

УДК 347.965.42

**Віталій Махінчук,**

кандидат юридичних наук,

старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва  
НАПрН України, докторант

## ПЕРЕДУМОВИ ТА ОСНОВНІ НАПРЯМИ ФОРМУВАННЯ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО МЕДІАЦІЮ В ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ СПОРАХ

*У статті розглядаються загальні передумови формування практики медіативного вирішення підприємницьких спорів та визначаються основні напрями реформування вітчизняного процесуального законодавства з метою забезпечення правового регулювання вирішення таких спорів шляхом переговорів за участю посередника.*

**Ключові слова:** медіація, підприємницький спір, врегулювання спору.

Одним із постулатів успішної підприємницької діяльності є швидкий та безперебійний обіг товарів та капіталів. Підприємці зацікавлені якнайшвидше продати товар чи послугу, які вони пропонують на ринку, та якнайшвидше отримати за це належну плату. Підприємницька діяльність опосередковується рядом договорів, виконання яких, зазвичай, не викликає проблем у підприємців. Однак, коли у сторін підприємницького договору виникають суперечки щодо його виконання, вони мають, як правило, кілька шляхів їх вирішення. Це може бути і звернення до суду відповідної юрисдикції, і звернення до арбітражу чи третейського суду тощо. Існують і менш конфліктні форми захисту прав, які застосовуються суб'єктами підприємницької діяльності: безпосередні переговори сторін та переговори за участю посередника.

Усі форми захисту приватних прав підприємців мають свої характеристики, які відрізняють їх одна від одної. Це, перш за все, витрати на вирішення спору: час та кошти. Сучасні судові процедури, які, попри намагання науковців та практиків, дедалі ускладнюються та формалізуються, стають дедалі дорожчими для сторін та все ще займають надто багато часу, часто призводять до ситуації, коли остаточне рішення у справі приймається на користь сторони, що її вже визнано неплатоспроможною і подальша її підприємницька діяльність є неможливою саме через значні строки

відновлення її прав. Важливе значення має також ступінь самостійності сторін у ході вирішення чи врегулювання їхнього спору. У переговорах сторони вільні використовувати будь-які незаборонені законом шляхи виходу з конфліктної ситуації. Натомість при вирішенні судом спору по суті сторони часто отримують рішення, яке відповідає букві закону, але зрештою шкодить підприємницькій діяльності, розриває економічні зв'язки, має інші негативні економічні наслідки.

З огляду на недосконалість юрисдикційних форм захисту суб'єктивних цивільних прав, у тому числі прав суб'єктів підприємницької діяльності, у всьому світі стали розвиватись альтернативні способи вирішення спорів, серед яких одним із найпопулярніших є медіація.

Цей спосіб урегулювання розбіжностей, які виникають у тому числі й з підприємницьких відносин, є новим для нашого суспільства. Виникають лише перші медіативні інституції, відповідна практика лише починає вироблятися, а законодавство потребує внесення змін, які б належним чином враховували можливість урегулювання підприємницьких спорів шляхом переговорів за участі посередника.

Правові питання медіації як способу вирішення правових спорів не знайшли поки належного відображення у науковій літературі. На даний час слід відзначити роботи таких вітчизняних авторів, як А. П. Гаврилшин, В. П. Козирева, Б. А. Лєко, Г. І. Чуйко. Важливе теоре-

тичне значення для визначення місця медіації у правовій системі України, встановлення основних напрямів розвитку відповідного законодавства, мають роботи таких вчених-процесуалістів, як О. А. Беляневич, В. М. Горшеньов, М. А. Гурвіч, П. П. Заворотько, В. В. Комаров, О. В. Кудрявцева, Д. Д. Луспник, Д. М. Притика, В. І. Тертишніков, Г. В. Фазікош, Н. А. Чечина, Д. М. Чечот, М. Й. Штефан, В. Н. Щеглов, К. С. Юдельсон та ін. З огляду на те, що у ряді країн—учасниць СНД вже запроваджено правове регулювання медіативного вирішення правових спорів, це питання піддано там більш широкому науковому дослідженню. Так, інтерес для нас становлять роботи В. О. Аболоніна, Д. Л. Давиденка, С. К. Загайнової, В. Т. Конусової, С. І. Первухіної, А. М. Понасюка, І. Н. Тарасова, які мають досвід не лише теоретичної розробки правових питань медіативного вирішення спорів, а й практичний досвід відповідної роботи.

Однак вітчизняна правова система лише починає звертатися до такого альтернативного способу вирішення спорів, як медіація. В період, коли комерційна медіація, тобто медіація, метою якою є урегулювання розбіжностей, що виникають із підприємницьких відносин, знаходиться в Україні буквально у зародковому стані, завданням цього дослідження є вироблення розуміння її сутності, потреби в ній за сучасного рівня доступності судочинства, в т. ч. і рівня судових витрат, адекватності судочинства вимогам підприємницького обороту, допустимості медіативного вирішення спорів за сучасного нормативно-правового регулювання підприємницьких відносин та відносин у сфері вирішення підприємницьких спорів, наявність правових інститутів, які уможливають добровільне виконання досягнутих у ході переговорів домовленостей (це можуть бути і норми публічного права, наприклад, податкового), а також можливість примусового виконання таких домовленостей, розробка нормативно-правових актів, які забезпечать правову основу медіативних процедур та впровадження їх результатів.

Питання альтернативних способів вирішення комерційних спорів актуалізувалося з поглибленням розуміння неадекватності витрат часу та коштів на судовий розгляд комерційних спорів ре-

зультатами такого розгляду. Так, згідно з оцінками англійської організації, яка спеціалізується на організації медіативного врегулювання комерційних спорів, британські компанії витрачають понад 33 млрд фунтів щороку на вирішення конфліктів. При цьому 80% спорів суттєво впливають на нормальне функціонування бізнесу і на вирішення спорів, предмет яких становить понад 1 млн фунтів, витрачається понад 3 роки робочого часу менеджерів [1].

Тому закономірно, що учасники комерційних відносин звернулися до альтернативних способів вирішення спорів. Процес розвитку та популяризації медіативного способу врегулювання правових спорів розпочався з національних правових систем держав, де підприємницькі відносини є добре розвинутими, становлять основу економічного ладу, а тому є визначальними у напрямках розвитку права. В умовах глобалізації, коли підприємницькі відносини все більше набувають характеру міжнародних приватних відносин, питання медіації віднайшли своє відображення у міжнародних актах, розробках міжнародних організацій.

Так, на 35-й сесії Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) було прийнято проект типового закону про міжнародну комерційну узгоджувальну процедуру [2], який є збірником положень про переговори з урегулювання комерційних спорів за участю посередника, рекомендованих для включення їх у національне законодавство. Як зазначено у п. 7 керівництва з прийняття та застосування Типового закону про міжнародну комерційну узгоджувальну процедуру, на практиці процедури, у рамках яких третя особа надає сторонам у спорі допомогу з його врегулювання, називають різноманітними термінами, такими як «узгоджувальні процедури», «медіація», «нейтральна оцінка», «міні-розгляд» тощо [3].

Часто медіація розуміється досить широко як будь-які переговори за участю третьої сторони. Однак відомий російський дослідник теорії та практики комерційної медіації В. О. Аболонін зауважує, що досить спірною є думка деяких вчених стосовно тисячолітньої історії медіації та стосовно того, що практика медіації існувала завжди і у всіх країнах. Адже важливо розрізнити ме-

діацію та просте посередництво у спорі. Медіація у її сучасному розумінні — це процедура, в якій медіатор, не маючи права вирішення спору, за допомогою комунікативних технік сприяє сторонам у ефективному проведенні переговорів і допомагає їм напрацювати рішення, яке відповідає їх інтересам. Таким чином, не можуть розглядатись у якості медіації переговори або будь-які інші процедури, в яких посередник, користуючись особливим авторитетом або повагою сторін, схиляє їх до примирення (наприклад, умовляє «забути образ», «пробачити» борг або його частину, відмовившись частково або повністю від своїх вимог на шкоду своїм інтересам). Подібний варіант примирення пов'язаний з компромісом, добровільною відмовою та самообмеженням, у той час як медіація повинна привести до рішення, яке не ущемляє, а відповідає інтересам і потребам обох сторін [4].

Понад 50% опитаних адвокатів, які брали участь у медіативному врегулюванні спорів у країнах ЄС, вказують, що середній час від ініціювання медіації до її завершення становить 40 днів. Так само оцінили тривалість медіації 38% опитаних представників корпорацій [5].

Акт, що стосується уніфікації правового регулювання медіації, прийнято і в ЄС. Це Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21.05.2008 р. про деякі аспекти медіації у цивільних і комерційних спорах. У п. 13 Директиви передбачено, що медіація є вільним процесом у розумінні того, що сторони самі відповідальні за процес медіації і можуть організувати його та припинити його будь-коли. Однак допускається встановлення судом часових меж медіації згідно з національним законодавством. Більше того, суди можуть звертати увагу сторін на можливість медіації, якщо це доцільно [6].

Відповідно до загальноприйнятого розуміння, яке отримало закріплення у ст. 1 закону Німеччини про медіацію, медіація розуміється як конфіденційний і структурований процес, в якому сторони спору за допомогою одного або кількох посередників добровільно і самостійно досягають мирного врегулювання їх спору [7].

Передумовою розробки та ухвалення закону Німеччини про медіацію було припущення про те, що він повинен посилити інтенсивність застосування ме-

діації у всіх сферах юридичної діяльності. Обидва види медіації — судова і позасудова — повинні отримати відповідну правову підтримку. До того ж необхідно усунути недоліки в регулюванні питання про конфіденційність сторін і врегулювання механізму примусового виконання домовленостей, досягнутих у ході медіації [8].

Дослідження, проведене нідерландським Фондом альтернативного вирішення спорів бізнес-товариства (АСВ), виявило, що за період його діяльності з квітня 1998 р. по грудень 2004 р. до АСВ для проведення медіації було передано всього 173 справи, з них медіація була фактично проведена у 88% спорів. Із них у 77 випадках медіація завершилась успішно. Середня сума, яка була предметом спору, складала 4,5 млн євро, а середня величина витрат сторін на врегулювання спору сягала 3000 євро [9].

Розуміння медіації як єдиного та універсального способу врегулювання різних видів спорів поступово відходить у минуле. Про це красномовно свідчить сучасна зарубіжна практика, де все чіткішим стає процес «спеціалізації» і виділення окремих видів медіації [10]. Практика виробила поділ медіації на судову та позасудову. Обидва ці види медіації, хоч і мають багато спільного, проте відрізняються потребами у їх законодавчому регулюванні, більшою чи меншою мірою добровільності вступу в медіативну процедуру тощо. Так, якщо позасудова медіація передбачає більший рівень свободи сторін щодо її застосування при виникненні спорів, достатньо передбачити у законодавстві значення відповідних медіативних застережень у договорах та наслідки їх недодержання. Однак запровадження надто жорстких санкцій за ухиляння від процедур медіації, коли такий спосіб вирішення договірних спорів передбачено відповідним застереженням у контракті, певною мірою суперечило б добровільній природі медіації. Адже в цій процедурі позитивний результат залежить саме від доброї волі сторін у досягненні компромісу чи навіть взаємовигідного вирішення. Коли ж сторона спору вступає в медіацію виключно під загрозою настання тих чи інших несприятливих наслідків, вона не буде належним чином взаємодіяти з посередником, що знизить ефективність процедури, а в ширших масштабах —

негативно впливатиме на загальну привабливість альтернативних способів вирішення спорів.

Важливе значення для збереження подальших можливостей вирішення спору має вплив звернення сторін спору до медіативної процедури на перебіг строків позовної давності. Необхідно забезпечити заупинення перебігу строків позовної давності на час медіації. Це стане запобіжним заходом проти використання медіації з метою затягування вирішення конфлікту до моменту, коли спір не може бути переданий до суду. Водночас, не слід пов'язувати із вступом сторін у медіацію переривання позовної давності, оскільки це може негативно сприйматись боржником, для якого психологічно складно може бути повертатися до початку перебігу позовної давності через вступ до процедури медіації.

Існує також потреба у закріпленні гарантій збереження конфіденційності інформації, розкритої сторонами у ході медіації. Адже, на відміну від судового розгляду, в ході медіації сторони не обмежені виключно предметом спору, а можуть знаходити взаємовигідний варіант, спрямований на перспективу подальшої співпраці. Тому сторони зацікавлені в дещо більшій мірі розкривати інформацію, пропонуючи нові варіанти врегулювання розбіжностей. Однак перспектива використання протилегною стороною одержаної інформації у можливому судовому процесі може стримувати сторони в пошуку прийнятних рішень. Тому учасників медіації слід захистити як від неправомірного розголошення інформації третім особам, так і від використання одержаних даних у можливому судовому процесі. У першому випадку це можна зробити підписанням зобов'язання про конфіденційність до початку медіації, а у другому — закріпленням процесуальних норм, які обмежать можливість обґрунтування своїх позовних вимог посиленням на дані, одержані у ході медіації.

Іншим надзвичайно важливим аспектом позасудової медіації, який потребує

чіткого правового регулювання, є надання домовленостям, прийнятим за результатами медіації, характеру виконуваності. І хоча такі домовленості переважно виконуються сторонами добровільно, оскільки мають позитивні для обох сторін аспекти, сама можливість застосування примусового виконання позитивно впливатиме на рівень привабливості цього виду АВС.

Судова медіація передбачає, перш за все, процесуально-правове регулювання. Окрім вказаних вище основних аспектів медіації, які потребують правового регулювання, у процесуальних кодексах слід визначити порядок направлення справи на врегулювання до посередника, визначення вимог до відповідних судових рішень, які визначають перебіг процесу, доповнення підстав для оголошення перерви, відкладення судового розгляду.

*З огляду на можливості медіації значно ширше, аніж у межах предмета позову, врегулювати розбіжності, слід визначитись, чи може закріплюватись судом як мирова угода домовленість, укладена сторонами за результатом судової медіації, якщо вона виходить за межі предмета позову. Те, що сторони у медіації не пов'язані предметом, підставами позову, а мають можливість обговорити існуючі проблеми у комплексі, С. К. Загайнова відносить до беззаперечних переваг цієї форми врегулювання підприємницького спору [11].*

*Результативне використання сторонами конфлікту судової медіації повинно стимулюватись такими методами, як зменшення розміру судових витрат, у тому числі й економія часу.*

*Проект Закону України «Про медіацію» № 10301-1 від 19.04.2012 р., на жаль, може вирішити далеко не усі зазначені аспекти правового регулювання вирішення спорів за участю посередника, тому потребує суттєвого доопрацювання з урахуванням останніх теоретичних досліджень, здійснених як вітчизняними, так і зарубіжними науковцями.*

#### ПРИМІТКИ

1. Conflict is costing business ?33 billion every year [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.cedr.com/?location=/news/archive/20060526\\_232.htm](http://www.cedr.com/?location=/news/archive/20060526_232.htm).

2. Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о международной коммерческой согласительной процедуре [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/538/98/PDF/N0253898.pdf>.

3. Руководство по применению Типового закона Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о международной коммерческой согласительной процедуре [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/544/95/PDF/V0254495.pdf?OpenElement>.
4. Аболонин В. О. Коммерческая медиация в России: особый вектор развития / В. О. Аболонин // Закон. — 2012. — № 3. — С. 57—67.
5. The costs of Non ADR — Survey Data Report / ADR Center. — Rome, 2010. — P. 29.
6. Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21.05.2008 р. про деякі аспекти медіації у цивільних і комерційних спорах [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>.
7. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.bgb1.de/Xaver/media.xav?SID=anonymus3616540136275&bk=Bundesanzeiger\\_BGB1&name=bgb1%2FBundesgesetzblatt%20Teil%20I%2F2012%2FNr.%2035%20vom%2025.07.2012%2Fbgb112s1577.pdf](http://www.bgb1.de/Xaver/media.xav?SID=anonymus3616540136275&bk=Bundesanzeiger_BGB1&name=bgb1%2FBundesgesetzblatt%20Teil%20I%2F2012%2FNr.%2035%20vom%2025.07.2012%2Fbgb112s1577.pdf).
8. Дендорфер Р. Медиация в Германии: структура, особенности и современное состояние / Р. Дендорфер // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболониной. — М. : Инфо-тропик Медиа, 2012. — С. 1—27.
9. Яхтенбер Р. Комерційна медіація у Нідерландах / Р. Яхтенбер, А. де Роо // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболониной. — М. : Инфо-тропик Медиа, 2012. — С. 28—49.
10. Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболониной. — М. : Инфо-тропик Медиа, 2012. — С. 5.
11. Загайнова С. К. Коммерческая медиация и ее роль на примере некоторых стран / С. К. Загайнова // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболониной. — М. : Инфо-тропик Медиа, 2012. — С. 69—83.

---

**Махинчук Виталий. Предпосылки и основные направления формирования отечественного законодательства о медиации по предпринимательским спорам.**

*В статье рассматриваются общие предпосылки формирования практики медиативного урегулирования предпринимательских споров и определяются основные пути реформирования отечественного процессуального законодательства с целью правового регулирования решения таких споров путем переговоров с участием посредника.*

**Ключевые слова:** медиация, предпринимательский спор, урегулирование спора.

**Makhinchuk Vitalii. Background and basic directions of domestic legislation on mediation in the business disputes.**

*The article discusses the general conditions forming practice mediation resolve business disputes and defines the main directions of reforming domestic procedural law to ensure legal regulation resolve such disputes through negotiations with a mediator.*

**Key words:** mediation, entrepreneurial dispute, settlement.