УДК 341.241.8(470+571)

Итан С. Бургер, профессор

Американский Университет, г. Вашингтон, Масачусетст авеню, 4400, США

Майкл Льюис, старший советник

Центр по разрешению споров, г. Вашингтон, Масачусетст авеню, 4400, США

Ольга Бочарова, конфликтолог

г. Вашингтон, Масачусетст авеню, 4400, США

РАЗРЕШЕНИЕ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ В РОССИИ: РОЛЬ МЕДИАЦИИ

Рассматриваются существующие в ряде западных стран нетрадиционные формы разрешения коммерческих споров.

Ключевые слова: коммерческий спор, арбитражный суд, третейский суд, медиация, посредник.

І. Введение: Особенности коммерческих споров в России

В течение нескольких последних лет российские и зарубежные деловые круги пристально следят за развитием целого ряда крупных коммерческих споров между иностранными компаниями и российскими партнерами по совместным предприятиям, поставщиками или клиентами. Споры такого типа стали характерным явлением в России. Это может происходить, например, из-за недобросовестности одной или обеих сторон в конфликте, но может также быть результатом других факторов, таких как стремительно развивающиеся изменения в законодательстве, налогообложении или даже в принципиальных вопросах осуществления хозяйственной деятельности в условиях рыночной экономики. Изменения, происходящие в экономике и в законодательстве, могут иметь неоднозначный и иногда непредвиденный эффект для участников коммерческого договора или сторон деловых взаимоотношений. Например, сохранение существующих отношений становится для одной из них менее привлекательным по сравнению с другими возможностями. Другой неблагоприятный фактор — постоянная смена руководящих кадров как в местных, так и в зарубежных компаниях. Проблема кадров стоит особенно остро для последних, так как иностранное руководство обычно не задерживается в России дольше чем один-два года. Это может иметь серьёзные последствия для сравнительно новых предприятий и деловых отношений, где письменные соглашения и официальные процедуры не всегда отражают истинные порядки в управлении.

Однако проблемы зарубежных и местных деловых людей не ограничиваются лишь растущим числом коммерческих споров (которые даже при их благоприятном разрешении могут быть губительны для коммерческой деятельности). Рассмотрение имущественных исков в суде может затянуться на неопределенное время и обернуться крупными затратами. Только государственная пошлина, взимаемая с исковых заявлений, составляет 5% от суммы иска до 1 млн. рублей, 50 тыс. рублей + 4% от суммы иска от 1 млн. до 10 млн. рублей и т. д. К этому добавляются расходы на оплату юридических услуг, которые в России еще не настолько разорительны, как за рубежом, но уже становятся значительными. Стоимость арбитража в арбитражных судах России также не намного меньше — в среднем 4-5% от суммы иска, а арбитраж в третейском суде, таком как Международный арбитражный суд при ТПП Российской Федерации, обходится еще дороже.

При этом объективное решение суда, арбитражного или третейского суда далеко не гарантировано. В силу недостатка опыта в рассмотрении современных коммерческих исков, российские судьи чаще выносят решения на основе формального толкования закона, чем на основе объективной и всесторонней оценки прав и обязательств сторон. Международный коммерческий арбитраж в таких арбитражных организациях как Арбитражный институт при Стокгольмской торговой палате (дальше SCC) или Международный арбитражный суд при Международной торговой палате в Париже (дальше ІСС) также не всегда представляется приемлемой альтернативой судебному производству. К примеру, стоимость арбитража при ІСС состоит из оплаты административных сборов — 25% от суммы иска, до 50,000 долларов, 3.5% от суммы иска, — до 100,000 долларовой т. д., а также оплаты услуг арбитров — максимум 17% от суммы иска до 50,000 долларов, — 11% от суммы иска до 100,000 долларов и т. д. Кроме того, выигравшая сторона, будь то зарубежная или местная, часто не в состоянии добиться судебного исполнения арбитражного решения в свою пользу. Серьезные проблемы также существуют и с исполнением судебных решений. Эта ситуация является результатом множества факторов. Зачастую невозможно определить местонахождение имущества ответчика, к тому же нередко сторона, подающая иск, особенно иностранная против местной, переоценивает финансовое благополучие ответчика. Помимо того, в неисполнении арбитражных и судебных решений виновны пороки существующего законодательства и недостаток квалифицированного и преданного делу судебного персонала. Поскольку традиционные формы разрешения споров не всегда являются наилучшим и наиболее эффективным вариантом, предпринимателям было бы полезно познакомиться с существующими альтернативами.

II. Медиация как альтернатива суду и арбитра

Собирательный термин арбитраж здесь и далее означает арбитраж как в государственных арбитражных судах, так и арбитраж в международных третейских судах. Кажется очевидным, что в большинстве случаев стороны в коммерческом споре, пытаясь избежать затрат и потери времени, должны попытаться уладить спор путем переговоров, прежде чем передать его в суд, арбитражный или третейский суд. К сожалению, это не всегда так. К тому же переговоры, лишенные заранее определенной структуры и четко обозначенных правил, часто не приводят к разрешению спора, даже если обе стороны добросовестно (особенно вначале) пытаются его уладить. Причиной может быть то, что участники переговоров не имеют достаточных полномочий для разрешения спора или опираются на неполную или неправильную информацию, предоставленную их сотрудниками. Часто стороны спора также переоценивают возможность благоприятного исхода арбитражного или судебного процесса, к тому же наличие взаимных обид может легко увести переговоры от сути проблем. Такие лишенные структуры переговоры между сторонами могут быть успешными, только если представители сторон глубоко понимают спорные вопросы, осознают важность сохранения продуктивных отношений между ними и обладают навыками эффективного общения и ведения переговоров. Естественно, такие условия существуют не всегда.

Выходом в таком случае может стать включение в договор или соглашение между сторонами положения о разрешении споров путем упорядоченных (структурированных) переговоров с помощью нейтрального третьего лица, направленных на достижение взаимоприемлемого для сторон решения. Такая практика в последние годы получила большое распространение в нескольких зарубежных странах, и в особенности в США. Одна из форм таких переговоров — медиация (также широко известная как *посредничество*), по нашему мнению, может стать самым многообещающим методом альтернативного разрешения споров в России.

К методам альтернативного разрешения споров относятся все несудебные средства, включая коммерческий арбитраж в международных третейских судах. Однако в последние годы международный коммерческий арбитраж под эгидой признанных арбитражных организаций стал все более напоминать судебный процесс по стоимости, продолжительности и сложности. Вообще, по сравнению с другими методами альтернативного разрешения споров, арбитраж в международных третейских судах ближе всего к судебному процессу. Хотя такой арбитраж позволяет сторонам выбирать процедуру; решение, как и в судебном процессе, выносится третьей стороной, а не самими участниками спора.

Медиация — это процесс, в котором нейтральная третья сторона пытается помочь двум или более сторонам спора достигнуть добровольного разрешения разногласий в результате переговоров. В идеальном варианте посредником является лицо (или группа лиц), имеющее необходимую профессиональную подготовку, навыки и опыт, позволяющие ему помочь сторонам прийти к исполнимому разрешению желательно всех спорных вопросов. У посредника, однако, нет полномочий навязывать решения сторонам. В этом состоит основное различие между медиацией и судебным производством или арбитражем. Судебное производство и арбитраж являются процессами соперничества, где каждая сторона пытается добиться решения в свою пользу. Посредник, напротив, организует упорядоченный процесс обмена мнениями, который позволяет сторонам высказать свои обиды, прояснить разногласия, определить основные интересы и потребности, как собственные так и другой стороны, и наконец выявить точки соприкосновения, на которых затем будут построены решения, выработанные самими сторонами. Энтузиасты медиации считают, что решения, сформулированные самими сторонами, часто превосходят те, которые выносятся третьими лицами, в первую очередь потому, что такие решения более приспособлены к обстоятельствам дела.

В США медиация заканчивается успехом в 57-85 % случаев. Практика показывает, что особенно удачно медиация проходит в случаях, когда стороны заинтересованы в сохранении продуктивных отношений, например в случае спора по объекту незаконченного строительства между заказчиком и подрядчиком или спора между владельцами и пользователями товарного знака. Другие преимущества медиации перед судебным процессом (и арбитражем, особенно если арбитражное решение необходимо исполнять в судебном порядке) — ее относительная быстрота и невысокая стоимость. Стоимость медиации значительно ниже стоимости судебного разбирательства, а также стоимости арбитража в арбитражном суде либо при какой-либо международной арбитражной организации за счёт чрезвычайно низких административных расходов, а также ее быстроты весь процесс может занять от 1 дня до 6 недель. В отличие от судебного производства и арбитража в арбитражных судах, медиация также обеспечивает конфиденциальность, что представляет собой одно из ее самых привлекательных качеств для спорящих сторон, которые хотели бы сохранить репутацию в своей отрасли.

Как было отмечено выше, медиация является процессом переговоров заранее определенной структуры. Форму этой структуры определяют сами стороны. За основу можно взять регламент любой организации, занимающейся разрешением споров, к примеру Регламент коммерческой медиации Американской арбитражной ассоциации, или Регламент разрешения споров Института общественных ресурсов (СРК Institute), или сформулировать свою собственную процедуру медиации, взяв за основу регламент какой-либо частной специализированной медиационной организации. Стороны также могут избрать согласительную процедуру на основе

Согласительного регламента Комиссии международного права ООН (ЮНСИТ-РАЛ) или под эгидой и в соответствии с правилами признанной организации. такой как ICC или SCC.

Такая процедура отличается от процедуры медиации лишь тем, что лицо, выступающее в роли посредника, может иметь право предлагать сторонам варианты решений, вместо того чтобы исключительно помогать сторонам формулировать собственные решения. Часто грань между согласительной процедурой и медиацией вовсе стирается, когда в процессе медиации стороны просят посредника предложить свои варианты решения.

Независимо от регламента, процесс медиации традиционно состоит из пяти взаимосвязанных стадий:

- 1. Подписание сторонами соглашения о медиации (это можно сделать до или после назначения посредников). Хотя в договоре, который регулирует деловые отношения между сторонами, может содержаться положение о медиации в случае спора, стороны редко подписывают соглашение о медиации заранее. Такое соглашение может быть подписано в любое время после возникновения спора. Часто к медиации обращаются уже после того, как начался процесс судебного производства или арбитража. В соглашении о медиации обычно указывается следующее: (а) процесс медиации является добровольным и может быть прекращен сторонами в любое время, (б) процесс медиации и материалы, подготовленные для посредников, являются конфиденциальными, (в) стороны обязуются не вызывать в суд посредников или привлекать к суду материалы, предоставленные посредникам, (г) посредники обязуются не разглашать конфиденциальную информацию, сообщенную им в процессе медиации, не давать добровольных показаний в пользу одной из сторон и не представлять отчетов по отношению к делу в суд, арбитражный или третейский суд, (д) правила, регулирующие процесс медиации, и (ж) стоимость медиации и порядок оплаты.
- 2. Перед первой встречей посредник может попросить стороны письменно изложить суть спора. Посредник также обычно обсуждает вопросы процедуры со сторонами и/или их юристами.
- 3. Первоначальные встречи, чаще всего проводимые с обеими сторонами, дают посреднику возможность объяснить суть процесса и начать заслушивать стороны (или юристов сторон) по поводу спорных вопросов.
- 4. За первоначальными встречами обычно следует ряд сессий, как совместных, так и индивидуальных, в ходе которых посредник выясняет заинтересованность каждой стороны в разрешении спора, наличие значительных препятствий к этому у каждой стороны и возможностей разрешения спора, самоочевидных для сторон. На индивидуальных сессиях с посредником участники спора чувствуют себя свободнее в поисках путей к разрешению спора. Прежде чем посредник перейдет от индивидуальных сессий к совместным, он должен точно выяснить, какую информацию, услышанную от одной из сторон, можно сообщить другой.
- 5. В процессе серии встреч со сторонами посредник помогает им определить, по каким вопросам они согласны и по каким вопросам их мнения расходятся. В идеальном варианте посредник может помочь сторонам достигнуть согласия по большему количеству вопросов и, соответственно, уменьшить разногласия, если не свести их на нет. Конечная цель каждого посредника — помочь сторонам прийти к окончательному и обязательному для них решению, закрепленному соглашением. Такое соглашение, по которому одна из сторон обязуется предоставить другой денежные средства, либо совершить определенные действия, либо не совершать определенных действий в обмен на аналогичное обязательство другой стороны, исполнимо в судебном порядке как контракт. В случае если стороны прибегли к медиации после того как началось судебное разбирательство, соглашение, принятое в результате медиации, будет рассмотрено судом, который может его одобрить

на свое усмотрение, оценив его правомерность, а также надлежащее оформление соглашения о медиации. В случае если по завершении процесса медиации стороны решат прибегнуть к арбитражному разбирательству в международном третейском суде, такой третейский суд может принять соглашение, принятое в результате медиации, в качестве собственного арбитражного решения. Такое решение международного коммерческого арбитража может быть исполнено по суду в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией ООН 1958 года "О признании и судебном исполнении иностранных арбитражных решений".

Процесс медиации, описанный выше, может быть приспособлен к конкретным нуждам сторон. Например, могут понадобиться услуги независимых экспертов для создания компромиссных вариантов или разработки критериев, которые позволят сторонам пересмотреть свои позиции.

IV. Медиация в России

В настоящее время процесс медиации широко не используется в России для разрешения коммерческих споров между иностранными и местными сторонами. Однако мы считаем, что эта возможность имеет значительный потенциал и должна заинтересовать как иностранные компании, ведущие дела в России, так и их местных партнеров. Нам известно из собственного опыта, что российские деловые люди в намного большей степени, чем их западные коллеги, склонны избегать открытого конфликта, "сохранять лицо" в споре, что должно сделать медиацию особенно привлекательным для них вариантом. Судебный или арбитражный процесс в такой ситуации может окончательно испортить и без того напряженные отношения.

Использование медиации в России как средства разрешения споров на практическом уровне постепенно начинает развиваться. Россия недавно начала использовать комиссии по разрешению конфликтов (в которых представлены работники и руководство) и профессиональных посредников для разрешения трудовых споров. Независимые центры медиации, такие как Московский центр по разрешению, предотвращению и изучению конфликтов и Центр по разрешению споров Санкт-Петербурга, часто поддерживаемые западными негосударственными организациями, начинают предлагать услуги по медиации в области семейных и трудовых конфликтов, мелких исков и потребительских споров.

На данный момент ICC, SCC и другие признанные международные организации, предоставляющие услуги по разрешению международных коммерческих споров, к сожалению, не имеют практического опыта медиации в России.

Нужно заметить, что хотя медиация может быть удачной в некоторых видах споров между иностранными и российскими сторонами, в принципе споры между представителями разных культур могут представлять серьезные трудности для международной коммерческой медиации. Основой медиации является эффективное общение. Различия в языке, жестах и стиле переговоров могут иметь серьезное влияние на ход межнациональных переговоров. Для обеспечения успеха медиации рекомендуется составить команду посредников из представителей каждой из стран участников спора. В идеальном варианте такие посредники должны пройти совместное обучение и продемонстрировать свою способность работать вместе. Каждый посредник должен иметь некоторый опыт в общении с лицами той же национальности, что и стороны в споре, и иметь возможность общаться с каждой стороной (хотя бы на элементарном уровне) на ее родном языке. Таким образом, возможность успешного использования медиации в России для разрешения коммерческих споров зависит от наличия украинских посредников, способных работать с зарубежными коллегами и представителями иностранных компаний, и, другой стороны, зарубежных посредников, знакомых с украинским языком и спецификой украинского менталитета.

Независимо от того, станет ли медиация общепринятым средством разрешения

коммерческих споров в России, она, вероятно, получит большее распространение в ближайшем будущем. Если судебное и арбитражное разбирательство будет и дальше вызывать неудовлетворение у деловых людей, они будут искать другие пути к разрешению споров. Низкая стоимость медиации, а также ее быстрота и высокое качество решений должны привлечь к ней внимание делового сообщества. В стране сейчас недостает обученных и опытных посредников. Но как и во всем, в рыночной экономике, спрос несомненно приведет к большему предложению.

Исходя из убеждения, что недостаток эффективных механизмов разрешения коммерческих споров является препятствием для интеграции России в мировую экономику и для развития внешней торговли и иностранных инвестиций, Международный институт права, Центр по разрешению споров и Российско-украинская юридическая группа ("Организационная группа") совместно с другими заинтересованными лицами начали неофициальное исследование о наличии заинтересованности в использовании медиации для разрешения споров в России ("Проект медиации"). Ими были подготовлены два опроса о посредничестве, которые направляются американским компаниям и юрилическим фирмам, велушим дела в России, а также руководителям российских предприятий. Деловой совет США — Россия, Американская торговая палата в России и Американская торговая палата в Украине выразили желание поддержать этот проект. Результаты опросов будут предоставлены Министерству торговли США и размещены для публичного доступа на сетевой странице Международного института права.

Ітан С. Бургер

Американський університет, м. Вашингтон, Масачусетст авеню, 4400, США

Майкл Льюїс

Центр по розв'язанню спорів, м. Вашингтон, Масачусетст авеню, 4000, США

Ольга Бочарова

м. Вашингтон, Масачусетст авеню, 4400, США

РОЗВ'ЯЗАННЯ КОМЕРЦІЙНИХ СПОРІВ У РОСІЇ: РОЛЬ МЕДІАЦІЇ

РЕЗЮМЕ

Розв'язання комерційних спорів мають різні форми. У ряді західних країн все більшого розвитку набуває нетрадиційна форма для розв'язнаая таких спорів — медіація. Наводяться позитивні сторони організації, проведення, виконання рішень, отриманих у результаті медіації.

Ключові слова: комерційний спор, арбітражний суд, третейський суд, медіація, посередник.