ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

Верещак Светлана Борисовна
канд. юрид. наук, заведующая кафедрой финансового права
Иванова Ольга Андреевна
канд. юрид. наук, доцент кафедры публичного права

ФГБОУ ВПО «ЧГУ им. И.Н. Ульянова»
г. Чебоксары, Чувашская Республика

ОТ ФИНАНСОВОГО ОМБУДСМЕНА К МЕДИАТОРУ: ПОИСК ЭФФЕКТИВНЫХ ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР НА РЫНКЕ ФИНАНСОВЫХ УСЛУГ

Аннотация*: в статье рассматриваются актуальные вопросы использования примирительных процедур для разрешения финансовых споров в банковской сфере, проведен сравнительно–правовой анализ институтов медиации и финансового омбудсмена.*

Ключевые слова*: медиация, медиатор, медиативный процесс, банковский (финансовый) омбудсмен, финансовый спор, кредитные организации.*

Активная популяризация медиативных процедур, выдвигавшихся в ряд ключевых факторов развития судебной системы в недавнем прошлом [6] и не утративших актуальности по сей день, постепенно рассеивает атмосферу недоверия и сомнений, преследовавших медиацию на первых порах её распространения.

По информации Президиума Верховного Суда Российской Федерации организационные основы медиации были заложены ещё в 2011 году: практически повсеместно учреждены коллегии посредников (медиаторов) при региональных торгово–промышленных палатах, образованы ассоциации медиаторов, в ряде муниципальных образований созданы муниципальные службы примирения с

участием посредников [5]. Попыткам осмыслить правовые явления, порожденные распространением медиации, уделено, пожалуй, целое течение научно–практической литературы.

По прошествии нескольких лет со дня принятия Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 193–ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее – Закон о медиации, Закон) [7] деловой мир настолько свыкся с последствиями его исполнения, что уже не может помыслить над решением своих проблем иных, кроме медиатора, примирителей или посредников. Вместе с тем, ограничение форм посредничества одной медиацией не находит оправдания в общественной практике, а опыт банковского сообщества говорит прямо против него.

Обращаясь к общественной практике примирения сторон с участием посредника, В.А. Хохлов замечает, что медиация в широком смысле – «это урегулирование конфликта с помощью нейтрального посредника (официального или неофициального), применяемое в различных сферах общественной жизни. Следовательно, всякая медиация есть урегулирование спора самими сторонами без обращения в суд; медиация, проводимая по правилам Закона о медиации, – лишь частный случай медиации. В нем реализована только одна из моделей медиации, в действительности их существует множество; специалисты насчитывают до 20 видов медиации» [8].

Размышляя над альтернативами судебному порядку выхода из конфликта, Н.Н. Леннуар причисляет к ним посредничество, медиацию, предварительную оценку перспектив конфликта нейтральной стороной, примирение и переговоры [2].

Анализируя зарубежный опыт посредничества, Рожкова выделяет два типа примирителей: mediator – профессиональный, хотя подчас и не имеющий юридического образования примиритель, оказывающий услуги за гонорар и conciliator – примиритель по случаю. В отличие от медиатора, непрофессиональный примиритель не вправе предлагать сторонам варианты выхода из конфликта, ограничивается увещеванием спорящих и организацией переговоров [1].

Обзор зарубежной практики приводит автора к выводу о том, что «круг лиц, которые вправе осуществлять примирение, весьма широк: это могут быть специалисты в технической сфере, юристы, психологи, экономисты, руководители компаний, частные лица и др.» [1]. Возвращаясь к отечественной правовой действительности, автор замечает: «сегодня в России все большее распространение получают организации, специально создаваемые для оказания услуг в сфере проведения примирительных процедур: центры примирительных процедур, центры медиации, центры развития переговорных процессов, коллегии посредников и др. В этих организациях разрабатываются согласительные регламенты или методики проведения примирительных процедур, составляются списки примирителей, нередко ведутся специализированные курсы, семинары или тренинги по обучению примирителей (с выдачей свидетельств или сертификатов)» [1]. Напомним, что труд коллектива авторов под общей редакцией Рожковой М.А. увидел свет в 2008 году, задолго до принятия Закона о медиации.

Таким образом, нет никаких оснований считать, что медиация в состоянии, определённом Законом о ней, является единственно дозволенной в России формой примирения спорящих сторон.

Незадолго до принятия Закона о медиации, в июне 2010 года Ассоциация юристов России совместно с Ассоциацией российских банков, Ассоциацией региональных банков «Россия», Международной конфедерацией обществ потребителей предложила весьма интересный с точки зрения эффективности институт примирения – бюро банковского (финансового) омбудсмена [4]. Судя по всему, сущность данного института увязана с европейскими традициями цехового контроля, склонявшего отдельных членов гильдии или цеха перед решениями их глав. Неудивительно, что широкое распространение данный институт получил именно там, где цеховые традиции получили некогда мощнейшее развитие – в Германии. Омбудсмены при Союзе немецких банков (VdB) появились ещё в 1992 году и успешно примиряют спорящих по сей день.

Принцип действия института схож с медиативным процессом лишь в нескольких несущественных чертах. Как и в медиации по Российскому праву,

участниками примирения являются стороны и третье, не участвующее в спорных отношениях лицо. На этом сходство заканчивается, и начинаются принципиальные различия. Медиация состоит в достижении между сторонами соглашения, контроль омбудсмена – в рассмотрении обоснованности жалобы, по итогам которого лицу, на которое подана эта жалоба, от имени профессионального сообщества или корпорации спускается обязательная для исполнения резолюция.

Если медиация представляет собой договорной процесс, переговоры и поиск взаимоприемлемого решения, то деятельность банковского омбудсмена – процесс по жалобе потерпевшего.

В отношениях с лицом, на которое подаётся жалоба, омбудсмен представляет профессиональное сообщество. Будучи органом целого сообщества, омбудсмен независим от его отдельных членов; омбудсмен заинтересован в оперативном устранении локальных проблем до того, как они распространятся на всю корпорацию; омбудсмен наделён богатым опытом выхода из конфликтов в различных отраслях корпорации, чтобы сгладить данный конфликт; омбудсмен располагает ресурсами, скопленными в различных отраслях корпорации и может стянуть их к решению данного конфликта; омбудсмен заинтересован в сохранении доверия к корпорации в целом и не станет жертвовать ими в угоду интересам отдельного банка. Не увлекаясь предположениями, мы всё же позволим себе допустить, что бюро финансового (банковского) омбудсмена, работающее по системе «жалоба – резолюция», вполне могло отыскать нишу в жизни российского общества, хранящего в своих недрах богатейший опыт общения с подобными системами.

Но в июле 2010 года в центре внимания появляется Закон о медиации и интерес к альтернативным способам урегулирования споров оттекает в сторону привлекательного новшества – к медиации. От идеи примирения через омбудсмена банки, конечно, не отказались, но практическое её воплощение сообразовали с Законом о медиации. 20 сентября 2010 г. Советом Ассоциации российских банков (АРБ) были утверждены «Положение об общественном прими-

рителе на финансовом рынке (финансовом омбудсмене)» и «Регламент общественного примирителя на финансовом рынке (финансового омбудсмена)» (далее – Положение, Регламент) [3]. К компетенции омбудсмена, согласно пункту 3.1 Положения, отнесены производства двух видов: разрешение споров между финансовыми организациями и клиентами по заявлениям последних; рассмотрение жалоб клиентов на работу финансовых организаций. Хотя пункт 1.1 Положения закрепляет за омбудсменом статус «общественного органа разбирательства споров», а сам порядок разбирательства во всех процессуальных деталях удивительно схож с судебным, к системе судов омбудсмен всё же не отнесён. Согласно Регламенту общественного примирителя на финансовом рынке (финансового омбудсмена) процесс разбирательства включает следующие стадии: принятие заявления, подготовка дела к разбирательству, рассмотрение спора, завершение разбирательства; в ходе разбирательства производится оценка доказательств, вызываются и допрашиваются свидетели, назначается экспертиза; стороны обмениваются мнениями (заявление – письменный отзыв). По нашему мнению, омбудсмен является медиатором, в статусе которого учтен Закон о медиации и опередивший его всего на месяц проект Ассоциации юристов. Это и есть та непредусмотренная Законом модель медиации, которую имел в виду цитируемый выше В.А. Хохлов. В поддержку мнения цитируемого автора говорит сличение процессов, которыми владеют медиатор и омбудсмен.

Согласно пункту 3.1 Регламента рассмотрение спора производится омбудсменом по заявлениям обеих сторон, которые в пункте 3.2 Регламента именуются уже не просто заявлениями, а соглашением о передаче спора на рассмотрение Финансовому омбудсмену. Что это, как не соглашение спорящих о применении медиации, предусмотренное Законом о медиации? Далее: согласно пункту 3.81 Регламента рассмотрение спора завершается заключением между сторонами примирительного соглашения. Данное соглашение в силу пункта 41.2 Регламента является гражданско–правовой сделкой (отступного, новации, прощения долга, зачёта, возмещения вреда), которая по прямому указанию пункта 40.4 может быть вынесена на утверждение судов в качестве мирового соглашения. Что

такое это примирительное соглашение, как не медиативное соглашение, представляющее собой по определению Закона о медиации гражданско–правовую сделку отступного, новации, прощения долга, зачёта, возмещения вреда, которая также может быть вынесена на утверждение судов в качестве мирового соглашения? Разбирая компетенцию омбудсмена глубже, мы находим в ней полномочие рассматривать жалобы на работу финансовых организаций (пункт 3.1 Положения), а также нехарактерное для медиации полномочие выносить постановления, разрешающие спор по существу (пункт 38.1 Регламента). Впрочем, вышеуказанные постановления совершенно не обеспечены возможностью их принудительного исполнения (пункт 42.4 Регламента), что проводит разделительную черту между постановлениями омбудсмена и решениями третейских судов, а также рассеивает последние сомнения в том, является ли омбудсмен третейским судьей по финансовым спорам.

Омбудсмен, принимающий жалобы и выносящий по ним постановления, уже не медиатор предусмотренной Законом о медиации модели, но в то же время и не третейский судья. По нашему мнению, в этой «особости» омбудсмена ожил проект Ассоциации юристов, предложенный банковскому сообществу ещё в июне 2010 года и описанный нами выше. Финансовый омбудсмен Ассоциации российских банков – это и банковский омбудсмен, рассматривающий жалобы клиентов по немецкому образцу, и примиряющий стороны медиатор. Перед нами пример живучести проекта, который не замер перед Законом о медиации, а впитал заложенные в Закон идеи и благополучно продолжил развитие.

Прежде чем перейти к критической оценке вышеописанных новелл, остановимся на практической пользе, которую представляет медиация для её сторон. В процессе примирения с участием посредника клиент получает возможность быстро и без опасения утратить расположение к себе (необходимое, к примеру, при получении новых кредитов в том же банке в будущем) уладить назревший конфликт. Второе преимущество кроется в низких затратах на ведение дела. Согласно Закону о медиации примирение спорящих осуществляется медиатором

как правило за вознаграждение. К слову сказать, любая тяжба стоит денег. Однако Финансовый омбудсмен берётся за рассмотрение дел во всех случаях безвозмездно (пункт 9.1 Регламента). Преимущества медиации для банков менее очевидны. Логично допустить, что в альтернативных процедурах урегулирования споров банки начнут изыскивать послабления, которых лишены в государственных. Обязан ли всплеск интереса к альтернативам процедурам, приходящийся на период с 2010–го по 2012 год, – на период революционного переворота в практике защиты прав потребителей на рынке финансовых услуг, – обычному совпадению? Как нам представляется, связь между интересом банков к альтернативным процедурам и практикой государственных судов, безусловно, усматривается, налицо и попытки обойти правосудие путём создания, к примеру, «карманных» третейских судов, но всеобъемлющих объяснений популярности альтернативных процедур эти наблюдения всё же не дают. Сложно представить себе медиативное или примирительное соглашение, которое лишало бы потребителя защиты, предоставленной ему законом, и в то же время исполнялась бы им добровольно. Равным образом немыслимо третейское решение, очевидно ограничивающее заёмщика в его правах, и в то же время, поддержанное государственным судом при выдаче исполнительного листа. Совершенно очевидно, что микроскопические шансы, с которыми могут быть реализованы столь неестественные сценарии, поддерживать многолетний интерес к альтернативным процедурам не в состоянии. На наш взгляд, тяготение банков к альтернативным процедурам объясняется не сопротивлением закону и не попытками обойти его в ущерб заёмщику или потребителю, а сопротивлением громоздкой и весьма неудобной системе управления рисками, которая препятствует принятию нетипичных, нестандартных, частных решений по ведению бизнеса. Обратимся к простейшему примеру, иллюстрирующему сказанное, – к возврату комиссии за выдачу кредита. В практическом обороте уже не ставится под сомнение обязанность банка такую комиссию вернуть. Но раз комиссия уплачена и учтена на счётах по учёту доходов, о которых банк чего доброго успел отчитаться перед акционерами или участниками, возврат платежа просто так, без чьего–либо постороннего решения

будет по меньшей мере необъясним. Медиатор, финансовый омбудсмен или третейский судья играют роль внешнего фактора или посторонней силы, только под воздействием которой банк и вправе вернуть уже обращённый в доходы платёж (для чего изменить записи по счетам бухгалтерского учёта, для чего, повторяемся, необходимо документальное основание, внешняя причина, – кто так решил). Если прибавить к этой роли медиаторов, омбудсмена и прочих посредников дешевизну их услуг, популярность альтернативных процедур становится вполне объяснимой. Банки получают возможность удовлетворить справедливое требование потребителя добровольно (без государственного суда, что снимает с повестки дня вопрос о штрафе за неисполнение требований потребителя в добровольном порядке), но в то же время и «как бы по решению», с получением на руки оправдательного официального документа о том, кому и сколько платить, что, повторяемся, для кредитной организации второй по важности вопрос. Как по заказу, Финансовый омбудсмен Ассоциации российских банков облекает свои решения по жалобам в форму постановлений, что существенно упрощает выплаты на их основании; затраты же на альтернативную процедуру не идут в сравнение с тем грандиозным присуждением, которое ждёт кредитную организацию в государственном суде: к комиссии, которая будет взыскана непременно, добавятся неустойка, проценты за пользование чужими денежными средствами, штраф за несоблюдение требований потребителя в добровольном порядке, компенсация судебных расходов потребителя, государственная пошлина.

Что же до споров о возврате задолженности за кредит, то посредничество может оказаться полезным и в этом, казалось бы, не знающем компромиссов случае. Даже в столь прямолинейном конфликте, как возврат долга всё же возникают пустоты, открывающие пространство для маневрирования. Речь идёт о возврате безнадёжных к взысканию долгов, образовавшихся в связи со стечением тяжёлых для заёмщика обстоятельств (болезнь, утрата заработка, гибель имущества и тому подобные бедствия). Как правило, банки избавляются от бесперспективных активов путём уступки прав кредитора третьему лицу по договору цес-

сии. В связи с низким качеством актива продаются эти права как правило за бесценок. В редких случаях от столь поспешного избавления от активов удерживает закономерный, в общем–то, вопрос: а не готов ли заёмщик предложить больше, чем цессионарий? Альтернативой цессии с неразумно высоким дисконтом могло бы стать отступное должника (возврат не всей, а хотя бы части долга со списанием оставшейся части). Примирительное или медиативное соглашение, утверждённое медиатором или омбудсменом путём вынесения постановления, могло бы послужить подходящим оформлением соглашению с банком об отступном.

Как ни странно, ни проект Ассоциации юристов, ни новеллы Ассоциации российских банков не предусматривают альтернативных процедур урегулирования задолженности по кредитным обязательствам, хотя характеристики примирительного соглашения как гражданско–правовой сделки новации или отступного вполне позволяют служить этой цели. Институт финансового омбудсмена смоделирован словно бы для того только, чтобы разбирать жалобы клиентов; при всём многообразии врученных омбудсмену инструментов ни один из них не приводится в действие по заявлениям банков. Вероятно, авторы проекта выстраивали модель примирения с оглядкой на принцип беспристрастности, ограничивающий создание третейских судов теми, кто в них намерен судиться. Однако, как доказывалось выше, финансовый омбудсмен не является третейским судьёй, а его бюро – судом, в связи с чем препятствий для возбуждения дел по заявлениям кредитных организаций на наш взгляд не имеется.

Вне всякого сомнения, поиск всесторонне приёмлемой примирительной процедуры по урегулированию споров, возникающих на рынке финансовых услуг, ещё не окончен, но надёжная опора его продолжению уже заложена.

Список литературы

1. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения /Под общ. ред. М.А. Рожковой. – М.: Статут, 2008.

2. Леннуар Н.Н. Альтернативное разрешение споров: переговоры и медиация: учеб.–метод. пособие. – СПб.: Изд–во Санкт–Петербургского института права имени принца П.Г. Ольденбургского, 2004. – С. 9 – 14.

3. Положение об общественном примирителе на финансовом рынке (финансовом омбудсмене). Регламент общественного примирителя на финансовом рынке (финансового омбудсмена) //Вестник Ассоциации российских банков. – 2010. – №18. – сентябрь.

4. Сергеев В.В. О заседании Комиссии по законодательству в сфере деятельности кредитных организаций и финансовых рынков Ассоциации юристов России //Банковское право. – 2010. – №4.

5. Справка о практике применения Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» //Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. –2012. – №8.

6. Федеральная целевая программа «Развитие судебной системы России на 2007 – 2012 годы» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – №41. – Ст. 4248.

7. Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193–ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. – №31. – Ст. 4162.

8. Хохлов В.А. Правовая квалификация отношений медиации //Законы России: опыт, анализ, практика. – 2011. – №5.