

О медиации в нефтегазовом секторе России и Казахстана

Е.В. Новикова, доктор юридических наук, юридическая фирма «Новиков & Advisers» (Россия, Казахстан)

В данной статье говорится о преимуществах внедрения медиации как метода внесудебного разрешения споров. Автор утверждает, что медиация является не только эффективным способом разрешения споров, но и, что не менее важно, условием исполнения достигнутого решения, поскольку стороны исходят из того, что спор разрешен справедливым образом с полным учетом их интересов и поэтому исполняют достигнутое соглашение добровольно.

Медиация может быть особенно оправданна и эффективна в сфере реализации крупных нефтегазовых проектов, а в ряде спорных ситуаций, которые недавно имели место в России и Казахстане, едва ли не единственно возможным способом достижения согласия сторон. Разумеется, с учетом того обстоятельства, что главной характерной чертой таких проектов является участие в них государства.

Преимущества внедрения медиации как метода внесудебного разрешения споров заключаются в ее возможности активно влиять на существующую практику по разрешению споров в различных областях права.

Правовые основы медиации

В отличие от судебных способов разрешения споров, которые представляют собой прямое правоприменение, медиация — это использование права для разрешения споров на основе справедливости с учетом интересов обеих сторон. В результате применения медиации обычно не бывает только выигравшего или только проигравшего — в той или иной степени выигрывают обе стороны. Поэтому медиация является не только эффективным способом разрешения споров, но и, что не менее важно, условием исполнения достигнутого решения, поскольку стороны исходят из того, что спор разрешен справедливым образом с полным учетом их интересов и поэтому исполняют достигнутое соглашение добровольно.

Медиация широко распространена за рубежом, например, в Англии так решается четверть всех корпоративных споров. В 2005–2006 гг. и в России около 15 крупных споров (на сумму более 40 млн долларов) были урегулированы отечественными медиаторами. Стали создаваться собственные центры медиации, в частности при Российском союзе промышленников и предпринимателей (РСПП) и Торгово-промышленной палате Российской Федерации (ТПП). Так, в апреле 2006 г. в рамках Объединенной комиссии по организации процедур разрешения корпоративных споров и деловой этики, созданной РСПП, была открыта Служба медиации, главной задачей которой является предоставление действенного механизма для разрешения корпоративных споров в целях совершенствования деловой этики предпринимательства. Первые месяцы работы Службы медиации не только принесли положительные результаты, но и показали большой интерес

предпринимателей к механизмам урегулирования споров с участием посредника — медиатора.

Развитие института медиаторства, по мнению российских судей, поможет существенно разгрузить суды, сэкономят компаниям деньги, которые расходуются на судебный процесс, время, а зачастую даже найти возможность исполнения решения. В отличие от традиционной судебной процедуры цель медиации состоит не в том, чтобы определить правого и виноватого в конфликте, а в том, чтобы помочь сторонам прийти к взаимоприемлемому соглашению. Медиатор приводит стороны к соглашению, но ни в коем случае не высказывает собственного суждения о существовании спора и тем более не навязывает никаких готовых решений, вообще не выдает каких-либо решений или заключений.

Посредник путем строго конфиденциальных переговоров с обеими сторонами (процедура оговаривается компаниями самостоятельно либо отдается на усмотрение медиатора) помогает им заключить примирительное соглашение, которое будет иметь обязательную силу, но исполняться добровольно. Прекратить примирительную процедуру конфликтующие стороны или посредник смогут в любой момент, если посчитают, что дальнейшие переговоры бессмысленны и разрешить проблему сможет только суд.

Государственная Дума начала рассматривать законопроект об альтернативном примирении экономических споров: Совет Государственной Думы рекомендовал ответственным комитетам подготовить к рассмотрению в первом чтении проект закона «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)» в марте 2007 г. Законопроект, принятие которого является необходимым, в нынешнем своем виде еще недостаточно проработан, в том числе не ясно, какими мерами будет гарантироваться режим конфиденциальности и какие квалификационные требования будут предъявляться к человеку, выступающему в роли посредника. В законопроекте указано лишь, что этот

человек должен быть беспристрастен и не более того. Однако медиатор должен обладать еще и деловым опытом, и целым комплексом знаний и навыков, быть тонким психологом. Такого рода специалистов в России можно пересчитать по пальцам.

В принципе уже сегодня в России использование медиации возможно без принятия специального закона, поскольку в действующем законодательстве отсутствует запрет на ее применение. Более того, такая процедура предусмотрена Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации. Собственно, именно это и позволило в порядке, упреждающем появление соответствующего закона, организовать соответствующие институты при РСПП и ТПП, о которых говорилось выше.

В Казахстане также отсутствует специальное законодательство о медиации, но и не существует каких-либо ограничений для ее применения. Более того, возможности использования мирового соглашения и досудебного урегулирования спора прямо предусмотрены гражданско-процессуальным, брачно-семейным и уголовно-процессуальным законодательством.

Как законодательство СССР, так и современное российское законодательство предусматривало и предусматривает обязательную досудебную процедуру примирения сторон, направленную на то, чтобы без суда удовлетворить правомерные претензии лица, потерпевшего от незаконного нарушения его прав. Обязательная досудебная (претензионная) стадия разрешения споров регулируется в настоящее время главой 12 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан. При недостижении цели предъявления претензий к нарушителям обязательств рассмотрение спора может быть перенесено в суд.

Правилами международных арбитражей также предусмотрена примирительная процедура, согласно которой истец сам избирает процедуру разрешения спора — примирительную или судебную. Например, ранее действовавшим в Казахстане законодательством об иностранных инвестициях

Развитие института медиаторства... поможет существенно разгрузить суды, сэкономят компаниям деньги, которые расходуются на судебный процесс, время, а зачастую даже найти возможность исполнения решения. В отличие от традиционной судебной процедуры цель медиации состоит не в том, чтобы определить правого и виноватого в конфликте, а в том, чтобы помочь сторонам прийти к взаимоприемлемому соглашению..

могла быть прямо установлена необходимость досудебной процедуры разрешения споров по взаимному согласию сторон. Аналогичные правовые нормы содержат и некоторые другие законы и международные договоры. Нередко во внешне-торговых контрактах можно встретить такого же рода взаимные обязательства.

Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ предусматривает, что его предписания применяются лишь тогда, когда стороны с этим согласны. В согласительных процедурах могут участвовать посредники, назначенные сторонами или теми лицами, которые могут по просьбе сторон рекомендовать или назначать посредников. Роль посредников сводится к оказанию сторонам помощи в проведении переговоров, но без права посредника (посредников) навязывать свою волю участникам спора. Согласительная процедура завершается достижением сторонами мирового соглашения либо отказом хотя бы одной стороны от продолжения процедуры с последующим обращением к арбитражному (или судебному) разбирательству.

Таким образом, на сегодняшний день основным источником урегулирования спора между сторонами являются соглашения сторон о переговорном процессе с участием медиаторов, выражающие волю самих спорящих.

Медиация в ТЭК

Медиация может быть особенно оправданна и эффективна в сфере реализации крупных нефтегазовых проектов, а в ряде спорных ситуаций, о которых речь пойдет ниже, едва ли не единственно возможным способом достижения согласия сторон. Разумеется, с учетом того обстоятельства, что главной характерной чертой таких проектов является участие в них государства.

Обратимся к примеру из практики, иллюстрирующему сказанное. Сегодня в Казахстане протекает очередная фаза обострения конфликтной ситуации в связи с эксплуатацией месторождения Кашаган на Каспии с участием международного

консорциума под руководством оператора — компании Eni.

Хронология событий такова. Официальное уведомление об отсрочке начала промышленной добычи от международного консорциума было получено в конце июня. В результате сроки начала коммерческой добычи сдвинулись с 2008-го на конец 2010 г., стоимость начальной стадии проекта возросла с 10 до 19 млрд долларов, а общие зат-

раты увеличились с 57 до 136 млрд долларов. Правительство Республики Казахстан сообщило о том, что его эксперты оценят обоснованность корректировок

(и сроков, и стоимости), но никакой трагедии из этого оно призвало не делать.

В конце июля последовала официальная реакция на заявление инвестора, которую весь мир обсуждал уже примерно полгода. Реакция оказалась достаточно острой, а требования вышли за пределы требований о выплате очередной компенсации. Изменение сроков по Кашагану Правительство Республики Казахстан расценило как существенное изменение самого контракта. Начался торг.

Итальянцы сделали ответный ход — в конце 2006 г. они сообщили, что запасы нефти и объемы добычи на начальном этапе будут существенно выше прогнозируемых ранее: запасы, по уточненным данным, якобы составляют 13 млрд баррелей, а пиковая производительность составит к концу следующего десятилетия 1,5 млн баррелей в сутки и продержится на таком уровне более десяти лет. Появление такой информации повысило стоимость проекта, а следовательно, и той дополнительной доли, которую в конце концов получит Казахстан.

Затем по итогам переговоров Президента Республики Казахстан Нурсултана Назарбаева с итальянским премьер-министром Романо Проди были дипломатично высказаны замечания «оперативного характера» и отмечалось, что при правильном их обсуждении можно и дальше продолжать совместную работу. «Специалисты проводят свои переговоры, они работают, и, когда они подведут итоги, мы ознакомимся с этим результатами и выразим свое мнение», — отметил Проди в ходе переговоров. Н. Назарбаев заявил: «Речь не идет о пере-

Уже сегодня в России использование медиации возможно без принятия специального закона, поскольку в действующем законодательстве отсутствует запрет на ее применение.

смотре контракта, заключенного десять лет назад. Мы с группой компаний подписали соглашение о разделе продукции на крупнейшем из открытых в последние годы месторождении Кашаган на 40 лет, и никаких проблем, вопросов за эти десять лет не возникало».

На самом деле эти «оперативные замечания» означали коренной пересмотр соглашения, согласному которому разрабатывать Кашаганское нефтегазовое месторождение будут консорциум Agip КСО в составе Eni, Royal Dutch Shell, ExxonMobil и Total, которым принадлежит по 18,5 % акций, ConocoPhillips с 9,3 % и владеющие по 8,3 % японская Inpex и казахстанская государственная компания «КазМунайГаз». Руководство Казахстана потребовало сделать «КазМунайГаз» оператором проекта, пусть и не единственным, но вовсе не обязательно совместно с нынешним оператором — итальянской Eni, а также увеличить его долю в проекте с 8,33 % до уровня, сопоставимого с основными игроками, и, что самое главное, увеличить значительно казахстанскую долю в «прибыльной нефти» с 10 до (возможно) 40 %.

При этом нужно иметь в виду сложный внешнеполитический фон, на котором разворачивались отмеченные события: действия Венесуэлы, Боливии, а в определенной мере и России в отношении иностранных нефтегазовых компаний. И хотя в случае с Кашаганом речь шла именно о приобретении, т.е. о покупке доли в проекте, а не экспроприации, в печати появились сравнения Казахстана с Венесуэлой.

Предложение Eni об увеличении затрат на 100 млрд долларов и переносе первой добычи нефти на 2010 г., по мнению Правительства Республики Казахстан, означало, что республиканский бюджет потеряет большие деньги, которые уже были заложены в стратегических планах развития экономики и улучшения социального положения населения. Казахстанская сторона отметила и неоднократный перенос сроков начала промышленной добычи нефти, и почти трехкратный рост затрат по проекту, и экологический ущерб, оцененный в десятки миллиардов долларов. Правда, расчеты ущерба и их обоснование официально обнародованы не были. В конце лета 2007 г. казахстанские представители потребовали лишить Eni статуса оператора по проекту «Кашаган» в консорциуме Agip КСО и приостановили сроком на три месяца

работы на месторождении в связи с нарушением экологического, таможенного и налогового законодательства.

Agip КСО защищался от этих претензий, ссылаясь на то, что месторождения являются уникальными по сложности и необходимо проведение столь же уникальных природоохранных мероприятий, в то время как компания сталкивается с препятствиями, чинимыми чиновниками, а также необоснованными обвинениями в нарушениях какого-либо законодательства.

Инвесторы использовали и международное политическое давление. Так, еврокомиссар по энергетике Андреас Пиебалгс неоднократно выражал сомнения в правомерности требований Казахстана и призывал стороны договориться, однако позиция Астаны была неизменной. Eni была готова принять во внимание условия казахстанской стороны и продолжать долгосрочное и взаимовыгодное сотрудничество с Казахстаном.

В результате стороны вступили в переговорный процесс по коммерческим аспектам проблемы, предоставив специалистам, по словам Президента Республики Казахстан, возможность довести переговоры до конца, исходя из уверенности в том, что Eni понимает поставленные Казахстаном задачи и будет учитывать интересы Республики как условие продолжения работы. А чтобы у Eni не осталось никаких сомнений в том, какой выбор нужно сделать, глава государства уточнил, что в случае, если иностранные инвесторы будут нарушать условия заключенных контрактов, казахстанская сторона оставляет за собой право принять соответствующие меры в рамках внутреннего законодательства.

12 сентября 2007 г., в день начала переговоров с президентом Eni, был озвучен запрос Правительства Республики Казахстан о предоставлении информации относительно результатов деятельности участников консорциума и, кроме того, депутатам казахстанского парламента было предложено изучить опыт зарубежных стран в отношении недобросовестных компаний.

Депутаты, со своей стороны, попросили сообщить обо всех нарушениях, которые выявили контролирующие органы, и о тех мерах, которые намерено принять Правительство, чтобы не допустить нанесения вреда национальным интересам Республики Казахстан. Правительство, разумеет-

ся, учитывало опыт ближайшего соседа Казахстана — России в связи с конфликтом вокруг российского проекта «Сахалин-2». Примечателен был выбор «КазМунайГазом» в качестве своего консультанта той же юридической фирмы, которая работала с правительствами Боливии и Венесуэлы.

В связи с этим обращение к опыту зарубежных стран послужило лишь преамбулой к законодательным переменам.

В тот же день в нижней палате парламента Казахстана началась работа над пакетом поправок в Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании». При этом депутаты оттачивались от положений Закона Республики Казахстан «О национальной безопасности Республики Казахстан», а именно от требований ее обеспечения при заключении контрактов по использованию стратегических ресурсов.

В итоге в Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» было внесено изменение, наделяющее Правительство правом требовать от недропользователя изменений или дополнений условий контракта с целью восстановления экономических интересов Республики Казахстан. Применение указанной нормы на практике породит проблему прозрачности контрактов, заключенных ранее, ведь информация о взаимоотношениях Правительства Республики Казахстан с иностранными инвесторами не публиковалась. Действующие контракты до настоящего времени сохраняют свою конфиденциальность, поэтому остается только догадываться о том, как именно Правительство определяло интересы страны на момент заключения контракта.

Все вышеописанные события происходят на фоне демонстративного применения так называемого административного ресурса в виде уголовных расследований, предъявления инвесторам экологических требований на огромные суммы и т.д.

Изменения условий контракта, а также форма, в которой такие изменения происходят, очевидно, не только затрагивают интересы участников кон-

сорциума, но и неблагоприятно влияют на инвестиционный климат в стране, а также не могут не вызвать международный резонанс. Так, озабоченность ситуацией вокруг Кашагана уже высказали представители ЕС и Японии.

Хотя Премьер-министр Республики Казахстан и назвал нынешний спор с Agip КСО «частным случаем», на самом деле ни один из аналогичных проектов не оказал такого воздействия на казахстанское законодательство, как Кашаган (известный также как Северо-Каспийское СРП). Например, когда British Gas объявила о продаже своей до-

ли, обнаружилось, что соглашение обеспечивает преимущественное право приобретения этой доли участникам консорциума, но не Казахстану. Поэтому в Закон Республики Казахстан

Фактически и в Казахстане, и в России происходит юридическое оформление новой модели взаимодействия государства с иностранными инвесторами, модели, которая включает в себя новые условия контрактов, новое понимание интересов государства в крупных нефтегазовых проектах, новую ответственность сторон и, соответственно, новый режим урегулирования споров.

«О недрах и недропользовании» срочно были внесены необходимые изменения и дополнения, которые обеспечили такое преимущественное право государству.

Фактически и в Казахстане, и в России происходит юридическое оформление новой модели взаимодействия государства с иностранными инвесторами, модели, которая включает в себя новые условия контрактов, новое понимание интересов государства в крупных нефтегазовых проектах, новую ответственность сторон и, соответственно, новый режим урегулирования споров.

Тем не менее по итогам проведенных переговоров стороны нашли взаимоприемлемое решение и в конце декабря 2007 г. пришли к соглашению по всем основным проблемным вопросам. Комментировать детали и юридические аспекты такого компромисса, опираясь лишь на неофициальные публикации итогов переговоров, пока еще не представляется возможным, но результат налицо.

Естественно, что решение данных проблем в законе в интересах обеспечения национальной безопасности не может не сузить, причем весьма существенно, поле медиации. Однако это может и должно в какой-то мере уравновешиваться одним из важнейших преимуществ медиации перед судеб-

ным рассмотрением — обеспечением конфиденциальности переговорного процесса.

Мировая практика доказывает востребованность медиации именно применительно к полупрозрачным сделкам и отношениям, которые составляют большинство в развивающихся странах. Более того, даже сами тексты заключенных СРП (в Казахстане — полностью, в России — частично), как и другие нефтяные контракты начала 90-х годов, заключены с условием конфиденциальности. Ситуация подчас доходит до абсурда: когда подрядчикам и субподрядчикам для защиты своих прав в суде требуется использовать соглашение, они, даже будучи участниками отношений, весьма ограничены в возможностях обосновывать свою правовую позицию на основании положений соответствующего СРП. Поэтому для обеих сторон было бы предпочтительнее искать взаимовыгодный компромисс и иметь все необходимые условия для примирения, для того чтобы не потерять саму возможность продолжения реализации инвестиционных проектов.

* * *

Из приведенных примеров видно, что за медиацией в нефтегазовой сфере остается обширное поле деятельности. Тем не менее основными препятствиями к ее распространению в нефтегазовом секторе России и Казахстана в настоящее время являются:

- отсутствие у спорящих сторон информации о наличии такого метода разрешения споров;
- неуверенность в эффективности подобной процедуры;
- отсутствие традиций мирного урегулирования споров в противовес тотальной «нормотерии».

Как было показано выше, характерным для стран постсоветского пространства и одновременно главным фактором, затрудняющим развитие медиации, является участие государства в качестве стороны в правоотношениях по использованию природных ресурсов в целом и в энергетике в частности.

На практике регулярно приходится сталкиваться даже с такими фактами, когда государ-

ственные чиновники, признавая на словах правомерность требований оппонента, опасаются персональной ответственности за свое официально выраженное согласие на мирное внесудебное урегулирование спора или конфликта. При этом они сами же предлагали включать в соглашения положение о передаче дела на рассмотрение в суд, решения которого им было бы легче выполнить, поскольку в этом случае ответственность за принятое решение была бы принята судом или арбитражем.

Медиация может быть востребована в Казахстане и в России в самое ближайшее время. К такому выводу приводит анализ политической и экономической ситуации в названных государствах. В самое ближайшее время правительства Казахстана и России могут столкнуться с острой проблемой поиска альтернативных путей урегулирования хозяйственных споров ради эффективной и стабильной реализации многомиллиардных инвестиционных проектов, а это подтолкнет их к поиску квалифицированных посредников.

Спросу на медиацию способствуют:

- рост числа конфликтов между крупными иностранными компаниями и государственными органами Казахстана и России, которые подчас приобретают характер межгосударственных разногласий и, как следствие, требуют иных средств их урегулирования;
- амбиции развивающихся государств и их возрастающая роль в мировой политике и экономике, желание участвовать на равных в международных организациях, способствующие стремлению к поиску взаимоприемлемых договоренностей;
- в условиях растущего недоверия к решениям национальных судов, которое способствует росту числа обращений в суды зарубежных государств и международный арбитраж, возможность урегулировать возникающие проблемы в принимающих странах;
- необходимость исполнения решений иностранных судов в случае возможных арестов и конфискации собственности Казахстана и России за рубежом. □