

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА № 44-45 /1193-1194



Проект издательства ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА

3 НОЯБРЯ 2020 ГОДА

ГАЗЕТА УКРАИНСКИХ ЮРИСТОВ

WWW.PRAVO.UA

ФИНМОНИТОРИНГ

Пот уклоном

«Основной проблемой XXI века является борьба с легальным уклонением от налогообложения», — считает Семен Ханин, управляющий партнер ЮК «АМБЕР» → с. 13



Семен ХАНИН: «В нынешних условиях банку зачастую проще отказать клиенту в проведении операции»

Регламентные заботы

«Медиация используется в рыночных отношениях довольно давно, и очень важно, чтобы она наконец-то получила законодательную регламентацию», — подчеркивает Олег Малиневский, партнер EQUITY → с. 14



Пользовательские настройки

«Запросы и потребности пользователей арбитража постоянно возрастают, поэтому юристам необходимо не просто соответствовать этим запросам, но и предвосхищать их», — считает Иван Касынюк, партнер AGA Partners → с. 19



Иван КАСЫНЮК: «Говоря об арбитраже, мы говорим в первую очередь о свободе»

С мерой в будущее → с. 17



«Для эффективной защиты экономической конкуренции следует обеспечить соблюдение принципа неотвратимости наказания в случае нарушения», — уверена адвокат Мария НИЖНИК

РЕКЛАМА



DYNASTY
law & investment
www.dynasty.legal
E-mail: office@dynasty.legal
м. Днепр: +38 056 371 30 30
м. Київ: +38 044 359 06 06

Dynasty Law & Investment – 20 років успішної роботи
Член міжнародної асоціації юридичних компаній Ally Law
Юридичний супровід бізнесу клієнтів у більш ніж 40 країнах світу
30 ЮРИСТІВ
4 ГАЛУЗІ ПРАКТИКИ
1 МЕТА – ПРИНЕСТИ КОРИСЬ КЛІЄНТУ

МЕДИАЦИЯ

Регламентные заботы

«Медиация используется в рыночных отношениях довольно давно, и очень важно, чтобы она наконец-то получила законодательную регламентацию», — подчеркивает Олег Малиневский, партнер EQUITY



Олег МАЛИНЕВСКИЙ: «Медиация имеет большой потенциал и является естественным инструментом для урегулирования любого спора, в том числе и в сфере экономики»

РЕКЛАМА

ПЕРЕДПЛАТА НА ЭЛЕКТРОННУ ВЕРСИЮ ГАЗЕТИ «ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА»



ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА
ГАЗЕТА УКРАИНСКИХ ЮРИСТОВ

З передплатою на електронну версію «Юридическої практики» (online-доступ до сайту «ЮП») ви економите ваші гроші і час!

Вибираючи цей варіант, ви отримуєте:

- Повний доступ до статей поточного номера
- Повний доступ до архіву публікацій з 1994 року
- Повний доступ до бази зразків юридичних документів
- Повний доступ до тематичних розділів (дослідження, рейтинги тощо)
- Доступ до спеціальних розділів сайту з ексклюзивними матеріалами для зареєстрованих користувачів
- Можливість коментувати матеріали сайту
- Доступ до новин на сайті

Періодичні видання ПрАТ «Юридична практика» ви також можете придбати в роздріб у відділі продажів:
вул. Дегтярівська, 25а, корпус «Л», 1-й поверх, м. Київ
Ви можете зв'язатися з редакцією за телефонами:
+380 44 465-27-27, +380 44 359-06-05
або надіславши листа на e-mail:
web@pravo.ua (адміністратор сайту)
zakaz@pravo.ua (передплата/відділ продажів)

← с. 1 О причинах спроса на инструменты альтернативного разрешения споров (ADR), в частности медиацию, а также о перспективах законодательного урегулирования этого института мы расспросили Олега Малиневского, партнера EQUITY.

— *Какие факторы стимулируют спрос на альтернативное разрешение споров?*

— Основные причины востребованности ADR необходимо искать в государственной системе правосудия, относительно которой арбитражи, третейские суды, медиация, реструктуризация являются легальной альтернативой. В связи с этим я бы выделил несколько групп факторов, которые толкают потенциальных участников спора от отечественных судов в сторону альтернативы: право, бизнес, психология.

Первая группа особо актуальна для иностранного инвестора, для которого украинская правовая система с постоянными реформами, меняющимся законодательством и перегруженными судами является terra incognita. Выбранная же сторонами процедура рассмотрения спора и применимое право становятся для них более привычными и понятными, одновременно лишая украинского контрагента юрисдикционного преимущества. Привлекательность альтернативного разрешения споров во многом зависит и от соответствующего законодательного регулирования. В этом ключе важными стали курс на «проарбитрабельность» процессуальных кодексов, вступивших в силу 15 декабря 2017 года, принятие законодательства о финансовой реструктуризации, разработка закона о медиации.

Вторая группа факторов связана с бизнесом — это экономические причины. Здесь важно сказать о том, что судебные иски как способ достижения определенного преимущества в имеющихся правовых отношениях стали особой традицией ведения бизнеса в Украине. Походом в суд и количеством судебных дел больше никого не испугать.

Довольно часто бизнес может находиться в состоянии многолетнего судебного спора, который иногда насчитывает десятки судебных процессов. Более того, выигрыш в

конкретном судебном деле далеко не означает для стороны победы в споре. Наоборот, дальнейшая защита права может потребовать новых исков. Бизнес начинает понимать, что судебный путь не всегда эффективен, он имеет определенную узкую цель, ограниченную предметом, сторонами и основаниями конкретного дела.

Не нужно забывать и уголовно-процессуальную составляющую, которой стороны часто пользуются для получения тактических преимуществ в хозяйственном споре. Поэтому, когда в конце концов одна из сторон устает от спора либо приходит к выводу о необходимости его прекращения по иным причинам, начинает искать внесудебную альтернативу. И здесь важно даже то, кто может быть медиатором. Очень часто это общие партнеры, знакомые, которые имеют достаточную репутацию, чтобы гарантировать объективное и независимое разрешение данного спора и его прекращение.

Есть еще третий аспект, который определяет востребованность альтернативных способов разрешения споров, — психологический. Он напрямую связан с правовым, и с экономическим элементом. Его суть в следующем: существует определенный стереотип, вызывающий недоверие к отечественной системе судов. Данный стереотип касается того, что судьи могут быть подвержены какому-то внешнему влиянию как одной из сторон, так и государства, если оно так или иначе вовлечено в эту историю. Также с психологией связано нежелание выносить сор из избы, когда партнерские, очень «интимные» отношения начинают выводить в публичную плоскость. Поэтому часто прибегают к услугам неформального медиатора, который может помочь урегулировать тот или иной конфликт. Либо, если мы говорим об арбитражах, то, предполагая такой сценарий развития событий, люди изначально выбирают арбитра, который бы устраивал обе стороны.

— *Какие из «альтернатив» наиболее востребованы? Есть ли градация по категориям споров?*

— Кроме эффективности, востребованность конкретного способа разрешения споров во многом зависит от его урегулированности, практики применения, а также наличия определенных правил и гарантий. В этой связи популярными можно считать арбитраж и третейский суд. Первый достаточно урегулирован Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркской конвенцией), а также на уровне профильного закона и процессуальных кодексов в достаточной степени урегулирован на национальном уровне порядок признания и исполнения арбитражных решений, аналогичная ситуация и касательно третейских судов. Они понятны, соответственно, доступны и востребованы.

Безусловно, огромный потенциал имеет медиация. По этой причине очень важным шагом было внесение на рассмотрение Верховной Рады Украины соответствующего законопроекта о медиации, который, я уверен, имеет хорошие перспективы быть принятым.

Сама медиация является естественной альтернативой судебному процессу. Потому что в споре стороны нередко подвержены влиянию потенциальных медиаторов (как правило, из круга общих знакомых, партнеров и т.д.), которые говорят: «Мы знаем вашу ситуацию, не стоит дальше ссориться, можем вам помочь урегулировать конфликт, найдем способ удовлетворить каждую из сторон». Поэтому медиация, наверное, если мы говорим неюридическим языком, традиционно существует в рыночных отношениях довольно давно, и очень важно, чтобы она получила законодательную регламентацию.

— *Насколько инструменты медиации применимы для разрешения коммерческих и корпоративных споров?* →

МЕДИАЦИЯ

Регламентные заботы

← — Ответ на вопрос зависит от конкретной ситуации. С одной стороны, медиация имеет большой потенциал и могла бы быть естественным инструментом для урегулирования практически любого частного спора в сфере экономики. А с другой стороны, ключевая отличительная черта медиации — это желание обеих сторон урегулировать существующий у них конфликт. И важно сделать так, чтобы стороны убедились в необходимости и возможности договариваться, в том, что это выгодно для обеих сторон. Самый важный фактор, на который направлена деятельность медиатора и на который должна быть направлена деятельность законодателя, — создать условия, которые бы подвигли стороны достичь соглашения в добровольном порядке. Именно совокупность таких факторов и способность медиатора их грамотно использовать в конкретном деле определяет возможность и успех медиации.

— **Каковы риски применения медиации? Например, недобросовестный должник получает больше времени для сокрытия активов...**

— Одной из причин, почему стороны не изъявляют добровольного желания даже вступить в переговоры по поводу потенциального мирового соглашения, является отсутствие каких-либо гарантий защиты стороны от недобросовестных действий оппонента. К примеру, высок риск использования недобросовестной стороной полученной в процессе переговоров конфиденциальной информации во вред оппоненту, осуществления реальных либо подготовительных действий против оппонента, пока тот бездействует во время медиации, и т.д. Подобные риски отталкивают от медиации либо делают ее неэффективной. Уверен, должны быть более четкие, формализованные законодательные нормы касательно гарантий и возможной ответственности другой стороны, которая изъявила желание вступить в процесс медиации. Например, признание ничтожными действий, которые она могла бы осуществлять в тот период, когда формально находилась в процессе медиации. Также важны установленные законом компенсаторные механизмы для привлечения к имущественной ответственности стороны, нарушившей соответствующие требования закона относительно конфиденциальности. Это также может быть формальный запрет на использование документов и информации, которые созданы либо получены от другой стороны в процессе осуществления медиации, для последующих враждебных



«Высококласная, комплексная медиация будет прерогативой больших юркомпаний, которые работают в сфере разрешения споров», — считает Олег МАЛИНЕВСКИЙ

действий в случае, если медиация не закончилась успешно. К сожалению, поданный законопроект не содержит соответствующих защитных механизмов.

— **С точки зрения адвоката, чем представительство в суде отличается от представительства в ходе медиации?**

— Несмотря на то что и то, и то является представлением клиента в существующем споре, присутствует ряд особенностей. Первая особенность связана с формальной внешней стороной. В отличие от судебного процесса, который строго регламентирован, медиация является более творческой деятельностью, порядок ее проведения определяется самими сторонами. Второе отличие — цель ваших усилий. Если в судебном процессе адвокат должен стараться доказать абсолютную и безоговорочную правоту клиента в конкретном деле, стремясь к максимальному результату, то целью медиации является окончательное прекращение спора на выгодных либо приемлемых для клиента условиях. Вопрос правоты клиента отходит на второй план и используется исключительно как часть переговорной позиции очень деликатно, без угрозы срыва процесса переговоров.

То есть главная цель — это (а) достичь максимально выгодных условий для клиента и (б) осуществить и завершить саму медиацию. В судебном порядке вы, наоборот, должны во что бы то ни стало доказывать правоту клиента путем подбора доказательств даже в тех случаях, когда позиция, мягко говоря, оставляет желать лучшего.

Вообще обе ипостаси — адвокат-психолог и адвокат-юрист — должны быть одновременно присущи адвокату клиента как в судебном процессе, так и в процедуре медиации. Но во втором случае меняется их приоритетность, во многом адвокат-юрист должен содействовать адвокату-психологу, играющему основную роль. Адвокат-психолог должен чувствовать ситуацию: как писать документы, в какой последовательности подавать документы, какие аргументы использовать для убеждения клиента и его оппонента, чтобы цель медиации была достигнута.

— **Сформировалась ли медиация как отдельный сегмент рынка юридических услуг?**

— Начинает формироваться. Более того, есть эксперты рынка, которые уже начинают себя позиционировать исключительно как медиаторы. Но, по моему глубокому убеждению, медиация, как альтернативный способ разрешения споров, является неотъемлемой частью более широкой практики dispute resolution. Это объясняется очень многими факторами. В первую очередь, при наличии спора клиент в любом случае будет идти к профессионалу, который разбирается и имеет огромный судебный опыт, опыт защиты в рамках официальных институций, знание релевантной практики, а также имеет возможность оценить перспективы того или иного судебного дела. И безусловно, такие игроки обязаны иметь навык медиатора, развивать практику. В любом случае, если мы будем говорить о потоке клиентов, экспертизе, самых успешных кейсах по медиации, то они как раз будут в больших юридических компаниях. Важен также момент осознанного выбора. Клиенту легче сделать выбор, если он имеет комплексное видение проблемы и путей ее решения — будь то медиация, поход в суд, арбитраж или обращение в правоохранительные органы. Юрист должен всесторонне оценить ситуацию и порекомендовать один путь, не навязывая и не имея конфликта интересов. Поэтому высококлассная комплексная медиация будет прерогативой больших компаний, которые работают в сфере разрешения споров по

принципу литигационного one-stop-shop. И опыт нашей компании по тем кейсам, где была успешна медиация, говорит именно об этом. Клиент понимал все имеющиеся перспективы и сделал осознанный выбор в пользу медиации.

— **Какими соображениями руководствуются юристы, рекомендуя клиентам медиацию? Можно ли на этом заработать? Сопоставимы ли гонорары с практикой судебной защиты? Как быть с возможностью компенсации расходов на правовую помощь?**

— Начну с последнего. Оплата труда медиатора — это один из пока не определенных аспектов, которые требуют регламентации, так как в определенной степени отталкивают юристов от ведения медиации. Мы понимаем, что гонорар юрист



«Должны быть более четкие, формализованные законодательные нормы касательно гарантий и возможной ответственности сторон, которые изъявили желание вступить в процесс медиации», — подчеркивает Олег МАЛИНЕВСКИЙ

может гарантированно получить тогда, когда медиация будет успешна. И можно договориться, что в случае успеха адвокат будет претендовать на определенную часть выгоды.

Сама суть медиации предполагает, что каждая из сторон должна нести затраты на своего адвоката, потому что это добровольный процесс. Либо в самой процедуре, где будут определяться условия медиации, стоит четко оговорить данный вопрос. В таком контексте рекомендация адвокатом процедуры медиации, кроме других объективных факторов, связанных с конкретным делом, может свидетельствовать о его особых отношениях с клиентом либо огромной уверенности в успехе медиации.

Что касается объективных причин для адвокатов рекомендовать медиацию, они связаны с недостатками судебных процессов, например, невозможностью решить спор, который насчитывает десятки дел. С другой стороны, медиация может быть связана с отношениями, в которых возник спор. Например, если конфликт связан с какой-то сферой бизнеса, медиатором может выступить эксперт, который специализируется на таких вопросах и которому доверяют обе стороны. Ну и многое также зависит от правовой ситуации. Когда адвокат видит, что есть определенные юридические риски в позиции и он не может гарантировать эффективности уже существующей судебной практики, при этом другая сторона готова прекратить конфликт и совместно работать без негатива для репутации, безусловно, юрист порекомендует медиацию.

Также стоит учитывать моменты, когда адвокаты могут порекомендовать медиацию: когда спор вышел за периметр юридического конфликта и сторона, к примеру, активно включает пиар-кампанию. Да, клиент может быть сто раз прав, но риски потери репутации и не связанных со спором активов и контрак-

тов превагируют над уступками, на которые пойдет клиент для того, чтобы достичь мира путем медиации. Если адвокат видит приемлемую zone of possible agreement, то он донесет клиенту, с каким минимумом и максимумом тот выйдет из медиации, и будет работать на достижение максимума.

— **Стали ли стороны более активно прибегать к медиации после ратификации Украиной Конвенции ООН о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации (Сингапурской конвенции)?**

— К сожалению, внимание профессиональной общественности в сфере медиации сфокусировано в основном на разработке и принятии законопроекта, который станет отправной точкой для развития медиации, с одной стороны, как способа разрешения споров, а с другой стороны, как отрасли юридической профессии. Само присоединение к Сингапурской конвенции пока не имеет прямых практических результатов, хотя уже

может служить дополнительным позитивным стимулом, сигналом, указывающим вектор глобального развития данного института.

— **Как вы оцениваете положения и перспективы принятия законопроекта № 3504 «О медиации»?**

— Если говорить о самих перспективах законопроекта, то с учетом информационной кампании, которая ведется, характера его обсуждения на уровне профильного комитета и того, как проходило голосование в зале, можно предположить его быстрое принятие. Если говорим о правовых последствиях, насколько большим толчком это будет для самой отрасли, то, безусловно, я считаю, его надо дорабатывать. С одной стороны, нужны уже названные мною гарантии для сторон, которые вступают в медиацию, в части конфиденциальности, а также запрета осуществления определенных действий противоположной стороной. С другой стороны, необходимо создание возможных законодательных (налоговых и других) стимулов, чтобы сторонам было выгодно заключать мировое соглашение, достигать договоренностей вне суда. Это, к сожалению, тоже недостаточно выписано в законопроекте. И конечно же, нужно еще раз пересмотреть сферы, где медиация может быть применена, возможно, убрав недостаточно обоснованные оговорки и ограничения и, наоборот, установив сферы, где медиация является обязательной.

Главным позитивом принятия законопроекта, я считаю, будет привлечение внимания профессиональной общественности к возможностям института медиации, формирование профессии медиаторов и, как следствие, дальнейшее развитие законодательства в данной сфере.

(Беседовал Алексей НАСАДЮК, «Юридическая практика»)