



Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

Н.И. Гайдаенко Шер

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ МЕХАНИЗМЫ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

как инструмент формирования
благоприятной среды

ДЛЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

(опыт России и зарубежных стран)

Монография

Ответственный редактор
доктор юридических наук *Н.Г. Семилютина*

Электронно-
Библиотечная
Система
znanium.com

Москва
ИНФРА-М
2016

УДК 347.44
ББК 67.404.201
Г14

ФЗ № 436-ФЗ	Издание не подлежит маркировке в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 1
----------------	--

*Одобрено решением секции частного права Ученого совета
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Рецензенты:

Н.Г. Вилкова — доктор юридических наук, профессор кафедры международного частного права ФГБОУ ВО ВАВТ Министерства экономического развития Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации;

М.А. Цирина — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник отдела международного частного права ИЗиСП

Гайдаенко Шер Н.И.

Г14

Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран) : монография / Н.И. Гайдаенко Шер ; отв. ред. Н.Г. Семилютина. — М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : ИНФРА-М, 2016. — 248 с. — www.dx.doi.org/10.12737/19672.

ISBN 978-5-16-012243-4 (print)

ISBN 978-5-16-105113-9 (online)

Работа посвящена актуальной теме применения альтернативных способов разрешения споров (АРС), возникающих в коммерческом обороте, в том числе внешнеэкономических. Предлагаются механизмы «раннего реагирования» на конфликтные ситуации, раскрываются общие начала построения систем ранней диагностики споров между предпринимателями.

Исследованы типология и классификация альтернативных способов разрешения споров, природа коммерческих переговоров в свете новелл Гражданского кодекса РФ и соответствия их Принципам международных коммерческих переговоров УНИДРУА. Выявлены особенности переговоров при участии юристов, а также перспективы разработки конвенции ЮНСИТРАЛ о взаимном признании и исполнении соглашений, заключенных в результате международных коммерческих согласительных процедур.

Цель настоящей монографии — познакомить предпринимателей и обслуживающих нужды коммерческого оборота юристов с современными закономерностями развития способов разрешения предпринимательских споров, в том числе внешнеэкономических, с тем, чтобы они смогли сделать осознанный выбор в пользу подходящего именно им механизма.

Для практикующих юристов, научных работников, преподавателей, студентов и аспирантов юридических вузов и факультетов.

УДК 347.44
ББК 67.404.201

ISBN 978-5-16-012243-4 (print)
ISBN 978-5-16-105113-9 (online)

© Институт законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации, 2016

The Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation

N.I. Gaidaenko Schaer

**MECHANISMS OF ALTERNATIVE
DISPUTE RESOLUTION**
as a tool of creation
of favorable environment
**FOR ENTREPRENEURIAL
ACTIVITIES**
(experience of Russia
and of the foreign countries)

Monograph

Managing editor
Doctor of Law *N.G. Semilyutina*

Электронно-
Библиотечная
Система
znanium.com

Moscow
INFRA-M

*Approved at the Section of Private Law of the Scientific Council
of the Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation*

Reviewers:

N.G. Vilkova — Doctor of Law, Professor at Russian Foreign Trade Academy, Honored Lawyer of Russia;

M.A. Tsyrina — PhD in Law, Senior Scientific fellow of the Private International Law Department, the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

Gaidaenko Schaer N.I.

Mechanisms of alternative dispute resolution as a tool of creation of favorable environment for entrepreneurial activities (experience of Russia and of the foreign countries) : monograph / N.I. Gaidaenko Schaer ; managing editor N.G. Semilyutina. — M. : The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation : INFRA-M. — 248 p. — www.dx.doi.org/10.12737/19672.

ISBN 978-5-16-012243-4 (print)

ISBN 978-5-16-105113-9 (online)

The monograph is an innovative work dedicated to the exciting subject — application of alternative dispute resolution methods (ADRs) to the settlement of disputes arising in the commercial turnover, including foreign economic activities. Author suggests early dispute resolution mechanisms for treatment of business disputes.

While studying the typology of ADR and the autonomy of agreements on their application, the author introduces the notions of negotiations, expert examination, administering institutions.

Author provides the detailed study of the commercial negotiations in the light of the new provisions of the Russian Civil Code on negotiations and agreements on their conduct and analyses these provisions as to their compliance with the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Author studies collaborative law and participative procedures and gives her views on the prospective of elaboration of the UNCITRAL convention on mutual recognition and enforcement of the agreements resulting from the international commercial conciliation procedures and negotiations.

The book shall be of interest for practicing lawyers, professors of the law schools, scientific fellows and postgraduate students.

N.I. Gaidaenko Schaer

**LES MÉCANISMES
DE RÉOLUTION ALTERNATIVE
DE CONFLITS**
**en tant que l'instrument pour la création
de l'environnement favorable**
**AUX ACTIVITÉS
ENTREPRENEURIALES**
(expérience de la Russie et des pays étrangers)

Monographie

La rédactrice en chef
Docteur en droit *N.G. Semilyutina*



Moscou
INFRA-M

R é l é c t r i c e s :

N.G. Vilkova — docteur ès sciences juridiques, professeur de l'Académie du commerce extérieur auprès du Ministère du développement économique de la Fédération de la Russie, juriste émérite de la Fédération de la Russie;

M.A. Tsyryna — licenciée en droit, chargée de recherche, Institut de législation et de droit comparé auprès du Gouvernement de la Fédération de la Russie

Gaidaenko Schaer N.I.

Les mécanismes de résolution alternative de conflits en tant que l'instrument pour la création de l'environnement favorable aux activités entrepreneuriales (expérience de la Russie et des pays étrangers) : monographie / N.I. Gaidaenko Schaer ; la rédactrice en chef N.G. Semilyutina. — M. : Institut de législation et de droit comparé auprès du Gouvernement de la Fédération de la Russie : INFRA-M. — 248 p. — www.dx.doi.org/10.12737/19672.

ISBN 978-5-16-012243-4 (print)

ISBN 978-5-16-105113-9 (online)

Cette monographie est un ouvrage innovatif dédié à l'étude de l'utilisation des modes alternatifs de la résolution des conflits (MARC) dans le domaine des différends commerciaux, y compris ceux dans le domaine de l'activité commerciale transfrontalière. L'auteur propose des méthodes de diagnostic précoce pour régler les différends entre les commerçants.

L'auteure analyse la typologie des MARCs et l'autonomie des contrats visant à leur application et introduit des notions des négociations, de l'expertise et de l'institution administrative.

L'auteure entreprend une étude approfondie des négociations commerciales sur la base des nouvelles dispositions du Code civil Russe sur les négociations et les accords sur la conduite des pourparlers en faisant allusion aux Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. L'auteure analyse les particularités du droit collaboratif et des procédures participatives et donne son avis sur les perspectives du travail de la CNUDCI sur l'élaboration d'une convention relative à la reconnaissance mutuelle de la force exécutoire des accords issus de la procédure de conciliation ou accords de règlement.

L'ouvrage pourrait intéresser des juristes praticiens, des enseignants des écoles de droit, des chercheurs et des doctorants.

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	15
Глава 1 РАЗВИТИЕ АРС И ИНВЕСТИЦИОННАЯ ПРИВЛЕКАТЕЛЬНОСТЬ ГОСУДАРСТВА	21
Глава 2 КОНФЛИКТ И СПОР: СХОДСТВА И РАЗЛИЧИЯ	31
Глава 3 КЛАССИФИКАЦИЯ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ	39
1. Соглашение о порядке применения АРС	50
2. Соглашение об урегулировании спора, достигнутое в результате применения АРС	52
Глава 4 ПЕРЕГОВОРЫ	54
1. Понятие переговоров	54
2. Гражданский кодекс РФ о переговорах	55
3. Коммерческие переговоры: обзор зарубежных исследований	73
4. Переговоры с участием юристов-представителей: переговоры сотрудничества и процедуры участия	84
Глава 5 ДОГОВОРНЫЕ МЕХАНИЗМЫ РАННЕЙ ДИАГНОСТИКИ КОНФЛИКТНЫХ СИТУАЦИЙ	98
Глава 6 ЭКСПЕРТИЗА. ЗНАЧЕНИЕ ЭКСПЕРТНОЙ ОЦЕНКИ ДЛЯ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ	102
1. Экспертная оценка (экспертиза)	102
2. Пошаговый выбор и направляемое урегулирование спора: на полпути между экспертизой и медиацией	123
Глава 7 АДМИНИСТРИРУЮЩИЕ ИНСТИТУЦИИ И ИХ РОЛЬ В УРЕГУЛИРОВАНИИ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ	131

Содержание

Глава 8

ПРОБЛЕМЫ РАЗРЕШЕНИЯ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ С ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ.....	147
Согласительные процедуры для разрешения инвестиционных споров.....	158
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	167
ПРИЛОЖЕНИЯ.....	176
Приложение 1	
Структура переговоров и задачи их участников.....	176
Приложение 2	
Обязательство сторон сотрудничать при исполнении договора: обзор.....	178
Приложение 3	
Сравнительная таблица регламентов арбитражных институций.....	184
Приложение 4	
Регламент Международной ассоциации юристов (МАЮ) для проведения процедуры медиации между инвестором и государством.....	218
СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ.....	233

CONTENTS

INTRODUCTION	15
Chapter 1	
ADR DEVELOPMENT AS A FACTOR CONTRIBUTING TO THE INVESTMENT POTENTIAL OF THE STATE.....	21
Chapter 2	
CONFLICT AND DISPUTE: COMMON POINTS AND DIFFERENCES.....	31
Chapter 3	
CLASSIFICATION OF ADRs	39
1. Agreement on ADR application.....	50
2. Settlement agreement, resulting from APC application	52
Chapter 4	
NEGOTIATIONS.....	54
1. Definition of negotiations	54
2. Russian Civil Code on negotiations	55
3. Commercial negotiations: overview of foreign research.....	73
4. Collaborative law and participative procedures.....	84
Chapter 5	
EARLY DISPUTE DIAGNOSTICS AND SETTLEMENT FOR COMMERCIAL DISPUTES	98
Chapter 6	
EXPERT ASSESSMENT AND ITS IMPORTANCE FOR SETTLEMENT OF DISPUTES	102
1. Expert examination	102
2. Guided choice and guided settlement: on the midway between expert examination and mediator.....	123
Chapter 7	
ADMINISTRATING INSTITUTIONS AND THEIR ROLE IN THE SETTLEMENT OF COMMERCIAL DISPUTES.....	131

Contents

Chapter 8	
PROBLEMS OF AMICABLE SETTLEMENT OF COMMERCIAL DISPUTES INVOLVING FOREIGN ELEMENT	147
Amicable settlement of investments disputes	158
CONCLUSIONS	167
ANNEXES	176
Annexe 1	
Structure of negotiations and tasks of their participants	176
Annexe 2	
Obligation of the parties to cooperate: overview	178
Annexe 3	
Rules of arbitration institutions comparative tables	184
Annexe 4	
IBA Investor — State Mediation Rules	218
BIBLIOGRAPHY	233

TABLE DES MATIERES

L'INTRODUCTION.....	15
Chapitre 1	
LESMARCS ET LE POTENTIEL D'INVESTISSEMENT DU PAYS	21
Chapitre 2	
CONFLIT ET LITIGE DANS LE MILIEU COMMERCIAL: LES TRAITS COMMUNS ET LES DIFFERENCES	31
Chapitre 3	
CLASSIFICATION DES MARCs	39
1. L'accord sur l'application des MARCs	50
2. L'accord conclu suite à l'application des MARCs	52
Chapitre 4	
LES NÉGOCIATIONS	54
1. La notion des négociations	54
2. Le Code civil russe sur les négociations	55
3. L'aperçu des recherches sur les négociations commerciales effectuées à l'étranger	73
4. Le droit collaboratif et les procédures participatives.....	84
Chapitre 5	
LES INSTRUMENTS CONTRACTUELS DU DIAGNOSTIC PRÉCOCE DES CONFLITS ET DE LEUR RESOLUTION.....	98
Chapitre 6	
L'EXPERTISE. L'IMPORTANCE DE L'AVIS DE L'EXPERT POUR LA RESOLUTION DU CONFLIT	102
1. L'expertise	102
2. Guided choice and guided settlement: à mi-chemin entre l'expertise et mediation	123
Chapitre 7	
LES INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES. TYPOLOGIE ET CARACTÉRISTIQUES DES INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES CONTEMPORAINES.....	131

Table des matières

Chapitre 8

LES PROBLÈMES DE RÉGLEMENT AMIABLE DES CONFLITS COMMERCIAUX AVEC L'ÉLÉMENT ÉTRANGER.....	147
Les méthodes amiables de la résolution des conflits relatifs aux investissements	158
CONCLUSIONS	167
ANNEXES	176
Annexe 1	
La structure des négociations et les tâches de leurs participants	176
Annexe 2	
Devoir de coopération: aperçu.....	178
Annexe 3	
Tableau comparatif des règlements des institutions d'arbitrage.....	184
Annexe 4	
IBA Investor-State Mediation Rules (traduction en russe).....	218
BIBLIOGRAPHIE	233

ВВЕДЕНИЕ

Степень развития экономики государства, его инвестиционная привлекательность во многом зависят от наличия в нем законодательной базы и практики эффективного разрешения разногласий и споров, возникающих между субъектами предпринимательства. Особое значение приобретает возможность обратиться к внесудебным способам разрешения спора, позволяющим продолжить выполнение совместных коммерческих проектов на время урегулирования спора, сэкономить время, средства и ресурсы и сохранить отношения между спорящими сторонами. Динамике развития предпринимательских отношений в условиях постоянно изменяющейся экономической и политической обстановки, роста «турбулентности» законодательства соответствует и динамика конфликтов в коммерческой среде: с усложнением договорных отношений, включением в них все большего числа участников из разных правовых и экономических культур число конфликтов в предпринимательской среде растет, и это нормальное явление, своего рода болезнь роста. Одновременно должно увеличиваться число механизмов разрешения спора, позволяющих предпринимателю осознанно и самостоятельно выбрать оптимальную для конкретного разногласия модель¹.

Цель настоящей монографии — познакомить предпринимателей и обслуживающих нужды коммерческого оборота юристов с современными закономерностями развития способов разрешения предпринимательских споров, в том числе внешнеэкономических, с тем, чтобы они смогли сделать осознанный выбор в пользу подходящего именно им механизма. Хочется надеяться, что предпринятые автором изыскания дадут пищу для размышления законодателю и заинтересуют научных работников и студентов юридических специальностей, исследующих вопросы применения альтернативных способов разрешения споров, возникающих в коммерческом обороте. Под альтернативными механизмами разрешения споров (АРС)² в данной

¹ См., например: Гайдаенко Шер Н.И. Альтернативные способы разрешения споров и бизнес. В кн.: Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов: материалы для VII Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся / отв. ред. Н.Г. Доронина. М., 2012. С. 433–444.

² О понятии АРС см., в частности: Николюкин С.В. Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: науч.-практ. пособие. М., 2013; Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 17; Скворцов О.Ю.

монографии понимаются законные способы разрешения споров, добровольно применяемые сторонами на основании соглашения, заключенного между ними, не предусматривающие обращения конфликтующих сторон в государственные суды¹. Список таких способов всегда будет открыт, а регулирование будет гибким, с безусловным преобладанием диспозитивных норм².

Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005. С. 352; Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2005. Например, А.А. Брыжинский определяет практику альтернативного разрешения правовых споров и конфликтов как (внесудебную) правопримирительную (правосогласительную), представляющую собой «всю предметно-практическую деятельность самих спорящих или конфликтующих субъектов либо третьих лиц, направленную на разрешение споров или конфликтов (примирение сторон, достижение согласия, компромисса) в рамках правовой системы общества» <http://www.dissercat.com/content/alternativnoe-razreshenie-pravovykh-sporov-i-konfliktov-v-rossii#ixzz3n8DMcLRb>; Кузина В.И. Понятие, отличительные черты, преимущества и недостатки альтернативного разрешения споров // Мониторинг правоприменения. 2012. № 4. С. 69–73. Наиболее общее определение АРС дал Г.В. Севастьянов. См.: Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 11.

- ¹ Вопрос о месте АРС и, в частности, медиации в системе гражданской юрисдикции как процессуального института исследован в отечественной и переводной литературе. См.: Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М., 2011; Загайнова С.К. Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». М., 2012; Лисицин В.В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России (Прошлое и настоящее, зарубежный опыт). М., 2011; Пель Матхельд. Приглашение к медиации: практическое руководство о том, как эффективно предложить разрешение конфликта путем медиации. М., 2009; Ковач Кимберли К. Медиация: крат. курс / пер. с англ. Е.И. Носырева и др. 2-е изд. М., 2013; подробнейшая библиография на эту тему см.: Mirimanoff Jean A., Pons Marco. Amicable Dispute Resolution: Bibliography. Slatkine, Geneva, 21.10.2014; La médiation dans l'ordre juridique suisse Une Justice durable à l'écoute du troisième millénaire Mirimanoff Jean A. (éd) Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011. 311 pages.
- ² О свободе договора, автономии воли сторон и диспозитивности начал гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений как основе этих способов урегулирования споров говорилось и в Постановлении Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» / СПС «Гарант».

Типологии договорных автономных механизмов АРС, построенной на выделении в их составе согласительных и консенсуальных, посвящена отдельная глава данной работы.

В современных непростых для предпринимателей условиях актуальна потребность в исследованиях, позволяющих обобщить существующий опыт и найти механизмы «раннего реагирования» на конфликтные ситуации, позволить всесторонне проанализировать их и выработать порядок их эффективного урегулирования. В настоящей работе описываются общие начала построения систем ранней диагностики споров между предпринимателями. Внутренние правовые системы урегулирования внутрикорпоративных споров, в том числе трудовых, являются самостоятельной темой и ждут своего исследователя.

После всплеска внимания к согласительным процедурам разрешения коммерческих споров наблюдается возрождение интереса к исходной форме их урегулирования — коммерческим переговорам. Анализируется природа этого механизма в свете вступивших в силу в июне 2015 г. положений Гражданского кодекса Российской Федерации, даются практические рекомендации по составлению соглашений о порядке проведения переговоров. Положения Гражданского кодекса Российской Федерации, относящиеся к переговорам и соглашению о порядке проведения переговоров, стали отражением лучшей международной практики, синтезировавшей воззрения ведущих специалистов из разных правовых систем в Принципах международных коммерческих переговоров УНИДРУА и практику международного предпринимательского сообщества в Принципах ведения коммерческих переговоров Международной торговой палаты. Исследованию правовой природы коммерческих переговоров и роли обязательства сторон сотрудничать при их ведении и исполнении соглашений, достигнутых в результате этих переговоров, посвящена одна из глав настоящей монографии. Отдельно рассматриваются переговоры, проводимые при поддержке и содействии юристов-переговорщиков³. Отмечая гибкость механизма переговоров, их возобновляемость и обратимость результата, автор приходит к выводу о целесообразности оформления достигнутых сторонами договоренностей в виде соглашений, которые возможно исполнить принуди-

³ См.: Гайдаенко Шер Н.И. Внесудебные механизмы разрешения споров в экономической сфере: к вопросу о процедуре совместного разрешения споров. В сб.: Законность в экономической сфере как необходимый фактор благоприятного инвестиционного климата: материалы для VI Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (Москва, 26 октября 2011 г.) / отв. ред. Н.Г. Доронина, А.В. Габов. М., 2012. С. 274—282.

тельно. Наблюдения автора позволяют предположить, что в разрешении предпринимательских споров именно этим механизмам будет отведена решающая роль — наравне с договорными механизмами ранней диагностики и оценки спора.

По данным некоторых исследований¹, в предпринимательской среде наблюдается усиление популярности таких механизмов разрешения споров, как экспертиза, равно как и других переходных от экспертизы к медиации договорных процедур, предполагающих активную роль нейтрального третьего лица и использование им преимущественно директивного подхода к решению поставленных перед ним сторонами задач. Во многом такие предпочтения пользователей обусловлены потребностью в квалифицированных рекомендациях (в том числе в отношении оценки правовой стороны и перспектив спора), создающих основу для конструктивного урегулирования спора или осознанного выбора механизма его разрешения. В русле этой тенденции за последний год некоторыми ведущими центрами администрирования коммерческих споров были приняты новые регламенты проведения экспертной оценки, обзор которых приводится в настоящей монографии.

Проблемам урегулирования споров с иностранным элементом посвящена отдельная глава. В настоящее время в разных уголках земного шара наблюдается рост числа новых институционных центров, предлагающих услуги по администрированию разнообразных процедур урегулирования споров между предпринимателями, усиливается конкуренция между этими центрами, побуждая давно созданные центры, пользующиеся заслуженной репутацией на рынке этих услуг, пересматривать свои регламенты с тем, чтобы привести их в соответствие с ожиданиями пользователей. Основываясь на выборочном анализе регламентов администрирующих институций, принятых за последние два-три года, автор строит типологию администрирующих институций, стремясь определить оптимальный набор услуг, востребованных пользователями-предпринимателями. Вопросы третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража, широко освещенные как в отечественной литературе, так и в зарубежных источниках, в настоящей монографии затрагиваются ровно настолько, насколько это необходимо для решения поставленной автором задачи.

¹ См., например: Thomas J. Stipanovich and J. Ryan Lamare. Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations. *Harvard Negotiation Law Review* [Vol. 19:1 Spring 2014]. P. 6. Следует отметить, что подобные исследования среди российских предприятий и в сопредельных государствах пока не проводились.

Темы, касающиеся как урегулирования споров между предпринимателями и потребителями (В2С — принятая аббревиатура business to customer), так и построения механизмов разрешения коммерческих (в том числе трансграничных) споров онлайн, заслуживают отдельного исследования и в настоящей работе не освещаются.

Не секрет, что широкому использованию АРС для урегулирования предпринимательских споров, в том числе возникающих во внешнеэкономическом обороте, препятствует неопределенность правового результата согласительных коммерческих процедур в глазах пользователей. Они не видят экономического смысла в том, чтобы тратить время и ресурсы на то, чтобы в конечном счете получить очередное соглашение, за исполнением которого придется обращаться в суд. Высказывается мысль о целесообразности закрепления условий исполнимости таких соглашений в национальном законодательстве и разработки международных инструментов, касающихся порядка исполнения данных решений как на глобальном уровне, так и на уровне региональных объединений (например, ЕвразЭС¹). В этом контексте рассматривается работа второй рабочей группы Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в указанном направлении. Сложностям и перспективам выработки «второй Нью-Йоркской Конвенции» посвящен отдельный раздел настоящей работы.

Способность государства обеспечить эффективную защиту интересов инвестора является одним из ключевых факторов конкурентоспособности и инвестиционной привлекательности страны. Автор анализирует доступность разнообразных механизмов АРС, включая медиацию, для защиты капиталовложений и перспективы их использования, в том числе для защиты частных партнеров в соглашениях частно-государственного партнерства. Предлагается использовать в качестве руководства Регламент Международной ассоциации юристов для медиации в спорах между инвестором и государством 2012 г., авторский перевод которого приводится в приложении.

В заключение автор делится своими соображениями о перспективах развития законодательства об АРС.

При подготовке настоящего пособия использованы материалы мероприятий, проведенных Центром содействия медиации и альтер-

¹ О значении механизмов примирения, согласования интересов и принудительном исполнении решений как части правозащитной системы Евразийского экономического союза см. выступление Т.Я. Хабриевой на Международном форуме «Евразийская экономическая перспектива». Международный форум «Евразийская экономическая перспектива»: сборник выступлений участников международного форума / под ред. И.А. Максимцева, Е.А. Карлика. СПб., 2014. С. 45.

Введение

нативным способам разрешения споров (СОМЕДИАРС) ИЗиСП, материалы, любезно предоставленные исполнительным директором Международного института медиации (IMI, International Mediation Institute, Гаага) И. Ваненковой, а также членами Швейцарской палаты коммерческой медиации (CSMC) Биргит Самбет Глазнер (Birgit Sambeth Glasner), Джереми Лэком (Jeremy Lack) и Жаном А. Миримановфом (Jean A. Mirimanoff).

Автор выражает глубокую признательность доктору юридических наук Н.Г. Семилютиной и доктору юридических наук Н.Г. Дорониной за помощь и ценные советы.

Бесконечная благодарность — Галине Ивановне Гайдаенко и Маркусу Петеру Шеру, без поддержки которых написание настоящей книги было бы невозможным.

Глава 1

РАЗВИТИЕ АРС И ИНВЕСТИЦИОННАЯ ПРИВЛЕКАТЕЛЬНОСТЬ ГОСУДАРСТВА

Согласно ч. 1. ст. 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск¹ деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Следует отличать «вынужденное предпринимательство», когда каждый должен стать предпринимателем, поскольку у него нет выбора, от «предпринимательства возможностей», представляющего собой самостоятельный активный выбор в пользу организации нового предприятия, основанный на ощущении того, что существуют неиспользованные или недостаточно разработанные возможности для ведения коммерческой деятельности.

¹ «Рисковать — это значит допускать несение (принятие) невыгодных последствий от возможного результата правомерных либо объективно-случайных, либо объективно-невозможных действий или событий» (В.А. Ойгензихт. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 77). Заметим, что вопросы риска в его гражданско-правовом понимании исследовали такие отечественные ученые, как Д.И. Мейер, Я.М. Магазинер, В. Рассудовский. Так, Д.И. Мейер утверждал, что каждое обязательство сопровождается риском или страхом: риск, или страх по обязательству, заключается в обязанности нести ущерб, если действие, составляющее предмет обязательства, сделается невозможным (Д.И. Мейер. Русское гражданское право. М., 1873. С. 376.) Я.М. Магазинер отстаивал универсальную теорию риска, согласно которой «любое положительное действие в обязательстве составляет для управомоченного определенный интерес (возможность блага), но в то же время оно сопряжено с возможностью зла, т.е. с известным риском» (Цит. по: Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 39–40). Он рассматривал всякий договор как взаимную гарантию от рисков, поскольку стороны обязаны принять на себя риски, которые могут возникнуть по ходу исполнения; право же представляет собой гарантию от рисков, стоящих на пути осуществления интересов (Я.М. Магазинер. Советское хозяйственное право. Л., 1928. С. 295). Цит. по: Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 41 (сноска 7). Дискуссионную критику концепции субъективного риска В.А. Ойгензихта см.: Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. М., 2012. С. 24–26. О специфике правовых рисков и их проявлениях, определении риска как вероятного неправомерного отклонения от правовых моделей и законов см.: Тихомиров Ю.А. Право: прогнозы и риски: монография. М., 2015. С. 173. Там же см. критику работы: Арямова А.А. Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ. 2-е изд. М., 2010. С. 202.

Научное издание

Наталья Ивановна Гайдаенко Шер

**АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ МЕХАНИЗМЫ
РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ
как инструмент формирования
благоприятной среды
ДЛЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
(опыт России и зарубежных стран)**

Монография

Ответственный редактор *Н.Г. Семилютина*

Подписано в печать 25.06.2016.
Формат 60×90/16. Бумага офсетная. Гарнитура NewtonС.
Печать офсетная. Усл. печ. л. 15,5. Уч.-изд. л. 13,5.
Тираж 500 экз. Заказ № .

ТК 638700-566414-250616

ООО «Научно-издательский центр ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31В, стр. 1
Тел.: (495) 280-15-96, 280-33-86. Факс: (495) 280-36-29
E-mail: books@infra-m.ru <http://www.infra-m.ru>

Отпечатано в типографии ООО «Научно-издательский центр ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31В, стр. 1
Тел.: (495) 280-15-96, 280-33-86. Факс: (495) 580-36-29

**Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации**