НОРМЫ НОВОГО МИРА

DOI: 10.22394/2070-8378-2021-23-1-56-64

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР ПРИ РАЗРЕШЕНИИ КОРПОРАТИВНЫХ СПОРОВ, ОСЛОЖНЕННЫХ ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ

СЕРГЕЙ СЕРГЕЕВИЧ ЧЕКУЛАЕВ, **депутат Думы Пограничного муниципального округа Приморского края, старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса Юридической школы**
Дальневосточный федеральный университет (Российская Федерация, 690922, Приморский край, Владивосток, о. Русский, п. Аякс, 10). E-mail: chekylaev@mail.ru

Аннотация: В статье рассматриваются перспективы использования медиации для разрешения корпоративных споров, осложненных иностранным элементом, когда возникает необходимость урегулирования возможных конфликтов путем достижения консенсуса между сторонами. При обращении к примирительным процедурам следует учитывать различное состояние соответствующего национального законодательства и региональных международных соглашений, а также принимать во внимание не только интересы и толкование проблемной ситуации с позиции участника – стороны в споре, но и законодательное регулирование, опирающееся на действующую правовую базу. Проблемным вопросом в данной сфере является существование нескольких правовых подходов. Нередко сотрудничество осложняется вероятностью негативного исхода дела. Конфликт интересов может привести к нежелательным последствиям. Одним из наиболее эффективных способов урегулирования является применение примирительных процедур: переговоров, посредничества, медиации и судебного примирения, а также иных процедур, не противоречащих действующему законодательству. В целом медиация рассматривается как гибкий процесс, поддерживающий автономию сторон, правовые и неправовые подходы к решению проблем и творческие индивидуальные решения. Кроме того, вопрос о выборе примирительной процедуры для урегулирования спора может быть решен участниками корпоративных отношений еще до возникновения конфликта посредством закрепления медиативной оговорки в локальных документах организации.

Ключевые слова: примирительные процедуры, конфликт, стороны, переговоры, посредничество, медиация, спор, корпоративные отношения

Статья поступила в редакцию 2 октября 2020 года.

Чекулаев С.С. Некоторые проблемы применения примирительных процедур при разрешении корпоративных споров, осложненных иностранным элементом. *Государственная служба.* 2021. № 1. С. 56–64.

SOME PROBLEMS OF APPLYING CONCILIATION PROCEDURES IN THE RESOLUTION OF CORPORATE DISPUTES COMPLICATED BY A FOREIGN ELEMENT

SERGEY SERGEYEVICH CHEKULAEV, **Deputy of the Duma of Primorsky Krai Municipal District, Senior Lecturer, Department of Civil Law and Procedure, School of Law**
Far Eastern Federal University (10, Ajax Bay, Russky Island, Vladivostok, 690922, Russian Federation). E-mail: chekylaev@mail.ru

Abstract: The article describes the perspectives for using mediation to resolve corporate disputes complicated by a foreign element, when it is necessary to resolve possible conflicts by reaching consensus between the parties. When using conciliation procedures, one should consider different states of the relevant national legislation and regional international agreements, and also take into account not only the interests and interpretation of the problem situation from the position of the participant – the party to the dispute, but also the legislative regulation based on the current legal framework. One problematic issue in this area is the existence of several legal approaches. Cooperation is often complicated by the likelihood of a negative outcome. Conflicts of interest can lead to unwanted consequences. One of the most effective ways for settling conflicts is the use of conciliation procedures: negotiations, mediation, mediation and judicial conciliation, as well as other procedures that do not contradict the current legislation. In general, mediation is seen as a flexible process that supports the autonomy of the parties, legal and non-legal approaches to problem solving and creative individual solutions. In addition, the issue of choosing conciliation procedure for resolving a dispute can be resolved by participants in corporate relations even before the conflict arises by fixing a mediation clause in the local documents of the organization.

Keywords: conciliation procedures, conflict, parties, negotiations, conversation, mediation, dispute, corporate relations

The article was received on October 2, 2020.

Chekulaev S.S. Some problems of applying conciliation procedures in the resolution of corporate disputes complicated by a foreign element. *Gosudarstvennaya sluzhba.* 2021. No. 1. P. 56–64.

Введение

Специфика корпоративных отношений делает весьма привлекательными примирительные процедуры, к которым традиционно относятся переговоры, посредничество, включая медиацию и судебное примирение. Наряду с этим Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации допускает использование и других процедур, не противоречащих федеральному закону (статья 138.2. Виды примирительных процедур)[1].

Переговоры представляют собой любую форму прямой или косвенной связи, при которой стороны, имеющие противоположные интересы, обсуждают конфигурацию возможных совместных действий, предпринимаемых для урегулирования и разрешения возникшего между ними спора. С организационной точки зрения они являются наиболее гибкой и быстрой формой разрешения споров, поскольку предусматривают участие только самих конфликтующих сторон и их представителей, если таковые имеются, и предполагают свободу усмотрения в части формата их проведения (места, времени, повестки дня, круга участников). Сами переговоры при этом могут включать в себя как устные переговоры, так и переписку между ними. Рассматривая этот вопрос с позиции корпоративных отношений, можно сказать, что именно диспозитивность является преимуществом при такого рода конфликтах. Так, именно благодаря особенности гражданско-правовых отношений, децентрализованного типа регулирования, можно обнаружить солидарный тип коммуникаций, предполагающий взаимодействие субъектов в форме сотрудничества в достижении общих целей. Именно в частноправовых отношениях в полной мере происходит «взаимодействие», в котором существует общность интересов его участников и где обязательным условием и результатом разрешения конфликтов выступает согласие [Зайцев, Рыбаков, 2016. С. 63]. Еще одним преимуществом переговоров как способа разрешения корпоративного конфликта является сохранение конфиденциальности ввиду отсутствия третьих лиц, а также незначительность затрат на его реализацию.

Вместе с тем переговоры не всегда могут рассматриваться как подходящий инструмент для разрешения конфликтов, в том числе корпоративных. Прежде всего, следует учитывать общие негативные черты переговорного процесса, которые во многом являются обратной стороной их достоинств. Во-первых, отсутствие правовой регламентации порождает вопросы относительно порядка проведения переговоров и их последствий, что может стать дополнительным источником напряженности в отношениях сторон. Во-вторых, переговоры во многом непредсказуемы, учитывая, что любая из сторон свободна в решении выйти из этого процесса. Серьезной проблемой является отсутствие каких-либо гарантий, защиты ввиду необязательности достигнутых договоренностей, если переговоры не завершились подписанием юридически значимого соглашения, а также риска использования их для создания искусственных препятствий в дальнейшем исходе дела. Отсутствие нейтральной третьей стороны может повлечь риск недостижения соглашения ввиду неспособности определить ключевые вопросы, требующие решения, не говоря уже об обеспечении какого-либо прогресса в этом направлении. Практически не будет шансов на соглашение по вопросу, в котором стороны разделены противоположными позициями, при отсутствии готовности пойти на взаимные уступки.

Переговоры как способ разрешения споров

В зарубежной правовой доктрине препятствия для обеспечения успешности переговорного процесса видят в отсутствии адекватной подготовки (сбора фактов, их анализа, а также стратегического планирования), недостаточно эффективной коммуникации, в том числе вследствие различных оценок альтернативы ожидаемому соглашению, неоднозначном восприятии одной и той же информации, истории предшествующих усилий по урегулированию конфликта [Green, 1986. P. 235].

Специфика корпоративных отношений также вносит свои коррективы. Эффективность переговоров обратно пропорциональна числу участников. В силу этого они вряд ли будут приемлемы при возникновении серьезных разногласий между большим количеством акционеров и органами управления, поскольку если сторона, имеющая интерес к предмету спора, исключается или неадекватно представлена в переговорах, то значение достигнутого соглашения снижается.

Негативным фактором является и существенное различие в правовом положении конфликтующих сторон. Особенно отчетливо это проявляется при реализации своих прав и законных интересов миноритариями, которые, будучи более слабой стороной, рискуют оказаться в невыгодном положении. При отсутствии необходимых гарантий в переговорном процессе они будут рассматривать соглашение как несправедливое, даже если его содержание безупречно. Принципиальной является и стадия развития конфликта, поскольку переговоры предполагают стремление к конструктивному сотрудничеству, нетипичному для его острой фазы. В корпоративных спорах, осложненных иностранным элементом, дополнительной проблемой могут стать правовые и культурные барьеры.

Следует признать, что отношение к переговорам как процедуре разрешения конфликта в правовой доктрине неоднозначно. Прежде всего возникает

1 http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/2925103acc7ce203e8d7d78ee31a323e46d45c4c/

вопрос о возможности их рассмотрения в качестве самостоятельной процедуры АРС (альтернативные процедуры разрешения споров). Большинство исследователей рассматривают переговоры в качестве самостоятельного способа разрешения спора. Необходимо отметить, что термин «переговоры» не имеет собственной смысловой нагрузки, позволившей отделить их понятийно от прочих различных форм взаимодействия субъектов в ходе медиации или иных способов разрешения споров, поэтому они не могут являться самостоятельной юридической процедурой. Однако подобные аргументы представляются неубедительными, учитывая возможность широкой трактовки данного понятия в качестве мероприятия, проводимого для выработки согласованной позиции [Носырева, Фильченко, 2015. С. 140].

Преимуществом переговоров перед другими способами разрешения споров является их неформальный и конфиденциальный характер, позволяющий проявлять достаточную гибкость в решении проблемных вопросов, что ставит под сомнение целесообразность их правовой регламентации наравне с процедурами медиации и арбитража. В зарубежной практике такая тенденция, как правило, не прослеживается именно ввиду явно выраженного неформального характера процедуры. Однако в АПК Российской Федерации была внесена статья 138.3[2], посвященная переговорам, содержание которой уже на этапе законопроекта подверглось критике. Во-первых, под сомнение была поставлена целесообразность передачи суду полномочий по ограничению переговорного процесса какими-либо сроками, установленными судом, особенно если речь идет о сложных и (или) многосубъектных спорах. Во-вторых, возражение вызвала возможность законодательного установления обязательности реализации такой процедуры [Шеменева, 2019. С. 49], поскольку именно добровольность участия в переговорах как проявление готовности найти решение возникшей проблемы является залогом их успеха. Вместе с тем безусловным доводом в пользу законодательного закрепления данного способа разрешения спора стало то, что законодатель (а вслед за ним и судебная практика) предоставляет преимущество приостановления срока исковой давности только для досудебных порядков, предусмотренных законом [Стрельцова, 2016. С. 36], несмотря на то, что суды должны всячески поощрять стороны к использованию альтернативных процедур. В этой связи поддерживается приемлемое свойство диспозитивности, проявлением которого на практике и являются переговоры. Однако существуют и сложности. Так, «проблемой для Российской Федерации является то, что до сих пор не выработаны процедуры согласования интересов, поскольку в законодательном процессе достаточно часто прослеживается тенденция, в соответствии с которой во внимание принимаются интересы какого-либо одного субъекта (или государства, или производителя, или предпринимателя, или потребителя)». [Примак, Зайцев, 2014. С. 128].

Не менее сложным для правовой регламентации переговоров является вопрос о структуре этого процесса, который также рассматривается по-разному. Большинство авторов, опираясь на общепринятый подход к определению этапов осуществления любой деятельности, выделяют три пункта: 1) подготовительный, состоящий в организации переговоров; 2) непосредственно переговорный процесс, направленный на урегулирование конфликта; 3) завершающий, состоящий в подведении итогов переговоров, включая их анализ и оформление [Дельцова, 2017. С. 75]. А.А. Брыжинский, раскрывая свое видение этапов переговорного процесса, осуществляемого в целях разрешения правового конфликта, делает акцент на психологической составляющей [Брыжинский, 2006. С. 12], что значимо с точки зрения конфликтологии, но ничего не дает для характеристики правоотношений сторон, которые предопределяют специфику конкретных переговоров.

Как представляется, излишняя формализация переговорного процесса вряд ли способна повысить его эффективность, предопределяемую готовностью сторон пойти на компромисс. По мере того как партнерские отношения и альянсы становятся все более важными в бизнесе, усиливается стремление рассматривать переговоры как институциональную возможность, а не как ряд отдельных событий. Все это требует иного, более скоординированного подхода к организации переговоров и управлению ими, что предполагает законодательное закрепление основополагающих принципов их осуществления и ответственность за недобросовестное введение участников корпоративных отношений с предоставлением сторонам права заключать соответствующие соглашения, которые могут детализировать условия и порядок участия в них, распределение расходов, меры ответственности. Ориентиром в правовой регламентации этих отношений могут выступать положения статьи 434.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ)[3], хотя в корпоративных спорах, осложненных иностранным элементом, дополнительно будет возникать вопрос о применимом праве и форме соглашения. Момент его заключения также значим, поскольку в случае возникновения конфликта сторонам придется договариваться уже относительно достижения данного соглашения. Поэтому заслуживает внимания практика разработки локальных документов корпораций, обеспечивающих право-

2 https://www.zakonrf.info/apk/138.3/

3 http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/f5e55adcc2ef06ee9e5b7f57f0f3ca3d2ea8825c/

вое оформление общекорпоративной переговорной инфраструктуры. В качестве предварительного условия для начала переговоров (с целью предотвращения репутационных потерь) может выступать заключение соглашения о конфиденциальности (non-disclosure agreement, NDA).

Основополагающими принципами ведения переговоров при этом будут признаваться:

– добровольность, означающая самостоятельное решение о вступлении в переговорный процесс, участии в нем, принятии или отклонении итогов переговоров. Решение является результатом совокупной и во многом субъективной оценки: желания разрешить спор, уровня доверия к другой стороне (сторонам), степени соответствия сторон с точки зрения мировоззрения, правового мышления или ресурсов, готовности установить или сохранить отношения, желательности использования другой формы альтернативного разрешения конфликтов (посредничество или арбитраж), а также соответствия согласованного решения интересам какой-либо или всех рассматриваемых сторон;

– свобода выбора предмета и формата переговоров: от произвольного определения круга обсуждаемых вопросов до условий и обстановки, в которой они проходят;

– равенство переговорных возможностей, предполагающее согласование круга вопросов, подлежащих обсуждению, свободный доступ к информации, необходимой для принятия решений, а также возможность выбора представителя для отстаивания своих интересов.

Следует учитывать, что каждые переговоры уникальны, поскольку отличаются друг от друга с точки зрения предмета, количества участников и используемого процесса, что не мешает выработке общих подходов к ним. Кроме того, в правовой системе различных государств подход к процедуре переговоров может отличаться. Хотя появляется и тенденция к универсальному решению проблемы. Так, «вопросы соотношения и взаимодействия административных преобразований в России, национальной правовой системы и международных управленческих стандартов приобретают особое значение в контексте развития интеграционных процессов и тенденции глобализации» [Барциц, 2009. С. 12]. Специфика переговорного процесса в рамках корпоративных споров определяется многосубъектным составом участников соответствующих правоотношений, порождая доминирование многосторонних переговоров с присущими им особенностями. Речь идет об определении состава их участников, который не столь очевиден, поскольку корпоративное законодательство дает основание исключать из переговорного процесса миноритариев, не имеющих достаточного количества голосов для оказания существенного влияния на принятие управленческих решений, а также держателей привилегированных акций, чье право на участие в управлении, а следовательно, и возможность отстаивать определенную позицию в конкретном корпоративном конфликте ограничены довольно узким кругом вопросов. Участие некоторых субъектов, например, бенефициаров, может быть необходимым в силу их потенциального вклада в решение рассматриваемого вопроса. Другие могут быть приглашены для выполнения роли спойлеров, которые, не имея шансов отстоять свою позицию, будут играть на стороне одного из участников переговоров, повышая его конкурентные преимущества. Возможности создания коалиций существенно отличают многосторонние переговоры от двусторонних, где соотношение сил более или менее очевидно для всех участников.

Важным отличием двусторонних и многосторонних переговоров являются последствия отсутствия одного из участников. Если двусторонние переговоры в этом случае признаются несостоявшимися, то в отношении многосторонних переговоров этот вопрос решается не столь однозначно. В целом переговоры предстают как доступный способ непосредственного урегулирования корпоративного конфликта самими сторонами без участия третьих лиц, обеспечивающий максимальное сохранение частноправовой инициативы в его разрешении и позволяющий достичь значимой для сторон цели при сохранении конфиденциальности.

Медиация как способ разрешения корпоративных конфликтов

Организационные недостатки переговоров в значительной степени компенсируются при посредничестве. Этот способ разрешения корпоративного конфликта может быть:

1) неинституализированным, когда стороны самостоятельно выбирают посредника, не обращая внимания на его правовой статус и какие-либо законодательные предписания относительно порядка реализации соответствующих процедур;

2) институализированным, предполагающим формирование посреднических структур, отвечающих установленным законом требованиям как в части квалификации посредников, так и порядка реализации осуществления примирительных процедур. В зависимости от особенностей выбора и статуса посредника, правил распределения расходов они могут подразделяться на судебные (судебное примирение) и несудебные (медиация).

В первом случае участие посредника призвано лишь сгладить потенциальные разногласия, но не накладывает на стороны каких-либо обязательств. В частности, Кодекс корпоративного управления ПАО «Аэрофлот»[4] предусматривает, что при возник-

4 https://ir.aeroflot.ru/fileadmin/user_upload/files/rus/common_info/vnutr_dokumenty/kodeks_korporativnogo_upravleniia.pdf

новении корпоративного спора Совет директоров реализует возможности и конституирует границы своего участия в роли посредника при его урегулировании, а также меры для его разрешения. Подобный способ нивелирования корпоративных конфликтов, будучи внутренним делом компании, не получает достаточной регламентации, поскольку сохраняет неформальный характер.

Иная ситуация складывается в отношении медиации, широко используемой в зарубежной практике, в том числе для разрешения корпоративных конфликтов. Во многих странах она является обязательным условием обращения к судебной процедуре. Европейский суд признал обязательную внесудебную процедуру медиации уместной и соразмерной в качестве устоявшегося закона, указав, что принцип права на справедливое судебное разбирательство может подлежать ограничениям, которые сами по себе являются соразмерными и обеспечивают законный общественный интерес, направленный на улучшение доступа к правосудию. В более общем плане он заявил, что национальное законодательство государств – членов ЕС может устанавливать внесудебное посредничество в качестве требования до начала судебного разбирательства при условии, что 1) навязанное третьей стороной обязательное решение не вытесняет юрисдикцию судов; 2) в результате этого не возникает существенной задержки в возбуждении судебного разбирательства; 3) стороны не имеют временных ограничений на ведение судебных разбирательств; 4) нет никаких существенных финансовых последствий для сторон, участвующих в медиации[5].

Процедура медиации в Российской Федерации является способом урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, – гласит Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»[6].

Вопрос о выборе данной процедуры для разрешения спора может быть решен участниками корпоративных отношений задолго до возникновения конфликта посредством закрепления медиативной оговорки в локальных документах организации. Так, группой компаний ПАО «Россети» в качестве внутреннего документа общества был утвержден Регламент рассмотрения и урегулирования споров и конфликтов интересов[7].

При использовании медиации для разрешения рассматриваемой категории споров неизбежно возникает вопрос о правовом статусе медиатора, порядке реализации процедуры, содержании и юридической силе, а также исполнении медиативного соглашения, которые могут определяться по-разному. Согласно статье 15 Федерального закона Российской Федерации от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»[8], деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе. Причем это не обусловлено характеристикой конкретной категории споров. В ЕС сформирована общая позиция, согласно которой государства должны содействовать повышению качества медиативных процедур, уделяя внимание первоначальному и последующему обучению посредников (ст. 4 Директивы Европейского парламента и Совета Европейского союза 2008/52/ЕС от 21 мая 2008 года «О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах»)[9], поощряя в любом порядке, который они сочтут подходящим, составление добровольных кодексов надлежащего поведения при посредничестве и присоединение к ним кодексов посредников и организаций, оказывающих такие услуги по посредничеству.

Зарубежный опыт использования медиации

В качестве способа разрешения споров медиация обладает несомненными преимуществами: гибкость, позволяющая принимать решения о типе медиации, порядке осуществления процедуры, включая сроки и место ее проведения; возможность выбора посредника в соответствии с его навыками и областью знаний; сравнительно низкие издержки; относительная быстрота разбирательства; предсказуемость результатов процедуры (решение не может быть навязано сторонам); сохранение контроля сторон за реализуемой процедурой; конфиденциальность, позволяющая исключить репутационные риски (при этом стороны могут договориться о раскрытии соглашения); отсутствие юридической ответственности за недостижение соглашения. В отличие от судебного разбирательства медиация позволяет рассмотреть все аспекты спора, не ограничиваясь его юридической составляющей, отступить от используемого судом стандарта доказывания, предполагающего соблюдение требований об относимости, допустимости и достаточности доказательств, распределении обязанностей по доказыванию. В случае признания сторонами, что отдельные утверждения имеют определенную ценность, принимается промежуточное решение. Необходимо учитывать и то, что суд связан законодательны-

5 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A62008CJ0317

6 http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103038/e21bf6629de12458b6382a7c2310cc359186da60

7 https://www.rosseti.ru/media/solutions/pr206.pdf

8 https://fzrf.su/zakon/o-procedure-mediacii-193-fz/st-15.php

9 https://mediacia.com/wp-content/uploads/2018/07/Directive_2008_rus.pdf

ми предписаниями относительно разрешения возникающих правовых коллизий и необходимостью вынесения окончательного решения, к принятию которого стороны конфликта могут оказаться не готовы. В силу этого медиативное решение, скорее всего, будет восприниматься всеми сторонами как справедливое [Runesson, Guy, 2007. P. 57].

Говоря о перспективах использования медиации для разрешения корпоративных споров, следует учитывать различное состояние соответствующего национального законодательства и региональных международных соглашений. В то же время в США, несмотря на широкие полномочия штатов, действует Единообразный закон о медиации[10]. В Великобритании какого-либо универсального нормативного правового акта подобного содержания не существует в силу передачи полномочий в сфере гражданской юстиции на региональный уровень, что компенсируется большим количеством отраслевых норм и прецедентного права, которые требуют проведения данной процедуры обращения в суд [Cortes, 2015. P. 3].

В национальном законодательстве этот вопрос может решаться с помощью указания пределов действия соответствующих нормативных предписаний. Так, согласно статье 6 Закона Сингапура о медиации[11], он применяется в отношении любого посредничества, проводимого в соответствии с медиативным соглашением, если медиация полностью или частично проводится в Сингапуре или само соглашение предусматривает, что к ней применяется этот закон или законодательство Сингапура в целом. В Сингапуре медиация рассматривается как процесс, включающий одну или несколько сессий, в ходе которых один или несколько посредников помогают сторонам в споре выполнять все или любое из следующих действий с целью облегчения урегулирования всего или части конфликта: определить дискуссионные вопросы, исследовать и генерировать способы их решения, общаться друг с другом и добровольно прийти к соглашению.

В ФРГ посредник несет ответственность за обеспечение со своей стороны достаточного практического опыта и теоретических знаний, чтобы иметь возможность руководить сторонами в ходе медиации на экспертной основе. Требования к подготовке медиатора, прописанные в ст. 5 Закона о медиации (MediationG), в частности, предусматривают знание основ медиации, ее процесса и структуры; понимание методов ведения переговоров и общения; конфликтную компетентность; знание закона медиации, а также роли закона в медиации[12].

Медиаторы в Великобритании, напротив, не обязаны иметь юридическое образование для получения статуса посредника. Считается, что принятие непрофессионалов в этом качестве неразрывно связано с традициями общего права, где непрофессионалы исторически играли центральную роль в процессе отправления правосудия Соединенного Королевства. Каждая организация ADR имеет свой собственный кодекс поведения и свои требования к аккредитации посредников [Cortes, 2015. P. 5].

В Китае народные посредники должны быть совершеннолетними, справедливыми и порядочными гражданами, с энтузиазмом относящимися к посреднической работе, имеющими определенный культурный и политический уровень, а также юридические знания. Они назначаются Народным посредническим комитетом, членами которого должны являться (статьи 13 и 14 Закона КНР о народном посредничестве от 28 августа 2010 года)[13].

В Японии на положение о квалификации медиаторов значительное влияние оказал закон «Об адвокатах», запрещающий лицам, не имеющим квалификации адвоката, заниматься примирением или посредничеством на регулярной или деловой основе [Baum, 2013. P. 1011-1094].

В некоторых актах о медиации применительно к трансграничным спорам оговаривается желательность назначения в качестве посредника лица, имеющего гражданство, отличающееся от гражданства сторон, особенно в тех случаях, когда стороны имеют различное гражданство, что рассматривается как одно из условий обеспечения его беспристрастности, например, статья 5 Единообразного закона ОХАДА (Организация по гармонизации коммерческого права в Африке) о медиации[14].

Различия прослеживаются: в необходимости членства в соответствующей организации, которое может быть обязательным и факультативным; степени регламентации деятельности, включая кодексы поведения; аккредитации посредника, которая может определять характер участия посредника в урегулировании спора; в вопросах страхования профессиональной ответственности медиатора. На этом разнообразном фоне международные бизнес-лидеры и потенциальные клиенты медиаторов, такие как Э. Пфайффер, председатель правления Paranova Gruppen в Копенгагене, и Вольф фон Кумберг, помощник генерального юрисконсульта Northrop Grumman Corporation, публично одобрили создание пула международно признанных медиаторов, которые пользуются доверием и поддержкой авторитетных организаций. Также свои услуги в международном посредничестве предлагает Международный институт медиации (IMI)[15]. Вторая половина 1990-х годов ознаменовалась началом

10 https://www.uniformlaws.org/home

11 https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017

12 https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/BJNR157710012.html

13 https://asia-business.ru/law/law3/agent/

14 https://www.ohada.org/

15 https://www.imimediation.org/

трансграничного этапа институционализации посредничества. Международные коммерческие арбитражные учреждения (Международный арбитраж при МТП в Париже, Лондонский международный коммерческий арбитраж) начали предлагать трансграничное посредничество, в то время как национальные организации, такие как Австралийский центр по коммерческим спорам (Australian Centre for International Commercial Arbitration) в Сиднее[16], Центр альтернативного разрешения споров (ADR) в Риме[17], JAMS в Калифорнии[18], начали расширять свои существующие посреднические услуги и возможности за пределами границ. Существует много примеров координации, происходящей в связи с расширением практик трансграничного посредничества. В 2009 году был создан первый трансатлантический альянс посреднических организаций, The Mediation Services Alliance (MEDAL), JAMS в США и ADR-центр в Италии объявили о создании Международного ADR-центра JAMS для обеспечения посредничества и арбитража в трансграничных спорах по всему миру. Вследствие этого возрастает роль негосударственных механизмов регулирования посредничества.

Особенности организации процедур медиации

Организация процедур медиации в системе способов разрешения споров позволяет выделить несколько законодательных моделей.

1) **Модель правосудия**, где медиация является неотъемлемой частью судебной системы и, следовательно, функцией суда, в силу чего именно он решает вопрос об обращении сторон к процедуре медиации. Процесс медиации проходит в здании суда и с судебными практикующими медиаторами. Посредники набираются из числа судей, сотрудников судов и групп посредников, прикрепленных к суду или внешней организации АРС. Сами посредники выбираются и назначаются судом, а расходы на посредничество несет судебная система. Эта модель сложилась в странах континентального права, таких как Словения, Германия, КНР и некоторых частях Скандинавии. Он также встречается в некоторых судах и трибуналах общей юрисдикции Австрии и Канады.

2) **Рыночная модель**, характеризующаяся передачей посреднических функций внешним по отношению к суду лицам, услуги которых по урегулированию спора оплачивают стороны. Рыночная модель судебной медиации возникла в таких юрисдикциях общего права, как Канада, Австралия, Англия, Гонконг и Соединенные Штаты, но она также практикуется в некоторых юрисдикциях стран континентального права.

3) **Смешанная модель**, сочетающая элементы вышеперечисленных. Например, в некоторых случаях в Австралии и Германии внешние посредники назначаются судом и предоставляются за счет суда сторонам, что дает основание говорить о возможности гармонизации используемых в медиации процедур [Alexander, 2013. P. 158]. По тому же пути пошел законодатель и в России, введя судебное примирение, которое, впрочем, не рассматривается как разновидность медиации (ст. 138.5 АПК РФ)[19], прежде всего, в силу специфики статуса судебных примирителей, в качестве которых выступают судьи в отставке, включенные в формируемый Пленумом Верховного Суда Российской Федерации на основе предложений арбитражных судов список судебных примирителей, а также четкой регламентации соответствующей процедуры, определяемой АПК РФ и Регламентом проведения судебного примирения, утвержденным постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 2019 года № 41[20].

В каждой из них неизбежно возникает вопрос об исполнении заключенного медиативного соглашения, юридическая сила которого также может различаться. Как правило, им придается статус гражданско-правовых сделок, что и предопределяет выбор способов защиты их участников, которые определяются гражданским законодательством соответствующего государства. На это прямо указывает п. 4 ст. 15 Закона о медиации[21]. Возможность принудительного исполнения медиативного соглашения связывается с его установлением судом или третейским судом как мирового соглашения либо нотариальным удостоверением. Причем в обоих случаях соглашению придается статус исполнительного документа, что вряд ли будет иметь значение в иностранной юрисдикции, где заинтересованная сторона вынуждена будет инициировать разбирательство в государственном суде или международном коммерческом арбитраже, снижая привлекательность медиации как способа разрешения спора.

Решение этой проблемы изначально виделось в распространении на подобные соглашения правил, установленных Нью-Йоркской конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года[22]. На сегодняшний день все надежды связываются с ратификацией Конвенции Организации Объединенных

16 https://acica.org.au/

17 https://www.adrcenterglobal.com/

18 https://www.jamsadr.com/

19 АПК РФ. Статья 138.5. Судебное примирение (введена Федеральным законом Российской Федерации от 26 июля 2019 года № 197-ФЗ). http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/2be23ac365858f8dd458eb93373b7060b0207114/

20 https://rg.ru/2019/11/12/reglament-dok.html

21 http://www.kremlin.ru/acts/bank/31539

22 https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf

Наций о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации (Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 20 декабря 2018 года)[23], которая должна создать единое правовое поле для признания и исполнения таких соглашений в иностранных юрисдикциях без обременительных судебных процедур. Под действие Конвенции подпадают соглашения, отвечающие совокупности следующих признаков:

– заключение соглашения в ходе медиативной процедуры. При этом наличие соглашения сторон о ее проведении либо привлечение какого-либо института, осуществляющего администрирование процедуры посредничества, не является обязательным условием его действительности;

– международный характер соглашения, который связывается с нахождением коммерческих предприятий по крайней мере двух сторон мирового соглашения в различных государствах либо тем обстоятельством, что государство, в котором пребывают коммерческие предприятия сторон мирового соглашения, не будет: ни государством, в котором производится исполнение большей части обязательств по мировому соглашению, ни государством, которое наиболее тесно связано с предметом такого соглашения. Если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, то предприятием является то из них, которое, с учетом обстоятельств, известных сторонам или предполагавшихся ими во время заключения мирового соглашения, наиболее тесным образом связано со спором, урегулированным мировым соглашением (статьи 1 и 2 Конвенции);

– соблюдение письменной формы соглашения, включая электронные сообщения, если содержащаяся в них информация доступна для последующего использования и воспроизведения.

Заключение

Таким образом, реальную перспективу для разрешения корпоративных споров, осложненных иностранным элементом, имеют только медиативные соглашения, утвержденные судом в качестве мирового соглашения. Также не будут подпадать под действие Конвенции соглашения, достигнутые после начала судебного разбирательства, потому что в данном случае они могут быть приведены в исполнение в качестве судебных решений в государстве по месту возбуждения судебного разбирательства. Не распространяется она и на соглашения, достигнутые в ходе арбитражного разбирательства, в качестве «решений на согласованных условиях», поскольку они имеют такой же статус, как любое арбитражное решение [Засемкова, 2019. С. 60-72]. Подобный подход призван устранить возможное дублирование вопросов исполнения соглашений, подпадающих под сферу действия иных документов. Итак, все вышеизложенное позволяет сделать несколько выводов:

1. Переговоры представляют собой форму непосредственного взаимодействия сторон, имеющих противоположные интересы, состоящего в устном или письменном обсуждении любых совместных действий, которые они готовы предпринять для урегулирования и разрешения возникшего между ними спора. При этом общие негативные черты переговорного процесса во многом являются обратной стороной таких их достоинств, как неформальность и добровольность. Эффективность переговоров обратно пропорциональна стадии развития конфликта, числу участников и уровню диспаритета сторон, в том числе выраженного в различии их правового статуса.

2. Излишняя формализация переговорного процесса не способна повысить его эффективность, которая предопределяется готовностью сторон пойти на компромисс. Законодателю следует ограничиться закреплением основополагающих принципов их осуществления (добровольность, свобода выбора предмета и формата переговоров, равенство переговорных возможностей, добросовестность) и ответственности за их недобросовестное ведение с предоставлением сторонам права заключать соглашения о порядке ведения переговоров, в котором могут детализироваться условия и порядок участия в них, распределение расходов, меры ответственности.

3. Посредничество как способ разрешения корпоративного конфликта может быть: а) неинституализированным, когда стороны самостоятельно выбирают посредника, не обращая внимания на его правовой статус и какие-либо законодательные предписания относительно порядка реализации соответствующих процедур; б) институализированным, предполагающим формирование посреднических структур, отвечающих установленным законом требованиям как в части квалификации посредников, так и порядка реализации осуществления примирительных процедур. В зависимости от особенностей выбора и статуса посредника, правил распределения расходов они могут подразделяться на судебные (судебное примирение) и несудебные (медиация).

4. В качестве способа разрешения споров медиация обладает несомненными преимуществами: гибкость; возможность выбора посредника в соответствии с его навыками и областью знаний; сравнительно низкие издержки; относительная быстрота разбирательства; предсказуемость результатов; конфиденциальность; отсутствие юридической ответственности за недостижение соглашения; возможность рассмотрения всех, в том числе неюридических, аспектов спора; отступление от исполь-

23 https://mediation-eurasia.pro/wp-content/uploads/2019/04/singapurskaja-konvencija-s-rezoljuciej-generalnoj-assamblei-oon.pdf

зуемого судом стандарта доказывания; широкий диапазон средств правовой защиты.

5. Использование медиации в корпоративных спорах, осложненных иностранным элементом, затруднено в силу существования различных моделей медиации, неоднородного статуса посредников, трудностей исполнения медиативного соглашения в иностранной юрисдикции. Решение этой проблемы видится как в гармонизации законодательства, так и в создании процедур признания и исполнения медиативных соглашений, по крайней мере, принимающих форму мировых соглашений.

Литература

Барциц И.Н. Критерии эффективности государственного управления и глобальное управленческое пространство. *Государство и право.* 2009. № 3. С. 12-20.

Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов. Автореферат диссертации кандидата юридических наук. Саранск, 2006. 24 с.

Дельцова Н.В. Переговоры как способ урегулирования правовых конфликтов в сфере предпринимательства. *Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева*. 2017. № 1. Т. 2. С. 72-76.

Засемкова О.Ф. Сингапурская конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества (медиации): от мечты к реальности? *Lex russica.* 2019. № 3. С. 60-72.

Зайцев В.В., Рыбаков В.А. О науке гражданского права: методологические и доктринальные аспекты. *Вестник Саратовской государственной юридической академии.* 2016. № 4. С. 58-65.

Носырева Е.И., Фильченко Д.Г. Основные положения Концепции об институте примирения сторон в гражданском судопроизводстве (часть вторая). *Вестник гражданского процесса*. 2015. № 2. С. 140-155.

Примак Т.А., Зайцев О.В. Принцип диспозитивности как основа развития экономических отношений. *Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта.* 2014. № 3. С. 126-130.

Стрельцова Е.Г. Переговоры как досудебный порядок урегулирования споров: проблемные вопросы новых изменений в АПК. *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2016. № 9. С. 35-38.

Шеменева О.Н. Процессуальные аспекты проведения переговоров как примирительной процедуры в гражданском судопроизводстве. *Арбитражный и гражданский процесс.* 2019. № 2. С. 47-51.

Alexander N. Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform. Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 131-204. In English

Baum H. Mediation in Japan: Development, Forms, Regulation and Practice of Out-of-Court Dispute Resolution. In: K. J. Hopt & F. Steffek (Eds.), Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 1011-1094. In English

Cortes P. The Promotion of Civil and Commercial Mediation in the UK. University of Leicester School of Law Research Paper. 2015. No. 15-23. In English

Green E. Corporate Alternative Dispute Resolution. *Journal of Dispute Resolution.* 1986. Vol. 1:2. P. 203-297. In English

Runesson E.M., Guy M.-L. Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes. NW Washington, 2007. In English

References

Bartsits I.N. Governance Efficiency Criteria and Global Governance Space. *Gosudarstvo i pravo*. 2009. No. 3. P. 12-20. In Russian

Bryzhinskii A.A. Alternative Resolution of Legal Disputes and Conflicts. Abstract of the Dissertation of Candidate of Juridical Sciences. Saransk, 2006. 24 p. In Russian

Deltsova N.V. Negotiations as a Way of Resolving Legal Conflicts in Business. *Vestnik Volzhskogo universiteta imeni V. N. Tatishcheva.* 2017. No. 1. Vol. 2. P. 72-76. In Russian

Zasemkova O.F. Singapore Convention on Enforcement of Mediated Settlement Agreements (Mediation): from Dream to Reality? *Lex russica.* 2019. No. 3. P. 60-72. In Russian

Zaitsev V.V., Rybakov V.A. On Science of Civil Law: Methodological and Doctrinal Aspects. *Vestnik Saratovskoi gosudarstvennoi yuridicheskoi akademii*. 2016. No. 4. P. 58-65. In Russian

Nosyreva E.I., Filchenko D.G. Main Provisions of the Concept on the Institution for Reconciliation of the Parties in Civil Proceedings (Second Part). 2015. No. 2. P. 140-155. In Russian

Primak T.A., Zaitsev O.V. The Dispositive Principle as Basis for Economic Relations Development. *Vestnik Baltiiskogo federal'nogo universiteta im. I. Kanta.* 2014. No. 3. P. 126-130. In Russian

Streltsova E.G. Negotiations as a Pre-Trial Procedure for Dispute Resolution: Problematic Issues of the Newly Adopted Amendments to the Arbitress Procedure Code. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika.* 2016. No. 9. P. 35-38. In Russian

Shemeneva O.N. Procedural Aspects of Negotiating as Conciliation Procedure in Civil Proceedings. *Arbitrazhnyi i grazhdanskii protsess.* 2019. No. 2. P. 47-51. In Russian