



Руководство Международного института по предотвращению и разрешению конфликтов (CPR) по медиации и APC в Европе



Международный институт по предотвращению и разрешению конфликтов

575 Lexington Avenue, 21st Floor / New York, NY 10022 / USA

Телефон: +1-212-949-6490 | Факс: +1-212-949-8859 | info@cpradr.org

Copyright © Ноябрь 2015, Международный институт по предотвращению и разрешению конфликтов. Все права защищены.

Версия 12-2015/1

**Благодарим Центр медиации и права (Москва)
и его основателя Цисану Шамликашвили,
Филиал Партнерства с ограниченной ответственностью "Герберт Смит Фрихилз
СНГ ЛЛП" и его партнера практики разрешения споров Владимира Мельникова, а
также стажера CPR Альбину Гасанбекову
за перевод и подготовку русскоязычного издания настоящего Руководства**

Отзывы о Руководстве Европейского консультационного совета по медиации и АРС

«Я участвовал в деятельности CPR в Европе более 10 лет и могу сказать, что задача создания простого и понятного для европейской аудитории пособия, которое бы способствовало развитию медиации и механизмов АРС, стояла довольно долго. Руководство по медиации для Европы стало результатом блестящего сотрудничества ведущих европейских юристов, как корпоративных, так и независимых. Помимо всего прочего, цель Руководства – сформировать у компаний понимание того, насколько выгодным может оказаться применение медиации, как эффективно ее использовать для разрешения коммерческих споров, а также обеспечить им онлайн доступ к обширному инструментарию из дополнительных вспомогательных материалов».

Александр Дж. Одди
Партнер, Herbert Smith Freehills LLP

«Это Руководство просто обязательно должно быть у каждого корпоративного юриста, занимающегося альтернативным разрешением споров. Оно дает практикующим специалистам общее представление об АРС, позволяет им существенно расширить свои знания в области медиации и других способов АРС и дает советы по каждой стадии того или иного процесса, начиная с обсуждения условий договорных отношений и заканчивая разрешением конфликта: здесь есть все, что нужно корпоративным юристам, особенно юристам, занимающимся сопровождением сделок, для того чтобы предвидеть и успешно разрешать конфликты при помощи АРС».

Изабель Робине-Муге
Главный юрисконсультант по международному праву и договорам, бизнес-медиатор в Orange S. A.

«Сегодня, когда медиация ощутила подъем на международном уровне, Европейский консультационный совет при CPR выпустил подробное руководство, посвященное медиации и другим формам АРС. Ориентированное на практику, открывающее доступ ко множеству онлайн материалов, оно стало результатом плодотворной

совместной работы выдающихся корпоративных юристов и практикующих юристов из юридических фирм. Несмотря на то, что особое внимание в Руководстве уделяется медиации, в нем также можно найти полезные сведения о других формах АРС, включая арбитраж. В разделах Руководства, посвященных медиации, подробно описывается каждый этап этого процесса; особую ценность представляет раздел о случаях из медиативной практики, который должен помочь организациям, собирающимся применять медиацию, изучить опыт тех, кто ее уже использует. В общем, это совершенно бесценный и удобный инструментарий для любого корпоративного, либо ведущего частную практику юриста, который хочет использовать медиацию и другие формы АРС».

Жан-Клод Нажар,
Юрист по международным делам
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

ПРИМЕНЕНИЕ МЕДИАЦИИ И ДРУГИХ МЕХАНИЗМОВ АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ (АРС).

РУКОВОДСТВО ДЛЯ ЕВРОПЕЙСКИХ КОРПОРАЦИЙ И ОРГАНИЗАЦИЙ

О CPR

Международный институт по предотвращению и разрешению конфликтов (CPR) является независимой некоммерческой организацией, уже более 35 лет успешно и эффективно помогающей международному бизнесу в предотвращении и разрешении коммерческих споров. Членами нашей организации являются крупнейшие корпорации и юридические фирмы, научные и правительственные учреждения, а также ведущие медиаторы и арбитры со всего мира.

Уникальность CPR состоит в том, что эта организация - 1) признанный авторитет в сфере разрешения споров по всему миру; 2) разработчик самых современных инструментов и механизмов, создаваемых благодаря коллективной новаторской деятельности его членов; 3) поставщик услуг в сфере альтернативного разрешения споров (АРС), предлагающий инновационные, удобные регламенты проведения арбитражных разбирательств, медиации и других процедур разрешения споров, а также нейтральных посредников по всему миру. Подробнее об этом см. на сайте www.cpradr.org.

Услуги CPR по разрешению споров включают в себя:

- Разработку оговорок о разрешении будущих споров в порядке альтернативного урегулирования (АРС) и соответствующих соглашений о разрешении уже возникших споров
- Разработку правил, позволяющих сторонам проводить арбитражное разбирательство (как под эгидой того или иного учреждения, так и без него), обращаться к процедуре апелляционного обжалования решения арбитража, воспользоваться процедурой медиации и другими формами АРС
- Разработку критериев отбора медиаторов, а также составление списка потенциальных кандидатов на эту роль с учетом конкретных, комплексных потребностей сторон
- Участие в процедуре отвода арбитра (Протокол отвода)
- Непосредственное назначение арбитров или назначение по правилам ЮНСИТРАЛ
- Назначение чрезвычайных арбитров
- Полное сопровождение арбитражного разбирательства
- Хранение денежных средств

В CPR собраны арбитры и медиаторы со всего мира, компетентные более чем в 20 отраслях производства (чтобы получить более подробную информацию о них, посетите страницу <http://bit.ly/CPRNeutrals> на сайте CPR).

Чтобы получить полную информацию обо всем спектре услуг в области альтернативного разрешения споров, предлагаемых CPR, посетите страницу <http://bit.ly/CPRDRS> на сайте организации.

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ CPR В ЕВРОПЕ

CPR осуществляет свою деятельность в Европе с начала 90-х годов XX в. Для того, чтобы наиболее эффективно удовлетворять потребности своих членов в Европе, CPR создал Европейский консультационный совет (ЕКС/ЕАВ). Благодаря совету институт надеется стать ведущим независимым источником помощи для компаний и их юристов в Европе – как корпоративных, так и независимых юристов – в тех случаях, когда речь идет о разрешении крупных коммерческих споров при помощи нестандартных решений, наиболее эффективных и малозатратных, а также о сохранении и укреплении коммерческих отношений. (Перечень членов ЕКС, действительный по состоянию на октябрь 2015 года, находится в приложении 3)

Для этих целей ЕКС разрабатывает ресурсы, делится знаниями и положительным профессиональным опытом, совместно с другими европейскими заинтересованными лицами и учреждениями участвует в подготовке разного рода мероприятий и инициатив – в полном

соответствии с применимыми правовыми, регулятивными и этическими нормами. Особенно стоит отметить, что ЕКС предоставляет коммуникативную площадку для корпоративных юристов, благодаря которой они получают возможность обмена идеями и опытом с коллегами и ведущими практикующими специалистами в Европе. Для получения более подробной информации посетите страницу <http://bit.ly/CPREurope> на сайте CPR.

ВВЕДЕНИЕ

В целях достижения поставленных целей, ЕКС подготовил это Руководство, предназначенное для того, чтобы помочь компаниям, осуществляющим свою деятельность в Европе, а также за ее пределами, узнать о доступных способах альтернативного разрешения споров (АРС) и в полной мере воспользоваться их преимуществами. Руководство задумывалось как вводное пособие, позволяющее ознакомиться с наиболее распространенными процедурами альтернативного урегулирования споров и с теми ситуациями, в которых эти процедуры, в частности, медиация, наиболее уместны. Кроме того, в настоящем издании даются практические советы по использованию способов АРС. Также здесь собраны ссылки на широкий круг дополнительных материалов и практических инструментов для более углубленного изучения проблематики. Помимо этого, Руководство содержит краткий обзор техники арбитражного разбирательства.

Настоящее Руководство не должно рассматриваться в качестве правовой консультации или заключения по использованию АРС: законы стран – членов ЕС могут по-разному регулировать некоторые описанные в данном издании вопросы. Соответственно, читателям Руководства следует рассмотреть возможность обращения за юридической консультацией в соответствующей(их) юрисдикции(ях) в отношении их конкретной ситуации.

Работа над созданием настоящего издания со стороны ЕКС велась под руководством

Изабель Робине-Муре (Orange S. A.) и Александра Дж. Одди (Herbert Smith Freehills LLP)

В подготовке Руководства также участвовали:

Юрген Кловайт, юрист, медиатор
Клиффорд Дж. Хендель, Araoz & Rueda Abogados
Биргит Самбет Глазнер, Altenburger
Тереза Джованнини, Lalive
Хавьер Саманьего, Bird & Bird
Ноа Ханфт, CPR
Оливье П. Андрэ, CPR

ОГЛАВЛЕНИЕ

Раздел	Тема	Страница (нажмите, чтобы перейти на страницу)
	О CPR	4
	ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ CPR В ЕВРОПЕ	4
	ВВЕДЕНИЕ	5
1.	АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ СПОСОБЫ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ – ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ	7
2.	ОГОВОРКИ О ПРИМЕНЕНИИ APC	12
3.	МЕДИАЦИЯ: ОЦЕНКА ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ И ВЫБОР ПОДХОДЯЩЕГО МОМЕНТА	16
4.	МЕДИАЦИЯ: ПРОЦЕДУРА И РЕГЛАМЕНТ	19
5.	МЕДИАЦИЯ: НАЗНАЧЕНИЕ МЕДИАТОРА	23
6.	МЕДИАЦИЯ: СОГЛАШЕНИЕ О ЕЕ ПРОВЕДЕНИИ	25
7.	МЕДИАЦИЯ: ПОДГОТОВКА К ПРОЦЕДУРЕ	27
8.	МЕДИАЦИЯ: ЧАСТО ЗАДАВАЕМЫЕ ВОПРОСЫ	29
9.	МЕДИАЦИЯ: ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРИМЕРЫ	31
10.	АРБИТРАЖ	31
	ПРИЛОЖЕНИЕ 1. МАТЕРИАЛЫ ПО ОТДЕЛЬНЫМ ОТРАСЛЯМ ПРОИЗВОДСТВА	34
	ПРИЛОЖЕНИЕ 2. МЕДИАЦИЯ: ПРИМЕРЫ ИЗ ПРАКТИКИ	36
	ПРИЛОЖЕНИЕ 3. ЧЛЕНЫ ЕВРОПЕЙСКОГО КОНСУЛЬТАЦИОННОГО СОВЕТА CPR ПО СОСТОЯНИЮ НА ОКТЯБРЬ 2015 Г.	44

1. **АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ СПОСОБЫ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ – ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ**
 - 1.1 Выражение «Альтернативное разрешение споров» (АРС, англ. – Alternative dispute resolution, ADR) является обобщающим термином, употребляемым по отношению сразу ко множеству формальных и неформальных процедур разрешения споров вне традиционной (т. е. судебной) парадигмы. Во многих европейских странах этот термин охватывает и арбитраж, так что здесь он тоже рассматривается как один из способов такого урегулирования – возможные расхождения в трактовке этого понятия в данном случае не принципиальны.
 - 1.2 АРС широко используется, так как, по сравнению с судебным разбирательством, позволяет добиться более эффективного разрешения спора с соблюдением конфиденциальности при меньших затратах. Кроме того, благодаря ему стороны получают возможность найти конструктивные, коммерчески выгодные решения, позволяющие им сохранить деловые связи.
 - 1.3 Стороны, желающие прибегнуть к АРС, получают доступ ко множеству инструментов – но не все из них применимы во всех случаях и ко всем участникам. Первый шаг в поиске наиболее подходящего способа состоит в определении доступного инструментария и того, какой инструмент (или какие инструменты) лучше всего отвечает(ют) интересам сторон и конкретной ситуации. Оценка этого требует учесть тот люфт в выборе одного (или нескольких) способов альтернативного разрешения споров, который дает сторонам заключенное между ними действующее соглашение, – а также пути их реализации. Ниже приведена сравнительная таблица, в которой дан общий обзор наиболее распространенных способов.
 - 1.4 Ключевым можно считать разделение этих процессов на судебные, результатом которых является решение, обязательное к исполнению (например, в случае арбитража или заключения эксперта), и несудебные, в результате которых принимается решение, не имеющее обязательной силы (если речь идет, к примеру, о независимой предварительной оценке или медиации).
 - 1.5 Важный процедурный момент состоит в том, что процесс АРС можно провести как силами самих сторон (и тогда он будет самоуправляемым), либо при помощи той или иной специализирующейся на этом организации, которая будет его курировать за плату от сторон (тогда процесс будет проходить под ее эгидой). Примерами самоуправляемых процессов могут служить медиация и арбитраж ad hoc, когда стороны обращаются к нейтральной третьей стороне, медиатору или арбитру напрямую. Однако и медиация, и очень часто арбитраж проводятся при поддержке организации, занимающейся альтернативным урегулированием споров.
 - 1.6 В выборе наиболее подходящего способа АРС стороны могут руководствоваться следующими соображениями:
 - 1.6.1 природа спора – имеют ли вопросы, в отношении которых возникли разногласия, правовой, технический характер, или они касаются только размера;
 - 1.6.2 степень, в которой выбираемый способ позволит изучить и достичь таких вариантов решений, которые лучше всего отвечают основным (экономическим, репутационным, личным, эмоциональным) интересам сторон – в дополнение или вместо их законных прав и обязанностей;
 - 1.6.3 по какой модели стороны хотят вести процесс – содействующей (фасилитативной), которая поможет им прийти к коммерчески выгодному соглашению, или по оценочной, в центре которой оценка их фактического и правового положения;

- 1.6.4 нужно ли, чтобы третья, нейтральная сторона вынесла решение, которому стороны – участницы спора обязаны следовать и/или которое было бы важным для них как прецедент;
- 1.6.5 квалификация и опыт медиатора, к которому они хотели бы обратиться;
- 1.6.6 насколько сильный контроль за ходом процесса стороны хотят иметь и насколько им необходима процедурная поддержка;
- 1.6.7 временные рамки, которыми должен быть ограничен процесс;
- 1.6.8 сумма, которую они готовы потратить на административное сопровождение процесса; и
- 1.6.9 способность обеспечить принудительное исполнение решений.

Дополнительные материалы

- 1.7 В подготовленном CPR Руководстве «АПС для начинающих» (ADR Primer – <http://bit.ly/CPRADRPrimer>) приводится широкий перечень способов альтернативного урегулирования споров с краткими сопутствующими определениями. Кроме того, в издании продолжается дискуссия об отличиях «управляемых», «самоуправляемых» и «ассистированных» методов разрешения споров.
- 1.8 Международная юридическая фирма, член CPR, компания Herbert Smith Freehills LLP выпустила серию руководств для клиентов, посвященных целому ряду тем, касающихся АПС. Издание «Самые распространенные способы АПС – общий обзор» ("Common ADR Processes - An Overview" – <http://bit.ly/HSFADRoverview>) посвящено обсуждению достоинств и недостатков некоторых методов АПС, включая медиацию и комбинированные медиативно-арбитражные и арбитражно-медиативные методы (гибридные, с последовательным использованием инструментов медиации и арбитража), независимую предварительную оценку, экспертное заключение и адьюдикацию.
- 1.9 CPR выпустил пособие «Применимость АПС» (ADR Suitability Guide, <http://bit.ly/suitabilityguide>), благодаря которому практикующие юристы могут решить, возможно ли применение различных способов АПС в конкретном споре. Издание включает в себя раздел «Модель медиативного анализа» (Mediation Analysis Screen), который представляет собой опросник для сторон с последующим комментарием того, как следует интерпретировать их ответы, чтобы оценить, насколько применима процедура медиации в случае того или иного спора. Кроме того, документ содержит сравнительные таблицы других не создающих юридических обязательств способов АПС, а также краткое сравнение арбитража и судебного разбирательства.
- 1.10 Перечень ключевых факторов, которые необходимо учитывать при принятии решения о том, насколько в том или ином случае применима медиация, приведен ниже, в разделе 3.
- 1.11 Более подробную информацию о правилах проведения арбитража под эгидой той или иной организации, разработанных CPR, можно найти на сайте организации по адресу: <http://bit.ly/AdministeredArbitration>.
Более подробную информацию о разработанных CPR правилах проведения арбитража под эгидой той или иной организации в трансграничных спорах можно найти на сайте организации по адресу: <http://bit.ly/IntAdministeredArbitration>.

Более подробную информацию о правилах, которые CPR разработал для арбитража, проводимого не под эгидой той или иной организации, можно найти на сайте организации по адресу: <http://bit.ly/nonadministeredarbitration>.

Более подробную информацию о деятельности CPR в сфере медиации можно найти на сайте организации по адресу: <http://bit.ly/CPRMediation>.

Медиация	Ведущее по плану, но без формально регламентированных правил процедуры обсуждение перспектив достижения мирового соглашения с участием нейтральной третьей стороны, не обладающей полномочиями по принятию решений.	Обычно несколько недель уходит на подготовку, и 1–2 дня на саму медиацию	Благодаря небольшой продолжительности, медиация значительно дешевле арбитража или судебного разбирательства; обычно расходы стороны делят поровну.	Если сторонам удается договориться, они заключают обязательное к исполнению мировое соглашение. В ЕС такие соглашения в отношении трансграничных споров могут быть принудительно исполнены в соответствии с Директивой о медиации. Роль суда в обеспечении исполнения, если речь идет о споре внутри одного государства, зависит от конкретной страны. На практике, такие соглашения редко вызывают споры.	Если достичь соглашения не удастся, то, как правило, следующей стадией разбирательства становится суд или другие способы АРС. Обычно информация, полученная при обсуждении в ходе медиации, является конфиденциальной и не может использоваться как доказательство в сопутствующих и последующих процессах.	Медиация дает возможность обсудить и наладить коммерческие отношения.
Арбитраж	Обычно представляет собой официальный судебный процесс, строго регламентированный процедурными правилами. Идет под председательством одного или трех арбитров, выносящих решение, имеющее обязательную силу до его апелляции. Отличается от судебного разбирательства тем, что стороны обладают большей свободой в выборе процедур, а также тем, что процесс является конфиденциальным.	Весь процесс целиком, как правило, занимает год или два, включая слушания, продолжительность которых варьируется от 1–2 дней до нескольких недель. (Продолжительность процесса также зависит от возможных отсрочек, связанных, например, с оспариванием юрисдикции трибунала).	Стоимость может совпадать с размером затрат при рассмотрении дела в суде; чем дольше разбирательство, тем она выше. В ряде случаев оплата ложится на проигравшую сторону.	Может потребоваться оформление решения арбитража в виде решения суда; кроме того, для их принудительного исполнения часто дополнительно требуется разрешение суда. Однако принудительное исполнение арбитражных решений является более простой процедурой, чем исполнение решений суда, в тех государствах, которые являются одними из 150 участников Конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений («Нью-Йоркская конвенция»), содержащей положения о взаимном исполнении участниками арбитражных решений.	Арбитражные решения редко подлежат обжалованию, если такое право специально не оговорено положением об урегулировании споров, поскольку основания для отмены арбитражных решений ограничены, к примеру, такими случаями, как оспаривание юрисдикции трибунала или если доказана откровенная неправомочность решения.	Формально-юридический и состязательный характер процесса не способствуют восстановлению дружественных коммерческих отношений.

<p>Предварительная независимая оценка (ПНО)</p>	<p>Нейтральная третья сторона, обладающая необходимой квалификацией относительно предмета разбирательства, дает ему оценку, не имеющую юридической силы</p>	<p>В зависимости от сложности дела, может занять от одного до трех месяцев</p>	<p>Стоимость ПНО обычно небольшая, на одном уровне с медиацией, так как это процесс, идущий в упрощенном порядке, без представления сведений и исследования доказательств</p>	<p>Процесс не обладает обязательной силой. Оценка не имеет правовых последствий для сторон, но может приблизить их к заключению соглашения, так как способствует выработке у них понимания силы собственных позиций</p>	<p>Если ситуация не разрешится по итогам ПНО, следующей стадией разбирательства станет судебное рассмотрение или другие процедуры АРС. В общем случае информация, касающаяся оценки, является конфиденциальной и не может использоваться как доказательство в сопутствующих и последующих процессах</p>	<p>Может как приблизить стороны к мировому соглашению, так и еще сильнее поляризовать их позиции, что вряд ли поспособствует налаживанию отношений</p>
<p>Экспертное заключение</p>	<p>Нейтральная третья сторона, обладающая необходимой квалификацией относительно предмета разбирательства, выносит окончательное решение, имеющее обязательную силу, в соответствии с письменными (а иногда устными) соглашениями. Как правило, процедура регламентирована в меньшей степени, чем арбитраж</p>	<p>В зависимости от объема и сложности поставленных задач продолжительность процесса варьируется от 6 до 12 месяцев</p>	<p>Обычно стоит дороже медиации, но дешевле арбитража – за счет меньшей продолжительности и упрощенного порядка представления сведений и исследования доказательств</p>	<p>В общем случае решение является обязательным для исполнения в соответствии с оговоркой об урегулировании споров. Обычно оно имеет силу в судах, кроме случаев, когда эксперт не следовал инструкциям.</p>	<p>Несмотря на то, что в ряде случаев в дело могут вмешаться судебные органы, как правило, решение эксперта становится окончательным, благодаря чему этот способ потенциально является одним из самых быстрых и малозатратных среди АРС.</p>	<p>Оперативность принятия решений может свидетельствовать о возможности сохранения коммерческих отношений.</p>

2. ОГОВОРКИ О ПРИМЕНЕНИИ АРС

- 2.1 Стороны могут принять решение об использовании АРС либо до того, как спор возник (на этапе возникновения у них коммерческих отношений), либо тогда, когда он уже возник. В первом случае обычной практикой является включение в договор пункта об использовании АРС в случае возникновения спора (оговорка о применении АРС). Если стороны не включают в договор такую оговорку, это, однако, не лишает их возможности прибегнуть к одному или нескольким способам АРС, когда спор уже возник, обычно параллельно с той процедурой разрешения споров, которая была прописана в договоре. Разумеется, когда спор уже возник, сторонам будет значительно сложнее договориться о выборе подходящего(их) способа(ов) АРС, и такие обсуждения должны регламентироваться законодательными и процессуальными требованиями той юрисдикции, в рамках которой спор подлежит рассмотрению.
- 2.2 Если возможность прибегнуть к АРС для разрешения споров предусмотрена договорными отношениями с самого начала, это позволит сэкономить массу времени и денег впоследствии. С другой стороны, обязательное использование АРС (например, медиации) до того, как стороны начали тяжбу в суде или арбитраже, не всегда на практике дает положительный эффект: например, если тот или иной спор не «дозрел» до нужной стадии или одна из сторон не желает участвовать.
- 2.3 При выборе оговорки об АРС нужно понимать, что такого положения, которое было бы применимо во всех случаях жизни, не бывает, и стороны должны найти тот способ, который больше всего подходит к конкретному договору.
- 2.4 Во многих сферах производства договаривающиеся стороны вполне могут обратиться к тем положениям о разрешении споров и об АРС, которые в наибольшей степени отражают специфику их отраслей. Например, в нефтегазовой сфере, строительстве, сырьевой отрасли и отраслях, связанных с морским судоходством, были выработаны шаблоны для договоров и правила разрешения споров, благодаря которым значительно сужается поле, в котором может возникнуть конфликт, и появляется возможность для его разрешения при помощи предписаний и процедур, наиболее приемлемых для каждой конкретной отрасли. Обзор некоторой части этих правил и других подобных материалов, разработанных для промышленного производства, включая специальные материалы, подготовленные CPR для отдельных отраслей, находится в приложении 1.
- 2.5 В самом общем виде оговорки об АРС делятся на три типа: обязывающие, многоуровневые и необязывающие.

Обязывающие оговорки

- 2.6 Обязывающие оговорки либо накладывают на стороны обязательство применять АРС (обычно медиацию), прежде чем прибегнуть к арбитражу или судебному разбирательству, или устанавливают принудительную процедуру АРС с обязательным к исполнению решением, такую как, например, экспертное заключение. Они эффективны в тех случаях, когда все стороны заинтересованы в применении АРС. Недостаток заключается в том, что бывают ситуации, когда одна из сторон не считает подходящим использование этих способов разрешения споров, но обязана делать это. Нужно отметить, что обязательность исполнения таких оговорок и их эффективность зависят от правовой системы, регулирующей такую оговорку. Разумеется, с согласия сторон возможно внести изменения в обязательную, основанную на оговорке процедуру АРС, либо вовсе от нее отказаться.

Пример:

«Стороны должны добросовестно стремиться к разрешению любых споров, возникших из настоящего Соглашения или связанных с ним, скорейшим образом, посредством конфиденциальной (в соответствии с [настоящим] Положением CPR о процедуре медиации [действующим на момент заключения договора])¹ процедуры медиации, до того как обратиться в арбитраж или в суд.»

Многоуровневые оговорки

2.7 Многоуровневые оговорки предусматривают пошаговые процедуры с большим количеством промежуточных этапов. Например, стороны обязуются сначала вести переговоры напрямую; а в случае их неудачного исхода, до того, как пойти в суд – обратиться к медиации. Такие оговорки широко используются в целом ряде коммерческих договоров во всех отраслях производства, но особенно характерны (и эффективны) для тех случаев, когда стороны вступают в долгосрочные отношения и при этом стремятся получить возможность урегулировать споры "полюбовно", не прибегая к помощи официальных инстанций, например, к арбитражу.

Пример:

***«А. Разрешение споров силами самих сторон.** Стороны должны добросовестно стремиться к разрешению любых споров, возникших из настоящего [Соглашения] [Договора] или связанных с ним, скорейшим образом, посредством переговоров между уполномоченными представителями сторон, в компетенцию которых входит урегулирование разногласий, и занимающими более высокую должность в управлении компанией, чем сотрудники, непосредственно отвечающие за исполнение условий договора. Любое лицо может передать другой стороне письменное уведомление о любой спорной ситуации, которую не удалось разрешить в рабочем порядке. В течение [15] дней после получения уведомления получившая его сторона должна направить запросившей стороне письменный ответ. Уведомление и ответ должны включать: а) сформулированные позиции сторон с обосновывающими их доводами, б) имена и должности уполномоченных представителей сторон и их помощников. В течение [30] дней с момента получения уведомления уполномоченные представители должны встретиться в удобном им месте в удобное время и по возможности попытаться разрешить спор. Все обоснованные запросы информации, поданные одной из сторон другой стороне, должны быть удовлетворены. Все переговоры в соответствии с настоящей оговоркой являются конфиденциальными и для целей подлежащих применению правил доказывания должны рассматриваться как переговоры, направленные на заключение мирового соглашения.»*

***В. Медиация.** Если спор не удалось разрешить путем ведения переговоров в соответствии с условиями настоящего документа в течение [45] дней с момента получения уведомления о начале переговоров [или если стороны не смогли провести встречу в течение [20] дней], стороны должны прибегнуть к медиации в соответствии с Положением Международного института предотвращения и разрешения конфликтов (CPR) о процедуре медиации для урегулирования спора² (действующей на данный момент ИЛИ на момент заключения Соглашения). [Однако если одна из сторон отказывается участвовать в переговорах в соответствии с условиями настоящего документа, другая сторона может обратиться к процедуре медиации до истечения [45] дней]. В отсутствие*

¹ В данном случае пункт о конфиденциальности включен в договор в соответствии с законами США. Следует внести необходимые изменения в зависимости от выбранной системы права.

² В данном случае пункт о конфиденциальности включен в договор в соответствии с законами США. Следует внести необходимые изменения в зависимости от выбранной системы права.

соглашения об ином, стороны выберут медиатора из Реестра ведущих медиаторов CPR.”

С. Арбитраж. Любой спор, возникший из настоящего [Соглашения] [Договора] или связанный с ним, включая его нарушение, расторжение или действительность, который не удалось разрешить при помощи медиации в соответствии с условиями этого документа [в течение [45] дней с момента начала процедуры медиации] или [в течение 30 дней с момента назначения медиатора], должен быть окончательно разрешен арбитражем, в соответствии с Правилами администрируемого арбитража международных споров Международного института предотвращения и разрешения конфликтов (CPR) [действующими на данный момент ИЛИ действующими на момент заключения Соглашения], при участии [одного арбитра] [трех арбитров, из которых двое назначаются сторонами, а третий – непосредственно CPR ИЛИ этими двумя назначенными арбитрами] [трех арбитров, назначаемых согласно процедуре отбора, предусмотренной п. 5.4 Правил][трех арбитров, назначенных без участия сторон]. [Однако если одна из сторон отказывается участвовать в переговорах или медиации в соответствии с условиями настоящего документа, другая сторона может обратиться в арбитраж до истечения сроков, указанных выше]. Арбитражное решение может быть приведено в исполнение в любом суде, имеющем соответствующую компетенцию. Местом арбитража будет... (указывается город, страна). Процесс ведется на... языке (указывается язык)».

Необязывающие оговорки

2.8 Необязывающие оговорки относятся к оговоркам такого типа, которые требуют от сторон только учитывать возможность применения АРС до того, как прибегнуть к арбитражу или суду; предусматривается обращение к механизму АРС, но при этом стороны могут отказаться от нее, если она в том или ином случае неприемлема. Несмотря на то, что необязывающие оговорки порой критикуют за неэффективность – поскольку они не налагают на стороны договорные обязательства об использовании внесудебных инструментов урегулирования, – они могут пригодиться тем, кто хочет сохранить максимальный арсенал возможностей для разрешения споров; включение в договор необязывающей оговорки просто позволяет той или иной стороне предложить обратиться к медиации (например) без опасений, что это предложение будет встречено с недоверием, поскольку такая возможность уже предусмотрена условиями договора между сторонами.

CPR не поощряет использование необязывающих оговорок, поскольку они сами по себе могут стать предметом судебного разбирательства на предмет того, были ли соблюдены данные оговорки. Тем не менее, в некоторых случаях договаривающиеся стороны могут использовать необязывающую оговорку, учитывая гибкость, которую она допускает.

ОГОВОРКИ О ПРИМЕНЕНИИ АРС: КЛЮЧЕВЫЕ ВОПРОСЫ

Область применения	какой спор (какие споры) покрывается (покрываются) оговоркой?
Сроки	оговорка может устанавливать предельные сроки для начала и завершения АРС, включая временные рамки для совершения конкретных действий или шагов.
Запуск процедуры	как с формальной точки зрения процесс будет начинаться?
Выбор медиатора, эксперта и т. д.	как выбрать третью сторону, пользоваться ли услугами центров АРС?

Язык, место проведения и применимое право	где будет проходить процесс, и на каком языке он будет вестись? Возможно, будет целесообразно прямо предусмотреть в больших оговорках право, применимое к самим оговоркам об APC.
Возможность участия самих сторон	актуально для медиации или стадии переговоров. Обе стороны могут пожелать непосредственного участия своих представителей с соответствующими полномочиями в урегулировании спора.
Конфиденциальность	обычно стороны хотят, чтобы процесс был конфиденциальным, и, если это не процесс, который приводит к принятию обязательных к исполнению решений, чтобы информация не могла использоваться в качестве доказательства в судах (там, где действует соответствующая привилегия на сохранение профессиональной тайны).
Стоимость	кто будет нести процедурные расходы, связанные как с привлечением медиатора и/или центра APC, так в итоге и с оплатой судебных издержек.

Дополнительные материалы

- 2.9 CPR предлагает целый спектр типовых оговорок об APC, включая медиацию, несколько видов арбитража, мини-суд, а также ряд других оговорок, относящихся к специальным профессиональным отраслям. Все эти материалы доступны по адресу <http://bit.ly/CPRModelClauses>. Они могут использоваться в качестве образца при составлении оговорок о применении APC в рамках коммерческих договоров, однако нужно помнить о том, что в каждом конкретном случае необходимо внимательно оценивать возможность их применения и каких-либо вариаций.
- 2.10 Ключевые вопросы, которые нужно иметь в виду при составлении оговорок об APC, в том числе касающиеся ситуаций, в которых применимы типовые оговорки, перечислены в перечне контрольных вопросов CPR (<http://bit.ly/CPRDraftingchecklist>).
- 2.11 Помимо этого, CPR предлагает практическое пособие, посвященное типичным способам альтернативного разрешения споров, «Как составить оговорки о разрешении споров» (*Drafting Dispute Resolution Clauses*, см. подробнее: <http://bit.ly/CPRDraftingBook>), которое адресовано специалистам по правовому сопровождению бизнеса и юристам, специализирующимся на сопровождении сделок. В пособии простым языком объясняются сложные вещи, связанные с составлением оговорок до возникновения спора, приводятся соответствующие примеры. Книга находится в свободной продаже.
- 2.12 Международный Институт Медиации (International Mediation Institute, IMI) обобщил ряд примеров оговорок о применении медиации, которые были составлены различными поставщиками услуг APC и находятся в свободном доступе в интернете. Они размещены на странице bit.ly/IMISampleClauses, вместе с некоторыми пояснениями практического характера о составлении таких оговорок.

3. **МЕДИАЦИЯ: ОЦЕНКА ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ И ВЫБОР ПОДХОДЯЩЕГО МОМЕНТА**
- 3.1 Медиация – один из самых популярных видов АРС, распространенный в различных юрисдикциях и при возникновении трансграничных споров. Она особенно эффективна, если речь идет о продолжающихся коммерческих отношениях, но в принципе применима почти во всех случаях, кроме тех, когда сторонам принципиально важны именно судебные меры правовой защиты и результат, оформленный в виде судебного решения (например, судебный запрет).
- 3.2 Обращение к медиации целесообразно в подавляющем большинстве случаев. Основной вопрос обычно состоит не в том, *может ли* медиация привести или приблизить стороны к мировому соглашению, а в том, *какой момент* для нее наиболее подходящий. Даже когда медиация не приводит непосредственно к достижению мирового соглашения (например, из-за того, что ее начали на слишком ранней стадии спора), она может помочь сторонам определить ключевые спорные вопросы и, соответственно, свои основные интересы и сфокусироваться на них. Переговоры и медиация могут проводиться несколько раз в течение спора; на пути к поиску приемлемого решения стороны могут обращаться к ней неоднократно.
- 3.3 Ниже приведен список вопросов, которые рекомендуется задать сторонам, чтобы понять, насколько в том или ином случае применима медиация, и если да, то на какой стадии спора к ней обращаться. Этот перечень является не исчерпывающим, а лишь ориентировочным. Совершенно необязательно отвечать на все эти вопросы; обычно достаточно одного или нескольких ответов, чтобы понять, есть ли в данном случае основания для применения медиации.
- 3.4 Решение об обращении к медиации также тесно связано с вопросом, на какой стадии спора к ней следует прибегнуть. В целом, чем раньше участники спора обращаются к ней, тем больше у них шансов сохранить средства, уходящие на ведение дела, в т. ч. в суде, и предотвратить развитие этого спора. Однако, с другой стороны, требуется всегда помнить о необходимости оценивать, насколько стороны готовы действовать в духе принятых ими решений и насколько исчерпывающей является полученная информация для того, чтобы провести успешный анализ рисков продолжения или развития спора.
- 3.5 Этот раздел содержит материалы, помогающие определить как уместность медиации в тех или иных спорах, так и момент, когда к ней лучше всего прибегнуть (в крупных спорах это может происходить неоднократно).

СПИСОК ВОПРОСОВ

- **Есть ли у Вас внутреннее ощущение, что можно прийти к мировому соглашению, не доводя дело до следующей стадии разбирательства?**
В случаях, когда вероятность примирения высока, медиация зачастую ускоряет процесс его достижения, сохраняя средства, время и, возможно, деловые отношения..
- **Насколько важно сохранение деловых отношений с оппонентом?**
Если это главная цель обеих сторон, обращение к медиации вполне целесообразно.
- **Насколько стороны хотят контролировать ход процесса разрешения спора?**

Медиация – это достаточно гибкий процесс, при котором стороны могут в большей степени влиять на ход процедуры, чем при арбитраже или судебном разбирательстве.

- **Может ли дело быть разрешено в упрощенном порядке, или одна из сторон требует обеспечительных мер, присуждения судом финансового вознаграждения или штрафа?**

Определенные виды средств правовой защиты, доступные в суде, не могут быть реализованы посредством медиации; в этих случаях медиация не применима.

- **Требуется ли раскрытие сведений и исследование доказательств в официальном порядке?**

Участники медиации могут договориться об обмене информацией, однако полного раскрытия сведений от них не требуется. В случаях, когда стороны хотят осуществить полное официальное раскрытие сведений и исследование доказательств, медиация может использоваться до начала этого процесса или параллельно с ним, чтобы сузить спектр требуемой документации, экономя время и деньги сторон.

- **Является ли для спора принципиальной только сумма иска, или он затрагивает определенные технические вопросы?**

Во втором случае стороны могут применить другой вид APC.

- **Являются ли предполагаемые судебные или арбитражные расходы аргументом в пользу использования медиации?**

В подавляющем большинстве случаев ответ на этот вопрос положительный.

- **Есть ли потребность в оперативном разрешении спора?**

И так понятно, что быстрое разрешение споров обычно желательно, но есть случаи, когда оно просто необходимо, например, если стороны хотят возобновить или продолжить торговые или иные коммерческие отношения. Процедура медиации может быть организована и проведена быстро, при необходимости в течение нескольких дней, но в коммерческих спорах, как правило, стороны уведомляются о применении медиации за несколько недель, чтобы получить возможным образом подготовиться.

- **Есть ли у сторон потребность в конфиденциальности?**

Обычно медиация - конфиденциальный процесс.

- **Насколько для сторон принципиальна публичность процесса?**

Сам по себе процесс медиации является конфиденциальным, но вполне допустимо (и это обычная практика), что стороны в медиативном соглашении договариваются о том, что какая-нибудь его часть обретет согласованную форму публичного заявления: например, извинения или просто уведомления третьей стороны (к примеру, инвестора) о завершении спора.

- **Насколько стороны уверены в успехе в случае судебного разбирательства или арбитража?**

Если сторонам все ясно с правовой точки зрения, роль медиации может состоять в том, чтобы помочь им достичь соглашения раньше, чем суд или арбитраж вынесет решение. Если же существует спор по вопросам права или факта, медиация может дать сторонам возможность в пробном режиме и в безопасной обстановке – в частном порядке и конфиденциально, с участием медиатора – сформулировать и оценить свои позиции. Это позволяет также трезво оценить риски, что само по себе способствует процессу достижения соглашения.

- **Насколько идея медиации популярна среди руководства компаний-клиентов?**

Компании, «культура» которых поощряет применение APC, а также те, что уже сталкивались с ним, значительно сильнее расположены по отношению к медиации и приступают к ней, уже настроившись на мирное урегулирование. Большинство сотрудников компаний, лично принимавших участие в процедуре медиации, считают ее эффективной.

- **В каком состоянии находятся отношения сторон на текущий момент?**

Несмотря на то, что обстановка конфликта, недоверия и напряжения может осложнить работу медиатора, даже если эти состояния доведены до предельного уровня, они не становятся непреодолимыми препятствиями для успешной медиации. Зачастую для успеха достаточно, чтобы в процессе медиации были приняты во внимание человеческий и эмоциональный факторы – это и позволяет помочь сторонам в разрешении споров. Ни суд, ни арбитраж не учитывают интересов собственно людей, а состязательный характер процесса часто приводит скорее к поляризации мнений, чем к сближению сторон.

- **Есть ли разница между сторонами в том, что касается их финансовых ресурсов и уровня развитости бизнеса?**

В случаях, когда при медиации силы сторон откровенно неравны, от медиатора потребуются умение филигранно предотвратить любой риск возникновения несправедливости. Как бы то ни было, медиатор может предоставить сторонам, если это компании разного уровня и с разными ресурсами, надежный форум, и в этих условиях найти зацепки, позволяющие привести спор к разрешению. Иногда крупные корпорации готовы оплатить весь процесс медиации только потому, что заинтересованы в том, чтобы вовлечь в обсуждение своих оппонентов – более мелкие компании – в ситуациях, когда обычные переговоры или иные усилия по достижению соглашения не дали результатов.

- **Совместимы ли линии поведения юристов сторон?**

Подход, которого придерживается независимый юрист, может значительно повлиять на возможность успеха медиации. Однако тон задают стороны и их штатные юристы (в тех случаях, когда они есть). В некоторых юрисдикциях, где медиация развита слабо и не практикуется широко, независимые юристы могут и сами столкнуться с проблемой нехватки знаний и опыта, решить которую можно путем информирования и образования.

- **Способна ли медиация помочь сторонам, прояснив для них основные вопросы, являющиеся предметом спора, и сформировав у них понимание реальных мотивов и главных интересов друг друга?**

Помочь сторонам разобраться в сути основных вопросов, которые встали между ними, и их главных целей, – ключевая задача медиатора, выполнение которой увеличивает шансы на заключение соглашения.

- **Даст ли медиация сторонам возможность объяснить свою позицию, сподвигнет ли их снизить уровень враждебности или даже принести извинения?**

Медиация более нацелена на сотрудничество и менее – на состязательность, чем суд или арбитраж. В условиях, когда стороны имеют возможность объяснить свою позицию или дать волю гневу, именно медиация может стать инструментом, разряжающим обстановку. Огромное количество споров возникает или обостряется из-за того, что стороны неправильно друг друга поняли, а такая ситуация скорее будет успешно разрешена при помощи медиации, чем суда или арбитража.

Дополнительные материалы

- 3.6 Вопросы, приведенные в этом перечне, а также те, что в него не вошли, более подробно обсуждаются в пособии CPR «Применимость APC» (ADR Suitability Guide, <http://bit.ly/suitabilityguide>). В этом издании представлена подробная схема, позволяющая определить возможность применения медиации в случае того или иного спора.

В КАКОЙ МОМЕНТ СПОРА ПРИСТУПАТЬ К МЕДИАЦИИ

- 3.7 Несмотря на то, что порой вопрос, как выбрать самый «подходящий» момент для начала медиации, является дискуссионным, в действительности можно определить целый ряд этапов спора, во время которых медиация будет особенно эффективна. Необходимо, чтобы стороны понимали динамику

развития ситуации на разных этапах и формулировали свои ожидания и стратегию ведения переговоров и подготовки к ним скоординировано.

- 3.8 Разумеется, чем раньше стороны обратятся к медиации, тем больше у них будет вероятность сэкономить деньги (на судебных издержках) и время, а также сохранить деловые отношения с оппонентами (или хотя бы минимизировать ущерб таким отношениям). С другой стороны, чем раньше медиация проводится, тем меньшим объемом информации, необходимой для оценки перспектив спора, могут обладать его участники. Как правило, должностные лица, ответственные за вынесение решения, предпочитают получить максимально возможное количество информации перед тем, как принять то или иное решение об урегулировании спора. Это создает неминуемое противоречие между возможным разрешением спора на самой ранней стадии и получением того количества информации, которое необходимо для принятия наиболее взвешенного решения (которое устроит руководство компаний, акционеров и т.д.).
- 3.9 Существует ряд внутренних и внешних факторов, влияющих на решение компаний относительно того, когда обратиться к медиации, в том числе место разрешения спора, право, применимое к спорным вопросам, прочие сопутствующие обстоятельства и основные интересы сторон.
- 3.10 О некоторых факторах, способных повлиять на выбор самого подходящего для медиации момента в споре, подробно говорится в подготовленном компанией Herbert Smith Freehills LLP пособии для клиентов по APC «Когда приступить к медиации в споре» ("When to Mediate in a Dispute", <http://bit.ly/HSFwhenmediate>). Пособие составлено с точки зрения общего права с упором на процедуру гражданского судопроизводства в Англии, но целый ряд затронутых в нем вопросов можно легко модифицировать, чтобы отразить процедуру в судах континентального права или арбитраже. Независимо от места официального разрешения спора, главный вопрос, который всегда стоит перед сторонами, – придут ли они по мере прохождения через последующие процессуальные этапы к взвешенному обоснованному решению о том, чтобы попытаться достичь соглашения путем переговоров или медиации, или продолжат его в официальном порядке, при помощи суда или арбитража.

4. МЕДИАЦИЯ: ПРОЦЕДУРА И РЕГЛАМЕНТ

Общие сведения

- 4.1 Медиация представляет собой переговоры, проходящие при посредничестве третьей стороны, цель которых – разрешить спор на взаимовыгодных для сторон условиях. Стороны совместно выбирают третью, нейтральную сторону, которая будет выступать в качестве медиатора. Роль медиатора состоит в том, чтобы выявить интересы сторон, определить области их пересечения, способствовать достижению сторонами решения, которое бы позволило соблюсти эти интересы, и помочь им оформить это решение, заключив соглашение.
- 4.2 Медиация имеет целый ряд преимуществ по сравнению с прямыми переговорами сторон. Во время переговоров стороны часто отказываются признать слабые места своей позиции и пойти на уступки из опасений ослабить свою переговорную позицию. Это ведет к тому, что стороны только укрепляются в своих мнениях и не признают, что существуют альтернативные пути урегулирования спора.
- 4.3 Медиаторы – это своего рода дипломаты, их задача – добиться доверия от обеих сторон и убедить их конфиденциально сообщить о своих истинных целях и опасениях. Медиация позволяет трезво оценить риски сторон и в частном, доверительном порядке найти и обсудить с медиатором альтернативные варианты разрешения спора. Она позволяет сторонам взаимодействовать

наиболее прагматичным и конструктивным образом. Кроме того, медиация предусматривает возможность установить гибкий график и структуру процедуры, что не всегда возможно при обычных переговорах.

Ключевые положения

- 4.4 Медиация – **строго добровольный процесс**. Несмотря на то, что в некоторых правовых системах суды настоятельно рекомендуют прибегать к процедуре медиации, а в некоторых она даже является обязательной, нельзя принудить стороны к достижению соглашения путем медиации. Цель медиатора – помочь сторонам достичь соглашения, однако это не всегда возможно.
- 4.5 Медиация ведется **строго конфиденциально**. Ничего из сказанного в ходе медиации не должно обсуждаться вне этого процесса или раскрываться третьим лицам. Кроме того, все сказанное в ходе закрытых встреч медиатора с одной стороной, проводимых без участия другой стороны, также не подлежит разглашению второй стороне. Эти условия обычно включаются в соглашение о проведении медиации. Разумеется, нельзя «вернуть обратно» сказанное, и информация, которую сообщили в ходе медиации, не может стать «неизвестной» – в этом смысле ситуация здесь такая же, как в случае с переговорами в любом другом формате. Необходимо помнить о том, что правовые системы разных стран, при регулировании соглашения о медиации, предусматривают разный подход к вопросу о конфиденциальности процесса медиации.
- 4.6 Помимо этого, в юрисдикциях, признающих соответствующую доказательную привилегию (большинство правовых систем, основанных на общем праве), стороны не имеют права использовать в суде или арбитраже что-либо сказанное, написанное или сделанное каким-то иным образом исключительно для целей медиации. В других юрисдикциях законодательство обычно предусматривает широкий спектр возможностей обеспечить конфиденциальность информации, которой стороны обменивались в ходе медиации. Директива ЕС о медиации (2008/52/ЕС), касающаяся трансграничных споров (если стороны домицилированы в разных государствах-членах ЕС) обязывает государства-члены ЕС обеспечивать конфиденциальность процесса медиации и гарантировать защиту медиаторам и посредникам от привлечения их в качестве свидетелей в ходе судебного разбирательства. Некоторые члены ЕС по собственной инициативе решили применять положения этой директивы и для внутренних споров.
- 4.7 Медиатор **не имеет права давать обязательные указания**, оказывать давление на ход процесса, в принудительном порядке инициировать заключение соглашения или выносить решения и вердикты по спору. Результаты медиации носят обязательный характер только в том случае, если стороны пришли к мировому соглашению по итогам процесса. Договор получает исполнительную силу в соответствии с самим механизмом разрешения споров, заложенным в нем. Принудительно исполнить условия мирового соглашения обычно значительно проще, чем устраивать судебный или арбитражный процесс в связи с первоначальным предметом спора (поскольку требование, как правило, касается только долга – суммы, подлежащей выплате в соответствии с заключенным мировым соглашением), но на практике ситуация, когда стороны не соблюдают условия соглашения, к которому они пришли в процессе медиации, является редкостью. Директива ЕС о медиации устанавливает, что государства-члены ЕС должны обеспечить возможность принудительного исполнения при помощи судов этих государств-членов решений, достигнутых в ходе трансграничной медиации.

Медиация – оценочная или содействующая (фасилитативная)?

- 4.8 Медиатор – независимая и нейтральная сторона, как правило, не принимающая непосредственного участия в процессе принятия решений, если только от сторон не поступил соответствующий запрос (что редкость).
- 4.9 Тем не менее, медиаторы могут выполнять свою роль разными способами. Медиатор может действовать просто как посредник – и при этом управлять процессом – избегая прямой оценки обстоятельств дела и позиций сторон. Так осуществляется содействующая (фасилитативная) медиация. Эта модель медиации наиболее распространена на международном уровне. При всем том, содействующий медиатор вполне может обращаться к обстоятельствам дела; как правило, задавая сторонам вопросы (почти всегда в частном порядке), чтобы составить реалистичное представление о сильных и слабых сторонах их позиций.
- 4.10 Медиатор может также подойти к выполнению своих обязанностей с намерением выражать свое мнение по существу позиций сторон или давать оценку (не имеющую обязательной силы) того, как может или должно выглядеть регулирование спора. Такого медиатора принято именовать «оценивающим».
- 4.11 В действительности, спектр стилей ведения медиации значительно более широк; они определяются тем подходом, которого придерживается медиатор, пожеланиями сторон и перспективами дела, зависящими от правоприменительной практики в конкретной стране. Высококвалифицированные медиаторы способны при необходимости сочетать содействующий и оценочный подходы, подстраиваясь под потребности сторон и специфику спора.

Правила и порядок проведения медиации

- 4.12 Проведение медиации может регулироваться ситуативно, ad hoc, или на основе регламента, разработанного организацией, занимающейся APC. CPR (как и другие центры APC) предлагает свои правила проведения медиации – ознакомиться с ними можно, пройдя по ссылкам ниже.
- 4.13 Стороны могут договориться об использовании этих правил либо в рамках оговорки о применении APC, либо заключая соглашение о медиации. Кроме того, стороны могут оговорить применение специально разработанных правил (например, тех, которые подготовят их штатные или независимые юристы), которые будут включены в соглашение о проведении медиации (подробнее о таких соглашениях см. раздел 6).
- 4.14 Порядок проведения медиации довольно гибкий и в значительной степени зависит от принятых правил или условий соглашения, но в целом процесс выглядит примерно так, как показано ниже:

Шаг первый	Назначение медиатора
	Либо стороны назначают его напрямую, согласовав кандидатуру между собой, либо прибегают к услугам компаний, занимающихся APC или медиацией, которые могут предложить или назначить специалиста с необходимым уровнем квалификации и опыта. Более подробно о подборе медиатора, см. раздел 5.
Шаг второй	Организационные моменты: определение даты, времени и места проведения; представительство сторон
	Следующий шаг состоит в определении даты, времени и места проведения медиации. Принципиально важно участие с каждой стороны лиц, уполномоченных на принятие решений по урегулированию спора, –

	<p>в этом случае, если согласие достигнуто, мировое соглашение может быть заключено в тот же день. Стороны, кроме того, должны решить, потребуется ли им присутствие их юристов. В большинстве случаев юристы принимают участие в разрешении спора и, соответственно, в подготовительных мероприятиях, предваряющих процесс. Однако это не является обязательным, и некоторые корпорации, имеющие у себя в штате опытных юристов, знакомых с процессом, будут только рады провести медиацию без помощи юристов со стороны.</p>
Шаг третий	Составление документов
	<p>Как правило, перед началом медиации стороны передают медиатору основной пакет документов (по возможности, согласовав его содержание между собой) для ознакомления. Кроме того, они обмениваются краткими письменными заявлениями (или по согласованию направляют их только медиатору), в которых излагают свой взгляд на проблему, пытаются убедить оппонентов в своей правоте и вводят медиатора в курс дела. Эти заявления представляют собой декларации позиций сторон и не являются судебными документами. С ними должны иметь возможность ознакомиться уполномоченные представители сторон, ответственные за итоговое решение, которые обычно не являются юристами.</p>
Шаг четвертый	Подготовка сторон к процессу
	<p>Стороны должны хорошо подготовиться к медиации, чтобы увеличить шансы успешного достижения в результате нее соглашения. Подготовка включает в себя: анализ правовых оснований и доказательств, оценку рисков и экономических аспектов потенциального или уже идущего судебного или арбитражного процесса, составление плана переговоров. Также полезно заранее подумать над приемлемым проектом мирового соглашения. Более подробно см. раздел 7 ниже.</p>
Шаг пятый	День Икс
	<p>Обычно процесс медиации начинается утром. Его открывает сессия с участием обеих сторон, в ходе которой они обмениваются краткими устными заявлениями – в дополнение к уже сделанным письменным. Медиатор объясняет основные правила медиации, в частности, подчеркивает ее конфиденциальность и –где применимо– что она не может использоваться в ущерб сторонам в суде; рассказывает о том, как она будет проходить, если стороны с этим согласны.</p> <p>Стороны могут продолжать работать в таком формате, но обычно по предложению медиатора они расходятся по разным помещениям, где проводится серия отдельных обсуждений (кокусов), в ходе которых медиатор по отдельности обсуждает спор с каждой из сторон. Медиатор действует как челночный дипломат, проводя время попеременно то с одной, то с другой стороной.</p> <p>Медиатор может провести со сторонами (или их представителями) новые совместные сессии в течение того дня (или тех дней), когда проводится медиация, если это позволит добиться прогресса в переговорах.</p> <p>Обсуждения в рамках отдельных сессий обычно проходят в три этапа. Первый этап – исследование, в ходе которого медиатор задает каждой стороне вопросы, чтобы установить их интересы, и выясняет, как они</p>

	<p>оценивают свое положение в споре. Второй этап – переговоры. Здесь задача медиатора состоит в том, чтобы запустить процесс взаимного обмена предложениями между сторонами, либо напрямую во время совместных сессий, либо через медиатора, который передаст их от одной стороне другой в рамках отдельных встреч. Третий этап – заключение мирового соглашения, в ходе которого нужно убедиться, что все его условия понятны, исполнимы и отражены в тексте соглашения.</p> <p>Следует отметить, что план проведения медиации может варьироваться в зависимости от специфики той европейской страны, в которой она проводится. Описанный выше путь скорее характерен для правовых систем, основанных на общем праве, например, для Англии. В странах континентального права, таких как Франция или Германия, может быть и так, что медиатор большую часть времени уделяет совместным сессиям, и меньшую – отдельным (кокусам). И тот, и другой подход могут дать положительный результат, но для его достижения сторонам необходимо понять привычную для медиатора тактику и максимально четко определить свои пожелания и ожидания от процесса медиации.</p>
--	---

Дополнительные материалы

- 4.15 CPR выпустил регламент проведения медиации (<http://bit.ly/CPRMediationProcedure>). Первоначально он был разработан для проведения медиации в США, но вполне может быть адаптирован для проведения медиации в Европе.
- 4.16 Компания Herbert Smith Freehills LLP выпустила пособие для клиентов по APC – «Введение в медиацию: что это такое и как функционирует» ("[An introduction to mediation – what it is and how it works](http://bit.ly/HSFMediationIntro)" – <http://bit.ly/HSFMediationIntro>), в котором содержатся вводные сведения общего характера о ключевых аспектах медиации и о том, чего ждать от самой ее процедуры. В пособии также можно найти шаблон «графика проведения медиации», устанавливающий ключевые этапы этой процедуры до, после и в течение того дня (тех дней), когда она проводится, причем последний этап рассматривается наиболее подробно.
- 4.17 Некоторые другие центры APC также выпустили ряд процедурных правил, которые можно использовать как в случае, когда стороны заранее договорились об этом в оговорке о разрешении споров, так и тогда, когда они соглашаются на процедуру медиации, когда спор уже существует. См. напр.:
 - 4.17.1 Арбитражная палата Милана (Chamber of Arbitration of Milan, CAM): <http://www.camera-arbitrale.it/en/Mediation/Rules.php?id=377>
 - 4.17.2 Центр эффективного разрешения споров в Лондоне (Centre for Efficient Dispute Resolution, CEDR): http://www.cedr.com/about_us/modeldocs/
 - 4.17.3 Центр медиации и арбитража в Париже (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP): <http://www.cmap.fr/Rules-and-rates/Rules-in-English-164-en.html>
 - 4.17.4 Примирительный регламент Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC) [Mediation Rules](#))

5. МЕДИАЦИЯ: НАЗНАЧЕНИЕ МЕДИАТОРА

Поиск медиатора

- 5.1. Медиатор может быть назначен двумя способами. Либо стороны сами договариваются об определенном кандидате и назначают его напрямую, либо

обращаются к организациям, оказывающим услуги по АРС или медиации, которые могут предложить или назначить медиатора с достаточным опытом и квалификацией (как правило, это платная услуга).

Выбор медиатора

- 5.2. Профессиональные требования к медиаторам в Европе существенно различаются в зависимости от конкретной страны; разброс идет от государств, где нет официально регламентированного стандарта требований к медиаторам (как в Великобритании), до государств, в которых от медиаторов требуется прохождение профессионального обучения, аттестации, а также дальнейшее повышение квалификации (вроде Нидерландов) или принесение присяги (как в Швейцарии).
- 5.3. Несмотря на то, что всегда кажется разумным воспользоваться услугами медиатора, квалификация и опыт которого документально подтверждены признанными в сфере АРС организациями, само по себе это подтверждение не является гарантией качества его работы и ничего не говорит о его подходе и личных качествах. По этой причине более продуктивно собирать информацию о медиаторе в доступных источниках: посмотреть, включен ли он в список рекомендованных медиаторов той или иной организации АРС; проконсультироваться там о его кандидатуре; обсудить ее с независимым юристом или коллегами; посмотреть отзывы о нем в интернете. В некоторых случаях, можно даже сказать в большинстве случаев, сторонам было бы неплохо провести собеседование с кандидатом в медиаторы на стадии отбора.
- 5.4. Каждый медиатор обладает собственным стилем, и очень важно найти такого специалиста, который сможет сработаться с представителями сторон и получить от них максимальную отдачу. В случаях, когда спор очень сложный или крупный, с одновременным участием многих сторон, участники спора могут собрать команду ко-медиаторов, разделив их обязанности.
- 5.5. Большинство коммерческих медиаторов –переквалифицировавшиеся юристы. В некоторых случаях сторонам может показаться более предпочтительным обратиться к услугам людей других, неюридических специальностей, например, являющихся специалистами в узкопрофессиональных, производственных областях. Однако каким бы ни было профессиональное прошлое медиатора, главное, что от него требуется, это терпение, умение слушать, энергичность и решительность.
- 5.6. Главный вопрос состоит в том, насколько хорошо медиатор разбирается в тематике спора. Чем более узкими и специализированными являются предмет и вид спора, тем меньше список кандидатов на роль медиатора. Желательно, чтобы у медиатора был практический опыт в сфере, связанной с предметом спора, – будь то страхование, энергетика или вопросы ответственности производителя – чтобы он мог эффективно заниматься этими вопросами; но редко бывает так, что действительно необходимо наличие глубоких знаний медиатора относительно предмета спора. Как правило, не менее ценно, если медиатор владеет навыками управления процессом.

Дополнительные материалы

- 5.7. Для сторон, собирающихся назначить медиатора напрямую, по договоренности между собой, CPR предлагает обширную и подробную базу данных (Реестр ведущих медиаторов CPR), в которой компании-члены CPR могут найти специалистов, чей опыт, квалификация, знание языков и география работы отвечают запросам участников спора. Подробные биографии этих медиаторов, зарекомендовавших себя благодаря своему опыту ведения АРС и разрешения коммерческих споров, доступны для них в режиме онлайн. Компании, не являющиеся членами CPR, могут получить биографические сведения об этих высококвалифицированных специалистах, обратившись в CPR. CPR также может

помочь участникам спора с выбором медиатора. Более подробно об услугах CPR в области разрешения споров см. <http://bit.ly/CPRDRS>.

- 5.8. CPR также оказывает сторонам поддержку в выборе арбитра или медиатора, если это предусматривается соответствующим договором, или по запросу сторон, сделанному после возникновения спора. В этом случае CPR совместно с участниками спора будет искать человека, способного выступить третьей стороной, обладающего достаточной квалификацией для разрешения споров, уже зарекомендовавшего себя по прежним конфликтам, в том числе своей доступностью и готовностью к работе. Более подробно об этом см. на сайте, в разделе, посвященном услугам CPR по подбору нейтральной стороны (<http://bit.ly/CPRSelection>).

CPR располагает инструментом экспертной оценки медиаторов – опросником, позволяющим составить обоснованное мнение о потенциальном арбитра или медиаторе. См. подробнее: <http://bit.ly/CPRDET>.

- 5.9. Факторы и критерии, которые нужно иметь в виду при выборе подходящего медиатора, также приводятся в выпущенном компанией Herbert Smith Freehills Руководстве для клиентов «Выбираем медиатора и заключаем соглашение о медиации» ("Selecting your mediator and drafting the mediation agreement" – <http://bit.ly/HSFMediatorSelection>).

6. МЕДИАЦИЯ: СОГЛАШЕНИЕ О ЕЕ ПРОВЕДЕНИИ

- 6.1. Стороны заключают между собой соглашение о проведении медиации в день ее проведения или незадолго до этого. В нем перечисляются основные процедурные правила проведения медиации, а также ключевые обязательства, например, обязанность соблюдать конфиденциальность. Эти документы содержат типовой набор положений, у которых меняются только формулировки – в зависимости от места рассмотрения дела, но независимо от масштаба и вида коммерческого спора. Как было замечено выше, либо все условия соглашения могут содержаться непосредственно в самом документе, либо в соглашение может быть включен путем отсылки регламент центра APC.
- 6.2. Правильнее было бы подписывать соглашение о проведении медиации как можно раньше, как только стороны договорились о кандидатуре медиатора. Это позволит предусмотреть в соглашении также особенности периода подготовки к медиации. Впрочем, обычно соглашение все равно подписывают не раньше, чем в первый день медиации.
- 6.3. Соглашение о проведении медиации, как правило, включает в себя следующие ключевые положения:

<p>Предмет спора</p>	<p>Важно прояснить, какие вопросы и спорные моменты предстоит разрешить в процессе медиации (если это возможно). Это просто сделать, если дело уже рассматривается в суде или арбитраже, поскольку предмет спора в такой ситуации уже имеет четкие границы, очерченные этим процессуальным разбирательством. В случае отсутствия такого рода разбирательств, или если стороны хотят попытаться разрешить другие или смежные с основным предметом спора проблемы, при составлении плана медиации необходима тщательность – чтобы ожидания сторон от медиации и от того, что станет и что не станет предметом обсуждения в ее рамках, совпали (это, безусловно, влияет и на процесс подготовки к медиации).</p>
-----------------------------	---

<i>Дата, время и место проведения</i>	Необходимо определить время и место переговоров; кроме того, возможно, участники спора захотят установить временные рамки для переговоров. Основная задача состоит в том, чтобы создать условия для медиации, максимально подходящие и удобные для сторон и отвечающие их требованиям.
<i>Конфиденциальность и процесс без ущерба для сторон</i>	Необходимо определить время и место переговоров; кроме того, возможно, участники спора захотят установить временные рамки для переговоров. Основная задача состоит в том, чтобы создать условия для медиации, максимально подходящие и удобные для сторон и отвечающие их требованиям.
<i>Полномочия на заключение мирового соглашения</i>	Как правило, в соглашение включается пункт о лицах, обладающих полномочиями заключить юридически обязательное соглашение между сторонами, которые они представляют. Обычно сюда же включается положение, что соглашение не считается достигнутым и не имеет юридической силы, пока не будет оформлено в письменной форме.
<i>Медиатор</i>	Типовым является пункт об исключении ответственности медиатора перед сторонами, связанной с оказанием услуг по медиации. Также необходимо включить в договор условие, запрещающее сторонам использовать медиатора в качестве свидетеля в смежных разбирательствах и судебных процессах.
<i>Расходы</i>	Стороны должны договориться о том, кто вносит предоплату (в виде расходов на медиатора и подготовку площадки для медиации, если предполагается ее проведение на нейтральной территории), а кто будет платить уже по итогам процедуры – включая расходы на подготовку, организацию места проведения, оплату услуг медиатора, расходы в суде или арбитраже.
<i>Применимое право и подсудность</i>	Соглашение о проведении медиации предполагает наличие положения о выборе применимого права, а также положения о выборе суда для разрешения споров, возникших в связи с процессом медиации (которые на практике случаются редко). Правильнее выбрать такие применимое право и суд, в которые укладывались бы основные принципы медиации (например, конфиденциальность, доверительный характер переговоров, основанный на запрете использовать полученную в ходе переговоров информацию в суде, возможность превратить мировое соглашение в обладающее юридической силой судебное решение).

Дополнительные материалы

- 6.4. CPR подготовил Модельное соглашение между сторонами и медиатором; его можно найти в конце Регламента CPR о процедуре медиации на странице <http://bit.ly/CPRMediationProcedure.aspx>.
- 6.5. В Руководстве для клиента по APC «Выбираем медиатора и составляем соглашение о проведении медиации» ("Selecting your mediator and drafting the

mediation agreement" (<http://bit.ly/HSFMediatorSelection>)), подготовленном компанией Herbert Smith Freehills, рассматриваются другие вопросы, важные при составлении соглашения о проведении медиации.

7. МЕДИАЦИЯ: ПОДГОТОВКА К ПРОЦЕДУРЕ

7.1. До наступления дня медиации сторонам необходимо подготовиться, чтобы использовать все возможности для разрешения спора. Сюда входит подготовка уполномоченных лиц, ответственных за принятие решений, формирование медиативной стратегии, сбор актуальной информации, в том числе относящейся к расходам – и текущим, и возможным в будущем, если спор не разрешится на этой стадии. Цель, стоящая перед обеими сторонами, заключается в том, чтобы с помощью собственных соображений и усилий юрисконсульты убрать максимально возможное количество препятствий на пути к урегулированию спора.

7.2. Ниже приведен перечень основных вопросов, которые обычно встают перед корпорациями (как правило, в лице их штатных юристов) в преддверии медиации.

СПИСОК ВОПРОСОВ

Процедура
<ul style="list-style-type: none"> • Предполагается ли участие уполномоченных лиц, ответственных за принятие решения и, если да, то кто они? • Если нет, каким образом будут приниматься решения, и как будет получено разрешение на это (например, будет ли возможность сделать это в ходе телефонных переговоров)? • Одинаковым ли положением в своих компаниях обладают уполномоченные лица? • Есть ли третьи стороны, заинтересованные в исходе процесса (страховщики, другие компании, оказывающие участникам спора финансовую поддержку), и, если да, то в достаточной ли степени они вовлечены в процесс (проинформированы о нем), чтобы медиация прошла успешно? • Подходит ли сторонам место проведения медиации с точки зрения условий размещения: есть ли там еда, напитки и обеспечены ли прочие необходимые условия на время медиации? (Проведение медиации на нейтральной территории желательно, но не обязательно – если одна из сторон или ее юрисконсульт готовы провести ее у себя). • Кто возьмет на себя расходы на медиацию? Сюда входят издержки сторон, связанные с подготовкой и проведением медиации, вопрос о том, в каких пропорциях стороны оплачивают услуги медиатора и организацию места для ее проведения. • Если медиация не даст результата, будут ли их расходы на нее относиться к издержкам, связанным уже со следующими процессами (судебными или арбитражными), или должны будут оплачиваться сторонами отдельно в любом случае?

Переговоры
<ul style="list-style-type: none"> • Есть ли вопросы, напрямую не относящиеся к сути дела, которые необходимо поднять и обсудить? • Есть ли что-нибудь, не подлежащее обсуждению? • Какая информация и какие документы нужны сторонам, чтобы достичь соглашения? К примеру, есть ли специальные технические моменты,

требующие обсуждения именно в рамках медиации, за пределами суда или арбитража? Есть ли возможность представить сложные темы в доступном виде, используя картинки, схемы, диаграммы и другие невербальные средства выражения?

- Были ли уполномоченные представители сторон проинструктированы, чтобы составить необходимое представление о процессе и должным образом подготовиться к участию (лучше всего, если оно будет активным) в переговорах.

Мировое соглашение

- Как рассчитать сумму компенсации? До медиации внимание сторон обычно сосредоточено на вопросах юридической ответственности, в то время как для разрешения спора обычно нужна хоть какая-то информация о сумме предполагаемого иска, причем часто такая ситуация возникает еще до начала судебного или арбитражного разбирательства. В ряде случаев в этом может помочь инструмент анализа рисков, например, такой как SWOT-анализ рисков.
- Есть ли какие-то аспекты спора, кроме финансовых, которые могут быть включены в соглашение (пункты об извинениях, публичных заявлениях, положение о конфиденциальности, о будущей совместной деятельности или отношениях)?
- Какие есть возможные альтернативы мировому соглашению – лучшие и худшие?
- Насколько важны для сторон существующие между ними деловые отношения, и есть ли возможность их сохранения в дальнейшем?
- Какие издержки и другие последствия возникнут, если медиативное соглашение не будет заключено?
- Возникнут ли вопросы экономического или репутационного характера, если добиться соглашения не удастся?
- Каким будет уровень первоначальных предложений, и насколько они будут соответствовать условиям спора?
- В чем преимущество первого предложения?
- Какими будут ожидаемые ответные предложения?
- Каков спектр возможных вариантов соглашения, которые, скорее всего, будут предложены?
- Каковы коммерческие переговорные позиции сторон?

Дополнительные материалы

- 7.3. Полезная информация о том, как готовиться к медиации, содержится в разделе «Комментарий» Регламента CPR по процедуре медиации. Подробнее см.: <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/MediationProcedure.aspx>.
См. также раздел «Комментарии» Регламента CPR по проведению медиации в Европе – <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/EuropeanMediationProcedure.aspx>.

7.4. Составленное компанией Herbert Smith Freehills пособие для клиентов по APC «Готовимся к медиации» ("Preparing for Mediation") посвящено обсуждению многих вопросов, перечисленных выше, а также другим проблемам, важным в контексте подготовки к медиации, таким как понимание подхода и стиля работы медиатора, оценка рисков, определение стратегии переговоров, подготовка письменных и вступительных заявлений.

8. МЕДИАЦИЯ: ЧАСТО ЗАДАВАЕМЫЕ ВОПРОСЫ

8.1. Не будет ли предложение о медиации выглядеть как проявление слабости?

Среди корпораций, не сталкивавшихся с APC, бытует общее представление, что предложение о медиации может быть воспринято оппонентами как проявление слабости, поскольку главная цель этого процесса – достичь мирового соглашения. Корпорации, у которых уже есть опыт соприкосновения с медиацией, могут возразить на это тем, что медиацию можно воспринимать как эффективный инструмент разрешения споров, позволяющий урегулировать их дешево, быстро и с наилучшими перспективами сохранить деловые отношения с оппонентом (где это актуально).

Хорошо, если в корпорации официально или неофициально принято за правило прибегать к APC и, в частности, к медиации, в тех случаях, когда она применима. Это может быть публично взятое обязательство, например, в виде подписания разработанного CPR для корпораций Программного заявления об альтернативах судебным тяжбам ©, Декларации CPR «21 век» или Декларация об APC других центров. Подробнее об этих документах и их подписантах см.: <http://bit.ly/CPRPledges>.

Разумеется, наличие оговорки о применении APC в договоре практически исключает существование этого представления, так как стороны уже договорились о том, что тот или иной способ APC, обычно медиация, является обязательным (или, по крайней мере, допустимым) шагом при возникновении спора.

Снять подобные опасения можно также, поделившись успешным опытом медиации. Подробнее о таких случаях см. раздел 9 и приложение 2 настоящего издания.

8.2. Увеличит ли медиация расходы?

Назначение медиатора, подготовка и проведение медиации неминуемо повлечет издержки, связанные с юридическим сопровождением процесса и тому подобными вещами. Но эти расходы выглядят очень скромно по сравнению с издержками в судебном или арбитражном процессе, который идет параллельно или последует за этим. Если медиация завершится мировым соглашением, размер сэкономленных средств будет значительно больше. И даже если нет – спор вероятнее всего успешно разрешится в суде или арбитраже благодаря тому, что стороны уже разобрались с пониманием сути дела.

8.3. Насколько реально добиться заключения юридически обязывающего мирового соглашения по итогам медиации?

Вполне реально. Опыт ЕКС в сфере медиации показывает, что около 50% споров завершаются заключением мирового соглашения прямо в день медиации. При этом значительное количество участников, которым не удалось добиться этого сразу, приходят к соглашению в течение следующих нескольких недель или месяцев. Как правило, это происходит благодаря работе, проведенной в ходе медиации, которая привела к пониманию сути проблемы, критической и реалистичной оценке обстоятельств дела, выстраиванию отношений между сторонами.

8.4. Конфиденциально ли обсуждение обстоятельств дела?

Да, процесс медиации является конфиденциальным, и это зафиксировано в Директиве ЕС о медиации, имплементированной всех странах-членах ЕС. Обстоятельства, при которых государственный суд может нарушить эту конфиденциальность, и пределы этого нарушения зависят от права, применимого к медиации, а также от законов и судебного порядка той страны, в которой идет процесс по связанному или сопутствующему спору.

8.5. Является ли медиация действенным средством, если оппонент на нее не настроен?

Медиация – это добровольный процесс, участников которого нельзя принудить к достижению соглашения, даже если им рекомендовано участвовать в нем или такое обязательство определено в законодательном или судебном порядке. Если одна из сторон не настроена участвовать в медиации, обычно это связано с недостаточным пониманием сути процесса и его возможных результатов. В любом случае, возникшее на первых порах нежелание обращаться к медиации и участвовать в ней часто помогают преодолеть усилия хорошего медиатора, способного внушить сторонам доверие к процессу. См. подраздел «Истории успешной медиации из практики ЕКС» в приложении 2 – там приводится ряд примеров коммерческих споров в различных промышленных секторах, которые можно считать настоящими иллюстрациями эффективности процесса медиации в коммерческих спорах.

8.6. Возможна ли медиация в случае, когда одна из сторон была уличена в обмане?

Да. Если стороны сохраняют уровень доверия, достаточный для переговоров в принципе, дела о мошенничестве могут быть успешно и эффективно закрыты при помощи медиации. Разумеется, медиатор не может использовать обеспечительные меры – такие, как заморозка счетов – они находятся в компетенции суда.

8.7. Возможна ли медиация в случае крупного или сложного спора?

Несомненно! С помощью медиации разрешаются самые крупные и сложные коммерческие споры. Подготовка и подход к ним определяются масштабом и сложностью дела: если они слишком велики, следует задуматься о привлечении ко-медиаторов, чтобы разделить обязанности и ускорить процесс.

8.8. Как осуществляется медиация, когда в споре участвует много сторон?

Обычным образом, не считая того, что перед медиатором стоит дополнительная задача обеспечить все стороны возможностью участвовать в совместных и отдельных сессиях. Чем шире и разнообразнее круг участников спора, заинтересованных в медиации, тем более развитые организационные и коммуникативные навыки требуются от медиатора и ко-медиаторов.

8.9. Возможна ли медиация в случае языковых, культурных и религиозных различий?

Медиация – гибкий процесс, в котором могут участвовать стороны с самым разным происхождением. Такие качества медиатора, как опыт, знание языков и практика, очень важны для того, чтобы стороны могли эффективно общаться между собой и с медиатором. Стороны могут привлечь ко-медиаторов, если для разрешения спора нужен соответствующий набор навыков и опыта (и дополнительные затраты соответствуют масштабу спора).

8.10. Обязательно ли, чтобы на медиации участники спора были представлены нанятыми со стороны юристами?

Это не обязательно, но так происходит довольно часто. Некоторые корпорации, имеющие опытных юристов в штате, участвуют в медиации без соответствующих специалистов со стороны.

8.11. Где можно найти отзывы клиентов о медиаторах?

Сделать это позволяет функционал CPR – соответствующая информация собрана в рамках его списков медиаторов. Многие корпорации собирают информацию о деятельности медиаторов через независимых юристов, с которыми они сотрудничают.

9. МЕДИАЦИЯ: ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРИМЕРЫ

9.1. Опыт членов Европейского консультационного совета (ЕКС) CPR незаменим для организаций, планирующих обратиться к медиации, поскольку позволяет увидеть, как именно другие компании использовали медиацию для разрешения споров в схожих юрисдикциях, отраслях производства или обстоятельствах. Правда, поскольку медиация является конфиденциальным процессом, публичное распространение подобной информации сопряжено с определенными трудностями.

9.2. ЕКС собрал некоторое количество практических примеров, показывающих успешный опыт медиации, через который прошли члены Совета и их организации. В каждом случае приводится объяснение сути дела (с сохранением анонимности сторон) и того, как медиация повлияла на достижение соглашения.

9.3. Эти примеры приведены в приложении 2 этого Руководства. В нем говорится о спорах в следующих сферах:

- 9.3.1. Коммерческая
- 9.3.2. Энергетика – спор, вытекающий из договора
- 9.3.3. Энергетика – трудовой спор
- 9.3.4. Финансовые услуги
- 9.3.5. Интеллектуальная собственность – спор о продаже
- 9.3.6. Интеллектуальная собственность – спор о лицензии
- 9.3.7. Страхование и перестрахование
- 9.3.8. Спор в сфере управления пенсионными накоплениями
- 9.3.9. Фармацевтика;
- 9.3.10. Ответственность производителя
- 9.3.11. Недвижимость
- 9.3.12. Сфера услуг

10. АРБИТРАЖ

10.1. Арбитраж – это направленный на разрешение споров судебный процесс частного характера, основанный на соглашении о передаче соответствующего спора в арбитраж. Обычно он завершается тем, что арбитр или коллегия арбитров выносят решение, обязательное к исполнению (в некоторых случаях оно может быть необязательным – если стороны договорятся об этом). Арбитр выступает в качестве независимой, беспристрастной нейтральной третьей стороны, а процесс целиком регулируется условиями подписанного сторонами арбитражного соглашения и

правилами арбитражного учреждения (если это согласовано между сторонами). Решения арбитража почти никогда не подлежат обжалованию, если такую возможность не предусматривает арбитражное соглашение (и это допустимо в некоторых странах по ограниченному числу оснований для обжалования). К примеру, у CPR есть факультативный регламент процедуры обжалования, который можно включить в арбитражную оговорку (см. <http://bit.ly/CPRAppellateArbitration>). Решения арбитража могут быть отменены (аннулированы) государственными судами по месту его проведения по ограниченному кругу оснований, относящихся в основном к вопросам надлежащей правовой процедуры.

- 10.2. Проведение арбитража определяется выбором участников спора. Соответственно, стороны процесса пользуются большей свободой в вопросе определения процедуры разрешения спора, чем в случае, если бы их дело рассматривалось в государственном суде. Арбитраж дает сторонам гибкость, выражающуюся в возможности выбрать своего арбитра или определить состав арбитража, в частности, самостоятельно оценив квалификацию и опыт того или иного кандидата.
- 10.3. Обычно арбитраж ведется конфиденциально, как в части самого процесса, так и в части документов, подготовленных в связи с ним, однако подходы местных законов и правоприменительной практики, как и правил арбитражных учреждений, могут различаться во взгляде на соблюдение этого принципа.
- 10.4. Юридически обязательные арбитражные решения обладают большими возможностями их принудительного исполнения благодаря Конвенции 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская конвенция), которая обязывает суды одних стран-участниц признавать и исполнять решения, принятые в других странах-участницах, за некоторыми исключениями, связанными в основном с основаниями, допускающими их отмену судами по месту проведения арбитража.
- 10.5. Процедура арбитража сравнивается с другими способами APC в таблице, приведенной в разделе 1.

Типовые арбитражные оговорки, выбор процедурных правил и назначение арбитров

Проведение любого арбитража основывается на арбитражном соглашении, которое может быть как самостоятельным документом, составленным после того, как возник спор, так и оговоркой в уже существующем договоре, заключенном до возникновения спора (этот вариант более распространен). CPR предлагает ознакомиться с архивом типовых арбитражных оговорок, подходящих для разных видов арбитража. Он доступен по адресу: <http://bit.ly/CPRArbitrationClauses>.

- 10.6. Несмотря на то, что арбитражный процесс может проходить в режиме ad hoc, когда стороны сами устанавливают правила его проведения, у них также есть возможность выбирать среди разных сводов правил, подготовленных различными международными арбитражными организациями, чтобы установить процессуальные рамки проведения арбитража. Среди них есть и регламент CPR, подходящий к разным ситуациям.
- 10.7. Правила CPR о порядке проведения арбитража под эгидой той или иной организации доступны по адресу: <http://bit.ly/AdministeredArbitration>.
- 10.8. Информацию о разработанных CPR правилах проведения арбитража под эгидой той или иной организации в трансграничных спорах см. на сайте CPR, на странице: <http://bit.ly/IntAdministeredArbitration>.
- 10.9. Более подробную информацию о разработанных CPR правилах арбитража, проходящего не под эгидой той или иной организации, см. страницу <http://bit.ly/nonadministeredarbitration> на сайте CPR.

Урегулирование спора в арбитраже

10.10. Арбитраж и медиация обычно взаимно дополняют друг друга, последовательно возникая по мере развития спора как разные этапы его урегулирования (обычно сначала идет медиация, потом арбитраж). Но они могут использоваться и параллельно. Степень, до которой состав арбитража может поднять вопрос об урегулировании спора (путем медиации или иным образом), зависит от особенностей состава арбитража, правил, регулирующих процедуру проведения арбитража, законов и правоприменительной практики, имеющих отношение к разбирательству, сторонам и арбитрам.

Дополнительные материалы

10.11. На сегодняшний день доступно огромное количество материалов, позволяющих сторонам детально изучить возможности использования арбитража.

10.12. С целью повышения эффективности арбитража Арбитражный комитет CPR подготовил серию протоколов и инструкций, в том числе:

10.12.1. Протокол раскрытия имеющихся документов и дачи свидетельских показаний в коммерческом арбитраже (см. <http://bit.ly/CPRDisclosureProtocol>).

10.12.2. Протокол определения убытков в арбитраже (см. <http://bit.ly/CPRDamagesProtocol>).

10.12.3. Инструкцию «Как определить главный предмет спора на начальных этапах арбитражного разбирательства» (<http://bit.ly/CPRDispositionGuidelines>).

10.12.4. Инструкцию для арбитров «Как вести сложные процессы» (<http://bit.ly/CPRArbitrationGuidelines>)

10.13. В подготовленном компанией Herbert Smith Freehills пособии «Применение медиации вместе с арбитражем» "Use of mediation with arbitration" (<http://bit.ly/HSFMedArb>) приводится обзор практических аспектов использования медиации вместе с арбитражем.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1.

МАТЕРИАЛЫ ПО ОТДЕЛЬНЫМ ОТРАСЛЯМ ПРОИЗВОДСТВА

НЕФТЕГАЗОВАЯ ОТРАСЛЬ

Типовые договоры LOGIC (Leading Oil and Gas Industry Competitiveness), в том числе Общие положения контрактов на строительство для морской нефтегазовой промышленности в Соединенном Королевстве, включают пошаговую инструкцию разрешения споров со следующими положениями:

- a) В первую очередь, спор должен быть передан на рассмотрение представителям компаний, которые должны попытаться достичь соглашения;
- b) Затем, если достичь соглашения таким образом не удалось, спор должен быть передан на рассмотрение двум лицам, специально указанным в соглашении;
- c) Далее, если достичь соглашения таким образом не удалось, дело должно быть передано на рассмотрение руководителям компаний;
- d) Если руководители компании не смогли достичь соглашения, стороны могут прибегнуть к альтернативному способу разрешения споров, согласованному между ними.

СТРОИТЕЛЬСТВО

Консультативный комитет CPR по строительству выпустил три методических пособия: «Выстраивание партнерских отношений: передовой опыт управления» (Partnering: A Management Best Practice); «Правильная оценка рисков – первый шаг к предотвращению споров» (Realistic Allocation of Risks: The First Step in Dispute Prevention) и «Комиссии по рассмотрению споров: передовой опыт управления» (Dispute Review Boards (DRBs): A Management Best Practice).

Споры в сфере строительства, как правило, оказываются предметом многоступенчатых процессов APC. Это следует из «Красной книги FIDIC» («Контракт на строительство», 1-е изд., 1999 г. – Условия контракта на проектирование и строительство Объекта по проекту Заказчика, разработанные Международной федерацией инженеров-консультантов FIDIC), в которой предусматривается, что такие споры являются предметом рассмотрения:

- a) Комиссии по рассмотрению споров (Dispute Resolution Board, DRB)³, которая часто наделяется полномочиями по вынесению предварительных решений (рекомендаций);
- b) Совета по урегулированию споров (A Dispute Adjudication Board, DAB), решения которого являются обязательными для исполнения.

СЫРЬЕВАЯ ОТРАСЛЬ И МОРСКОЕ СУДОХОДСТВО

Свои правила разрешения споров существуют и для определенных секторов экономики:

В сфере оборота сырьевых товаров широко распространено использование арбитражного регламента ГАФТА (Ассоциации торговли зерном и кормами) 2009 г.

В области судоходства и спасения на воде действует несколько сводов правил, среди которых:

³ См. Инструкцию 1996 г. Американского общества гражданских строителей (DRB Manual); Правила МТП для комиссий по рассмотрению споров на нескольких языках ([ICC Dispute Board Rules in several languages](#)) 2004 г.; стандарты для документов Американской арбитражной ассоциации 2000 г.

- a) Правила арбитражного разбирательства Лондонской ассоциации морских арбитров 2012 г.;
- b) Правила арбитражного разбирательства Германской морской арбитражной ассоциации 2013 г.; и
- c) Правила Общества морских арбитров (2013).

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Группа CPR по патентам в 2012 г. выпустила протокол под названием «Доклад группы медиаторов CPR по патентам: стандарт успешной работы». Документ содержит рекомендации о применении медиации в патентных спорах. См. <http://bit.ly/CPRPatent>

CPR также опубликовал «Правила быстрой медиации и арбитража», которые, в частности, можно использовать при разрешении споров в сфере интеллектуальной собственности. См. <http://bit.ly/CPRFastTrack>.

СПОРЫ В СФЕРЕ ФРАНЧАЙЗИНГА

CPR в 1994 г. разработал Регламент процедуры разрешения споров в сфере франчайзинга совместно с Международной ассоциацией франчайзинга (International Franchise Association), Ассоциацией азиатско-американских владельцев гостиниц (Asian American Hotel Owners Association) и Американской ассоциацией франшизополучателей и дилеров (American Association of Franchisees and Dealers). Он предназначен для этапа переговоров и последующего этапа медиации. Его неоднократно использовали ведущие франшизодатели, получатели франшизы и ассоциации получателей франшизы. Подробнее см.: <http://bit.ly/CPRFranchise>.

СТРАХОВАНИЕ И ПЕРЕСТРАХОВАНИЕ

CPR выпустил «Принципы медиации в спорах между страховщиками и страхователями», предназначенные для того, чтобы убедить стороны, перед которыми возникла перспектива судебного разбирательства по поводу возмещения или других относящихся к страхованию вопросов, использовать медиацию. Подробнее см.: <http://bit.ly/CPRInsurance>

CPR подготовил Международный стандарт в сфере перестрахования, над которым работали представители юридических фирм и компаний, занимающих ведущее место на рынках страхования в Лондоне и США. Он представляет собой обзор передового опыта, который перестраховщики и перестрахователи могут использовать для эффективного разрешения споров на ранней стадии.

ПРИЛОЖЕНИЕ 2.

МЕДИАЦИЯ: ПРИМЕРЫ ИЗ ПРАКТИКИ

Как уже говорилось в разделе 9, Европейский консультационный совет (ЕКС) собрал несколько примеров из практики, подтверждающих успешный опыт медиации, через который прошли члены Совета и их организации. В каждом случае приводится объяснение сути дела (с сохранением анонимности сторон) и того, как медиация повлияла на достижение соглашения.

Коммерческий спор

Компания оказалась в довольно неприятной ситуации, когда один ее брокер обманным путем извлек выгоду, неправомерно воспользовавшись одной из действующих партнерских программ. Эта программа позволяла партнерам компании перепродавать продукцию компании, получив некоторую скидку при ее покупке, если был достигнут определенный уровень продаж. В данном случае были доказательства, что партнер не достиг необходимого по договору объема продаж. Компания обратилась в суд и предъявила контрагенту иск о возмещении убытков на несколько миллионов долларов. Разбирательство шло тяжело, стороны и их представители обменивались нападками и высказывали взаимные обвинения. Кроме всего прочего, ответчик поначалу отказывался пройти процедуру аудита, что заставило компанию-истца добиться его проведения в судебном порядке.

Соглашению сторон о применении медиации предшествовала неудачная попытка наладить диалог в режиме круглого стола, при участии нанятых ими независимых юристов. После него стороны собирались продолжать судиться, перейдя к обмену свидетельскими показаниями, однако перед этим собрались еще раз – уже чтобы провести процедуру медиации. Она оказалась успешной, стороны пришли к соглашению, по которому ответчик должен был заплатить компании-истцу чуть меньше двух третей от первоначальной суммы иска. Любопытно, что при этом участники спора заключили соглашение только на десятый день после проведения медиации.

И выбор медиации как средства разрешения спора, и сам ее процесс оказались в данном случае удачным решением, так как все это позволило умерить пыл юристов и дать сторонам возможность сосредоточиться на вопросах, касающихся собственно бизнеса. В основном дискуссия велась между частными представителями сторон, бизнесменами – это позволило сфокусировать обсуждение на вопросах бизнеса и сыграло ключевую роль в урегулировании: при продолжении дела в суде акцент был бы сделан на правовых аспектах, что только навредило бы участникам спора.

Энергетика – спор, вытекающий из контракта

Один европейский производитель ветровых турбогенераторов заключил долгосрочный контракт с компанией-разработчиком ветроэнергетических установок из Северной Европы на поставку оборудования. Проблемы возникли из-за расхождений в толковании некоторых пунктов этого договора, заключенного между двумя международными компаниями. Компания-разработчик выплатила аванс в день, когда договор начал действовать. Вскоре после этого изготовитель генераторов приступил к изготовлению заказанной продукции. Однако, когда первая партия была уже готова, заказчик объявил о намерении разорвать контракт в связи с кризисом. Встал вопрос о возвращении предоплаты. Компания-производитель сочла, что может целиком удержать сумму поступившей к ней предоплаты, в то время как другая сторона была уверена, что вправе претендовать на возврат той части суммы, на которую поставщик еще не успел произвести продукцию. В итоге заказчик обратился к услугам медиаторов с запросом о возвращении неиспользованной части предоплаты.

Медиация заняла четыре месяца, если считать все подготовительные мероприятия; при этом сам процесс занял полтора дня, которые ушли на встречу сторон в Париже. По условиям

медиативного соглашения производитель генераторов получал право удержать 80% предоплаты, но обязывался вернуть 20% покупателю. Расходы сторон на разрешение спора оказались минимальными, поскольку его удалось быстро разрешить. Они разделили оплату медиации – как регистрационного сбора и организационных расходов, так и услуг медиатора – между собой. Помимо этого, некоторые издержки были связаны с транспортными расходами и потраченным временем. Кроме того, компания-разработчик оплачивала услуги независимого юриста.

Медиация вне всякого сомнения была успешной. Медиатор свободно владел языками, которые были родными для сторон, – что исключало возможность непонимания и возникновения проблем личного характера. Кроме того, лучшей альтернативой обсуждаемому соглашению (BATNA) – или лучшим вариантом для сторон в случае неудачной медиации – был долгий и дорогой арбитражный процесс. Они понимали, что разрешение спора посредством медиации – наилучший выход, поскольку это сэкономило их время (конфликт был очень напряженным и мог затянуться на годы, а был разрешен за несколько месяцев) и деньги – порядка нескольких сотен тысяч евро. Помимо этого, благодаря медиации, спор был сохранен в тайне, что было важно для сторон, поскольку ажиотаж, который мог возникнуть вокруг спора в отраслевых СМИ, в условиях небольшого бизнес-сообщества, мог нанести ущерб интересам сторон. Когда спор был разрешен, стороны признали, что медиация позволила им: 1) предотвратить появление личных разногласий, которые помешали бы принять верное решение; 2) получить возможность возобновить совместную работу в будущем, если рыночная конъюнктура позволит это сделать.

Энергетика – трудовой спор

На электростанции произошел конфликт между руководством и местным рабочим советом (органом, который представляет интересы рабочих заводов, фабрик и т.п. по вопросам соблюдения условий труда, выплаты зарплаты и т.п. перед руководством). Противостояние длилось долго и закончилось неофициальным внутренним медиативным процессом, по итогам которого стороны пришли к выводу, что медиация была для них наилучшим решением, позволившим прийти к соглашению. Спор был спровоцирован многими факторами. Среди них – нехватка взаимодействия между руководством и советом, которая привела к недоверию и недостаточности информации в общении между сторонами. Кроме того, предметом спора стал вопрос определения ставок для некоторых позиций. Неофициальная внутренняя медиация была проведена группой местных медиаторов. Она заняла три месяца, в течение которых прошло шесть сессий продолжительностью один день каждая.

Мировое соглашение предусматривало составление пространный письменного документа. В него был включен раздел, согласно которому стороны обязывались держать друг друга в курсе своих планов на будущее и составить план общих собраний для всех сотрудников станции. Помимо этих общих собраний, договор предусматривает проведение на постоянной основе заседаний с заранее определенным составом участников и специалистов по конкретным вопросам. Наконец, стороны договорились установить ставки в привязке к профессиональной принадлежности работников. Формат медиации вернул дух партнерства в отношения руководства и членов совета; существенно выросло и осознание важности их общего вклада. Им удалось преодолеть первоначальные разногласия и принять конструктивные решения, основанные на полном взаимном доверии. Другим важным ключом к успеху медиации стало то, что обе стороны – и руководители, и члены совета – признали своей общей главной целью успешное развитие завода. По окончании спора большая часть персонала отметила, что отношения между бывшими оппонентами существенно улучшились.

В этом случае проявилось множество преимуществ применения медиации и использования такого формата. Во-первых, благодаря ей информация о споре осталась конфиденциальной и электростанция могла продолжать работать даже в условиях незавершенного конфликта. Во-вторых, она сэкономила сторонам значительные средства, так как конфликт удалось разрешить быстро и ни одна из сторон не понесла больших убытков в виде судебных издержек. Наконец, с помощью медиации проблемы участников спора были решены за шесть заседаний, в то время как судебное разбирательство могло затянуться на годы. Благодаря

этому, компании удалось сохранить миллионы евро: были предотвращены не только расходы, которые ушли бы на долгий судебный процесс, но и забастовка, которой совет угрожал до начала медиации. С учетом этого невозможно переоценить важность конфиденциальности процесса – если бы это произошло и станция была бы закрыта, информация об этом тут же оказалась бы на первых полосах газет и стала бы широко доступной, а это могло негативно сказаться на компании, поскольку ее репутация упала бы в глазах общества в целом и представителей ее отрасли. В конечном итоге, медиация позволила предотвратить забастовку, сохранить спор в тайне и спасти репутацию компании.

Спор в сфере оказания финансовых услуг

Конфликт, растянувшийся на десятилетия, разгорелся между банками и компаниями-ритейлерами по поводу комиссии, которую компании платили за принятие платежных карт. Это комиссия (межбанковская комиссия), которую собирают с продавцов платежные сети, компании-эмитенты кредитных карт – обычно она представляет собой определенный процент с каждой транзакции. Банк-эмитент оправдывает ее получение необходимостью частично покрыть риски, связанные с мошенничеством, расходы по обслуживанию кредитов и операционные издержки. В 2005 году бизнес-сообщество оспорило правомерность таких комиссий, подав коллективный иск, с большим количеством истцов, которые требовали признать межбанковскую комиссию незаконной и возместить ущерб, оцененный в несколько миллиардов долларов. Впоследствии дело осложнилось тем, что часть истцов вышли из коллективного иска и предъявили свои собственные иски. Наконец, ответчиками выступали не просто какие-то компании-эмитенты, а практически все крупнейшие банки, занимающиеся выпуском кредитных карт. Процесс шел при участии истцов, предъявивших с одной стороны индивидуальные, а с другой стороны коллективные иски, а также большой группы ответчиков.

Инициаторами медиации еще в самом начале процесса выступили компании-эмитенты карт, ранее уже сталкивавшиеся с затяжными судебными разбирательствами в связи со своей профессиональной деятельностью. Были наняты два высокоуважаемых медиатора. Ключевыми вопросами стали: а) возможность заключить финансовое соглашение по поводу заявленного ущерба; б) судьба комиссии за межбанковские переводы; в) невозможность для ритейлеров установить дополнительный сбор для потребителей-пользователей кредитных карт, который полностью или частично покрывал бы эти расходы. Суд в этой ситуации мог прояснить далеко не все, т. е. был способен помочь только тем, что определил бы законность тех или иных действий сторон, связанных с этими вопросами, – это предопределило необходимость проведения активного медиативного процесса с участием творчески мыслящих медиаторов. Сессии с участием сторон, как индивидуальные, так и совместные, проходили в течение многих месяцев. Все это время медиаторы пытались привести стороны к общему знаменателю. Они активно поддерживали участие всех сторон в поиске решений по каждому вопросу, используя, в том числе, метод мозгового штурма. Они последовательно предлагали участникам спора попытаться поставить себя на место оппонента во многих обсуждаемых в ходе спора вопросах. Однако процесс шел очень мучительно, болезненно, порой стороны демонстрировали враждебность. По итогам урегулирования спора: 1) было заключено соглашение о прямой денежной выплате (хотя достичь его удалось с трудом, поскольку оно представляло собой результат торга, «игры с нулевой суммой»); 2) был составлен очень подробный договор об условиях дополнительной комиссии – в каких случаях это может произойти, какой должен быть ее максимальный размер, чем она может быть обоснована, и о других ее аспектах; 3) удалось добиться кратковременного снижения размера комиссии, чтобы участники рынка успели адаптироваться к новым условиям и возможным изменениям отраслевой практики, а также получили возможность оказать влияние на конъюнктуру рынка и размер платежей. Мало того, это уникальный случай, когда в процессе медиации активно участвовал судья, помогавший сторонам разрешить наиболее острые вопросы и принявший деятельное участие в составлении формулировок мирового соглашения.

Как и следовало ожидать, это соглашение было опротестовано некоторыми участниками спора – соответствующая апелляция находится на рассмотрении суда. Тем не менее, медиацию можно считать очень успешной, поскольку она способствовала выработке

нестандартных решений, прошла быстро, позволила сторонам сохранить деловые отношения – или, во всяком случае, не портить их дальше – и держать развитие ситуации под контролем. К нестандартным решениям удалось прийти благодаря тому, что стороны сконцентрировались на аспектах, непосредственно затрагивающих их деятельность и на собственных интересах, а не на формальных правах и обязанностях. Ни одно из средств, находящихся в арсенале суда, даже не приблизило бы их к итоговому соглашению со всеми его нюансами: коммерческий дух этого договора вступил бы в противоречие с формальными судебными решениями.

Медиация прошла сравнительно быстро, поскольку, даже несмотря на то, что она заняла годы, когда она уже подходила к концу, суд еще так и не принял решений по поданным до начала разбирательства ходатайствам. Соответственно, судебный процесс целиком, с учетом неизбежной апелляции, занял бы гораздо больше времени. Отношения между некоторыми оппонентами по-настоящему улучшились, так как детальная проработка проблем и опыт достижения соглашений сняли напряжение между ними. Наконец, для обеих сторон принципиально было сохранять контроль над ситуацией. Для ответчиков судебный процесс мог означать огромные финансовые потери и изменения в функционировании отрасли, никак не вписывающиеся в концепцию клиентоориентированного рынка, а для истцов – риск невозможных издержек (поскольку процесс шел бы по принципу «все или ничего») и бесконтрольные перемены в отрасли.

Интеллектуальная собственность – спор о продажах

Компания-поставщик предъявила иск на миллион долларов другой компании, обвинив ее в нарушениях письменных и устных соглашений, а также в нарушениях прав интеллектуальной собственности. С самого начала разбирательство шло плохо, а взаимный обмен обвинениями только усугубил конфликт. Первоначально заявленная сумма иска составляла чуть меньше миллиона долларов, но в итоге стороны договорились о выплате чуть больше половины этой суммы.

Весь процесс урегулирования (от подачи иска до заключения медиативного соглашения) занял 18 месяцев. Благодаря медиации удалось сохранить время и деньги обеих сторон: если бы дело разбиралось в суде, оно затянулось бы на гораздо больший срок и потребовало бы лавинообразно растущих расходов на судебные издержки. Подготовка к медиации была интенсивной и скрупулезной; важнейшим ее этапом был сбор доказательств, позволивший медиатору оперативно и в нужный момент привлечь к делу акционеров компаний. Благодаря этому процесс медиации был свободен от бюрократических проволочек, политической ангажированности и позволил сосредоточиться на сути дела.

Интеллектуальная собственность – спор о лицензии

При помощи медиации был также разрешен затяжной конфликт между лицензиаром и лицензиатом по поводу рамок подписанного лицензионного соглашения об интеллектуальной собственности. Это был трансграничный межкорпоративный конфликт, в основе которого лежали две проблемы. Во-первых, стоял вопрос правильной интерпретации условий соглашения: стороны разошлись во взглядах на объем услуг, определенных в подписанном лицензионном соглашении. Во-вторых, одна из сторон относилась к оппонентам с явным презрением и пренебрежением.

Для проведения медиации понадобился всего один медиатор и две встречи, которых хватило, чтобы убедить стороны в необходимости разрешения спора. По времени, если считать подготовительный этап, все вместе заняло каких-то шесть месяцев. Затраченные сторонами ресурсы свелись к оплате услуг медиатора и времени, которое ушло у них на медиацию. Успех медиации был предопределен огромной опытностью медиатора как в сфере медиации, так и в профессиональной области, в которой возник конфликт. По итогам спора стало очевидно, что медиация позволила сторонам наладить сотрудничество и вселила в них доверие по отношению друг к другу.

Главными преимуществами медиации в данном случае стали конфиденциальность и скорость, с которой был разрешен спор. Во-первых, поскольку конфликт происходил на международном уровне, для обеих сторон было очень важно, чтобы новость о нем не вышла на первые полосы газет, так как это могло бы испортить их репутацию. Конфиденциальный характер медиации вполне соответствовал этому запросу. Во-вторых, конфликт сторон до начала медиации длился несколько лет, а медиация позволила им прояснить все свои вопросы всего за пару встреч. Наконец, поскольку речь шла об отношениях на международном уровне, отказ от медиации спровоцировал бы официальное судебное разбирательство, которое было бы долгим и вряд ли отвечало целям сторон настолько же, насколько медиация.

Страхование и перестрахование

Одна европейская офшорная компания застраховала строительно-монтажные риски по программе (CAR), выбранной в рамках совместного строительного шельфового проекта нескольких международных нефтяных компаний в Индонезии. Страховые обязанности в соответствии с местным законодательством разделили между собой три индонезийские компании, которые при этом взяли на себя 5% рисков, а обязательства по оставшимся 95% перепродали на Лондонском рынке страхования и перестрахования. При проведении строительных работ в подводном трубопроводе произошла утечка, полная ликвидация последствий которой примерно была оценена в \$100 млн. Строители обратились за возмещением к индонезийским страховщикам, а те отказали, сославшись на указания лондонских компаний-перестраховщиков, получивших полное право определять порядок компенсации. На этой почве возник спор, главным предметом которого стал договор о страховании и предусмотренные в нем пункты об отказе в возмещении в случае ущерба от коррозии. Возник спор, разрешение которого не могло обойтись без сложной технической экспертизы, способной выяснить, что стало причиной утечки.

Строительная фирма была хорошо известна лондонским компаниям-перестраховщикам и согласилась на проведение медиации в Лондоне – чтобы посмотреть, возможно ли завершить спор с ее помощью до начала процесса против индонезийских страховщиков в Коммерческом суде Лондона (которые, в свою очередь, могли подать иск против перестраховщиков, если бы сочли нужным). Медиация проходила без непосредственного участия индонезийских страховщиков; они предоставили право представлять свои интересы лондонским коллегам и адвокатам. Благодаря ей, обе стороны получили возможность представить и рассмотреть экспертные оценки в доверительной и конфиденциальной обстановке, найти точки соприкосновения и расхождений. Кроме того, благодаря тому, что медиатор одинаково хорошо разбирался в тонкостях как нефтегазового, так и страхового бизнеса, сторонам удалось обсудить наиболее проблемные места самого договора о страховании.

В конечном итоге строители подписали медиативное соглашение с лондонскими перестраховщиками, несмотря на то, что они не состояли в прямых договорных отношениях. Такое дальновидное решение позволило истцам получить возмещение быстрее, чем если бы имел место судебный процесс; кроме того, удалось избежать сложностей, которые возникли бы с исполнением решений английского суда в Индонезии. Все стороны были довольны исходом дела и сохранили деловые отношения между собой.

Спор в сфере управления пенсионными накоплениями

Спор юридического характера разгорелся из-за ошибки в договоре на управление пенсионными накоплениями, а именно, в той части, где говорилось об обязанности компании-доверителя платить управляющей компании (пенсионному фонду) дополнительные отчисления за добровольные дополнительные отчисления сотрудников. Компания-доверитель решила урегулировать спор с пенсионным фондом по поводу ошибки во внесудебном порядке, но подала в суд на юридическую фирму, по вине которой была допущена эта ошибка. Таким образом, участниками конфликта оказались четыре стороны: компания-доверитель, пенсионный фонд, представитель конечного выгодоприобретателя

(сотрудников-«пенсионеров») и юридическая фирма. Стороны договорились о медиации за две недели до того, как пойти в суд.

Сложность состояла в том, что поскольку сторон было четыре, им сложно было договориться о чем-то всем сразу. В этой ситуации общее решение о проведении медиации было своего рода вызовом. Еще до начала процедуры ее чрезвычайно осложнил представитель выгодоприобретателя, заявивший, что в любом случае буде требовать для своих клиентов доплаты к их пенсионным отчислениям в размере более 50% от них и что на участие в медиации у него есть всего четыре часа. Несмотря на эти сложности, возникшие на первоначальном этапе, медиация оказалась успешной – во многом благодаря гибкости процесса. Залогом успеха стала возможность найти подходящего медиатора (который, среди прочего, смог найти общий язык с адвокатом выгодоприобретателя) – в том числе и потому, что благодаря этому стороны убедились в своей способности прийти к общему, устраивающему всех соглашению, уже на ранней стадии процесса. Кроме того, благодаря медиации стороны смогли провести обсуждение и договориться по некоторым вопросам с глазу на глаз, что вряд ли было бы возможно, предпочли они суд.

Спор в области фармацевтики

Предметом спора между двумя европейскими фармацевтическими компаниями стал договор купли-продажи акций и активов на €59 млн. Покупатель заявил, что по результатам анализа документов бухучета реальная стоимость приобретенных акций отличается от установленной в договоре. Действие арбитражной оговорки, включенной в первоначальное соглашение, было временно приостановлено, и участники спора обратились к медиатору из Швейцарии. Перед тем как приступить к процедуре медиации, он провел двухчасовые телефонные переговоры с представителями сторон, чтобы определить тактику и план действий. Стороны также обменялись с медиатором необходимыми данными и документами и отправили ему перечень своих запросов и ожиданий от медиации. Наконец, обе стороны согласились обеспечить участие в процедуре своих представителей с полномочиями вести переговоры и подписывать соглашения, по три с каждой стороны.

Процедура медиации началась в 9 утра. Компания-продавец была представлена тремя уполномоченными лицами, а от компании-покупателя явились 17 человек – в итоге в медиации принимали участие целых 20 человек. В основном медиация велась на английском, но для отдельных сессий (кокусов) использовались родные языки каждой из сторон, благо медиатор владел ими. Спустя всего два часа утраченное доверие сторон друг к другу удалось восстановить: обсуждение с самого начала было сконцентрировано не на финансовом аспекте сделки, а на анализе и разрешении на основе общих моральных норм и ценностей подозрений участников спора относительно возможной недобросовестности, обмана и даже мошенничества со стороны оппонентов. В переговорах была затронута проблема лучшей альтернативы обсуждаемому соглашению – или лучшего варианта для каждой из сторон в случае неудачной медиации. Обе стороны рассматривали в таком качестве арбитраж; однако их оценки расходов на этот процесс сильно расходились. Компания-продавец насчитала €400 тысяч расходов на арбитраж, а по расчетам компании-покупателя, высказанным во время медиации, этот процесс должен был обойтись примерно в £1,6 млн. На оценку ситуации много времени не потребовалось: с учетом предполагаемых издержек дружественное решение спора выглядело объективно лучшим решением. Однако самой важной проблемой был поиск взаимопонимания и коммуникация между сторонами относительно их ожиданий. Этого в конечном итоге тоже удалось достичь, после того как стороны сели за один стол и выслушали друг друга. Процедура медиации завершилась в тот же день подписанием медиативного соглашения – оно было заключено в 7:30 вечера.

Впоследствии стороны перезаключили договор купли-продажи акций. Изменения затронули, в частности, расчет стоимости акций, что отразилось и на конечной цене. Медиатора проинформировали о перезаключении договора электронным письмом.

Расходы на медиацию в итоге составили около \$18 тыс. (что эквивалентно €16 тыс. или £11,5 тыс.); таким образом, были сэкономлены огромные средства, которые в ином случае ушли бы

на проведение арбитража. Кроме того, на разрешение спора ушел всего один день, и деловые отношения между сторонами получилось возобновить. Наконец, важным преимуществом оказалась конфиденциальность и частный порядок разрешения спора: акции одной из компаний продавались на бирже, и любой арбитражный процесс мог нанести ей серьезный ущерб.

Ответственность производителя

Британская «дочка» одной европейской компании – поставщика газовых баллонов – составила иск против немецкой фирмы, снабжавшей ее вентилями и регуляторами давления. Претензии состояли в том, что эта продукция оказалась бракованной, из-за чего эксплуатация баллонов становилась крайне опасной: существенно возростал риск получения травм персоналом и материального ущерба в компаниях-потребителях – барах и ресторанах, закупавших соответствующее оборудование для розлива пива и приготовления других напитков. Эта ситуация, в свою очередь, делала компанию-истца уязвимой для претензий третьей стороны при несчастных случаях, вызванных дефектом вентиляей, и обязывала ее отозвать баллоны из баров и ресторанов и произвести их срочную замену.

Иск рассматривался в английском суде, и решение о медиации было принято, когда стороны успели только изложить свои позиции, но еще не ощутили всего бремени судебных расходов, связанных с процедурой раскрытия доказательств. Благодаря медиации стороны и предложенные ими эксперты получили возможность понять суть расхождений в объяснении причин дефекта, а компания-истец – обосновать исковую сумму.

При этом в ходе медиации, во время приватной сессии, медиатор выяснил, что текущее финансовое положение немецкой фирмы-производителя вентиляей не позволяет ей одновременно выплатить необходимую для мирового соглашения или назначенную судом (при его соответствующем исходе) компенсацию.

По итогам работы с медиатором стороны договорились о компромиссном решении: выплате компенсации в рассрочку на пять лет – что было подъемно для немецкой стороны. Первоначальный взнос составил 50% от исковой суммы, а оставшуюся ее часть ответчик должен был выплачивать равными долями в течение следующих лет, раз в год. В качестве гарантии этих выплат производитель вентиляей обязывался открыть аккредитив в проверенном банке, к которому истец сможет обратиться, если платеж будет пропущен. Кроме того, стороны договорились о скидке, которую фирма-ответчик должна была предоставить истцу на покупку дополнительных товаров в течение трех лет – это было важно для укрепления торговых отношений между ними. Стороны остались довольны результатом; кроме того, удалось избежать риска неисполнения решения о компенсации, вызванного неплатежеспособностью компании-ответчика, – что было бы вероятно, если бы дело продолжило рассматриваться в суде или арбитраже.

Спор в сфере недвижимости

Между двумя риэлтерскими компаниями возник конфликт: по итогам сделки с клиентом, в которой они обе принимали участие, одна из них, более мелкая, сочла, что другая, компания покрупнее, должна ей 120 тыс. швейцарских франков комиссионных за брокерские услуги. Более крупная компания с этим требованием не согласилась, и дело поначалу было передано в суд. Некоторое время спустя мировой судья рекомендовал сторонам обратиться к медиации.

Перед тем как приступить к работе, медиатор вместе со сторонами составил план процедуры медиации и запросил у каждой стороны перечень пожеланий, чтобы понять, чего те хотят добиться от медиации. Затем, перед самым началом медиации, он провел с участниками телефонные переговоры, чтобы подготовить их к этой процедуре. Непосредственно в процессе медиации сторонам понадобилось около трех часов, чтобы прийти к соглашению. Определяющим стало предложение маленькой компании отдать сумму, составившую

предмет спора, на благотворительность – это соответствовало этическим запросам обеих сторон.

Сторонам удалось восстановить доверие друг к другу и договориться об основных принципах будущего сотрудничества в довольно узкой занимаемой ими географической нише рынка, а также официально оформить эти договоренности. Все эти аспекты, скорее всего, были бы проигнорированы в суде или арбитраже, так как в этих случаях акцент в разбирательстве был бы сделан на формально-юридической стороне дела, а не на перспективе отношений между сторонами. В результате медиация сыграла важную роль в судьбе обеих риэлтерских компаний, так как благодаря ей они могли сохранять под контролем процесс урегулирования спора и будущее своих деловых отношений.

Наконец, скорость, с которой был урегулирован спор, также оказалась важным преимуществом для обеих компаний, потому как совершенно не в их интересах было продолжать тратить внимание, силы, время и деньги на разногласия, и взамен они получили возможность сосредоточиться на вопросах бизнеса.

Спор в сфере услуг

Компания-поставщик услуг и другая компания, ее клиент, оказавшись в ситуации затяжного конфликта, решили попытаться разрешить спор между собой при помощи медиации. Спор имел трансграничный характер и затрагивал множество разных сложных аспектов. Для начала, стороны не питали особого доверия друг к другу, а компания-поставщик услуг считала себя несправедливо обиженной еще и потому, что оказывала их в экстремальных условиях военного времени. Помимо этого, стороны по-разному интерпретировали положение договора об оплате.

Всего процедура медиации была проведена за семь дней; из них сама медиация продолжалась один день, остальное время заняла подготовка к ней. Соглашение представляло собой документ объемом в одну страницу, подписанный сторонами по итогам медиации. В соответствии с ним стороны должны были постоянно держать друг друга в курсе любых возможных обновлений линейки услуг. Издержки сторон ограничились расходами на аренду помещения для проведения медиации и потраченным на участие в процедуре временем. Медиация и соглашение дали хороший результат: компания-клиент пришла к пониманию всей тяжести условий, в которых находилась и работала фирма-поставщик. Расхождения относительно вопроса оплаты были устранены – благодаря чему сторонам удалось восстановить хорошие партнерские отношения. Было совершенно очевидно, что это произошло именно благодаря медиации – даже по отзывам сотрудников, которые не участвовали в процессе, но обратили внимание на то, что пропало представление о контрагенте как о «противнике».

Одним из главных преимуществ медиации здесь была скорость, с которой был разрешен спор, а также то, что стороны сэкономили значительную сумму денег. Перед тем, как прибегнуть к медиации, сторона-поставщик инициировала судебное разбирательство – но при этом каждая сторона понимала, что время важнее. В результате стороны обратились к медиации, сэкономив несколько тысяч евро на одних только судебных расходах; по ее итогам сторона-поставщик смогла сразу получить половину от первоначально запрошенной суммы – в то время как длительное судебное разбирательство могло затянуться на годы и привести к банкротству поставщика.

ПРИЛОЖЕНИЕ 3.

ЧЛЕНЫ ЕВРОПЕЙСКОГО КОНСУЛЬТАЦИОННОГО СОВЕТА CPR ПО СОСТОЯНИЮ НА ОКТАБРЬ 2015 Г.

Председатель:	Жан-Клод Нажар, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle
Заместитель председателя:	Морис Кюйтемс, Fluor Corporation
Исполнительный совет:	Стефано Кателани, Dupont Ричард Хилл, Shell International Кай-Уве Карл, GE Oil & Gas Изабелль Робине-Муре, Orange Изабелль Ру-Шеню, Capgemini Феликс Вайнахт, Siemens Бернардо Кремадес, B. Cremades y Asociados Тереза Джованнини, Lalive Александр Дж. Одди, Herbert Smith Freehills Пьер Рауль-Дюваль, Gide Loyrette Nouel Ноа Ханфт, CPR Оливье П. Андрэ, CPR
Члены:	Марк Бауэрс, Visa Жан-Марк Дети, GDF Suez Петер Друкер, Akzo Nobel Ясмينا Финелли, Boart Longyear Пьетро Галицци, ENI Тибальт Грегуар, MasterCard Марина Краль Милица, Koncar Абхиджит Мухопадхияй, Hinduja Group Хавьер Рамирес, Hewlett-Packard Ричард Вэри, Nokia Профессор Марко Баретич, факультет права, университет Загреба Фердинандо Эммануэле, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton Барт Герретсен, NautaDutilh Биргит Самбет Глазнер, Altenburger Тим Харди, CMS Cameron McKenna Клиффорд Дж. Хендель, Araoz & Rueda Abogados Хавьер Ф. Саманьего, Bird & Bird Даниэль Шиммель, Foley Hoag Доктор Анке Сесслер, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom Профессор Цисана Шамликашвили Кшиштоф Вержбовски, Eversheds