

Альтернативные способы разрешения предпринимательских споров

Alternative ways of entrepreneurial disputes consideration

Киздарбекова А.С.

Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова (E-mail: alua76@mail.ru)

Мақала кәсіпкерлік дауларды шешудің баламалы тәсілдерін қарастыруға арналған. Жекелеген тәсілдер сипатында келіссөздер, делдалдық (медиация), бітістіру, шағын талқылау және арбитраж талданылған. Салыстырмалы аспектіде кәсіпкерлік дауларды шешудің аталған баламалы әдістерінің әрбірінің басымдықтары қарастырылады. Автор оларды қолдану шарттарына көңіл бөледі. Шетел мемлекеттерде кәсіпкерлік дауларды шешудің баламалы тәсілдерін қолдануы және Қазақстанда даму дәрежесі мен қолданылуы кең түрде зерттеледі.

The scientific article is devoted consideration of alternative ways of the permission of enterprise disputes. As separate ways negotiations, intermediary (mediation), reconciliation, minitrial and arbitration are analyzed. In comparative aspect advantages of each of the specified alternative ways of the permission of enterprise disputes are considered. The attention to conditions of their application is paid. The width of application of separate alternative ways of the permission of enterprise disputes in foreign countries and degree of development and their use in Kazakhstan is investigated.

Альтернативные способы разрешения спора — это совокупность средств и методов, применяемых сторонами для достижения соглашения, при необходимости с привлечением третьего, независимого лица, окончательное суждение которого по существу спора является рекомендательным, а в некоторых случаях обязательным.

Альтернативные способы разрешения предпринимательских споров можно определить как внесудебную форму защиты права. При возникновении различного рода споров неразумно сразу же восстанавливать против себя оппонента, рекомендуется предъявить претензию и обосновать свои требования с учетом того, что сами стороны в силах разрешить спор без обращения в суд общей юрисдикции.

Анализ юридической литературы дает основания для выделения следующих основных видов альтернативных способов разрешения споров:

- 1) переговоры (negotiation);
- 2) посредничество, или медиация (mediation);
- 3) примирение;
- 4) «миниразбирательство» (minitrial);
- 5) арбитраж (arbitration) [1].

Как видим, критерием для такого деления служит участие в урегулировании разногласий третьего уполномоченного сторонами лица. Элементы этих видов могут комбинироваться в многообразные варианты.

Переговоры. С помощью переговоров разрешается основная масса гражданско-правовых споров, в том числе и предпринимательских. Следует отметить, что и казахстанские предприниматели все чаще стремятся использовать примирительные процедуры. Так, обычной для наших контрактов стала оговорка о том, что в случае возникновения разногласий стороны попытаются урегулировать их путем переговоров. Однако чаще всего данная оговорка носит формальный характер. Реально ни сами участники спора, ни их представители (юристы) не готовы к квалифицированному ведению переговоров. По традиции при возникновении спора они обращаются за защитой к правосудию, которое намного дороже, имея в виду время, деньги, эмоциональное напряжение.

В мировой практике значимость переговоров по урегулированию споров определяется существованием целой теории, которая постоянно разрабатывается и исследуется юристами. Представляется, что этот опыт может быть полезен для развития примирительных процедур и в казахстанской правовой системе, особенно при разрешении споров, касающихся внешнеэкономической деятельности.

В научной литературе переговоры, имеющие целью разрешение спора, получили название юридических, во-первых, в силу правовой природы подлежащих урегулированию конфликтов и, во-вторых, в силу того, что они ведутся, как правило, от имени сторон юристами. Юридические перего-

воры по урегулированию коммерческих споров принято отличать от переговоров по заключению сделок. Хотя в основе и тех и других лежит общая теория, юридические переговоры связаны в большей степени с негативными чувствами и эмоциями, поскольку стороны находятся в состоянии конфликта. Это обуславливает необходимость особого подхода, специальных знаний и определенного опыта. Большое внимание таким переговорам уделяет юридическая конфликтология [2; 16].

В западной концепции альтернативного разрешения споров переговоры исследуются в двух аспектах: как самостоятельное средство урегулирования споров и как неотъемлемый элемент любой альтернативной несудебной процедуры (например, арбитража, посредничества, миниразбирательства и др.). Основное отличие заключается в том, что в первом случае переговоры ведутся непосредственно сторонами (или их представителями), во втором — обязательно с участием третьего, независимого лица, именуемого арбитром, посредником или председательствующим [2]. С одной стороны, такое разграничение имеет важную практическую ценность, так как позволяет правильно определить роль участников в ведении переговоров, с другой — основополагающее значение имеет теория непосредственных переговоров. Она является универсальной и может быть применена в любой другой процедуре по урегулированию разногласий. Именно поэтому больший интерес представляют переговоры в качестве отдельной альтернативной формы.

Посредничество, или медиация (mediation). Коренное отличие медиации от других альтернативных способов разрешения споров состоит в том, что данный формат опирается не на определение прав и виновной сторон (при котором интересы одной из сторон неизбежно оказываются ущемлены), а на поиск и нахождение взаимовыгодных подходов. Безусловно, абсолютно взаимовыгодных решений в конфликтной ситуации достигнуть не удастся никогда, но сам поиск такой площадки приводит к выявлению различных компромиссов, в той или иной степени более приемлемых для участников спора, чем открытое противостояние.

И если такой подход относительно второстепенен для обычного производства, то для предпринимательского права, связанного с хозяйственной деятельностью, он наиболее оптимален, хотя бы по причине того, что, возникшая между деловыми партнерами, подразумевает сохранение партнерских отношений и после разбирательства, что в условиях небольшой емкости отечественного рынка представляется весьма важным.

По мнению М.К.Сулейменова, можно выделить, по меньшей мере, четыре вида медиации:

- 1) медиация в уголовном процессе;
- 2) медиация в гражданском процессе;
- 3) медиация, проводимая третейскими судами;
- 4) внесудебная, независимая медиация [2].

Медиация как метод обладает рядом дополнительных преимуществ:

- её использование ведет к общему снижению конфликтности и напряженности споров, переводя их из сферы личного противоборства в сферу заинтересованной дискуссии;
- широкое применение медиации имеет следствием гуманизацию правового процесса, ориентируя его не на поиск и наказание виновных, а на поиск общих точек соприкосновения;
- внедрение данного метода в повседневную практику влияет на развитие правовой культуры в целом, поскольку требует знания и навыков применения норм действующего законодательства в повседневной жизни от всех участников предпринимательской деятельности;
- практическое использование медиации позволяет выявлять существующие правовые коллизии между различными нормами и предлагать законодателю их оптимальное решение;
- медиация зримо сокращает поле для коррупционных правонарушений, поскольку выгодополучателями становятся не одна сторона, а обе, что снимает необходимость «продавливания» нужного решения. Дать взятку медиатору невозможно: не медиатор принимает окончательное решение, а оппонировавшая сторона. Если ваш оппонент не согласен, он просто не принимает невыгодного ему решения. При медиации проще дать взятку оппоненту, что будет рассматриваться и как вариант компромиссного решения. Последняя особенность проистекает из содержания самого процесса медиации: медиация — это основанный на взаимном согласии и доброй воле конфиденциальный переговорный процесс, в ходе которого спорящие стороны при помощи нейтрального лица (медиатора) пытаются выработать приемлемое решение по урегулированию данного спора. При этом сам медиатор (или группа медиаторов) не выносит решения, а лишь предлагает сторонам различные варианты и комбинации действий по преодолению конфликта;

– наконец, медиация способствует постепенному вытеснению из практики неправовых способов решения конфликтов, сокращению криминогенности в сфере хозяйственных и гражданских споров.

Участие спорящих сторон в прямых переговорах допускается на завершающей стадии либо даже принимается заочное оформление согласия на принимаемый вариант в установленном законом порядке. При этом спорящая сторона может в любой момент отказаться от переговоров и выйти из соглашения, что лишает возможности применения принудительных мер и делает бессмысленными попытки нахождения односторонней выгоды (что лежит в основе всех коррупционных правонарушений).

Помимо выработки различных вариантов решения, задачи медиаторов включают в себя:

- инициирование самих переговоров о начале процедуры медиации и определении медиаторов;
- организация оптимальных условий и формата ведения переговоров;
- создание атмосферы доверия, взаимного уважения и равных возможностей;
- поддержание конструктивного диалога между сторонами (или их представителями), сотрудничество в поиске решения;
- креативное правовое мышление, использование и постоянное расширение законных возможностей для формирования различных вариантов и комбинаций;
- предотвращение и снятие периодически возникающих эмоциональных всплесков и проявлений личной неприязни;
- корректность, гибкость, открытость к нестандартным подходам, бесстрастное и дистанцированное отношение к предмету и сторонам спора.

Несмотря на очевидные добровольные начала медиации, данная деятельность на протяжении длительного времени нуждалась в правовой поддержке и нормативном регулировании, в связи с чем 28 января 2011 г. в Казахстане был принят Закон «О медиации», который:

- законодательно закрепил медиацию как легитимный и имеющий правовые основания институт, а также определил место данного института в общей системе права;
- определил статус институтов (органов), имеющих право на выполнение посреднических функций с участием физических и юридических лиц;
- определил степень обеспечения процедур медиации и защищенность достигнутых соглашений.

В США, Великобритании, Австралии медиация законодательно закреплена и успешно функционирует более полувека. Несколько позже она получила распространение в Германии, Франции, Бельгии и других странах. В Германии медиация гармонично встроена в систему правосудия. Например, посредники работают прямо при судах, значительно снижая количество потенциальных судебных тяжб. В большинстве немецких школ права введен постоянный курс медиации [3].

Законодательства всех этих государств стимулируют медиацию, а в ряде стран медиация является обязательной досудебной процедурой.

В Евросоюзе действует Директива Европарламента от 21 мая 2008 г. относительно медиации в гражданских и коммерческих делах. Комиссией ООН по международной торговле приняты специальные законы о развитии медиации.

Примирение. Для многих юристов «посредничество» и «примирение» являются понятиями-синонимами. Действительно, примирение очень похоже на посредничество, но имеет одно отличие: примиритель определяет условия предстоящего разрешения спора, которые являются наиболее выгодными для обеих сторон, — так называемое «справедливое разрешение спора» [4]. Решение примирителя будет представлено сторонам в качестве рекомендации, которая может быть принята ими или может послужить основой для последующих переговоров между ними. Рекомендация не является обязательной для сторон. Таким образом, если посредник обязан вести переговоры со сторонами, участвовать в переговорах сторон между собой, выбирая варианты разрешения спора и отслеживая их обсуждение сторонами, то примиритель должен лишь выработать свою четкую позицию в споре и предложить сторонам свое видение по поводу разрешения спора в качестве рекомендации.

«Миниразбирательство». Оно нашло широкое применение при разрешении коммерческих споров. Свое название миниразбирательство получило от внешнего сходства с судебной процедурой и представляет собой урегулирование спора с участием руководителей корпораций, юристов и третьего независимого лица, возглавляющего слушание дела [4]. В этом процессе участвуют представители сторон, которые излагают свою точку зрения на суть дела жюри, состоящему обычно из старшего исполнителя от каждой стороны, имеющего полномочия обязать сторону, которую он представляет, заключить мировое соглашение, и иногда нейтрального председателя. Изложение сути дела осущест-

вляется в течение строго ограниченного периода времени. Целью этой процедуры является не только краткий обзор того, что обе стороны рассматривают как самую важную часть их дела, но и то, что сторона считает слабым пунктом в позиции их оппонентов. (Слабость точки зрения на суть дела той или иной стороны может быть предварительно сокрыта от старших исполнителей сотрудниками, желающими защитить свои позиции, или может быть сокрыта их подчиненными.) Вследствие этого старшие исполнители смогут сформировать свои точки зрения по существу спора, отделить их от эмоций, пока участвуют в разрешении спора, а также продолжать переговоры по мировому разрешению спора на их основе.

Арбитраж (третейский суд). Пункт 1 ст.9 ГК РК определяет перечень органов, правомочных осуществлять защиту прав граждан и юридических лиц: суд, арбитражный суд и третейский суд. То есть как у юридических, так и у физических лиц есть возможность выбора органа, в который можно обратиться за защитой своих прав. Таким образом, любой частный (гражданский) спор может быть разрешен как государственным, так и третейским судом, причем решения этих судов имеют одинаковую, равную юридическую силу и подлежат обязательному исполнению.

Третейский суд — это родовое понятие, охватывающее арбитражные суды, международные и иностранные коммерческие арбитражи [5; 13]. В отличие от государственного третейский суд — это суд, избираемый самими сторонами для разрешения имущественных и иных споров. Третейским является постоянно действующий третейский суд или третейский суд, образованный сторонами для решения конкретного спора (*ad hoc*).

Большинство государств мира способствуют развитию системы третейских судов на своей территории, всемерно создают условия для их работы. Сегодня практически нет более или менее развитого государства, у которого бы отсутствовало законодательство о третейских судах, причем важнейшими нормами, составляющими основу такого законодательства, являются статьи, определяющие порядок принудительного исполнения решений третейских судов. Так, в 2002 г. законы о третейском суде для разрешения внутренних споров (споров между резидентами) были приняты Россией и Киргизией. Причем Закон «О международном коммерческом арбитраже», регулирующий вопросы разрешения споров в случаях, когда одной из сторон выступает иностранное лицо, действует в РФ с 1993 г.

В Республике Казахстан до декабря 2004 г. не было специального закона о третейских судах, в ГПК РК отсутствовала норма о принудительном исполнении решений внутриказахстанских третейских судов. На сегодняшний день статус третейских судов определен Законами государства «О третейских судах» и «О международном коммерческом арбитраже».

В статье 1 Закона РК «О третейских судах» определена сфера его действия. Закон применяется в отношении споров, возникших из гражданско-правовых договоров, заключенных физическими и юридическими лицами, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан. Эта норма конкретизируется ст.25 ГПК РК: подведомственный суду имущественный спор по соглашению сторон может быть передан на рассмотрение третейского суда, когда это не запрещено законодательными актами.

Закон устанавливает право сторон по взаимному соглашению передать спор на разрешение третейского суда, хотя этот спор подведомствен государственному суду. Реализация этого права на практике осуществляется на основании норм нескольких статей ГПК РК. Так, если одна из сторон после заключения соглашения о передаче спора в третейский суд обратилась в государственный суд, последний обязан отказать в принятии искового заявления, так как оно не подлежит рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства (пп.1 п.1 ст.153 ГПК). В процессе подготовки дела к судебному разбирательству суд также разъясняет сторонам их право обратиться за разрешением спора в третейский суд (пп. 4 ст.170 ГПК). Аналогичное разъяснение дается сторонам при открытии судебного заседания (ст.185 ГПК). Суд вновь напоминает о праве сторон передать дело на рассмотрение третейского суда и перед началом рассмотрения дела по существу (ст.192 ГПК). Наконец, суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если установит, что между сторонами в соответствии с законом заключен договор о передаче данного спора на разрешение третейского суда (пп. 5) ст.249 ГПК).

Закон «О третейских судах» распространяется на споры, участниками которых являются резиденты Республики Казахстан.

Правовой статус международных арбитражных (третейских) судов установлен п. 4 ст. 6 Закона РК «О международном коммерческом арбитраже». Данная норма предусматривает, что в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из гражданско-правовых договоров,

между физическими лицами, коммерческими и иными организациями, если хотя бы одна из сторон является нерезидентом Республики Казахстан. Разграничение компетенции между третейскими и международными арбитражными судами закон производит по субъектному составу участников спора. Если хотя бы одна сторона в споре является нерезидентом, то спор считается не «внутренним», а международным. При его разрешении должен применяться Закон «О международном коммерческом арбитраже». Таким образом, основным критерием, позволяющим квалифицировать третейское разбирательство как международное, является понятие «нерезидент».

Привлекательность третейского судопроизводства определяется такими факторами, как:

– *независимость и беспристрастность третейского судьи*. Третейские судьи именно таковы при исполнении своих обязанностей. Хотя их кандидатуры определяются сторонами, судьи не являются их представителями, поскольку не может быть судьей лицо, прямо или косвенно заинтересованное в исходе дела;

– *равенство прав сторон*. Разрешение спора в третейском суде осуществляется на началах равенства прав и возможностей сторон для изложения своей точки зрения. Каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений;

– *свобода применения процессуального и материального права*. Стороны до или в процессе третейского разбирательства свободны в выборе норм материального права, по которым будет рассматриваться спор, в определении процессуального порядка судебного заседания и в распоряжении своими материальными и процессуальными правами (отказ от иска, признание иска, мировое соглашение, изменение основания или предмета иска);

– *квалифицированность рассмотрения спора*. Стороны назначают судьями тех лиц, в знаниях и квалификации которых по вопросам, имеющим отношение к спору, они уверены;

– *обеспечение атмосферы сотрудничества*. Третейский суд содействует достижению сторонами взаимоприемлемого соглашения, т.е. заключению между ними мирового соглашения и сохранению в результате этого духа доверия и сотрудничества на будущее;

– *обязательность решения третейского суда*. Это решение обязательно со дня его вынесения для всех сторон процесса;

– *добровольность исполнения решения третейского суда*. Обе стороны исполняют это решение на добровольных началах;

– *оперативность третейского судопроизводства*. Поскольку оно состоит из одного цикла, то решение является окончательным и не предусматривает процедур обжалования (кассации, апелляции);

– *экономичность третейского судопроизводства*. Опять же, в силу отсутствия многоэтапности процедур рассмотрения спора, а также обратно пропорциональной зависимости судебных издержек от суммы иска, судопроизводство не предусматривает слишком больших затрат. Кроме того, предоставляются как отсрочка, так и рассрочка уплаты, а также подтверждение действительности соглашения сторон о распределении судебных расходов в иной, устраивающей их пропорциональности (кроме международного арбитража);

– *гарантированность исполнения решения третейского суда*. В случае неисполнения решения добровольно оно исполняется через государственную систему принудительного исполнения (кроме международного арбитража).

Правовая природа арбитража и его место в системе разрешения правовых конфликтов во многом определяются тем, насколько внутренне организована и упорядочена деятельность третейского суда и участвующих в деле лиц по рассмотрению гражданско-правового спора.

Третейский процесс как разновидность правоприменительной деятельности также распадается на стадии возбуждения деятельности (производства), подготовки и принятия правоприменительного акта (вынесения арбитражного решения), которые в своей совокупности образуют правоприменительные циклы.

На стадии возбуждения производства по делу третейский суд решает вопрос о принятии искового заявления, проверяет наличие арбитражного соглашения, соблюдение истцом порядка обращения в третейский суд, уплату третейского сбора. Необходимо особо отметить, что после возбуждения дела в постоянно действующем третейском суде процессуальная деятельность порождается только после формирования состава, который будет рассматривать дело по спору сторон. Хронологически деятельность по избранию (назначению) арбитров следует за возбуждением дела и предшествует стадии

подготовки, однако не является стадией третейского процесса. В этом разрыве заключается особенность развития третейского процесса.

Сформированный состав третейского суда осуществляет действия по подготовке дела к разбирательству. Задачи стадии подготовки дела к рассмотрению в третейском суде принципиально не отличаются от государственного судопроизводства. К ним относится определение характера спорного правоотношения, подлежащего применению законодательства, обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела, примирение сторон.

На стадии подготовки дела ответчиком представляются отзыв на исковое заявление или возражения по иску (п.4 ст.22 Закона о третейских судах; п.4 ст.18 Закона о международном коммерческом арбитраже). Требования к их содержанию, а также порядок их представления чаще всего регламентируются локальными нормативными актами постоянно действующих третейских судов. В некоторых из них содержатся нормы, наделяющие третейский суд правом установления предельного срока представления письменного отзыва и документов, обосновывающих возражения, по истечении которого они не принимаются и не рассматриваются. На этой стадии может решаться вопрос о принятии встречного иска, при условии, что он может быть рассмотрен третейским судом в соответствии с условиями третейского соглашения. Также при подготовке дела к рассмотрению третейский суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии обеспечительных мер в отношении предмета спора, потребовать представить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами. В процессе подготовки дела к разбирательству третейский суд может столкнуться с необходимостью решить вопрос о своей компетенции в отношении спора сторон.

По общему правилу третейское разбирательство осуществляется в заседании с участием сторон или их представителей (п.2 ст.27 Закона о третейских судах; п.2 ст.25–1 Закона о международном коммерческом арбитраже), однако в третейском процессе стадия рассмотрения дела, по существу, не всегда может быть связана с проведением устного слушания.

После исследования обстоятельств дела на стадии принятия юрисдикционным органом (третейским судом) правоприменительного акта третейский суд большинством голосов арбитров, входящих в его состав, принимает решение, которое объявляется в заседании третейского суда. Третейский суд вправе объявить только резолютивную часть решения, а мотивированное решение в этом случае направляется сторонам в срок, не превышающий 30 дней со дня объявления резолютивной части решения (п.1 ст.34 Закона о третейских судах).

Вынесением решения завершается производство в третейском суде первой инстанции. В то же время третейский процесс может включать в себя производство в третейском суде второй инстанции (правоприменительный цикл) в случаях, когда это допускается национальным законодательством и предусмотрено соглашением сторон или регламентом постоянно действующего третейского суда.

Производство в третейском суде второй инстанции получило распространение в международном коммерческом арбитраже в ответ на потребность сторон осуществить проверку арбитражного **решения** без привлечения государственных судов, а в некоторых странах получило распространение даже апелляционное производство во внутренних третейских судах [6]. Справедливости ради следует отметить, что законодательство зарубежных стран также довольно редко содержит нормы, регулирующие производство в арбитраже второй инстанции, однако имеются и исключения. Так, например, Акт об арбитраже Нидерландов не только допускает возможность проверки арбитражного решения в апелляционной инстанции третейского суда (ст.1050), но даже регулирует саму процедуру апелляционного пересмотра. Факультативный апелляционный арбитражный порядок обжалования предусмотрен в ст.594 (1) ГПК Австрии (1983). В ряде стран Латинской Америки законодательство содержит нормы о допустимости апелляционного пересмотра арбитражного решения. Так, например, ст.263 ГПК Аргентины разрешает полную апелляцию арбитражного решения в государственном суде или, по соглашению сторон, в третейском суде второй инстанции. Еще более детально урегулирован порядок рассмотрения дела в апелляционном третейском суде в ст.62 Арбитражного закона Перу (1992) [6].

В Республике Казахстан, как и в Российской Федерации, разрешение спора в третейском суде происходит в рамках производства только в одной инстанции.

Таким образом, стадии третейского процесса следуют друг за другом в логической последовательности, направленной на завершение третейского разбирательства и вынесение решения по существу спора.

На сегодняшний день в Казахстане самыми известными третейскими судами являются: Арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан и Казахстанский международный арбитраж.

В качестве независимой стороны в Казахстане выступает и Международный третейский суд Юридического центра «IUS». Этот суд начиная с 1993 г. рассмотрел многие хозяйственные споры, включая споры с участием юридических лиц Российской Федерации, Украины, Республики Беларусь, Кыргызской Республики, Республики Узбекистан, Республики Корея, Канады, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Республики Панама и других государств.

Таким образом, круг способов альтернативного разрешения гражданско-правовых споров достаточно велик. Он развивается, включая все новые и новые механизмы в разряд средств, посредством которых можно без обращения к государственному правосудию разрешить любой конфликт, связанный с невыполнением или недобросовестным выполнением гражданских обязательств в предпринимательской деятельности.

References

1. *Dmitriev G.K.* International commercial arbitration. Workbook. — Moscow: Prospectus, 1997. — 232 p.
2. *Suleymenov M.K.* Private procedural law (right of alternative settlement of disputes) // Lawyer. — 2011. — № 2. — P. 12–19.
3. *Vlasenko O.* Mediation — basis of civil society // The Expert Kazakhstan. — 2007. — № 22 (124). — P. 24–27.
4. *Suleymenov M.K.* Prospects of mediation development as alternative way of settlement of disputes in Kazakhstan // http://www.arbitrage.kz/download_508
5. *Greshnikov I.* Enforcement of judgments of foreign and international arbitration courts in the Republic of Kazakhstan // The businessman and law. — 2004. — № 8. — P. 13–22.
6. *Kurochkin S.A.* Arbitration trials of civil cases in the Russian Federation: theory and practice. — Moscow: Volters Kluver, 2007. — 272 p.