in section 32 by the simple step of not appointing an arbitrator (para 53). Although he concluded (para 60) that the court had no «jurisdiction» to allow the application, earlier, in noting the change from «shall» to «should» in section 1(c), he had said that «it is clear that the general intention was that the court should usually not intervene outside the specific circumstances specified in Part 1 of the 1996 Act» (para 52).

40. These cases have no direct bearing on the present situation. Here, no arbitration proceedings are on foot and AESUK does not intend or wish to institute any. Sections 30, 32, 44 and 72 of the Act are all in terms inapplicable. No arbitration tribunal exists to determine its own competence under section 30. The principle of Kompetenz-Kompetenz – or, in an anglicised version suggested by Lord Sumption, jurisdiction-competence – makes sense where a tribunal is asked to exercise a substantive jurisdiction and hears submissions at the outset as to whether it has such a jurisdiction. Even then, the court has the last word in establishing whether the

substantive jurisdiction actually exists. But the principle has no application where no arbitration is on foot or contemplated. On JSC's case, a party wishing relief in relation to foreign proceedings brought or threatened contrary to an arbitration agreement, must however commence, or should be required to undertake to commence, an arbitration against the other party who is rejecting the existence or application of any arbitration agreement. Further, the only substantive relief that JSC could suggest might be sought in such an arbitration would be an order, within the power afforded by section 48(5)(a) of the 1996 Act, not to commence or continue any foreign proceedings; and the efficacy of any such order as arbitrators might make, in any such arbitration, if they held that they had jurisdiction, would depend upon the court determining for itself that the tribunal had jurisdiction, and then enforcing the tribunal's order under either section 44 or section 66 of the Act with the backing of the court's contempt jurisdiction.

41. In these circumstances, there is, in my opinion, every reason why the court should be able to intervene directly, by an order enforceable by contempt, under section 37. To do so cannot be regarded, in the DAC's words, as «intervene[ing] in the arbitral process, thereby tending to frustrate the choice the parties have made to use arbitration rather than litigation as the means for resolving their disputes». On the contrary, JSC has complete freedom of choice in relation to the arbitration agreement. In denying that the court has any relevant jurisdiction, JSC is seeking to benefit by AESUK's reliance on an arbitration agreement, while itself denying its existence. A party is entitled to benefit by the existence of an arbitration agreement, but normally only by asserting it, e.g. by commencing an arbitration or applying for a stay under section 9. Those must however be the last things that JSC is willing to do.

42. As to section 32, there is no party to arbitral proceedings who could apply to the court to determine any question of arbitral jurisdiction, and there are no other parties or tribunal with whose consent or permission any such application would have to be made and no tribunal whose substantive jurisdiction could be the subject of such an application.

43. Similarly, the court's powers listed in section 44 are exercisable only «for the purposes of and in relation to arbitral proceedings» and depend upon such proceedings being on foot or «proposed»: see section 44(3). That alone is sufficient in my opinion to lead to a conclusion that section 44 has no bearing on the question whether section 37 empowers the court to restrain the commencement or continuation of foreign proceedings in the light of an arbitration agreement under which neither party wishes to commence an arbitration.

44. I should however say something further about JSC's submission that section 44(2)(e) embraces the granting of an interim injunction to restrain the pursuit of foreign proceedings during a current or proposed arbitration. The careful limitation of the court's power to «the granting of an interim injunction» militates, he argues, against the existence of any general power to injunct foreign proceedings under section 37, even on an interim basis in relation to current or proposed arbitral proceedings, let alone on a permanent basis in their absence.

45. It is helpful to set out section 44 in full: *Section 44*

«Court powers exercisable in support of arbitral proceedings.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are—

(a) the taking of the evidence of witnesses;

(b) the preservation of evidence;

(c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings

(i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or

(ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property; and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration;

(d) the sale of any goods the subject of the proceedings;

(e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver.

(3) If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.

(4) If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.

(5) In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

(6) If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the subject-matter of the order.

(7) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.»

46. Section 44(2) is the modern successor to the First Schedule to the Arbitration Act 1934 and section 12(6) of the Arbitration Act 1950 - section 44(2)(e) corresponds with paragraph 8 of the First Schedule and section 12(6)(h) of the 1950 Act. The matters listed in section 44 are all matters which could require the court's intervention during actual or proposed arbitral proceedings. The power to grant an interim injunction is expressed in general terms, but is limited, save in cases of urgency, to circumstances in which either the tribunal permits an application to the court or all the other parties agree to this in writing. There is no power to grant a final injunction, even after an award. There is authority (not requiring review on this appeal) that section 44(3) can include orders urgently required pending a proposed arbitration to preserve or enforce parties' substantive rights - eg an order to allow inspection of an agent's underwriting records or to submit a proposed transfer to a central bank: see *Hiscox Underwriting Ltd v Dickson Manchester & Co Ltd* [2004] 2 Lloyd's Rep 438; *Cetelem SA v Roust Holdings Ltd* [2005] EWCA Civ 618; [2005] 1 WLR 3555. Such orders can be said to be «for the purposes of and in relation to arbitral proceedings». But orders restraining the actual or threatened breach of the negative aspect of an arbitration agreement may be required both where no arbitration proceedings are on foot or proposed, and where the case is not one of urgency (and so not within section 44(3)). They enforce the negative right not to be vexed by foreign proceedings. This is a right of a different character both to the procedural rights with which section 44 is mainly, at least, concerned, and to the substantive rights to which the *Hiscox* and *Cetelem* cases hold that it extends.

47. In *Starlight Shipping Co v Tai Ping Insurance Co Ltd (The «Alexandros T»)* [2007] EWHC 1893 (Comm); [2008] 1 All ER (Comm) 593, Cooke J addressed the inter-relationship of section 44 of the 1996 Act and section 37 of the Senior Courts Act 1981 in a context where proceedings were being pursued in China in apparent breach of an arbitration agreement and where arbitral proceedings were also current. He treated both sections as potentially available, adding that the matters relevant under section 44 could also bear on, though not govern in the same way, the exercise of the general discretion under section 37 (para 29). He considered that «the contractual right to have disputes referred to arbitration» must be an «asset» falling within section 44(3). In the upshot, he gave interim relief under section 44, on the basis that the matter was urgent under section 44(3) because the arbitral tribunal would not be able to issue an award restraining the claimants in the Chinese proceedings from pursuing such proceedings speedily

enough or, therefore, effectively under section 44(5). At the same time, he also made an interim order under section 37, pointing out inter alia that «The difference between an order of this court and that of the arbitrators is that remedies for contempt are available if an order of this court should be breached» (para 31).

48. The better view, in my opinion, is that the reference in section 44(2)(e) to the granting of an interim injunction was not intended either to exclude the Court's general power to act under section 37 of the 1981 Act in circumstances outside the scope of section 44 of the 1996 Act or to duplicate part of the general power contained in section 37 of the 1981 Act. Where an injunction is sought to restrain foreign proceedings in breach of an arbitration agreement - whether on an interim or a final basis and whether at a time when arbitral proceedings are or are not on foot or proposed - the source of the power to grant such an injunction is to be found not in section 44 of the 1996 Act, but in section 37 of the 1981 Act. Such an injunction is not «for the purposes of and in relation to arbitral proceedings», but for the purposes of and in relation to the negative promise contained in the arbitration agreement not to bring foreign proceedings, which applies and is enforceable regardless of whether or not arbitral proceedings are on foot or proposed. Colman J in *Sokana Industries Inc v Freyre & Co Inc* [1994] 2 Lloyd's Rep 57 was correct on this point when he held that the court's power to make orders «for the purpose of and in relation to a reference» in section 12(6) of the Arbitration Act 1950 did not include the granting of relief consisting of either a final or an interim injunction to restrain an alleged breach of a London Chamber of Commerce arbitration agreement consisting in the commencement of proceedings in Florida.

49. There was no power to serve the proceedings out of the jurisdiction on the defendants in *Sokana Industries* because it was not made «under the Arbitration Act 1950 or …. 1979». The current position is in my opinion different. Although Part 62 of the Civil Procedure Rules is divided into Parts, including Part I, headed «Claims under the 1996 Act» and Part II, headed «Other Arbitration Claims», the text of these Parts indicates in my view that Part I relates to circumstances in which, if there were an arbitration, it would be subject to the 1996 Act, rather than to the old law, and that it covers matters relating to an arbitration agreement, independently of any arbitral proceedings. Thus, CPR62.2 provides:

«(1) In this Section of this Part 'arbitration claim' means –

(a) any application to the court under the 1996 Act;

(b) a claim to determine –

(i) whether there is a valid arbitration agreement;

(ii) whether an arbitration tribunal is properly constituted; or what matters have been submitted to arbitration in accordance with an arbitration agreement;

(c) a claim to declare that an award by an arbitral tribunal is not binding on a party; and

(d) any other application affecting –

(i) arbitration proceedings (whether started or not); or

(ii) an arbitration agreement.»

Under CPR62.5, governing service out of the jurisdiction, the court may give permission to serve an arbitration claim form out of the jurisdiction if

«(b) the claim is for an order under section 44 of the 1996 Act; or

(c) the claimant –

(i) seeks some other remedy or requires a question to be decided by the court affecting an arbitration (whether started or not), an arbitration agreement or an arbitration award; and

(ii) the seat of the arbitration is or will be within the jurisdiction or the conditions in section 2(4) of the 1996 Act are satisfied.»

50. I regard these provisions as wide enough to embrace a claim under section 37 to restrain foreign proceedings in breach of the negative aspect of an arbitration agreement. In circumstances where an arbitration claim includes under CPR62.2(d) «any other application affecting (i) arbitration proceedings (whether started or not); or (ii) an arbitration agreement», the requirement in CPR62.5(c)(ii) that «the seat of the arbitration is or will be within the jurisdiction» must be read as satisfied if the seat of any arbitration, if any were to be commenced or proposed under the arbitration agreement, would be within the jurisdiction. In so far as Thomas J in *Vale do Rio* considered (para 59) that the predecessor to CPR62.2 (the then CPR PD 49G) included provisions equivalent to the present CPR62.2(1)(b),(c) and (d) «out of an abundance of caution …. to spell out the terms of the 1996 Act (or just possibly to cater for an oral arbitration agreement)», I would respectfully disagree. Thomas J was in any event concerned with a point on the construction of the 1996 Act, which as he correctly said could not possibly be affected by the view taken of CPR PD 49G. His statement that the language might «just possibly» cater for an oral arbitration agreement itself opens the possibility, which I think correct, that the drafters were not confining themselves to issues, regarding arbitration agreements, arising under the provisions of 1996 Act.

51. I add only that in the present case, although leave was in fact obtained under CPR PD 6B, paragraph 3.1(2) and CPR62.5(1)(b) and (c), the court would appear also to have had jurisdiction to give leave for service out of the jurisdiction under CPR PD 6B(6)(c), on the ground that, treating the arbitration agreement as the «contract», the claim was «made in respect of a contract where the contract ….

(c) is governed by English law».

Section 9

52. Returning to the scheme of Part I of the 1996 Act, the principal focus is on the commencement, conduct, consequences and court powers with regard to an actual or proposed arbitration. In addition, Part I starts with sections 1 to 8 identifying the nature and certain features of the arbitration agreements to which it applies while sections 9 to 11 deal with stays of domestic legal proceedings where such an agreement exists. Section 9 runs contrary to JSC's general case, since it represents a situation in which the court, rather than the arbitral tribunal, rules in the first instance on arbitral jurisdiction, and does so bindingly. The Court of Appeal in *Fiona Trust and Holding Corp v Privalov* [2007] EWCA Civ 20; [2007] 1 All ER (Comm) 891, para 36 and Lightman J in *Albon (t/a NA Carriage Co) v Naza Motor Trading Sdn Bhd (No 3)* [2007] EWHC 665 (Ch); [2007] 2 All ER 1075, paras 14 to 20 correctly so held.

53. However, JSC relies upon section 9, as supplementing its case on the general scheme of the 1996 Act and on the particular implications of sections such as sections 30, 32, 67 and 72, in another respect. Given that the court under section 9 determines the existence or otherwise of arbitral jurisdiction conclusively and at the outset, JSC points out that this is expressly provided by the Act. In contrast, the Act makes no reference to, and so it submits implicitly excludes, any power to injunct the commencement or continuation of foreign proceedings.

54. I do not accept JSC's case on this point. Section 9 reflects, in domestic law, the requirement in article II(3) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (United Nations 1958) that:

> «II.3. 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 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.»

Nothing in the New York Convention requires Contracting States to have in their law any equivalent power to that which section 37 includes in respect of foreign proceedings in breach of an arbitration agreement. The silence in Part 1 is in this respect unremarkable.

Section 37 of the Senior Courts Act 1981

55. More generally, JSC's case depends upon a conclusion that the Arbitration Act 1996 either limits the scope, or as a matter of general principle qualifies the use, of the general power contained in section 37, so that it is no longer permissible to deploy section 37 to injunct foreign proceedings begun or threatened in breach of an arbitration agreement. Again, I cannot accept JSC's case.

56. Section 37 is a general power, not specifically tailored to situations where there is either an arbitration agreement or an exclusive choice of court clause. To adopt words of Lord Mustill in the *Channel Tunnel* case, [1993] AC 334, 360E-F, with reference to the relationship between section 37 and the previous arbitration legislation (the Arbitration Act 1950):

> «Under section 37(1) by contrast the arbitration clause is not the source of the power to grant an injunction but is merely a part of the facts in the light of which the court decides whether or not to exercise a power which exists independently of it.»

The court may as a result need to be very cautious:

> «in the exercise of its general powers under section 37 so as not to conflict with any restraint which the legislature may have imposed on the exercise of the new and specialised powers.» (p 364B-C).

However, it is, in my opinion, entirely understandable that Parliament should not have thought to carve out from section 37 of the Senior Courts Act or to reproduce in the 1996 Act one aspect of a general power conferred by section 37. It cannot be deduced from the fact that it did not do so that it intended that the general power should never be exercised in any context associated with arbitration.

57. On the contrary, it would be astonishing if Parliament should, silently and without warning, have abrogated or precluded the use by the English court of its previous well-established jurisdiction under section 37 in respect of foreign proceedings commenced or threatened in breach of the negative aspect of an arbitration agreement. One would have expected the intended inapplicability of section 37 to have been made very clear in both the DAC Report and the Act. The 1996 Act does in Schedule 3 or 4 provide for other presently immaterial amendments or repeals in respect of provisions in what was the Supreme Court Act and is now the Senior Courts Act 1981.

58. *The «Angelic Grace»* [1994] 1 Lloyd's Rep 168 in particular was a highly prominent decision, expressed in emphatic terms during the very period when the DAC was preparing the Bill for the Act and its own report. Nothing in the DAC report of 1996 addresses either it or the long-standing and well recognised jurisdiction which was its subject-matter. Yet a regime under which the English court could no longer enforce the negative rights of a party to a London arbitration agreement by injunctive relief restraining foreign proceedings would have been, and would have been seen, as a radical diminution of the protection afforded by English law to parties to such an arbitration agreement. It would have aroused considerable interest and, no doubt, concern. The only sensible inference is that the drafters of the Act never contemplated that it could or would undermine the established jurisprudence on anti-suit injunctions.

59. It was only later that the Court of Justice in Luxembourg restricted the use of such injunctions; and then only in relation to foreign proceedings in the area covered by the Brussels/Lugano régime and on the basis of the mutual trust affirmed to exist between courts within that regime. The interest and concern that this aroused witnesses to the interest that would have been aroused had the Bill or 1996 Act been seen as having any such radical intention or effect in relation to courts worldwide. The *West Tankers* case [2009] AC 1138 suggests that it did not occur to anyone until this case that it did.

Conclusion

60. The power to stay domestic legal proceedings under section 9 and the power to determine that foreign proceedings are in breach of an arbitration agreement and to injunct their commencement or continuation are in truth opposite and complementary sides of a coin. Subject to the recent European inroad, that remains the position. The general power provided by section 37 of the 1981 Act must be exercised sensitively and, in particular, with due regard for the scheme and terms of the 1996 Act when any arbitration is on foot or proposed. It is also open to a court under section 37, if it thinks fit, to grant any injunction on an interim basis, pending the outcome of current or proposed arbitration proceedings, rather than a final basis. But, for the reasons I have given, it is inconceivable that the 1996 Act intended or should be treated sub silentio as effectively abrogating the protection enjoyed under section 37 in respect of their negative rights under an arbitration agreement by those who stipulate for an arbitration with an English seat.

61. In some cases where foreign proceedings are brought in breach of an arbitration clause or exclusive choice of court agreement, the appropriate course will be to leave it to the foreign court to recognise and enforce the parties' agreement on forum. But in the present case the foreign court has refused to do so, and done this on a basis which the English courts are not bound to recognise and on grounds which are unsustainable under English law which is accepted to govern the arbitration agreement. In these circumstances, there was every reason for the English courts to intervene to protect the prima facie right of AESUK to enforce the negative aspect of its arbitration agreement with JSC.

62. It follows that Burton J had jurisdiction under section 37 of the Senior Courts Act 1981 to make the order that he did, and that there was nothing wrong in principle with his exercise of his power to do so. The Court of Appeal was right so to conclude, and the appeal should be dismissed.

17. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ № 10718/08 ОТ 20 ЯНВАРЯ 2009 Г.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в составе:

председательствующего – Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации Иванова А.А.; членов Президиума: Валявиной Е.Ю., Витрянского В.В., Вышняк Н.Г., Горячевой Ю.Ю., Завьяловой Т.В., Иванниковой Н.П., Исайчева В.Н., Козловой О.А., Сарбаша С.В., Слесарева В.Л.

рассмотрел заявление компании «Лорал Спейс энд Коммьюникейшинз Холдингз Корпорейшн» (Loral Space & Communications Holdings Corporation) о пересмотре в порядке надзора определения Арбитражного суда города Москвы от 17.04.2008 по делу № А40-31732/07-30-319 и постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.06.2008 по тому же делу.

В заседании приняли участие представители:

от компании «Лорал Спейс энд Коммьюникейшинз Холдингз Корпорейшн» (Loral Space & Communications Holdings Corporation) – Балеевских Л.С., Давыденко Д.Л., Муранов А.И.;

от закрытого акционерного общества «Глобалстар – Космические Телекоммуникации» – Гравицкая Ю.В., Кручинина М.В.

Заслушав и обсудив доклад судьи Горячевой Ю.Ю., а также объяснения представителей участвующих в деле лиц, Президиум установил следующее.

Компания «Лорал Спейс энд Коммьюникейшинз Холдингз Корпорейшн» (Loral Space & Communications Holdings Corporation) (далее – компания) обратилась в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании и приведении в исполнение решения Лондонского международного третейского суда (далее – третейский суд) от 23.03.2007 по делу № 6803, обязывающего закрытое акционерное общество «Глобалстар – Космические Телекоммуникации» (далее – общество) выплатить компании 5 946 000 долларов США основного долга по договору займа, 1 508 809 долларов США процентов на сумму основного долга по состоянию на 31.01.2007, дополнительных процентов, рассчитанных по ставке ЛИБОР плюс 4 процента начиная с 01.02.2007 по дату платежа, 20 873,36 и 1 500 фунтов стерлингов арбитражных издержек, а также 30 000 долларов США судебных издержек компании.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 18.10.2007 в удовлетворении заявления отказано.

Федеральный арбитражный суд Московского округа постановлением от 24.12.2007 определение отменил, дело направил на новое рассмотрение.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 17.04.2008 в удовлетворении заявления отказано по мотиву ненадлежащего извещения общества (ответчика) третейским судом о времени и месте слушания дела по конкретному адресу в Лондоне.

Федеральный арбитражный суд Московского округа постановлением от 20.06.2008 определение оставил без изменения.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, о пересмотре в порядке надзора судебных актов, принятых при новом рассмотрении дела, компания просит их отменить, ссылаясь на нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права и несоответствие судебных актов публичным интересам, состоящим в оказании содействия третейским процедурам.

В отзыве на заявление общество просит оставить обжалуемые судебные акты без изменения как соответствующие действующему законодательству.

Проверив обоснованность доводов, изложенных в заявлении, отзыве на него и выступлениях присутствующих в заседании представителей участвующих в деле лиц, Президиум считает, что заявление подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

Согласно части 1 статьи V Конвенции ООН от 10.06.1958 «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (далее – Конвенция ООН от 10.06.1958) в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства, в том числе того, что сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения.

В рассматриваемом деле такой стороной является общество, которое ссылалось на получение им надлежащего извещения, содержащего дату, время и место проведения арбитража по конкретному адресу в Лондоне, лишь 31.01.2007. По мнению общества, это лишило его возможности своевременно оформить своему представителю визу в Великобританию и, соответственно, представить третейскому суду устные объяснения посредством участия избранного представителя в заседании от 05.02.2007. Ранее полученные извещения как не содержащие указания на определенное время (час) и место проведения третейского разбирательства по конкретному адресу в Лондоне общество сочло ненадлежащими.

Отказывая в признании и принудительном исполнении решения международного третейского суда, арбитражные суды обеих инстанций согласились с позицией общества о его ненадлежащем уведомлении о времени и месте проведения третейского разбирательства и лишении тем самым возможности представить устные объяснения.

Однако судами не учтено следующее.

Вопрос о форме надлежащего извещения сторон о третейском разбирательстве в постоянно действующем третейском суде должен решаться с учетом правил этого суда.

В данном случае общество и компания при заключении договора займа от 14.09.2000 предусмотрели арбитражную оговорку, согласно которой «договор регулируется и толкуется в соответствии с английским правом. Любые споры, разногласия или претензии, возникающие из или в связи с настоящим договором, включая вопросы, касающиеся его существования, действительности или прекращения, подлежат рассмотрению и окончательному разрешению третейским судом в соответствии с Регламентом Лондонского международного третейского суда, который включается в настоящий пункт посредством его упоминания здесь. Арбитражный суд должен состоять из трех арбитров. Каждая из сторон по настоящему договору назначает по одному арбитру, два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра, являющегося председателем. Местом проведения разбирательства является Лондон, а языком разбирательства – английский язык».

В силу пункта 14.2 Регламента Лондонского международного третейского суда (далее – Регламент) если иное не согласовано сторонами, состав арбитража будет иметь самую широкую свободу действий, разрешенную законом, который может быть применим при осуществлении общепринятых обязанностей; в течение всего времени стороны должны делать все необходимое для справедливого, эффективного и быстрого ведения арбитражного разбирательства.

На основании пункта 16.1 Регламента стороны могут согласовать в письменной форме место (или юридический адрес) своего арбитражного разбирательства. Если стороны не воспользуются таким выбором, местом проведения арбитражного разбирательства будет Лондон, если и до тех пор, пока Лондонский международный третейский суд не определит с учетом всех обстоятельств дела и после предоставления сторонам возможности сделать письменные комментарии, что другое место является более подходящим.

При этом согласно пункту 19.2 Регламента состав арбитража назначает дату, время и физическое место любых заседаний и слушаний по арбитражному разбирательству и направляет сторонам заблаговременно уведомление об этом.

Таким образом, уведомление не обязательно должно выглядеть как единый документ. Оно может состоять из нескольких взаимодополняющих друг друга документов, направляемых по мере согласования, в том числе с участием сторон, деталей относительно места арбитражного разбирательства и места слушания, включая конкретный адрес проведения заседаний.

Поэтому арбитражным судам при исследовании факта уведомления общества о проведении заседания третейского суда надлежало оценить в совокупности все направленные третейским судом в адрес общества письма по данному вопросу, а не считать уведомлением лишь последнее сообщение, дополненное указанием на почтовый адрес здания в Лондоне, где будет проводиться слушание дела.

Правовая позиция о необходимости оценивать в качестве уведомления именно переписку арбитражного института со стороной сформулирована в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.02.2005 № 14548/04.

При оценке факта уведомления, состоящего из нескольких документов, направленных в разное время, необходимо установить, насколько заблаговременно были сообщены стороне третейского разбирательства те конкретные сведения, на несвоевременность получения которых она ссылается как на основание своего заявления о недолжном уведомлении о третейском разбирательстве.

Между тем судами установлено, что о проведении окончательного слушания дела в Лондоне 5/6.02.2007 в месте, подлежащем согласованию сторонами, третейский суд известил общество факсимильным сообщением от 09.11.2006 и в дальнейшем подтвердил эту дату факсимильными сообщениями от 14.12.2006 и 03.01.2007 (пункты 36, 45 и 46 решения третейского суда).

Получение указанных сообщений общество не отрицало.

Определение третейским судом даты слушания дела с предложением сторонам выбрать в Лондоне место его проведения соответствует пункту 16.1 Регламента.

Поскольку упомянутые факсимильные сообщения являлись неотъемлемой составной частью общего уведомления о третейском разбирательстве, у арбитражных судов не было оснований считать каждое такое сообщение самостоятельным ненадлежащим извещением, которое не должно приниматься во внимание.

Учитывая, что стороны разбирательства не согласовали конкретный адрес его проведения в Лондоне, третейский суд определил его сам на основании пункта 16.1 Регламента, о чем 15.01.2007 известил стороны факсимильным сообщением.

Последнее письмо, направленное обществу третейским судом 25.01.2007 факсимильным сообщением и курьером, содержало дату и час начала, а также почтовый адрес места проведения слушания в Лондоне.

Арбитражные суды сочли, что надлежащим извещением является лишь это письмо, полученное обществом 31.01.2007, поскольку только в нем одновременно были указаны все необходимые сведения.

Однако такой вывод является неправильным. В письме от 25.01.2007, по существу, продублированы сведения, ранее уже сообщавшиеся обществу.

Место проведения третейского разбирательства в Лондоне было согласовано сторонами спора 14.09.2000 при заключении договора займа и подтверждено третейским судом в факсимильном сообщении от 09.11.2006. В нем же указана и дата слушания дела – 5/ 6.02.2007.

Следовательно, третейский суд уведомил общество о времени и стране проведения третейского разбирательства почти за три месяца до его начала, что является достаточным сроком для обращения за визой представителями общества, чье участие предполагалось в устных слушаниях.

Неуказание в факсимильном сообщении от 09.11.2006 часа, с которого начинается слушание дела, а также конкретного адреса его проведения в Лондоне не может рассматриваться в качестве юридически значимых сведений для целей оформления визы и ввести общество в заблуждение относительно сроков и страны получения визы его представителями.

Кроме того, общество сообщило арбитражному суду, что его представители за получением в Великобританию визы не обращались, без чего невозможно обеспечить их участие в устных слушаниях. Тем самым общество не предприняло должных действий, которые само полагало необходимыми для ведения третейского разбирательства, чем нарушило требования пункта 14.2 Регламента.

При этих обстоятельствах доводы общества о его ненадлежащем уведомлении о месте проведения третейского разбирательства и лишении тем самым возможности представить суду свои устные объяснения не соответствуют Регламенту и являются необоснованными.

Таким образом, оспариваемые судебные акты подлежат отмене в соответствии с пунктом 1 статьи 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации как нарушающие единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьей 303, пунктом 3 части 1 статьи 305, статьей 306 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановил:

определение Арбитражного суда города Москвы от 17.04.2008 по делу № А40-31732/07-30-319 и постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.06.2008 по тому же делу отменить.

Признать и привести в исполнение решение Лондонского международного третейского суда от 23.03.2007 по делу № 6803.

Арбитражному суду города Москвы выдать исполнительный лист.

Председательствующий
А. А. Иванов

18. КОНСТИТУЦИЯ РФ 1993 Г.

Статья 46

1. Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод.

2. Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.

3. Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Статья 47

1. Никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

2. Обвиняемый в совершении преступления имеет право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей в случаях, предусмотренных федеральным законом.

19. ДОГОВОР МЕЖДУ СОЮЗОМ СОВЕТСКИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКИХ РЕСПУБЛИК И РЕСПУБЛИКОЙ КИПР О ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ ПО ГРАЖДАНСКИМ И УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

Статья 24

Указанные в статье 23 решения признаются и исполняются, если:

1) решение по законам Договаривающейся Стороны, на территории которой оно вынесено, вступило в законную силу и подлежит исполнению;

2) сторона, против которой вынесено решение, не явившаяся и не принявшая участия в процессе, была своевременно и надлежащим образом извещена по законам Договаривающейся Стороны, на территории которой вынесено решение;

3) дело не относится к исключительной компетенции учреждения Договаривающейся Стороны, на территории которой решение должно быть признано и исполнено;

4) по тому же правовому спору между теми же сторонами на территории Договаривающейся Стороны, где должно быть признано или исполнено решение, не было ранее вынесено вступившее в законную силу решение;

5) по тому же правовому спору между теми же сторонами учреждением юстиции запрашиваемой Договаривающейся Стороны не было ранее возбуждено производство.

20. АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РФ

Статья 38. Исключительная подсудность

1. Иски о правах на недвижимое имущество предъявляются в арбитражный суд по месту нахождения этого имущества.

2. Иски о правах на морские и воздушные суда, суда внутреннего плавания, космические объекты предъявляются в арбитражный суд по месту их государственной регистрации.

3. Иск к перевозчику, вытекающий из договора перевозки грузов, пассажиров и их багажа, в том числе в случае, если перевозчик является одним из ответчиков, предъявляется в арбитражный суд по месту нахождения перевозчика.

3.1. Иск по спору, в котором лицом, участвующим в деле, является арбитражный суд, предъявляется в Арбитражный суд Московской области, за исключением случая, если лицом, участвующим в деле, является арбитражный суд, расположенный на территории Московского судебного округа. В этом случае иск предъявляется в Арбитражный суд Тверской области.

4. Заявление о признании должника банкротом подается в арбитражный суд по месту нахождения должника.

4.1. Исковое заявление или заявление по спору, указанному в статье 225.1 настоящего Кодекса, подается в арбитражный суд по месту нахождения юридического лица, указанного в статье 225.1 настоящего Кодекса.

5. Заявление об установлении фактов, имеющих юридическое значение, подается в арбитражный суд по месту нахождения или месту жительства заявителя, за исключением заявления об установлении фактов, имеющих юридическое значение для возникновения, изменения или прекращения прав на недвижимое имущество, которое подается в суд по месту нахождения недвижимого имущества.

6. Заявление об оспаривании решений и действий (бездействия) судебного пристава - исполнителя подается в арбитражный суд по месту нахождения судебного пристава - исполнителя.

7. Заявления по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства, подаются в арбитражный суд по месту государственной регистрации на территории Российской Федерации организации-ответчика.

Заявления по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства и не имеющими государственной регистрации на территории Российской Федерации, подаются в Арбитражный суд Московской области.

8. Утратила силу.

9. Заявление о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений подается стороной, в пользу которой состоялось решение иностранного суда, в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника.

10. Встречный иск независимо от его подсудности предъявляется в арбитражный суд по месту рассмотрения первоначального иска.

Статья 90. Основания обеспечительных мер

1. 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).

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.

3. По основаниям, предусмотренным частью 2 настоящей статьи, и по правилам настоящей главы обеспечительные меры могут быть приняты арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда, либо по месту нахождения или месту жительства должника, либо месту нахождения имущества должника.

4. Заявление о принятии обеспечительных мер, подаваемое в арбитражный суд лицами, указанными в части 3 настоящей статьи и статье 99 настоящего Кодекса, оплачивается государственной пошлиной в размере, предусмотренном федеральным законом для оплаты заявлений о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Статья 91. Обеспечительные меры

1. Обеспечительными мерами могут быть:

1) наложение ареста на денежные средства (в том числе денежные средства, которые будут поступать на банковский счет) или иное имущество, принадлежащие ответчику и находящиеся у него или других лиц;

2) запрещение ответчику и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора;

3) возложение на ответчика обязанности совершить определенные действия в целях предотвращения порчи, ухудшения состояния спорного имущества;

4) передача спорного имущества на хранение истцу или другому лицу;

5) приостановление взыскания по оспариваемому истцом исполнительному или иному документу, взыскание по которому производится в бесспорном (безакцептном) порядке;

6) приостановление реализации имущества в случае предъявления иска об освобождении имущества от ареста.

Арбитражным судом могут быть приняты иные обеспечительные меры, а также одновременно может быть принято несколько обеспечительных мер.

2. Обеспечительные меры должны быть соразмерны заявленному требованию.

Статья 96. Исполнение определения арбитражного суда об обеспечении иска

1. Определение арбитражного суда об обеспечении иска приводится в исполнение немедленно в порядке, установленном для исполнения судебных актов арбитражного суда. На основании определения об обеспечении иска арбитражным судом, который вынес указанное определение, выдается исполнительный лист.

2. За неисполнение определения об обеспечении иска лицом, на которое судом возложены обязанности по исполнению обеспечительных мер, это лицо может быть подвергнуто судебному штрафу в порядке и в размерах, которые установлены главой 11 настоящего Кодекса.

3. В случае, если при исполнении определения арбитражного суда об обеспечении иска путем наложения ареста на денежные средства или иное имущество, принадлежащие ответчику, ответчик предоставил встречное обеспечение путем внесения на депозитный счет суда денежных средств в размере требований истца либо предоставления банковской

гарантии, поручительства или иного финансового обеспечения на ту же сумму, он вправе обратиться в арбитражный суд, рассматривающий дело, с ходатайством об отмене обеспечительных мер, которое рассматривается в соответствии со статьей 93 настоящего Кодекса.

4. В случае удовлетворения иска обеспечительные меры сохраняют свое действие до фактического исполнения судебного акта, которым закончено рассмотрение дела по существу.

5. В случае отказа в удовлетворении иска, оставления иска без рассмотрения, прекращения производства по делу обеспечительные меры сохраняют свое действие до вступления в законную силу соответствующего судебного акта. После вступления судебного акта в законную силу арбитражный суд по ходатайству лица, участвующего в деле, выносит определение об отмене мер по обеспечению иска или указывает на это в судебных актах об отказе в удовлетворении иска, об оставлении иска без рассмотрения, о прекращении производства по делу.

6. Спор о возмещении убытков, причиненных неисполнением определения арбитражного суда об обеспечении иска, рассматривается в том же арбитражном суде.

Статья 225.1. Дела по корпоративным спорам

Арбитражные суды рассматривают дела по спорам, связанным с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а также в 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 (далее - корпоративные споры), в том числе по следующим корпоративным спорам:

1) споры, связанные с созданием, реорганизацией и ликвидацией юридического лица;

2) споры, связанные с принадлежностью акций, долей в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паев членов кооперативов, установлением их обременений и реализацией вытекающих из них прав, за исключением споров, вытекающих из деятельности депозитариев, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, споров, возникающих в связи с разделом наследственного имущества или разделом общего имущества супругов, включающего в себя акции, доли в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паи членов кооперативов;

3) споры по искам учредителей, участников, членов юридического лица (далее - участники юридического лица) о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу, признании недействительными сделок, совершенных юридическим лицом, и (или) применении последствий недействительности таких сделок;

4) споры, связанные с назначением или избранием, прекращением, приостановлением полномочий и ответственностью лиц, входящих или входивших в состав органов управления и органов контроля юридического лица, а также споры, возникающие из гражданских правоотношений, между указанными лицами и юридическим лицом в связи с осуществлением, прекращением, приостановлением полномочий указанных лиц;

5) споры, связанные с эмиссией ценных бумаг, в том числе с оспариванием ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, решений органов управления эмитента, с оспариванием сделок, совершенных в процессе

размещения эмиссионных ценных бумаг, отчетов (уведомлений) об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг;

6) споры, вытекающие из деятельности держателей реестра владельцев ценных бумаг, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, с осуществлением держателем реестра владельцев ценных бумаг иных прав и обязанностей, предусмотренных федеральным законом в связи с размещением и (или) обращением ценных бумаг;

7) споры о созыве общего собрания участников юридического лица;

8) споры об обжаловании решений органов управления юридического лица;

9) споры, вытекающие из деятельности нотариусов по удостоверению сделок с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью.

Статья 247. Компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц

1. Арбитражные суды в Российской Федерации 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 (далее - иностранные лица), в случае, если:

1) ответчик находится или проживает на территории Российской Федерации либо на территории Российской Федерации находится имущество ответчика;

2) орган управления, филиал или представительство иностранного лица находится на территории Российской Федерации;

3) спор возник из договора, по которому исполнение должно иметь место или имело место на территории Российской Федерации;

4) требование возникло из причинения вреда имуществу действием или иным обстоятельством, имевшими место на территории Российской Федерации, или при наступлении вреда на территории Российской Федерации;

5) спор возник из неосновательного обогащения, имевшего место на территории Российской Федерации;

6) истец по делу о защите деловой репутации находится в Российской Федерации;

7) спор возник из отношений, связанных с обращением ценных бумаг, выпуск которых имел место на территории Российской Федерации;

8) заявитель по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение, указывает на наличие этого факта на территории Российской Федерации;

9) спор возник из отношений, связанных с государственной регистрацией имен и других объектов и оказанием услуг в международной ассоциации информационно-телекоммуникационных сетей «Интернет» на территории Российской Федерации;

10) в других случаях при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации.

2. Арбитражные суды в Российской Федерации рассматривают также экономические споры и другие дела, связанные с предпринимательской и иной экономической деятельностью с участием иностранных лиц и отнесенные в соответствии со статьей 248 настоящего Кодекса к их исключительной компетенции.

3. Арбитражные суды в Российской Федерации рассматривают также дела в соответствии с соглашением сторон, заключенным по правилам, установленным статьей 249 настоящего Кодекса.

4. Дело, принятое арбитражным судом к своему рассмотрению с соблюдением правил, предусмотренных настоящей статьей, 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.

Статья 248. Исключительная компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц

1. К исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц относятся дела:

1) по спорам в отношении находящегося в государственной собственности Российской Федерации 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 Российской Федерации, 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 Российской Федерации;

4) по спорам о признании недействительными записей в государственные реестры (регистры, кадастры), произведенных компетентным органом Российской Федерации, ведущим такой реестр (регистр, кадастр);

5) по спорам, связанным с учреждением, ликвидацией или регистрацией на территории Российской Федерации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а также с оспариванием решений органов этих юридических лиц.

2. В исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации находятся также предусмотренные в разделе III настоящего Кодекса дела с участием иностранных лиц, возникающие из административных и иных публичных правоотношений.

Статья 250. Компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по применению обеспечительных мер по делам с участием иностранных лиц

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.

Статья 252. Процессуальные последствия рассмотрения иностранным судом дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям

1. Арбитражный суд в Российской Федерации оставляет иск без рассмотрения по правилам главы 17 настоящего Кодекса, 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 в Российской Федерации в соответствии со статьей 248 настоящего Кодекса.

2. Арбитражный суд в Российской Федерации прекращает производство по делу по правилам главы 18 настоящего Кодекса, 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 в Российской Федерации или указанное

решение не подлежит признанию и приведению в исполнение в соответствии со статьей 244 настоящего Кодекса.

21. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РФ

Статья 139.

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.

Статья 140. Меры по обеспечению иска

1. Мерами по обеспечению иска могут быть:

1) наложение ареста на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или других лиц;

2) запрещение ответчику совершать определенные действия;

3) запрещение другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора, в том числе передавать имущество ответчику или выполнять по отношению к нему иные обязательства;

3.1) возложение на ответчика и других лиц обязанности совершить определенные действия, касающиеся предмета спора о нарушении исключительных прав на фильмы, в том числе кинофильмы, телефильмы, в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети «Интернет»;

4) приостановление реализации имущества в случае предъявления иска об освобождении имущества от ареста (исключении из описи);

5) приостановление взыскания по исполнительному документу, оспариваемому должником в судебном порядке.

В необходимых случаях судья или суд может принять иные меры по обеспечению иска, которые отвечают целям, указанным в статье 139 настоящего Кодекса. Судьей или судом может быть допущено несколько мер по обеспечению иска.

2. При нарушении запрещений, указанных в пунктах 2 и 3 части первой настоящей статьи, виновные лица подвергаются штрафу в размере до одной тысячи рублей. Кроме того, истец вправе в судебном порядке требовать от этих лиц возмещения убытков, причиненных неисполнением определения суда об обеспечении иска.

3. Меры по обеспечению иска должны быть соразмерны заявленному истцом требованию.

4. О принятых мерах по обеспечению иска судья или суд незамедлительно сообщает в соответствующие государственные органы или органы местного самоуправления, регистрирующие имущество или права на него, их ограничения (обременения), переход и прекращение.

22. ЗАКОН РФ «О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ»

Статья 1. Сфера применения

1. Настоящий Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Российской Федерации. Однако положения, предусмотренные статьями 8, 9, 35 и 36, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей.

2. В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон 2. передаваться:

споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также

споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

3. Для целей пункта 2 настоящей статьи:

если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению;

если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство.

4. Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе.

5. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые содержатся в российском законодательстве об арбитраже (третейском суде), то применяются правила международного договора.

Статья 5. Пределы вмешательства суда

По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе.

Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде

1. Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

2. В случае предъявления иска, указанного в пункте 1 настоящей статьи, арбитражное разбирательство может быть тем не менее начато или продолжено и арбитражное решение вынесено, пока пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде.

Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда

Обращение стороны в суд до или во время арбитражного разбирательства с просьбой о принятии мер по обеспечению иска и вынесение судом определения о принятии таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением.

23. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПЛЕНУМА ВАС РФ № 55 ОТ 12.10.2006 Г. «О ПРИМЕНЕНИИ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР»

10. В соответствии с пунктом 5 части 2 статьи 92 АПК РФ заявитель должен обосновать причины обращения с требованием о применении обеспечительных мер.

Арбитражным судам следует учитывать, что обеспечительные меры являются ускоренным средством защиты, следовательно, для их применения не требуется представления доказательств в объеме, необходимом для обоснования требований и возражений стороны по существу спора. Обязательным является представление заявителем доказательств наличия оспоренного или нарушенного права, а также его нарушения.

В определении о применении обеспечительных мер либо об отказе в их применении арбитражный суд должен дать оценку обоснованности доводов заявителя о необходимости принятия обеспечительных мер.

В связи с этим при оценке доводов заявителя в соответствии с частью 2 статьи 90 АПК РФ арбитражным судам следует, в частности, иметь в виду:

- разумность и обоснованность требования заявителя о применении 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.

Кроме того, рассматривая заявления о применении обеспечительных мер, суд оценивает, 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 частью 2 статьи 90 АПК РФ.

32. В соответствии с положениями раздела V АПК РФ арбитражные суды принимают предварительные обеспечительные меры по делам с участием иностранных лиц (статья 250 АПК РФ) по экономическим спорам и другим делам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности (часть 1 статьи 247 АПК РФ), при условии соблюдения критериев юрисдикции, установленных частью 3 статьи 99 АПК РФ, и оснований для применения таких мер, указанных в части 2 статьи 90 АПК РФ.

33. Судебные акты иностранных судов о применении обеспечительных мер не подлежат признанию и принудительному исполнению на территории Российской Федерации, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательном процессе.

24. ИНФОРМАЦИОННОЕ ПИСЬМО ПРЕЗИДИУМА ВЫСШЕГО АРБИТРАЖНОГО СУДА РФ ОТ 09 ИЮЛЯ 2013 Г. № 158 «ОБЗОР ПРАКТИКИ РАССМОТРЕНИЯ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ ДЕЛ С УЧАСТИЕМ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ»

32. Принятые иностранным судом обеспечительные меры в виде запрета на участие в рассмотрении спора в судах Российской Федерации не препятствуют рассмотрению спора компетентным российским судом.

Российская компания обратилась в арбитражный суд с исковым заявлением к иностранному банку и российскому обществу о признании недействительной гарантии в отношении определенных обязательств (соглашения о гарантии), заключенной между названными банком и обществом.

Решением суда первой инстанции в удовлетворении иска отказано в связи с необоснованностью заявленных требований, а также в связи с пропуском срока исковой давности. Суд апелляционной инстанции оставил без изменения решение суда первой инстанции.

Не согласившись с указанными судебными актами, российская компания обратилась в суд кассационной инстанции с жалобой, в которой просила принять новый судебный акт об удовлетворении исковых требований.

В ходе рассмотрения дела в суде кассационной инстанции иностранный банк ходатайствовал о прекращении судебного разбирательства в связи с отсутствием компетенции у арбитражного суда в Российской Федерации на рассмотрение дела по причине того, что иностранным судом по инициативе иностранного банка был вынесен судебный запрет на участие российской компании в судебном разбирательстве по данному делу в иных юрисдикциях, кроме юрисдикции иностранного суда (anti-suit injunction).

Суд кассационной инстанции не согласился с доводами иностранного банка, мотивируя свою позицию следующим. В силу принципа суверенного равенства государств как основного принципа международного права государства юридически равны и каждое государство пользуется правами, присущими государственному суверенитету. Данный принцип подразумевает в том числе и то, что суд одного государства не вправе осуществлять властные полномочия в отношении суда другого государства и предписывать последнему осуществление тех или иных действий (принцип «равный над равным власти не имеет»).

Судебный «противоисковый» запрет иностранного суда ни в силу своей природы, ни в силу норм международного и российского права не может препятствовать рассмотрению дела в арбитражном суде в Российской Федерации и порождать юридические последствия на территории Российской Федерации.

В случае неисполнения такого запрета иностранного суда физические и юридические лица, которым он адресован, сами определяют и несут риски наступления возможных негативных последствий за пределами Российской Федерации.

25. ПРОЕКТ ЗАКОНА № 607554-6 О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН «О КОМПЕНСАЦИИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВА НА СУДОПРОИЗВОДСТВО В РАЗУМНЫЙ СРОК ИЛИ ПРАВА НА ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНОГО АКТА В РАЗУМНЫЙ СРОК»

Вносится депутатом Государственной Думы В.А.Поневежским

Проект
ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН
О внесении изменений в Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»

Внести в Федеральный закон от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (Собрание законодательства Российской Федерации, 2010, № 18, ст. 2144) следующие изменения:

1. Наименование изложить в следующей редакции:

«О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок, права на исполнение судебного акта в разумный срок, а также права на рассмотрение дела компетентным судом Российской Федерации»;

2. Дополнить статьями 5.1 - 5.6 следующего содержания

«**Статья 5.1.** Нарушение права на рассмотрение дела компетентным судом Российской Федерации

Вынесение иностранными судами судебных актов (как промежуточных, так и окончательных) по делам, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации и заключенными ею международными договорами должны быть рассмотрены судом, арбитражным судом Российской Федерации, влечет нарушение конституционного права граждан Российской Федерации и российских организаций (далее - российские лица) на рассмотрение их дела компетентным судом Российской Федерации, вторгается в компетенцию судов, арбитражных судов Российской Федерации и нарушает государственный суверенитет Российской Федерации.

Указанные судебные акты иностранных судов являются в Российской Федерации заведомо неправосудными.

Статья 5.2. Право на компенсацию за нарушение права на рассмотрение дела компетентным судом Российской Федерации

1. Российские лица, в отношении которых иностранным судом в нарушение компетенции суда Российской Федерации вынесен судебный акт, предусматривающий принудительное исполнение за счет их имущества (обращение на него взыскания, наложение иных ограничений), могут обратиться в суд, арбитражный суд с заявлением о присуждении компенсации за нарушение их права на рассмотрение дела компетентным судом Российской Федерации (далее - компетенция).

2. Компенсация присуждается судом, арбитражным судом в денежной форме.

Статья 5.3. Порядок подачи и рассмотрения заявления о присуждении компенсации

1. Заявление о присуждении компенсации подается в:

1) суд общей юрисдикции, если неправосудный судебный акт иностранного суда вынесен по спору, решение по которому в соответствии с законодательством Российской Федерации и заключенными ею международными договорами должно быть принято судом общей юрисдикции;

2) арбитражный суд, если неправосудный судебный акт иностранного суда вынесен по спору, решение по которому в соответствии с законодательством Российской Федерации и заключенными ею международными договорами должно быть принято арбитражным судом.

2. Заявление о присуждении компенсации может быть подано в суд, арбитражный суд в течение одного года с момента, когда российское лицо узнало или должно было узнать о вступлении вынесенного в отношении него неправосудного судебного акта в силу.

3. При рассмотрении судом заявления о присуждении компенсации интересы Российской Федерации представляет Министерство финансов Российской Федерации.

При рассмотрении заявления о присуждении компенсации для дачи консультаций и пояснений судом арбитражным судом могут привлекаться специалисты Министерства юстиции Российской Федерации.

Статья 5.4. Судебное решение по результатам рассмотрения заявления о присуждении компенсации

1. По результатам рассмотрения заявления о присуждении компенсации суд, арбитражный суд, установив, что:

а) судебный акт вынесен в отношении заявителя и предусматривает возможность принудительного исполнения;

б) судебный акт вынесен иностранным судом по делу, решение по которому в соответствии с законодательством Российской Федерации и заключенными ею международными договорами должно быть принято судом, арбитражным судом Российской Федерации;

в) неправосудный судебный акт иностранного суда вступил в силу,

принимает решение о присуждении заявителю компенсации.

2. Размер компенсации, как правило, равняется сумме потерь, которые заявитель понес или может понести вследствие принудительного исполнения судебного акта (стоимость утраченного имущества, суммы уплаченных санкций, неполученные доходы, иные убытки).

3. Судебное решение о присуждении компенсации подлежит немедленному исполнению.

4. Компенсация присуждается за счет средств федерального бюджета.

5. Судебное решение о присуждении компенсацииможе быть обжалованнов порядке, установленном настоящим законом.

Статья 5.5. Право регресса Российской Федерации

1. Одновременно с заявлением о присуждении компенсации судом, арбитражным судом может быть рассмотрено регрессное требование Российской Федерации к иностранному государству, суд которого вынес неправосудный судебный акт, повлекший присуждение заявителю указанной компенсации.

При рассмотрении указанного требования Российской Федерации судом, арбитражным судом в установленном процессуальным законодательством порядке могут применяться обеспечительные меры в отношении имущества, указанного в настоящей статье.

2. Исполнение решения об удовлетворении регрессного требования Российской Федерации осуществляется за счет находящегося в Российской Федерации имущества, принадлежащего лицу, по требованию которого иностранным судом был вынесен неправосудный судебный акт.

При отсутствии или недостаточности такого имущества исполнение решения об удовлетворении регрессного требования Российской Федерации осуществляется за счет находящегося в Российской Федерации имущества иностранного государства, суд которого вынес неправосудный судебный акт, в том числе и такого, на которое в соответствии с международными договорами Российской Федерации распространяется иммунитет этого государства.

Статья 5.6. Применение принципа взаимности в отношениях между государствами

1. По правилам настоящего закона может быть рассмотрено требование Российской Федерации к иностранному государству о применении к находящемуся на территории Российской Федерации имуществу этого государства принудительных мер (обращение взыскания, наложение иных ограничений) в связи с нарушением иммунитета Российской Федерации , выразившемся в вынесении судом указанного государства судебных актов в отношении Российской Федерации и предусматривающих возможность принудительного исполнения за счет ее имущества, находящегося на иностранной территории.

При рассмотрении указанного требования Российской Федерации судом, арбитражным судом в установленном процессуальным законодательством порядке могут применятся обеспечительные меры в отношении находящегося в Российской Федерации имущества иностранного государства, в том числе и такого, на которое в соответствии с международными договорами Российской Федерации распространяется иммунитет этого государства.

2. По результатам рассмотрения данного требования может быть вынесено решение об обращении взыскания на находящееся в Российской Федерации имущество иностранного государства, в том числе и такое, на которое в соответствии с международными договорами Российской Федерации распространяется иммунитет этого государства.».

В.Путин

26. ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА К ПРОЕКТУ ЗАКОНА № 607554-6

Проектом федерального закона Федеральный закон от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» дополняется новыми нормами. В частности, вынесение иностранными судами судебных актов по делам, которые согласно законодательству Российской Федерации и заключенным ею международным договорам должны быть рассмотрены судом, арбитражным судом Российской Федерации, признается вторжением в компетенцию судов, арбитражных судов Российской Федерации, а также нарушением суверенитета Российской Федерации. Такие судебные акты иностранных судов признаются заведомо неправосудными.

В связи с этим проектом федерального закона гражданам Российской Федерации и российским организациям предоставляется возможность получения компенсации за нарушение прав на рассмотрение дела компетентным судом Российской Федерации.

Для присуждения такой компенсации лицо, в отношении которого иностранным судом вынесен заведомо неправосудный судебный акт, должно обратиться в суд, арбитражный суд Российской Федерации с соответствующим заявлением.

Проектом федерального закона устанавливается порядок подачи и рассмотрения судом, арбитражным судом Российской Федерации указанного заявления, а Министерство финансов Российской Федерации наделяется полномочием по представлению интересов Российской Федерации при рассмотрении этого заявления. Размер компенсации определяется в размере суммы потерь, которые заявитель понес или может понести вследствие принудительного исполнения заведомо неправосудного акта.

Согласно проекту федерального закона компенсация присуждается за счет средств федерального бюджета, однако одновременно с этим устанавливается право регрессного требования Российской Федерации к иностранному государству, суд которого вынес неправосудный судебный акт. Для придания такому требованию дополнительной силы, гарантирующей его исполнение, проектом федерального закона устанавливается возможность применения обеспечительных мер в отношении имущества, принадлежащего лицу, по требованию которого иностранным судом был вынесен неправосудный судебный акт и находящегося на территории Российской Федерации. Кроме того, предусмотрена возможность исполнения решения об удовлетворении регрессного требования за счет этого имущества, а в случае, если его недостаточно или оно отсутствует – за счет имущества иностранного государства, суд которого вынес неправосудный судебный акт.

Проектом федерального закона предусмотрены особенности применения принципа взаимности относительно тех случаев, когда судами этих иностранных государств выносятся заведомо неправосудные судебные акты.

27. РЕГЛАМЕНТ N 44/2001 СОВЕТА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА «О ЮРИСДИКЦИИ, ПРИЗНАНИИ И ИСПОЛНЕНИИ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ГРАЖДАНСКИМ И КОММЕРЧЕСКИМ ДЕЛАМ» (С ИЗМ. И ДОП. ОТ 06.04.2009)

Принят Советом Европейских сообществ

Перевод Пегасовой М.Е.

Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). Опубликован в Официальном журнале (далее - ОЖ) L 12, 16/01/2001, стр. 1.

Совет Европейского Союза, основываясь на Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества, в частности, на пункте «c» статьи 61 и параграфе 1 статьи 67;

учитывая предложения Европейской комиссии <*>;

<*> ОЖ C 376, 28.12.1999, стр. 1

учитывая заключение Европейского парламента <*>;

<*> Заключение, оглашенное 21 сентября 2000 г. (еще не опубликованное в Официальном журнале).

учитывая заключение Комитета по экономическим и социальным вопросам <*>,

---

<*> ОЖ C 117, 26.4.2000, стр. 6.

принимая во внимание следующие обстоятельства:

1) Сообщество поставило перед собой задачу поддержания и развития пространства свободы, безопасности и справедливости, которое обеспечивает свободу передвижения граждан. Для того чтобы решить поставленную задачу, Сообщество должно принять, среди числа других, меры, касающиеся правового сотрудничества по гражданским делам, которые необходимы для поддержания и устойчивого функционирования внутреннего рынка.

2) Некоторые различия национальных правил, регулирующих юрисдикцию и признание судебных решений, затрудняют устойчивое функционирование внутреннего рынка. Необходимо унифицировать коллизионные нормы по гражданским и коммерческим делам, а также упростить формальности с целью ускорения и облегчения процедуры признания и исполнения судебных решений государствами-членами ЕС, определенные данным Регламентом.

2) Согласно статье 65 Договора указанные задачи находятся в сфере правового сотрудничества по гражданским делам.

3) В соответствии с принципами субсидиарности и пропорциональности, установленными статьей 5 Договора, цели данного Регламента не могут быть достигнуты в полном объеме государствами-членами ЕС самостоятельно, следовательно, ускорить процесс достижения поставленных целей можно только действиями Сообщества в целом. Регламент ограничивается необходимым минимумом принятия мер для достижения установленных целей и не выходит за рамки принятия необходимых мер.

4) 27 сентября 1968 г. государства-члены ЕС, основываясь на положениях абзаца 4 статьи 293 Договора, заключили Брюссельскую конвенцию «О юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (с дополнениями, внесенными в Конвенцию в связи с присоединением новых государств-членов ЕС к данной Конвенции; далее - Брюссельская конвенция) <*>. 16 сентября 1988 г. государства-члены ЕС и государства Европейской Ассоциации свободной торговли заключили Луганскую конвенцию «О юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам», которая была аналогична тексту Брюссельской конвенции 1968 г.

В связи с этим была проделана большая работа по пересмотру данных Конвенций, и Совет ЕС одобрил содержание исправленных текстов. Результаты проделанной работы явились основой настоящего Регламента.

6) В целях достижения признания судебных решений по гражданским и коммерческим делам необходимо, чтобы правила, регулирующие юрисдикцию, признание и исполнение судебных решений, были установлены обязательным и непосредственно действующим законодательным актом Сообщества.

7) Положения настоящего Регламента должны охватывать все важнейшие аспекты, касающиеся гражданских и коммерческих дел, за исключением отдельных вопросов.

8) Кроме того, должна существовать связь между судебными разбирательствами, в отношении которых применяется настоящий Регламент, и территорией государств-членов ЕС, определенных настоящим Регламентом. Соответственно, общие правила о юрисдикции, согласно законодательству, должны применяться в том случае, когда ответчик имеет постоянное место жительства в одном из государств-членов ЕС.

9) Ответчик, не имеющий постоянного места жительства в одном из государств-членов ЕС, подчиняется национальным правилам о юрисдикции, применяемым на территории государств-членов ЕС, где находится суд. Ответчик, проживающий в государстве-члене ЕС, которое не является участником данного Регламента, должен подчиняться правилам Брюссельской конвенции.

10) Судебные решения, вынесенные государством-членом ЕС в соответствии с настоящим Регламентом, должны быть признаны и исполнены в другом государстве-члене ЕС в целях их свободного обращения, даже если должник имеет постоянное место жительства в третьей стране.

11) Правила о юрисдикции должны быть достаточно предсказуемы и основаны на том принципе, что юрисдикция обычно определяется в зависимости от постоянного места жительства ответчика и должна быть всегда доступной, за исключением некоторых случаев, когда предмет спора или волеизъявление сторон являются определяющим фактором. Местонахождение юридических лиц должно быть определено самостоятельно таким образом, чтобы сделать общие правила более ясными и позволить избежать конфликта юрисдикций.

12) В дополнение к определению места нахождения ответчика должны быть предусмотрены альтернативные основания юрисдикции, базирующиеся на тесной связи между судом и рассматриваемым делом в целях упрощения порядка осуществления правосудия.

13) В отношении страхования, договоров в сфере потребительских и трудовых отношений, менее защищенной стороне должны быть предоставлены наиболее благоприятные для ее интересов условия юрисдикции, нежели предусмотренные в общих правилах.

14) Самостоятельное волеизъявление сторон в договоре (кроме договоров страхования, договоров в сфере потребительских и трудовых отношений, где разрешена только ограниченная свобода определения судов, имеющих юрисдикцию) должно приниматься во внимание, кроме случаев исключительной юрисдикции, определенной настоящим Регламентом.

15) В интересах должного осуществления правосудия необходимо свести к минимуму возможность образования параллельных судебных разбирательств и обеспечить гарантии того, что в двух государствах-членах ЕС не будут вынесены противоречивые решения. Должен существовать четкий и эффективный механизм для разрешения рассматриваемых дел и взаимосвязанных исков, а также для решения проблем, вытекающих из-за национальных различий в определении временных рамок,

когда дело находится на рассмотрении. Согласно настоящему Регламенту временные рамки должны быть четко определены.

16) Взаимное доверие при осуществлении правосудия в Сообществе позволяет решениям, вынесенным в государствах-членах ЕС, быть признанными автоматически без необходимости в каких-либо процедурах. Исключение составляют спорные дела.

17) Благодаря подобному принципу взаимного доверия, процедура исполнения судебного решения в государстве-члене ЕС, вынесенного в другом государстве-члене ЕС, должна быть быстрой и действенной. В связи с этим вступившее в силу судебное решение должно быть исполнено автоматически сразу же после проведения формальной проверки приложенных к нему документов. При этом суд не имеет права по собственной инициативе применить основания для отказа в исполнении решения, установленные настоящим Регламентом.

18) Однако право на защиту включает в себя право ответчика выдвигать возражения против решения об исполнении судебных решений, если ответчик решит, что существуют основания для неисполнения судебного решения. Процедура обжалования также должна быть доступна для истца в случае, если его заявление об исполнении судебного решения не было удовлетворено.

19) Преемственность между Брюссельской конвенцией и настоящим Регламентом должна быть обеспечена с помощью переходных положений. Подобное требование о преемственности применяется и в отношении толкований Брюссельской конвенции, осуществленных Судом Европейских сообществ и толкований Протокола 1971 г., которые будут применяться также в отношении дел, находящихся в производстве, после вступления настоящего Регламента в силу.

20) Великобритания и Ирландия в соответствии со статьей 3 Протокола «О положении Великобритании и Ирландии», являющегося приложением к Договору о создании Европейского Союза и к Договору об учреждении Европейского экономического сообщества, заявили о своем желании участвовать в принятии и применении настоящего Регламента.

21) Дания, в соответствии со статьями 1 и 2 Протокола «О положении Дании», являющегося приложением к Договору о создании Европейского Союза, не участвует в принятии настоящего Регламента и, следовательно, не связана им и не применяет его положения.

22) Поскольку Брюссельская конвенция остается в силе в отношениях между Данией и государствами-членами ЕС, определенными настоящим Регламентом, поэтому и Конвенция, и Протокол 1971 г. продолжают применяться в отношениях между ними.

23) Брюссельская конвенция также продолжает применяться на территориях государств-членов ЕС, на которые она распространяет свое действие и которые исключены из сферы действия настоящего Регламента согласно статье 299 Договора о создании Европейского Союза.

24) Кроме того, в целях единообразия настоящий Регламент не должен затрагивать правила, касающиеся осуществления юрисдикции и признания судебных решений, содержащиеся в специальных актах Сообщества.

25) Учитывая международные соглашения, заключенные государствами-членами ЕС, Регламент не должен затрагивать положения соглашений, регулирующие специальные вопросы, участниками которых являются государства-члены ЕС.

26) Должна быть предусмотрена необходимая гибкость, лежащая в основе правил, установленных настоящим Регламентом, в целях учета специальных процессуальных особенностей отдельных государств-членов ЕС. Некоторые положения Протокола, приложенного к Брюссельской конвенции, должны быть включены в текст настоящего Регламента.

27) В целях обеспечения гармоничного перехода в некоторых областях, которые были предметом специальных условий Протокола, являющимся приложением к Брюссельской конвенции, настоящий Регламент на переходный период устанавливает положения, принимая во внимание специфику положения некоторых государств-членов ЕС.

28) Не позднее, чем через пять лет после вступления в силу настоящего Регламента, Европейская комиссия представит отчет о его применении и, в случае необходимости, предложения о внесении в него изменений.

29) Европейская комиссия обязана будет сверить Приложения с I по IV с правилами национальной юрисдикции судов и компетентных органов и исправить положения, основываясь на дополнениях, внесенных государствами-членами ЕС. Дополнения, внесенные в Приложения V и VI, должны быть приняты в соответствии с Решением Совета ЕС 1994/468/ЕС от 28 июня 1999 г., устанавливающим процедуры для осуществления полномочий по имплементации, и по согласованию с Европейской комиссией.

28. ARBITRATION ACT 1996 (ENGLAND AND WALES)

44. Court powers exercisable in support of arbitral proceedings.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are—

(a) the taking of the evidence of witnesses;

(b)the preservation of evidence;

(c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings—

(i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or

(ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property;

and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration;

(d)the sale of any goods the subject of the proceedings;

(e)the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver.

(3)If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.

(4)If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.

(5)In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

(6)If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the subject-matter of the order.

(7)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

29. ТИПОВОЙ ЗАКОН ЮНСИТРАЛ (В РЕД. 2006 Г.)

Статья 17. Полномочия арбитражного суда выносить постановление о принятии обеспечительных мер

1) Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может, по просьбе какой-либо стороны, предписать обеспечительные меры.

2) Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру – независимо от того, вынесена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, – при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым окончательно урегулируется спор, арбитражный суд распоряжается о том, чтобы та или иная сторона:

a) поддерживала или восстановила статус-кво до разрешения спора;

b) приняла меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного ущерба или ущерба самому арбитражу или воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб;

c) предоставила средства для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение; или d) сохраняла доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора.

Статья 17 A. Условия для предписывания обеспечительных мер

1) Сторона, запрашивающая обеспечительную меру согласно пунктам 2 a), b) и c) статьи 17, убеждает арбитражный суд в том, что:

a) может быть причинен ущерб, который не может быть должным образом устранен путем присуждения убытков, если постановление о принятии такой меры не будет вынесено, и такой ущерб существенно перевешивает ущерб, который может быть причинен стороне, в отношении которой принимается такая мера, если эта мера будет предписана; и

b) существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа требования. Любое определение относительно такой возможности не затрагивает свободу усмотрения арбитражного суда при вынесении любых последующих определений.

2) Применительно к просьбе о принятии обеспечительной меры согласно пункту 2 d) статьи 17, требования, предусмотренные в пунктах 1 a) и b) настоящей статьи, применяются только в той мере, в которой арбитражный суд считает это уместным.

Статья 17 B. Ходатайства о вынесении предварительных постановлений и условия для вынесения предварительных постановлений

1) Если стороны не договорились об ином, сторона может представить, без уведомления любой другой стороны, просьбу о принятии обеспечительной меры вместе с ходатайством о вынесении предварительного постановления, предписывающего какой-либо стороне не наносить ущерба целям запрашиваемой обеспечительной меры.

2) Арбитражный суд может вынести предварительное постановление, если он сочтет, что предварительное раскрытие информации о просьбе о принятии обеспечительной меры стороне, в отношении которой она принимается, может нанести ущерб целям такой меры.

3) Условия, определенные согласно статье 17 A, применяются в отношении любого предварительного постановления при том условии, что ущерб, который должен оцениваться согласно пункту 1 a) статьи 17 A, представляет собой ущерб, который может быть причинен в результате вынесения или невынесения постановления.

Статья 17 С. Особый режим предварительных постановлений

1) Незамедлительно после того, как арбитражный суд выносит определение в отношении ходатайства о вынесении предварительного постановления, арбитражный суд уведомляет все стороны о просьбе о принятии обеспечительной меры, ходатайстве о вынесении предварительного постановления, предварительном постановлении, если таковое выносится, и всех других обменах сообщениями, в том числе путем указания на содержание любых устных сообщений, между любой стороной и арбитражным судом, которые касаются вышеперечисленного.

2) Одновременно арбитражный суд предоставляет любой стороне, в отношении которой принимается предварительное постановление, возможность изложить свою позицию в кратчайшие практически возможные сроки.

3) Арбитражный суд незамедлительно принимает решение по любому возражению против вынесения предварительного постановления.

4) Срок действия предварительного постановления истекает через двадцать дней после даты, в которую оно было вынесено арбитражным судом.

В то же время арбитражный суд может вынести обеспечительную меру, применяющую или изменяющую предварительное постановление, после уведомления стороны, в отношении которой принимается предварительное постановление, и предоставления ей возможности изложить свою позицию.

5) Предварительное постановление имеет обязательную силу для сторон, однако не подлежит приведению в исполнение в судебном порядке. Такое предварительное постановление не представляет собой арбитражного решения.