

Dwight Golann

Mediation Advocacy

The Role of Lawyers in Mediation

Edited by



Превод от Севдалина Александрова Sevdalina
Aleksandrova

A project funded by the European Union



Как да се възползвате от процедурата по медиация: Ролята на адвоката¹

Въведение

Тази книга е предназначена за адвокати, които представляват страни в медиация. Тя обяснява как адвокатите могат да използват структурата на процедурата и специалните правомощия на медиаторите, за да постигнат своите цели в договарянето.

Адвокатите традиционно са гледали на медиацията като на метод, който улеснява състезателните преговори. От тази гледна точка, основната роля на медиатора е да предава предложенията, направени от едната страна на другата, и обратно, и да предпазва всяка от страните от влиянието на твърдите тактики на другата страна — комбинация между “телефон” и “боксова ръкавица.” Когато този процес на договаряне достигне задънена улица, от медиатора се очаква да даде на всяка страна „доза реализъм” под формата на мнение относно правните ѝ аргументи, и евентуално да предложи условия за споразумение. Много адвокати все още поддържат този подход, но той не използва в пълна степен възможностите на медиатора да подпомогне постигането на споразумение.

Медиаторите притежават сила. Те не могат да принудят страните да се споразумеят, но могат да влияят върху процеса на договаряне. Разумните адвокати се възползват от това. Както един медиатор отбеляза по повод на един съдебен адвокат, с нотка на възхищение в гласа: “Той ме местеше като шахматна фигура!” Наистина добрите медиатори са като коня в шахмата – имат много възможности и адвокатите могат да ги използват в помощ на стратегиите си в преговорите.

Медиаторите могат да увеличат възможностите на един адвокат да преговаря по много начини. Например, медиаторът може да подобрява комуникацията между страните като пренася съобщения или обяснява какво означава дадено предложение (“Кажете им, че сме съгласни за €25,000, но сме готови да говорим сериозно след като те се откажат от иска си за пропуснати ползи.”) Медиаторите могат също да предоставят информация за нагласата на другата страна (“Ищецът успокои ли се малко след срещата ни тази сутрин?”) и може да организира неформални обсъждания (“Мисля, че може да е полезно да направим отделно обсъждане между двамата финансови директори.”)

Адвокатите могат да използват медиацията, за да подпомогнат преговорните си стратегии, както когато са състезателни, така и когато са от сътруднически тип. По този начин например, един адвокат може да направи извънредно предложение още при откриването в медиацията, с по-малък риск, отколкото, ако би използвал същата тактика в директни преговори, тъй като може да разчита на медиатора да смекчи въздействието на тази тактика (“да помогне на другата страна да се съвземе от шока”). Адвокатите

могат да използват медиацията и за да подпомагат творческия подход, напр. като настояват на паричната си претенция, докато в отделната среща молят медиатора да проучи дали другата страна е отворена към възстановяване на бизнес отношенията.

По този начин, в края на процедурата е много вероятно адвокатът да установи, че участва в тристранни преговори и договаря не само с другата страна, но и с медиатора. Адвокатите могат да преговарят например за това дали медиаторът да използва дадена техника (“Преди да изложите своето виждане относно отговорността, бих оценил ако насърчите всяка страна да направи друга оферта”) или може да поиска медиаторът да използва дадена тактика (“Защо не предложите и на двете страни да ...?”). Адвокатите не могат да очакват медиаторът да взема страна в спора, но ако дадена тактика е неутрална, медиаторът може лесно да последва предложението на адвоката да я използва.

Най-важният извод е да не подхождате пасивно в процедурата, а вместо това да използвате медиацията по активен начин, за да помогнете за осъществяването на интересите на клиента си в нея. Въз основа на опита на автора като медиатор с адвокати от Европа, Азия и Северна Америка, тази книга предлага конкретни идеи за това как един адвокат може да „ползва“ правомощията на медиатора, за постигне оптимални резултати в медиацията.

1.Базови решения

а. Дали да участвате в медиация?

Първият въпрос е дали изобщо да използвате медиация за разрешаването на случая. Бихте могли да препоръчате медиация на клиент, ако са изпълнени следните условия:

- Има основания да се смята, че клиентът може да получи по-изгоден резултат чрез преговори, отколкото чрез съдебен процес, като се имат предвид риска и загубите от продължаването на конфликта,
- За страните е трудно или невъзможно да преговарят директно, и
- Изглежда вероятно медиацията да може да помогне на страните да преодолеят пречките при договарянето.
- Възможни бариери пред споразумението могат да бъдат:
- Процедурни въпроси, като отсъствието на основното лице с правомощия за вземане на решение, или използването на твърда преговорна тактика от някоя от преговарящите страни.
- Силни емоции, които изкривяват преценката на един или повече от преговарящите.
- Липса на информация, която пречи на страните да оценят точно правната страна на случая им.
- Причини да не се провежда медиация. В някои ситуации може да

не е подходящо провеждането на медиация. Например, когато някоя от страните:

- Се нуждае от съдебно решение, за да го използва като стандарт за решаването на други иски.
- Страх, че споразумението ще стимулира последващи иски "по подражание".
- Иска съдебен акт, за да контролира поведението на насрещната страна.
- Иска да използва съдебния процес, за да събере информация.
- Медиацията може да се окаже неефективна и, ако:
- Лице с ключова роля за решаването на спорните въпроси откаже да участва в процедурата.
- Една от страните извлича ползи от съществуването на противопоставянето, напр. за да нанесе конкурентен удар на противника си (такава тактика може обаче да е неетична).
- Една от страните не е в състояние да взема решения ефективно, защото е с увредена психика.

б. Ако да, кога?

Когато допуснем, че медиацията е подходяща, как да преценим точния момент за започване на процедурата? Възможно е да няма вариант за избор, защото клиентът ви е задължен да проведе медиация въз основа на договор или съдебен акт. Ако имате избор, обаче, отговорът на въпроса кога да започнете медиация зависи от целите ви. Ако основната ви цел е да разрешите проблема или да възстановите отношенията на страните, обикновено е най-добре да започнете медиация бързо. Ако това не стане, позициите на страните вероятно ще се втвърдят и някоя от страните може да замести отношението с ново, което би направило възстановяването много по-трудно.

Ако обаче приоритетът на клиента ви е да получи най-добрия възможен финансов резултат, то въпросът за избора на точен момент за започване на медиация е по-сложен. С отлагането на започването на медиация, адвокатът може да подсили позицията на клиента си в преговорите, напр. като спечели решение в съда. Но воденето на съдебен процес е скъпо и насрещната страна може да предприеме същата стратегия, което ще увеличи разходите и за двете страни и ще направи споразумението още по-трудно.

Страните по спора обичайно започват медиация в определени моменти, често, когато са изправени пред увеличение на разходите, или пред сериозен риск от загуба. Естествени моменти, в които може да бъде обсъдено доброволно разрешаване на спора, са преди предявяването на иск пред съда, след извършване на първоначалните процесуални действия, и непосредствено преди произнасянето на съдебно решение.

- Преди предявяването на иск пред съда. Страните могат да решат

да проведат медиация преди да започнат съдебен процес. Като избира този вариант, всяка страна приема балансиран компромис: Има по-малко информация, но избягва разходите и пораженията от съдебния процес. В последните години се увеличава броят на страните, които са готови да проведат медиация именно преди внасянето на иск пред съда.

- След извършване на първоначалните процесуални действия. Друг вариант е да се предяви съдебния иск и да се предприемат първоначалните действия, необходими за защитата на позицията на страната, да се събере информация и да се поставят въпросите за решаване. След като направят това обаче, страните могат да се насочат към медиация. Като правят това, те следват “Правилото 80-20”: 80 % от информацията, която има отношение към случая, обикновено бива получена в първите 20% от времето и с първите 20% от парите, които страните изразходват по случая. Като се има предвид този факт, адвокатите могат да решат да предприемат първоначални действия, за да определят силните страни на тезата си, и след това да започнат медиация, за да видят, дали може да бъде разрешен по този начин.

- Непосредствено преди произнасянето на ключово съдебно решение. Адвокатите традиционно изчакват до процеса или някой важен момент от него, за да започнат да обсъждат евентуална възможност за споразумение. Те действат по този начин, защото съдебните прения изискват от адвокатите интензивна подготовка и налагат големи разходи, както за адвокатите, така и за клиентите. Съдебните прения представляват и основното събитие, което определя кой губи и кой печели, като създават сериозен риск и за двете страни. Накрая, периодът непосредствено преди съдебните прения често се смята за “точното” време да се обсъди евентуално споразумение, без да това да показва слабост.

2. Започване на процедурата

а. Убеждаване на клиентите или опонентите да се проведе медиация

Най-голямата пречка пред започването на медиация вероятно е притеснението на много страни и адвокати, че техният противник ще изтълкува израза на интерес от споразумение като знак, че страната не вярва в правните си аргументи. Има начини обаче това притеснение да се избегне или намали.

- Посочете, че обсъжданията по разрешаване на спора са неизбежни. Можете да отбележите, че искате да водите съдебен процес — в крайна сметка това е професията ви. Но тъй като малко дела достигат до етапа на съдебни прения, има голяма вероятност страните да обсъдят евентуално споразумение в даден момент. Защо да не обсъдите тази възможност сега и да си спестите

разходите и забавянето?

- Позовете се на обичайна практика. Дадено дружество или правна кантора може да е възприело практика по проучване на възможностите за споразумение на ранен етап във всеки спор. Като се позовават на тази практика, адвокатите могат да избегнат допускането, че предлагат медиация само, защото правната им позиция е слаба.
- Помолете организация, която предоставя услуги по медиация да поеме инициативата. Друга възможност е да помолите медиатор или организация, която предоставя услуги по медиация, да предложи медиация на насрещната страна. Вашият опонент вероятно ще знае, че вие сте иницирали това да бъде потърсен от медиатора или медиаторската организация, но използването на трета страна ви позволява да избегнете необходимостта сами да „продавате“ процедурата по медиация.
- Позовете се на правило. Някои съдилища изискват адвокатите да са водили преговори или медиация преди да предявят иск или да започнат съдебното производство по същество. Ако това е така, адвокатът може да предложи страните да договорят своя процедура, вместо да бъдат поставени в ситуацията да участват в съдебна програма с твърди правила. Дори, ако съдът няма такова изискване, адвокатът може неофициално да помоли съдебен служител да предложи медиация на страните.

Тези предложения се основават на допускането, че основното предизвикателство е да бъде убедена насрещната страна да участва в медиация. Често обаче, бариерата пред медиацията може да е свързана и с клиента на адвоката. По думите на един съдебен адвокат:

Няма твърди и бързи правила за това кога е настъпил най-подходящият момент за медиация, но един факт е безспорен. Преди да започнете, дайте си сметка, че първата пречка пред започването на диалога на ранен етап може да бъде и собствения ви клиент, особено, ако не сте го представлявали и преди. Ако го насочите към разговори за споразумение твърде рано, той може да се зачуди дали не ви липсва увереност в собствените ви умения, или в правните аргументи по случая. От друга страна, ако не споменете възможността за споразумение на по-находчив и запознат с правата си клиент, той може да се зачуди дали не търсите възможност да „извлечете изгода“ от случай, който вероятно няма да може да издържи пред съд. Започнете да убеждавате насрещната страна само, ако сте постигнали съгласие със собствения ви клиент. (Stern 1998)

б. Изготвяне на действително споразумение за провеждане на медиация

Има два основни случая, в които един адвокат трябва да се занимава с

договори, свързани с процедурата по медиация:

- Съществува спор и страните са се съгласили да използват медиация, но имат нужда да решат как ще бъде провеждана процедурата.
- Между страните няма съществуващ спор, но желаят да се договорят да използват медиация при евентуално противоречие между тях, което би могло да възникне в бъдеще.

(1) Споразумения за провеждане на медиация по съществуващ спор

Ако страните са се съгласили да използват медиация за разрешаването на съществуващ спор, те могат да се възползват на практика от това като сключат споразумение, което обхваща следните въпроси:

- Какви правила за поверителност ще се прилагат в процедурата?
- Може ли изявление или документ, използван в медиацията, да бъде използван в последващо съдебно производство?
- Може ли информация, предоставена в медиацията, да бъде разкрита на което и да е трето лице, което не е участвало в процедурата?
- Кой ще поеме разходите за медиацията?
- Как може една страна да прекрати участието си в процедурата?
- Какви правила ще се прилагат в медиацията? Например, ще може ли медиаторът да предлага своето мнение относно правните основания по случая, без съгласието на страните?
- Докато се провежда медиацията, ще бъде ли спряно съдебното производство, и ще спре ли да тече давност за възможните иски?

Повечето организации, които предоставят услуги по медиация, имат стандартни формуляри, които уреждат тези въпроси, и адвокатите обикновено ги подписват без да внасят промени. Пример за такъв формуляр на споразумение за провеждане на медиация има в Приложението.

Най-често срещаната област на разногласия относно условията на медиацията е как ще се поделят разходите за процедурата. Ако например ищецът съди три взаимосвързани дружества, представлявани от една правна кантора, следва ли ищецът да поеме половината от разходите и ответникът – другата половина, или ответниците следва да платят три четвърти от разходите? Медиаторите обикновено се въздържат от намеса в такива спорове, но могат да помогнат при обсъждането за разпределянето на разходите, ако не се спори по общия размер на разходите — което ще означава, че те нямат личен интерес от изхода от спора за разходите.

(2) Споразумения за провеждане на медиация по бъдещи спорове

Когато страните сключват договори помежду си, могат да включват разпоредба, с която се ангажират да проведат медиация по бъдещ спор в отношенията им. Търговци, които сключват договори с партньори от друга държава, например, могат да се сблъскат с неочаквани промени и би било от полза за тях да имат подходящ механизъм за разрешаване на такива проблеми бързо и приятелски. Примери за клауза за медиация и „многостепенна“ клауза, която призовава за преговори, последвани от медиация и арбитраж, са посочени в Приложението.

След като възникне спор, някоя от страните по такъв договор може да изрази желание за медиация, а другата да не желае да участва. Страната, която иска медиация, може да реши да не търси изпълнение на задължението за медиация, като си дава сметка, че няма смисъл да се принуждава някого да участва в процедурата против волята му. Съществува вариант и страна, която не желае да участва в медиация да прецени, че е по-лесно да вземе участие в процедура по медиация, отколкото да води спор дали да се провежда такава.

Ако обаче една от страните иска медиация, а другата отказва, може да бъде поискано от съда да постанови принудително изпълнение на това задължение. В началото съдилищата отказваха да постановяват принудително изпълнение на клаузи за медиация, като се позоваваха на това, че би било невъзможно или много трудно да се определи дали една страна е участвала в медиация добросъвестно. Понастоящем обаче съдилищата имат по-голяма готовност да постановяват принудително изпълнение на такива задължения, поне в случаите, когато едната страна изцяло е отказала да участва в процедура по медиация. Съдът може да налага някои от следните санкции:

- Ако ищецът не проведе медиация, съдът може да прекрати или спре съдебното производство, докато ищецът не изпълни задължението си.
- Ако ответника не се яви на сесия по медиация, съдът може да изиска от него да плати разходите за медиацията и евентуално адвокатския хонорар на адвоката на другата страна.
- Ако една страна откаже медиация, и впоследствие спечели в съда, съдът може да ѝ откаже присъждането на разходи или адвокатски хонорари, които в друг случай би ѝ присъдил.
- За да подлежи на принудително изпълнение, споразумението за провеждане на медиация трябва да бъде точно и ясно. За да се осигури това е препоръчително:
 - Да се използва прост език и да се посочат ясни срокове,
 - Да се избягват неясноти: в частност, ангажиментът за провеждане на медиация да бъде отделен от всякакви задължения за арбитраж,
 - Да се опише по-специално какви обезщетения или неустойки може да получи една страна, ако другата наруши споразумението, и

- Да се предвиди процедура по медиация, която би била честна с оглед на естеството на сделката, за която се иска медиация. (Katz 2008)

в. Справяне със задължения, породени от закон или съдебен акт

Клиентът ви може да е задължен да участва в медиация от закон, съдебен правилник или съдебно разпореждане. Ако това е така, обмислете следните точки:

- Ще участвате ли в избора на неутрално лице? Някои програми определят специално лице, докато други изискват страните да изберат медиатора от списък с възможни медиатори.
- Кой трябва да участва? Някои програми изискват страните да изпращат представители с “пълни представителна власт за сключване на спогодба” което може да създаде проблеми за големи организации с дела, висящи в няколко съдебни системи.
- Ще ви бъде ли позволено да представите предварително на медиатора становище по вашия случай или документи?
- Ще се изисква ли от вас да платите за процедурата? Ако е така, колко?
- Ще се изисква ли от вас да проведете медиация по определен начин или в определен срок?
- Становищата и документите, използвани в медиацията, ще бъдат ли поверителни и недопустими в последващи съдебни производства?
- Ако не сте доволни от съдебната програма, обмислете дали можете да промените процедурата, със споразумение с другата страна или чрез искане до съда. Ако изобщо не искате да участвате в съдебна медиация, попитайте:
 - Възможно ли е да откажете да участвате, или да подадете искане за освобождаване от програмата?
 - Какъв е минимумът от действия, които трябва да направите, за да спазите правилата на програмата?
 - Какви са възможните санкции за неспазване на правилата?

3. Подготовка на процедурата

а. Изберете медиатор

(1) Определете най-подходящият медиатор

Най-важният въпрос при подготовката на медиацията, наред с осигуряването на присъствието на точните представители на страните, е изборът на подходящ медиатор. В много градове има списъци с потенциални медиатори с разнообразен опит, квалификация и практика в различни области на медиацията. Вие бихте искали да намерите човек,

чиито качества най-добре отговарят на нуждите на вашия случай.

Започнете с обмисляне на пречките, които възпрепятстват страните да проведат ефективни преговори. Ако например проблемът е, че опонентът ви (или собствения ви клиент) е много твърд и рязък, то бихте искали медиатор, който е строг в направляването на процедурата. Ако основната пречка пред споразумението е, че опонентът ви е направил погрешна преценка на силата на правните си аргументи по случая, то бивш съдия би бил най-подходящият избор. Ако дадена страна има желание да разреши спора със споразумение, но има нужда да оправдае по някакъв начин труден компромис, то някой с добра репутация, който може да потвърди това решение, може да се окаже най-добрият избор. Често съществуват няколко пречки за постигането на споразумение, поради което би бил необходим медиатор с комплексни качества.

Наскоро проведено проучване сред адвокати, които ангажират едни от най-успешните търговски медиатори в Америка, поставя въпросът какви качества ценят най-много в неутралното лице. Основният извод от проучването бил, че “ключов, и дори най-ключовият елемент в успеха на медиатора, е способността му да установи отношение на доверие със спорещите страни.” (Goldberg and Shaw 2007) От това следва, че единственият най-важен фактор при избора на квалифицирани медиатори е колко добре ще могат те да установят връзка на доверие със страните, включително с вашия клиент. Дали вашият клиент ще има повече доверие на бивш изпълнителен директор, или на опитен съдебен адвокат? Дали основният решаващ представител на другата страна ще се съобрази с мнението на бивш съдия? Колко успешно евентуалният медиатор ще установи бързо отношение на доверие с непознати?

За да прецените дали евентуалният медиатор притежава необходимите качества, вие заедно с адвоката на другата страна може да искате да му зададете въпроси по телефона. Някои медиатори отказват да говорят с адвокатите предварително, но повечето са съгласни, смятайки, че евентуалният медиатор следва да има по-голяма свобода да обсъди случая в сравнение с един арбитър.

(2) Преговаряйте за избора на медиатор

Договарянето за медиатор е като другите преговори, с изключение на това, че намирането на подходящо неутрално лице, може да бъде “печелившо” и за двете страни. Обикновено всеки от адвокатите изготвя списък с кандидати и след това двамата ги разменят помежду си; понякога едно име може да се срещне и в двата списъка, но, ако това не стане, адвокатите обсъждат кой от кандидатите в списъка да изберат или добавят имена в него.

Друг вариант е да предложите на адвоката на насрещната страна да изготви списък с кандидати. Ако адвокатът предложи някого, който вие също бихте посочили, можете да получите добър медиатор, който вече има доверието и на другата страна. Ако уважавате адвоката на насрещната

страна, може дори да му/й позволите да избере медиатора, като си запазите само правото на вето върху избора. Да позволите на опонента си да избере медиатора може да изглежда странно, но ако вашата цел е да убедите другата страна, най-ефективният медиатор би бил някой, който самата друга страна е избрала.

(3) Дали да изберете самостоятелно практикуващ медиатор или медиаторска организация (център за медиация)?

Обсъждането до този момент се основаваше на допускането, че адвокатите избират самостоятелно практикуващ медиатор. Друг вариант е да е договорите с адвоката на насрещната страна да се обърнете към медиаторска организация, която да предложи неутрални лица от списъка с медиатори, който поддържа, или дори сама да ви предложи конкретни медиатори.

Използването на медиаторска организация, която да администрира вашата медиация, има предимства. Когато има неутрална организация, е много по-малка вероятността евентуалните медиатори да бъдат гледани с подозрение, защото списъкът с медиатори, от който страните избират, не е съставен от никоя от страните. Организацията могат също да предоставят неутрално място, където да се проведе медиацията; самостоятелно практикуващите медиатори може да нямат достъп до неутрално място. Една медиаторска организация би могла също да организира и плащанията на разходите за медиацията и обмена на документи, което позволява на медиатора да избегне ангажирането с административни въпроси.

Ангажирането на организация е от изключителна важност в случаите, когато дружества, които сключват помежду си договор, се съгласяват да проведат медиация по спорове, които биха могли да възникнат по този договор в бъдеще. В този договор може да бъде посочено и конкретно неутрално лице, но няма начин да сте сигурни, че това лице ще бъде на разположение, ако възникне спор. За разлика от това, една медиаторска организация може да замени един медиатор с друг, за да преодолее пречки като пенсиониране, болест, проблеми с планирането и други непредвидени събития.

б. Подгответе се за сесията

(1) Осигурете присъствието на необходимите участници

Присъствието на точните лица на масата за медиация е ключово за успеха на процедурата; действително самоличността на преговарящите често е по-важна от тази на медиатора. Разглеждаме обаче този въпрос след избора на медиатор, защото след като сте избрали медиатор, можете да се свържете с него и да го помолите да покани точните участници на масата за медиация. Кой са точните участници във всеки конкретен случай отново зависи от целите ви. Сред тях могат да бъдат:

- Титуляри. Ако основната цел е да се възстановят лични отношения, то присъствието на титулярите, които да обсъдят техните проблеми и да си възвърнат способността да общуват и да си имат доверие, обикновено е от ключово значение. Присъствието на титулярите е решаващо и когато резултатът е изключително важен за някоя страна, като в случай, в който е заложено бъдещето на дружеството.
- Експерти. Ако целта е да се изработи творческо решение, е необходимо да присъстват хора, които са способни да мислят творчески, както и експерти, които притежават необходимите знания, за да разработват и оценяват варианти. Основното изменение на един договор например може да изисква участието на специалисти с финансова, производствена или маркетингова компетентност.
- Лица с представителна власт. Ако страните са прекратили своите отношения, и няма сериозни емоционални въпроси, както например в случай на подаване на обичаен иск на дружество по застрахователна полица, то основната грижа обикновено е да се осигури представителят на всяка страна да има представителна власт да договори компромис по съществуващото на спора.

Понякога адвокатите трябва да преговарят, за да осигурят другата страна, или дори собственият им клиент, да изпратят в процедурата по медиация свой представител, който има знанията и правомощията да взема трудни решения. Медиаторът може да помогне в тази задача.

Немско дружество купува корабна линия от испанско дружество. Впоследствие дружеството-купувач започва съдебен процес срещу счетоводната фирма, извършила одити за продавача, като претендира, че фирмата е прикрила неправомерно поведение от изпълнителните директори на корабната линия и е преувеличила нейната рентабилност, което е довело до плащането на прекомерно висока цена от купувача.

Адвокатът на купувача се свързва с медиатора предварително и му казва, че е решаващо клиентът му, Изпълнителният директор на немското дружество-купувач, да присъства на медиацията. Изпълнителният директор обаче би дошъл само, ако управляващият съдружник в счетоводната фирма също участва лично в медиацията, и изпълнителният директор, за когото адвокатът казва, че е със силно его, не би потвърдил пръв, че ще участва, за да не изглежда, че има твърде голямо желание за споразумение. Медиаторът се свързва с адвоката на ответника, който се съгласява, че би било много полезно да присъстват и двамата титуляри, но казва, че неговият клиент също не би искал пръв да се съгласи да дойде на медиация.

Медиаторът решава да помоли всяка страна да му съобщи поверително дали изпълнителният й директор би участвал, ако другият изпълнителен директор също участва. И двамата

потвърждават; след това медиаторът обявява, че и двамата изпълнителни директори ще участват в медиацията.

Този пример показва как добрите адвокати могат да използват медиатора “да подготви полето за преговори” в полза на клиента им. Медиаторите обаче обикновено не знаят за този тип неправни въпроси докато не започне процедурата, което прави особено важна задачата на адвокатите да ги предупредят за тях.

Когато помолите медиатора за съдействие при подготовката на процедурата, вие печелите по няколко причини. Първо, след като се е съгласил да участва, вашият опонент ще има интерес от поддържането на добри отношения с медиатора. Освен това, вероятно е медиаторите да покажат склонност да се включат в тази подготовка: медиаторът би сметнал, че би било по-добре да привлече да участва някого, за когото по-късно да се окаже, че не е необходим, отколкото във важен да се окаже, че липсва ключово лице с решаващи правомощия.

Софтуерна компания съди своя бивша служителка в италиански съд, като претендира, че е нарушил споразумение за въздържане от конкурентни действия, като е наел предишния си екип по развитие да работи с нея в новото ѝ дружество. Страните са се съгласили на медиация.

Конкурентното полско дружество не е било страна в съдебното производство, но участието му е от ключово значение за евентуално споразумение, защото се е съгласило да обезщети служителката си за всякаква отговорност, възникнала от дейностите ѝ по наемане на служители. Изпълнителният директор на полското дружество обаче отказва да участва в медиацията с аргумента, че за него е твърде далеч да пътува до Рим, и, че във всички случаи неговото дружество не е страна по спора.

Адвокатът на ищеца моли медиаторът да убеди изпълнителния директор да участва. Той подчертава колко важно би било неговото участие за успешното разрешаване на “нашия” случай. Медиаторът отговаря на предизвикателството и се свързва с изпълнителния директор на конкурента неколккратно. Въпреки, че изпълнителният директор отказва да участва лично, той се съгласява да се присъедини към сесиите по медиация чрез видео връзка, и неговото участие се оказва решаващо за постигането на споразумение.

(2) Договорете формата

Време. Вие и опонента ви трябва да се договорите за времеви период за провеждането на медиацията. Дали ще бъде насрочена за няколко часа, един ден, няколко дни, или няколко сесии за по-дълъг период? Трудността

тук е да се балансира между това да се предвиди достатъчно време, за да заработи процедурата, и от друга страна, да не се насърчават страните да отлагат трудни решения. Най-общо:

- Един ден обикновено е подходящ за спор по договор, въпреки, че процедурата може да продължи до вечерта и представителите на страните следва да планират това.
- Два дни или повече понякога са необходими за спорове, свързани със строителство, защото те обикновено включват няколко страни и представляват “мини-спорове” по различни аспекти на проекта.
- Изключително сложни спорове, с оглед на броя на страните или естеството на спорните въпроси, може да изискват няколко срещи в рамките на няколко седмици или месеца. Примерите могат да включват антитръстови спорове, обществени спорове, и иски за замърсяване на околната среда.
- При съмнение по въпроса колко точно време ще е необходимо, предвидете повече. Винаги имате възможност да приключите по-рано, но събирането на страните за нова сесия може да е трудно.

Структура. Търговската медиация обикновено протича в следния формат:

- “Откриване” или “обща” сесия. В началото на процедурата участниците и медиаторът обикновено се срещат заедно. Спорещите страни се представят и медиаторът открива срещата с уводните си думи. След това всяка страна излага становището си и може да отговори на изложението на другата страна. След това медиаторът може да предложи на страните да обсъдят случая или да им зададе въпроси. Сесията по откриването може да продължи от двадесет минути, ако медиаторът просто представи на страните процедурата, до няколко часа, ако има продължителни представяния на страните, последвани от обсъждания.
- “Отделни срещи.” След като сесията по откриването достигне момент, в който продуктивността ѝ значително намалее, например поради това, че страните повтарят казаното, медиаторът обикновено предлага да се разделят в отделни стаи за провеждането на “отделни срещи.” Отделните срещи позволяват на медиатора да говори лично с всяка страна, като пренася информация, аргументи и предложения между страните.
- Последващи общи и частични срещи. Страните или техните представители могат да се срещнат отново заедно като група, или неформално в по-малки групи. Такива частични срещи могат да се проведат между титуляри, експерти, адвокати, или други участници в процедурата. Медиаторът обикновено, но не винаги, присъства на тези срещи, за да подпомага обсъждането.

Форматът, посочен по-горе, е типичен за търговската медиация, но нищо не пречи на страните и на медиатора да прилагат и друг формат, за който се договорят – или преди сесията по медиация или в

определен момент от медиацията.

Въпрос, който следва да бъде обмислен предварително, е дали предпочитате да започнете със сесия по откриване, в която двете страни да обсъдят случая, или направо да проведете отделни срещи. Ако искате да промените обичайния формат, следва да обсъдите предварително това с медиатора, ако е възможно.

(3) Как да налагате предварителни условия или да се справяте с такива

Понякога адвокатите правят опит да се възползват от желанието на опонента да се проведе медиация като налагат предварителни условия за участието си в процедурата. Условията могат да се отнасят до процедурни въпроси или до въпроси по същество.

Типично предварително условие, свързано с процедурата, се отнася до присъствието: Едната страна може да каже например, че няма да участва в медиацията, ако на нея не присъства определено лице (“Няма да дойдем, ако не присъства техния финансов директор”). Спорещите страни понякога налагат предварителни условия по самата процедура на договаряне, например като отказват да участват в медиация, ако другата страна не направи първо отстъпка (“Няма да участваме в медиация, ако не намалят искането си на €500,000, за да покажат добра воля”). Друг възможен случай е една от страните да се откаже от предишен компромис (“Миналата година се бяхме съгласили на €1, но тогава предложихме това, за да избегнем разходите за съдебен процес. Оттогава сме изразходвали много време и пари по този спор; затова предложението ни в момента е €700,000.”)

Като цяло е по-малко рисковано да се налагат предварителни условия в медиация, отколкото в директни преговори, защото медиаторът може да смекчи въздействието на такива тактики и да се справи с гнева, който те предизвикват. Едно процедурно предусловие има по-малка вероятност да засегне опонента, отколкото такова, което се отнася до същността на преговорите, защото процедурните искания могат често да бъдат определени като неутрални — просто усилие да се осигури продуктивност на процедурата (“Те желаят да присъства вашия изпълнителен директор, защото са сериозни в търсенето на сделка.”) За разлика от това, исканията за отстъпки като предварително условие за провеждане на медиация, или решенията за оттегляне на предходни отстъпки, често предизвикват гнева на насрещната страна, която ги разглежда (правилно) като усилия да се придобие предимство в преговорите.

в. Въздействайте с информация на медиатора и страните

Обикновено ще имате възможност да общувате с медиатора преди срещата по медиация и следва да се възползвате от това. Общуването ви може да бъде чрез писмена комуникация, разговори и срещи.

(1) Дайте информация на медиатора

При търговски спорове страните почти винаги представят предварително на медиатора писмени становища и документи. Когато планирате това, обмислете следните въпроси:

- Предпочитате ли да изготвите специално становище по случая за целите на медиацията си, или ще използвате съществуващи документи или писмена защита? Специално становище по случая за целите на медиацията си има очевидни предимства, но при случаи с по-малък интерес или когато е насрочена медиация с кратко предизвестие, може да предпочетете да използвате съществуващ документ. Медиаторите може също да предпочитат да получат становище в по-неформално писмо или под формата на информационна справка.
- Следва ли да представите на медиатора поверително становище или да обмените становища с насрещната страна? Медиаторите обикновено предпочитат адвокатите да обменят становища, така, че да са свободни да обсъждат аргументите на едната страна с другата. Дори, ако обмените становища, можете да обсъдите по-деликатни въпроси поверително с медиатора, чрез лично писмо или в телефонен разговор.
- Дали да работите с опонента си, за да съставите общ комплект от документи при сложни случаи? Един общ комплект от документи улеснява медиатора, но използването на отделни документи ви позволява да подчертаете пасажите във всеки документ, които са най-важни за вашите аргументи.
- Какво трябва да съдържа вашето становище за целите на медиацията? Медиаторът вероятно ще се интересува да разбере следното:
 - Как е възникнал спорът?
 - Кои са важните страни в него?
 - Кои са основните фактически и правни въпроси и важни точки на съгласие и разногласия?
 - Без да се посочват подробности, какво най-общо се е случило в съдебното производство?
 - Страните провеждали ли са преки преговори? Ако да, какво е било последното предложение на всяка страна и кой е направил последната отстъпка?
 - Какво според вас, е затруднило разрешаването на спора при директните преговори? Има ли неправни съображения във връзка със спора?
 - Има ли възможност за договаряне на условия на споразумението, които да обхващат въпроси извън простото парично плащане?
 - Някоя от страните има ли нужда от повече информация, за да проведе медиация по ефективен начин?
 - Какви документи медиаторът следва да разгледа предварително?

Ако документите са дълги, кои части имат пряка връзка с вашите аргументи?

Ако не желаете да представяте тази информация на другата страна, можете да я съобщите в частен разговор или писмо до медиатора.

В случаи, които включват комплексни фактически или правни въпроси, може да организирате медиаторът да получи насоки от всяка страна преди сесията по медиация. Може да се окаже важно на медиатора да бъдат представени становища на експерти, или медиаторът да се срещне предварително с експерти. Ако се разглеждат въпроси за състоянието на земя или сгради, може да е полезно медиаторът да посети обекта.

(2) Обменете информация

Ключов аспект от преговорите е обменът на информация, и част от ценността на медиацията е възможността да се увеличи потока на информация между преговарящите. Каква информация има отношение по случая, ще зависи отново от целта ви в процедурата. Ако преговорите са свързани с парична претенция, то много вероятно правните доказателства и аргументи ще са важни. Ако целта ви е да възстановите отношения, изследването на причините, които стоят в основата на оспорвано действие, ще бъдат от съществено значение. Ако целта е да се промени търговска договореност, финансовата информация може да е от полза. Като правило, преговори които се фокусират върху творчески варианти, изискват по-широк набор от информация, отколкото обсъждания, които се въртят единствено върху пари.

Сериозен обмен на информация може да се осъществи по време на самата процедура. Особено ако страните провеждат медиация в по-ранен етап от спора, едната или двете страни може все още да нямат информацията, от която имат нужда, за да договорят споразумение. Един застрахователен представител например, може да не е в състояние да получи пълномощията, необходими за разрешаването на дадена претенция, без да му бъдат представени документи, които да удостоверят разходите, направени от ищеца, или например адвокат на ищеца може да не е в състояние да приеме компромисно споразумение, докато не се увери, че няма “димящо оръжие” в документите на ответника.

Най-полезно би било, ако част от тази информация може да бъде анализирана предварително. За да прецените каква информация трябва да бъде обменена преди да се проведе медиация, задайте си два въпроса:

- От каква информация има нужда клиента ми, за да вземе добро решение по условията на споразумението?
- Каква информация ще убеди моя опонент да се съгласи на условията, които искам?

Важно е да се има предвид, че можете да поискате помощ от медиатора, за да получите данни от насрещната страна или дори, за да обясните на собствения ви клиент защо може да е от полза да даде на опонента

“безплатна информация” по случая.

Производител на компютри предявява иск срещу доставчика си на чипове, като претендира, че чиповете са имали необосновано висок процент дефекти, което е наложило производителят да извършва скъпи ремонти на сървъри, разположени навсякъде по света. Страните се съгласяват, че проблемът е причинен от дефектен компонент, който производителят на чипове е закупил от водещ азиатски доставчик и производителят на чипове не би могъл да предвиди този проблем. Въпреки това, производителят на компютри претендира, че производителят на чипове трябва да му плати разходите, които оценява на общ размер от €36 милиона.

Двете дружества се договарят да проведат медиация преди съдебното производство, но когато разменят информация, производителят на чипове установява, че искът на производителя на компютри е неясен – той не може да разбере по какъв начин загубите са достигнали такива размери. Освен това практически не е било възможно да бъде удовлетворен иска — производителят на чипове би фалирал, ако трябва да плати дори част от претендираните вреди.

С помощта на медиатора страните се договарят да отложат сесията по медиация за един месец и да обменят информация. Производителът на компютри предоставя документи, които обясняват оценката на вредите, които е понесъл, а производителят на чипове предоставя данни за финансовото си състояние. Производителът на чипове предоставя данни и за нови продукти в процес на разработване и предлага на производителя на компютри да участва в споразумение в замяна на отстъпки от бъдещи покупки.

(3) Лични разговори с медиатора

В зависимост от местните правила и обичаи може да имате възможност да разговаряте с медиатора лично преди да започне медиацията. Подобни обсъждания могат да бъдат много полезни, защото позволяват на адвокатите да представят на медиатора своята гледна точка по спора, докато медиаторът все още си изгражда представа в какво се състои проблема.

Адвокатите обикновено посвещават такива предварителни разговори на аргументи по правните аспекти на случая. Това обикновено е грешка. За медиаторите би било трудно да запомнят дълга устна дискусия, и аргументите ви обикновено биха били по-ясно изразени в становището, което подготвяте за медиацията. В предварителните обсъждания с медиатора, помислете за това да представите на медиатора само кратко описание на правния спор, и след това да се фокусирате върху неправните пречки и личните особености, които възпрепятстват преговорите. Помнете, че обикновено можете да поискате от медиатора да запази като

поверителна конкретна част или цялата информация, която му предоставяте в този разговор.

Можете също да поискате медиаторът да се срещне с вас и клиента ви преди да започне процедурата. В случай, когато даден клиент е много емоционален, например, една среща може да позволи на страната да започне да се справя с емоциите си и да постави начало на връзка, основана на доверие с медиатора. Имайте предвид, обаче, че медиаторът вероятно ще поиска от консултанта на ответника разрешение да проведе този тип среща, и че местните правила или обичаи в някои юрисдикции може да ги забраняват.

г. Планирайте стратегия и ориентирайте клиента

Медиацията е процедура на подпомагани преговори. Поради тази причина, подготовката за медиация в много отношения не се различава от планирането за сериозни преговори. Медиацията се различава обаче от директните преговори по няколко важни елемента.

Единият е интензивност. Обикновено преговорите могат да се провеждат с прекъсвания в продължение на месеци или години, без ясна структура и често по телефон или по електронна поща. За разлика от това, медиацията обикновено се провежда като “мероприятие за споразумяване”: Страните се съгласяват да се срещнат на определена дата в присъствието на трето лице и да договорят продължително до постигането на решение. Макар, че медиациите могат да бъдат временно отлагани, страните обикновено влизат в процедурата с презумпцията, че ще бъде еднократно мероприятие, и, че ако не се споразумеят или поне не постигнат напредък на първата сесия, медиацията няма да продължи.

Вероятно поради тези причини седемдесет и пет процента или повече от всички медиации водят до споразумения. Високото ниво на споразумения означава, че медиацията най-вероятно ще се окаже решаващото събитие по спора. Поради това следва да планирате медиацията подробно, като обхванете всички въпроси - от първото предложение, което бихте направили, до окончателните условия за споразумение. Трябва да въздействате на клиента си, че е много вероятно при медиацията да влезете в кулминационното събитие във връзка със спора и да затова е добре да се подготвите подобаващо.

В допълнение, за разлика от директните преговори, които често се провеждат по телефон или по електронна поща, участниците в медиацията почти винаги се срещат лично. В резултат, компетентните да вземат решение лица наблюдават и си взаимодействат с насрещната страна и медиатора, и от своя страна също са открити за наблюдение.

Най-важната разлика между медиацията и директните преговори обаче е присъствието на медиатора. Присъствието на неутралния помощник означава, че процедурата в дадени моменти наподобява подпомагани двустранни преговори, а на моменти, тристранно

взаимодействие между страните и медиатора. Като адвокат в медиация, вие ще преговаряте с опонента си за условията на споразумението, но можете също да договаряте с медиатора за начина на провеждането на процедурата.

Подготовка на клиента. Специалният характер на медиацията изисква адвокатът да обсъди с клиента си в допълнение към въпросите, които се включват в подготовката за обичайните преговори и следните въпроси.

- По какъв начин форматът на медиацията се различава от този на типичните преговори, включително:
 - Процедурата: например ще има ли сесия по откриване?
 - Правилата за поверителност, които ще се прилагат, и някои изключения от тях.
- Как клиентът следва да взаимодейства с медиатора и насрещната страна, включително:
 - Опитът, личността и стила на медиатора. Предупредете клиента, че медиаторът може да промени стила си в хода на процедурата, например като промени ролята си от емпатичен слушател на оценител на правни въпроси.
 - Разпределението на ролите между вас и клиента ви. Например дали клиентът ще говори в сесията по откриването? В обсъжданията в отделните срещи, вие ли ще говорите, докато клиентът ви слуша, като изчаква да обсъдите помежду си, когато медиаторът излезе от залата? Дали клиентът ще играе ролята на „доброто ченге“, докато вие играете „лошото“?
- Ролята, която вие ще играете в процедурата. Обяснете, че общата ви цел да получите най-добрия възможен резултат за клиента си, остава същата, но че трябва да адаптирате тактиката си, спрямо факта, че сте в преговорна сесия, в която участва и неутрален помощник.
 - Можете да действате в по-голяма степен с помирителен подход, отколкото бихте действали в съда.
 - Можете да не споменавате благоприятстващи ви доказателства, така, че да не давате информация на опонента си.
- Как клиентът ще отговаря на въпроси.
 - Отбележете, че клиентът е свободен да не отговаря на въпроси, зададени от опонента, или дори от медиатора.
 - Предупредете клиента, че е възможно вие да спорите с медиатора.
 - Обяснете, че може да помолите медиатора да ви остави насаме с клиента ви.

- Обяснете, че клиентът ви може да бъде поканен да се срещне отделно с другата страна и медиатора без вас, и че той следва да обсъди с вас това, преди да даде съгласието си.

4. Етапи на медиацията

а. Сесия по откриване

След като медиацията започне, възможностите ви да влияете върху процедурата продължават. Както беше отбелязано, повечето търговски медиации започват с откриване, или обща сесия. Понякога адвокатите избягват сесията по откриване, като предпочитат да влязат директно в отделни срещи, или я разглеждат само като прелюдия към “същинската” процедура по разрешаване на спора. И двата подхода обикновено са погрешни. Ефективната сесия по откриване на процедурата може да помогне на адвоката и на клиента да постигнат целите си.

(1) Какво е специалното в сесията по откриването?

Сесията по откриването прилича донякъде на съдебно заседание, в което адвокатите се впускат в защитите си в присъствието на неутрален модератор. Медиацията обаче е “по-предразполагащ” посредник от съда. Тя обикновено се провежда в конферентна зала, където страните седят около маса, и медиаторът задава неформален тон, подобен на този при сериозни бизнес преговори. В резултат от това, по-приглушеният стил на защита обикновено е по-ефективен в медиацията, отколкото в съдебната зала.

По-спокойното и неформално представяне на случая също има смисъл, поради особеностите на аудиторията. За разлика от съдебното заседание, основната аудитория при медиацията обикновено е насрещната страна, в много по-голяма степен, отколкото медиатора; в крайна сметка само насрещната страна има правомощията да се съгласи на условията, които търсите. За нещастие, опонентът ви не е неутрален и вероятно не желае да слуша една рязка адвокатска защита. Сесията по откриването в медиацията може да е единственият момент в рамките на цялото съдебно производство, в който да имате възможност да разговаряте директно с титуляра, който има правомощията да взема решенията от името на другата страна. Използвайте този момент във ваша полза, като представяте аргументи и тон, които в най-голяма степен биха повлияли на опонента ви.

(2) Структуриране на сесията за максимално въздействие

Когато мислите какво да кажете по време на сесията по откриването, вземете предвид следните въпроси:

Какъв тон да задам? Тонът ви отново следва да е в съответствие с целите на клиента ви. Ако клиентът ви иска да възстанови дадени отношения, приемоте относителен тон на сътрудничество, и се фокусирайте върху личните или търговски въпроси, вместо върху правните аспекти. Ако клиентът ви иска да се фокусира върху получаването на възможно най-добрия финансов резултат, може да е подходящо да наблегнете на силата на правните си аргументи и на решимостта ви да проявите необходимата упоритост в спора, докато не получите удовлетворителен резултат.

Естеството на спора също е важно: иск, с който се претендира, че едно дружество е проявило небрежност при изпълнението на даден договор, например, е много различен от твърдение, че дружеството умишлено е представило невярна информация. Естеството на аудиторията също има значение: по различен начин бихте говорили с изпълнителния директор на насрещната страна и с една вдовица например.

Как да оформите представянето си? Неформалният характер на медиацията ви дава голяма свобода да съобразите максимално представянето си с целите на медиацията. Можете да:

- Се ограничите до правни въпроси или да обхванете и други теми.
- Разчитате на устна прецедентация, на документи, или на компютърни изображения.
- Дадете възможност на клиента ви или на експерт да говори или да използвате комбинация от хора, които да говорят.
- В широки граници можете да разполагате с толкова време, колкото ви е необходимо.

Ако планирате да не казвате нищо, или да използвате необичайно продължително време, нуждаете се от специално оборудване, или имате неочаквани елементи в представянето си, предупредете медиатора за това предварително, така, че той да може да ви съдейства за осъществяването на вашия подход и да ви предупреди за възможни пречки.

Доказателствата могат да имат по-голямо въздействие в медиацията, отколкото в съда, защото документите могат да останат “на масата ” за часове. Освен това доказателствата не могат да бъдат изключвани; ако даден документ е недопустим в съда, вашият опонент вероятно ще посочи това, но дори нещо, което няма да бъде прието като доказателство, може да има ефект, особено върху лицата, които не са адвокати.

Адвокат на ищец открива неудобно електронно писмо, изпратено от изпълнителния директор на ответната страна. Адвокатът го представя в увеличен размер върху еднометрово табло и го поставя зад себе си, докато говори. Думите направо изпълват конферентната зала и създават неудобство за екипа на ответника.

Когато адвокатът на ищеца завършва, оставя таблото в същото положение. Адвокатът на ответника отстранява таблото с

електронното писмо и го обръща към стената. Когато адвокатът на ищеца започва отговора си, отново обръща таблото с цитираното писмо, като по този начин имплицитно изтъква неудобството, създавано от думите и смущава защитата на ответника.

Лица или предмети, които физически присъстват в залата за медиация имат по-голямо въздействие отколкото свидетели или документи, които биват описани бегло, защото в медиацията имат въздействие следните ефекти:

- Ефект на “присъстващите доказателства”: Доказателствата, които хората могат да видят или докоснат, имат много по-голямо въздействие отколкото информацията, за която едва чуват.
- Ефект на “събирателния образ”: Ако една страна или медиатор не могат да видят свидетел, те поставят свидетеля в обща категория, като “счетоводител” или “медицинска сестра” и прилагат събирателния образ, който вече имат изграден в съзнанието си за това какво представлява едно лице от съответната професия. Ако обаче една страна или медиатор наблюдават един човек директно, има много по-голяма вероятност да оценят индивидуалните му качества.

Тези ефекти са особено важни, защото сесията по медиация ще бъде първата възможност за медиатора, а вероятно и за представителя на другата страна, да наблюдава свидетеля.

Положението във връзка с документите е по-различно. Медиаторът обикновено разглежда предварително основните документи по случая, но решаващият орган на другата страна може да не е виждал документа или да не разбира защо той има съществено значение за случая.

Ако имате свидетел, или документ, който сериозно подкрепя вашия случай, то тогава обмислете да доведете лицето или да донесете в залата за медиация вещта или документа, и да насочите вниманието върху него по време на сесията по откриването. Впечатленията, които това лице, вещь или документ създадат у медиатора или насрещната страна в началото на процедурата може да им повлияят впоследствие.

Имайте предвид освен това, че веднъж след като започне сесията по медиация, медиаторът обикновено няма да има много свободно време да изчете даден сложен документ. Ако представяте един документ за първи път, или ако желаете да акцентирате върху определена част или аспект от него, подчертайте важните думи или страници с цветни маркери или цветни листчета (тагове). Ако един документ е дълъг, например договор, направете отделно копие от най-важните му раздели.

Кой следва да говори? Няма определен формат за първоначалните изложения в медиацията, в резултат на което в тях могат да участват няколко души—адвокати, страни, експерти или свидетели. Възползвайте се от тази свобода да ангажирате участието на всякакви лица, за които е

вероятно да имат полезно въздействие върху насрещната страна и медиатора.

Обмислете по-специално каква роля ще дадете на клиента си в сесията по откриването. Вашият опонент ще слуша много по-внимателно клиента ви, отколкото вас (все пак вие сте само нает адвокат, докато клиентът ви взема решенията и вероятно е главен свидетел). Единият вариант за вас е да обобщите правните аргументи, като помолите клиента си да опише основните факти, или вие да опишете отговорността и да дадете думата на клиента си да опише финансовите последици от събитията върху неговото дружество. Другият вариант е клиентът да се фокусира върху неправните фактори по случая, като например въздействието на действията на ответника върху семейството или бизнеса му.

Ако искате насрещната страна да говори по време на сесията за откриването, обсъдете това предварително с медиатора, като го помолите да насърчи двамата титуляри да говорят. Ако, от друга страна, вие искате клиентът ви да запази мълчание, предупредете медиатора за това, така, че той да не притиска клиента ви да говори. Ако клиентът ви има проблеми с изразяването, срамежлив е, или не е атрактивен свидетел, вие нямате задължение да го извеждате на предна линия в разговорите с медиатора или с насрещната страна.

Възрастна туристка е била на екскурзия из Европа, организирана от немско дружество, когато пада по стълбите на замък и си удря главата. От това което вижда семейството ѝ, туристката е била отнесена до местната болница, където умира същата нощ. Семейството съди тур оператора, като претендира, че е обещал да осигури специални предпазни услуги за възрастни клиенти, а екскурзоводът се е отделил да пуши, вместо да стои в основата на мокрите каменни стълби, за да осигури защита на клиентите си.

Страните отиват на медиация. Два дни преди сесията по медиация адвокатът на ищеца обявява, че дъщерята на починалата туристка, която е завела иска от името на семейството, няма да присъства на сесията, защото я намира за твърде разстройваща. Адвокатът на ищеца казва, че дъщерята би приела неговите препоръки за споразумение, но има вероятност да “загуби контрол”, ако трябва да слуша извиненията на туристическата агенция за смъртта на майка ѝ.

Медиаторът се допитва до адвоката на ответника, който казва, че истинската причина дъщерята да отсъства, е това, че била много дразнеща— “с превземки”—и, че нейното участие би поставило в по-уязвима позиция правната теза на ищеца. Той поставя под въпрос дали процедурата би била успешна в нейно отсъствие.

След безуспешни опити да убеди дъщерята да присъства, медиаторът решава да води процедурата без дъщерята. Той убеждава туристическата агенция да участва в медиацията като

договаря с адвоката, който представлява семейството. След два месеца обсъждания случаят бил разрешен.

- Преминете предварително с клиента ви по това какво ще каже той и как ще представи информацията, така, както бихте направили със свидетел в съда.
- Напомнете на клиента, че сте свободни да си вземете пауза, ако вие е необходимо да обсъдите нещо насаме. Договорете общо разбиране за това как ще комуникирате помежду си, например как клиентът ще ви даде знак, че има нужда от пауза в процедурата или иска да говори с вас.
- Предупредете клиента, че медиаторът или другата страна може да му задават въпроси или да го поканят да говори, но той не е длъжен да го прави.
- Ако не искате клиентът ви да отговори на даден въпрос, отговорете сами, или кажете, че бихте предпочели да обсъдите този въпрос с клиента си или в отделна среща с медиатора.

Събиране на информация. Ако искате да съберете информация по време на сесията по откриването, помолете медиатора да повдигне съответния въпрос или да предложи на страните да задават въпроси или да обсъдят случая.

Инвеститор в строителството на сграда съди изпълнителя, като твърди, че изпълнителят е излял бетонните основи на сградата изключително небрежно. Преди медиацията адвокатът казва на медиатора, “Не можем да разберем как инвеститорът е изразходвал сумата от €650,000 за отстраняването на проблема—нашите експерти оцениха разходите по поправянето на плочата на €300,000. Тази разлика е основната точка в разногласията на страните за стойността на спора. Можете ли да поискате от инвеститора да представи допълнителна информация за оценката на вредите, или да предложите да обсъдим начина, по който са изчислени разходите?”

Намаляване на неблагоприятните реакции. Медиаторът може да обясни на страните ролята ви като адвокат, като намали склонността им да отхвърлят това, което казвате. Ако например се налага да обвините другата страна в неправомерно поведение, помолете медиаторът да обясни вашата роля.

Датска фармацевтична компания прекратява договора си с индийски дистрибутор, като твърди, че продажбите ѝ са били много разочаровачни, и настоява, че дружеството има правно основание да прекрати договора. Дистрибуторът предявява иск пред датски съд, като твърди, че фармацевтичната компания му е дала съгласието си

да инвестира две години усилия да получи държавно одобрение за продуктите си и да промотира продуктите си пред местните болници. И тогава, точно след като дистрибуторът е започнал да постига успехи в тази насока, фармацевтичната компания наема мениджъра по продажбите на дистрибутора и му възлага да направи стъпки за привличането на клиентите на индийското дружество, в нарушение на споразумението за забрана на конкуренцията.

Адвокатът на индийския дистрибутор казва на медиатора, че клиентът му е получил електронни писма, които показват, че изпълнителните директори на датската компания са започнали разговори с мениджъра им по продажбите точно два месеца преди той да напусне, с цел да направят скрита договорка с мениджъра продажби да открадне клиентите на индийското дружество. Като осъзнават, че датските изпълнителни директори биха могли да се обидят, ако биха били обвинени в подобен заговор, адвокатите на дистрибутора молят медиатора да помогне в насочването на обсъждането.

В изложението си при откриването медиаторът казва, “Помолих всеки адвокат да изложи спора от негова гледна точка възможно най-ясно. Страните може да сметнат някои от думите на адвокатите за разстройващи, но аз ги помолих да бъдат ясни и точни, защото трябва да сме наясно какво би се случило, ако случаят не бъде разрешен със споразумение. Ще поискам и от двете страни да слушат с уважение и да си водят бележки по точките, по които не са съгласни, а аз ще се уверя, че всяка страна ще получи изцяло необходимата ѝ възможност да отговори.”

6. Отделни срещи

В повечето търговски медиации страните прекарват по-голямата част от времето си разделени в отделни срещи. Адвокатът може да ангажира съдействието на медиатор по много различни начини по време на отделните срещи. Започваме с описание на разликите между отделните срещи, провеждани на ранен етап, и тези на късен етап.

(1) Провеждане на отделни срещи на ранен етап

По време на първата отделна среща, е най-вероятно медиаторът:

- Да се фокусира върху изслушването и задаването въпроси, вместо да дава насоки, за да се опита да помогне на всяка от страните да разбере гледната точка на опонента, както и да положи основа за последващото задаване на въпроси във връзка с правните доводи. На този етап адвокатът може да повиши ефективността на медиатора в работата с опонента си като предостави на медиатора „амуниции”, които да използва в другите отделни срещи.

- Да използва стил на преговори, основани на принципи. Медиаторът ще се опита да убеди страните да избягват заемането на твърди позиции поради опасения, че това би провокирало враждебност. Медиаторът ще очаква да представите основания за своята позиция, да покажете поне известна готовност за сътрудничество и ако другата страна е направила последното предложение, вероятно ще ви призове да направите отстъпка, за да започне преговорният процес. Ако не сте склонни да направите отстъпка, обмислете поне варианта да дадете на медиатора уговорен сигнал, че сте склонни да проявите гъвкавост след като другата страна покаже готовност за компромис и обяснете защо не е подходящо да бъде направена отстъпка в този момент. По-долу са представени някои общи въпроси, задавани от адвокатите във връзка с провеждането на ранни отделни срещи като етап от медиацията.

- Ако разполагам с поверителна информация, която би могла да окаже влияние върху гледната точка на медиатора за силата на моята позиция, следва ли да го разкрия в началото или следва да изчакам по-късен момент в процедурата?

Коментар: Обикновено е по-добре доказателствата да се представят на ранен етап, докато медиаторът е фокусиран върху събирането на информация. Например, в описания по-горе случай с индийския дистрибутор, адвокатът на дистрибутора би могъл да каже: „Ние намерихме друг мениджър по продажбите, когото те също се опитаха да вербуват в нарушение на договора му с нас. Те не знаят, че това ни е известно, но това би им навредило при едно дело. С оглед на това, ние наистина не виждаме причина за приемане на сериозна отстъпка.”

Ако изчакате по-късен момент от процедурата, за да представите дадени доказателства, медиаторът може да не им отдаде полагаемата им се тежест, тъй като е фокусиран върху управлението на преговорния процес и може да сметне, че споменавате това доказателство просто за да мотивирате отказа си да направите компромис.

- Следва ли да отправя предложение по време на първата отделна среща?

Коментар: Отправянето на предложение на този етап може да е, но може и да не е най-добрата стратегия, в зависимост от случая. Ако не смятате, че е разумно да се отправя предложение, не се хвърляйте да правите това. Вместо това, бихте могли да кажете, че предпочитате да изчакате, например, защото желаете да обсъдите въпросите преди да вземете решения относно преговорите.

- Ако възложа на медиатора да предаде крайна позиция на другата страна, следва ли да му кажа на четири очи, че сме склонни на компромис в някакъв момент?

Коментар: Обикновено е добра идея да информирате в общи линии медиатора за своята стратегия, така че той да може да ви предупреди, ако види някакви проблеми и да може да помисли как да представи вашата позиция пред другата страна.

- Ще бъде ли обиден медиаторът, ако го помоля да излезе, за да мога да говоря на четири очи със своя клиент?

Коментар: Не се притеснявайте да помолите медиатора да излезе от залата. Медиаторите очакват адвокатите да водят поверителни разговори със своите клиенти. Бихте могли да кажете: „Вие ни дадохте някои нови идеи, върху които да помислим. Може ли да ни дадете няколко минути да поговорим?“

- Ще бъде ли обиден медиаторът, ако не разкрия своята крайна цел на преговорите или своята стратегия?

Коментар: Медиаторите разбират и това, че адвокатите обичайно не разкриват цялата си стратегия пред тях, тъй като адвокатът и медиаторът нямат едни и същи цели. Медиаторите очакват фактическите изявления, направени от адвоката, да бъдат точни, но не и адвокатите да им се доверяват напълно.

(2) Провеждане на отделни срещи на по-късен етап

С напредване на отделните срещи е вероятно медиаторът да започне по-активно да изразява гледни точки и да наблегне на разходите и рисковете от един съдебен спор и причините за сключване на спогодба. Имайте предвид следните моменти:

- Бъдете подготвени за трудна „сверка с действителността“. Предупредете своя клиент, че медиаторът може да задава трудни въпроси по случая и да изрази несъгласие или съмнение относно някои от вашите доводи. Уверете клиента, че това е нормална част от процедурата и че медиаторът представя вашите аргументи и повдига същите въпроси по позицията на другата страна в другата зала за отделни срещи.

- Ако вашият клиент се обезсърчи, бихте могли да помолите медиатора да прецени как се развива процедурата. Ако вашият клиент се умори, стане раздразнителен или се почувства прекомерно притиснат, помолете медиатора за прекъсване или отлагане на процедурата.

- Ако изглежда, че медиацията отива към безизходно положение, бъдете готови да преговаряте с медиатора дали и кога да използва специални тактики, за да я прекъсне. Ако медиаторът изглежда обезкуражен или няма идеи, направете предложения. По-долу е разгледано как да направите това.

(3) Частични срещи

Въпреки че тенденцията в търговската медиация е да се използва форматът на отделните срещи, няма правило, което да изисква това.

Запитайте се дали сте удовлетворени от обичайната структура или бихте предпочели изменение в нея. Ако е така, предложете формата, който предпочитате.

Най-често срещаното изменение е медиаторът да свика отделни групи участници. Например двама изпълнителни директори могат да се срещнат на четири очи, за да обсъдят търговските аспекти на един спор, експерти от всяка страна могат да обсъдят технически въпрос или адвокатите могат да обсъдят каква процедура да бъде следвана. Тези срещи могат да бъдат проведени във всеки един момент, могат да продължат по-дълго или по-кратко в зависимост от това какво намерят за полезно участниците и могат да бъдат направени отново, ако това е необходимо.

Когато основните лица, които вземат решение, се срещат без своите адвокати, адвокатите често настояват да присъства медиаторът, за да ръководи обсъждането и за да потвърди, че то е част от поверителната процедура, но присъствието на медиатора във всеки един момент не е от съществено значение.

Полски производител и чешко автотранспортно дружество имат продуктивни отношения в продължение на повече от десетилетие, като автотранспортното дружество разпространява продуктите на производителя в южната част на ЕС. След това отношенията им се влошават. Производителят завежда дело срещу автотранспортното дружество, претендирайки, че то измамно е раздуло своите цени като е преувеличило разстоянието, изминато от неговите камиони и е преувеличило разходите за ремонти. След две години съдебни спорове, страните се съгласяват на медиация.

Процедурата започва по необичаен начин: Адвокатът на ищеца се обажда по телефона на медиатора предварително, за да предложи страните да пропуснат обичайните встъпителни изявления от адвокатите и вместо това да се видят на четири очи двамата изпълнителни директори. Медиаторът повдига този въпрос пред адвоката на ответника, който дава съгласието си, при условие, че на разговора присъства медиаторът.

Двамата изпълнителни директори и медиаторът се оттеглили в една зала, оставайки без адвокатите. Изпълнителният директор на ищеца открил обсъждането като проследил дългогодишните добри отношения между дружествата и скорошните им проблеми. Той предположил, че разривът е провокиран отчасти от мениджър, който той е наел от автотранспортното дружество. Казал, че наскоро е прекратил договора му заради нарушения на етичните правила.

Изпълнителният директор на ищеца казал обаче, че е претърпял сериозни вреди от грешки в сметките на автотранспортното дружество и че трябва да бъде постигнато разумно уреждане на спора. След това отправил предложение. Изпълнителният директор на ответника му благодарил и казал, че ще трябва да обсъди предложението със своите адвокати.

След това страните пристъпили към отделни срещи и преговаряли интензивно в продължение на няколко часа, стопявайки първоначалната разлика между €900,000 и €30,000— на претенция за €300 000 срещу предложение за €270 000. В този момент обаче ответникът отказва да прави повече предложения, изразявайки раздражение от неблагоприятното на ищеца.

Докато медиаторът търси начини за изход от ситуацията, изпълнителният директор на ответника внезапно изважда монета от джоба си. “Виждате ли това?” попитал той. “Можете да я проверите; това е истинска монета. Ще играем на ези-тура!” “За какво?” “За 30-те,” отговорил той. “Нека видим дали му стиска да играе на ези-тура за тях!”

Медиаторът погледнал адвоката на изпълнителния директор: Нима сериозно предлага това? Адвокатът повдигнал рамене; “Аз съм съгласен. Защо не отидете с Павел при тях и не им представите идеята му? Но трябва вие да говорите; той наистина е доста разстроен от всичко това.” Защо не, помислил си медиаторът; това било по-добро от всичко, което той можел да предложи.

Медиаторът довел изпълнителния директор на ответника в заседателната зала на ищеца и с усмивка казал: „Павел има една идея за изход от задънената улица. Тя е в известна степен... необичайна, но може да ви бъде интересно да я чуете.” Със спокоен глас изпълнителният директор повторил своето предложение за игра на ези-тура.

Изпълнителният директор на ищеца се усмихнал. “Добре,” казал той, “Но вие не отговорихте на последното ми предложение, така че истинската разлика е 50, между моите 320 (последното му предложение преди да падне на 300,000) и вашите 270.” Те поспорили за това какви трябва да бъдат условията на играта на ези-тура, демонстрирайки известно раздражение, но и нотки хумор. Когато обсъждането зацикляло, медиаторът правел предложения („Защо не дадем тези 20 за благотворителност?”), но накрая не могли да се разберат, и двамата се раздразили и изпълнителният директор на ответникът си излязъл.

Докато вървели по коридора медиаторът попитал, „Ами ако го убедя да смъкне до окончателни 290,” Адвокатът отвърнал. “Това би ли свършило работа?” Както се оказва накрая, това свършило работа.

В тази медиация инициативите, предприети от всеки от двамата адвокати допринасят в съществена степен за уреждането на спора. Предложението на адвоката на ищеца процедурата да започне със среща между двамата изпълнителни директори създава неформална връзка помежду им, която улеснява последвалите преговори. А „спонтанното” предложение на изпълнителния директор на ответника за игра на ези-тура (тактика, която, както медиаторът научава по-късно, е предложена от

неговия адвокат) е ключът към извеждането на страните от патовата ситуация.

Друга възможност е да се организира среща на страната с външен консултант на опонента. Ако смятате, че това би било полезно, поискайте от медиатора да организира такава среща.

Една община в Британия отказва да плати на изпълнител за неговата работа по нова училищна сграда, твърдейки, че по сградата има недостатъци. Изпълнителят завежда дело за плащане и случаят бива насочен към медиация. Страните постигат известен напредък, но в крайна сметка стигат до патова ситуация и се налага да отложат процедурата.

Адвокатът на изпълнителя се усъмнява, че екипът от преговарящи от страна на общината не може да вземе решение поради вътрешни конфликти, провокирани от местно длъжностно лице. Изпълнителят казва, че е развил добри отношения с кмета на общината по време на друг проект и че смята, че ако поговорят насаме, той би могъл да реши „личностния проблем“ и да се възобновят преговорите.

Адвокатът иска от медиатора да попита юрисконсулта на общината дали изпълнителят би могъл да проведе закуска с кмета. Ответната страна се съгласява, закуската се провежда и проблемното длъжностно лице оттегля своите възражения.

В обобщение:

- Помолете медиатора да промени традиционната структура на медиацията.
- Предложете едно лице, или част от екип, което да се срещне с представители на другата страна, чиито професионални функции съответстват на неговите.
- За да улесните обсъждането и за да осигурите поверителност, помолете медиатора да присъства на тези срещи.

5. Въздействайте върху процедурата

а. Управлявайте информационния поток

(1) Фокусирайте обсъждането върху конкретни въпроси

Важно умение на добрия преговарящ е способността на оказва влияние върху начина на обсъждане на въпросите. За да постигнат това, адвокатите могат да кажат на медиатора това, което искат да бъде подчертано пред опонента им и по начина, по който да бъде направено.

Едно строително дружество завежда съдебен иск срещу доставчик, твърдейки, че доставчикът му е продал дефектен антифриз, който е нанесъл сериозни щети на охлаждащите системи

на неговите превозни средства. Адвокатите и страни са заснети по време на медиацията по случая.

Ищецът не могъл да посочи никакви примеси в антифриза, но твърдял, че отговорността на доставчика е очевидна: дружеството било сложило антифриза в 70 от своите 150 автомобили и в рамките на няколко дни охладителните системи на няколко от обслужените камиони били унищожение от корозия. Корозирали само частите от двигателите, които влезли в контакт с антифриза на ответника, а камионите, които не били обслужени с този антифриз нямали проблеми.

Ответникът отговорил, че учен в уважаван университет е тествал антифриза и не е намерил нищо смущаващо в него. В допълнение към това, никой от другите клиенти на ответника не се оплаквал от щети, нанесени от антифриза. Ответникът бил сигурен, че причината е в камионите, а не в неговия продукт.

Адвокатът на ответникът считал, че фактът, че ищецът не може да установи никакъв примес в антифриза или да обясни какво е причинило увреждането, ще бъде фатално за претенцията му и използвал медиатора, за да притисне другата страна с този въпрос.

Адвокатът на ответника: Надяваме се, че ще им обясните, че трудността по този случай за нас се състои в това, че не виждаме никакви доказателства в подкрепа на тяхната теза за причинно-следствена връзка.

Медиаторът: Но ако те намерят доказателства, това би могло да окаже влияние върху преговорната ви позиция?

Адвокатът (с усмивка): Да, а ако не намерят, се надяваме това да въздейства на тях да намалят размера на своя иск.

Медиаторът повдига въпроса по време на своята отделна среща с екипа на ищеца:

Медиаторът: Да предположим, че външен експерт даде заключение, че в антифриза няма чужда субстанция и експертът е надежден... По какъв начин би се отразило това на случая?

Адвокатът на ищеца: Е, това безспорно е проблем. Признаваме, че това е най-слабата част от тезата ни.

Медиаторът: Какъв шанс в проценти бихте дали за признаване на отговорност?

Адвокатът: Петдесет процента.

В края на обсъждането по време на отделната среща екипът на ищеца доверява, че е съгласен, че шансовете му да докаже отговорност са едва 30 до 40 процента.

В този пример, адвокатът на ответника убеждава медиатора да насочи фокуса на ищеца върху този въпрос и така се възползва от факта, че ищецът е по-склонен да се вслуша в медиатора отколкото би бил, ако ответникът директно би поставил този въпрос.

Понякога може да искате да избегнете дадена тема изцяло. Това е много трудно, ако другата страна е решена да я постави за обсъждане, но ако вие можете да убедите медиатора, че обсъждането ѝ ще осуети постигането на споразумение, той би могъл да се съгласи да отложи обсъждането или да го поведе по такъв начин, че да сведе до минимум неговото въздействие.

Представете си, например, че вашият клиент е разгневен от измама, в която обвинява другата страна. Според вас доказателствата са неубедителни, но вашият клиент не иска да се откаже от иска за измама; вбесява го дори самото обсъждане на въпроса. Бихте могли да се обадите на медиатора преди провеждането на медиацията, като го предупредите, че обсъждането на въпроса ще разгорещи вашия клиент и ще осуети напредъка по другите въпроси. Можете да го помолите да убеди другата страна да отложи обсъждането на въпроса относно измамата за по-късен момент през деня, когато вашият клиент може да е по-спокоен.

Да обобщим:

- *Възползвайте се от възможността на медиатора да оказва влияние на дневния ред на въпросите за обсъждане.*
- *Помолете медиатора да фокусира обсъждането върху ключов въпрос или да избягва определен чувствителен въпрос.*

(2) Събирайте и предавайте информация

Събиране на данни. В случая с антифриза адвокатът на ответника има двойна цел: Той използва медиатора, за да окаже натиск по въпрос, който е в полза на неговия клиент и същевременно го моли да „пусне стръв“ за информация: той иска да използва медиацията, за да научи дали ищеца има информация, доказваща причинно-следствена връзка.

Страните обичайно са по-склонни да предоставят информация в процеса на медиация отколкото при традиционните преговори. Те знаят, че е вероятно да стигнат до спогодба посредством медиация и поради това могат да очакват да получат нещо в замяна. Също така е вероятно те да се доверят на медиатора да ги защити от това да бъдат използвани. Ако едната страна възрази срещу даването на „безплатна информация“ на другата страна, медиаторът може да изрази предположение, че ще бъде в полза на тази страна да я представи („Моят опит показва, че за да получи пълномощията да плати това, което ви е необходимо, представителят на застрахователното дружество ще се нуждае от документи, които да покаже на своя началник. Мисля, че е във ваш интерес да им предоставите информацията.”)

Проблемите с информацията възникват най-често между противопоставящи се страни, но не винаги е така; понякога адвокатите се затрудняват да получат информация от своя собствен клиент, тъй като например някой в организацията счита, че те може да бъде обвинен за проблема. Лица, които заедно са ответници по даден случай, понякога също крият информация един от друг в опита да сведат до минимум своя

дял от отговорността за загуби. Понякога медиаторите могат да помогнат на адвоката да убеди своя собствен клиент да представи данни или един от ответниците да сподели информация с друг.

Предаване на информация. Възможно е медиацията да се използва и за по-ефективно предаване на информация. Да предположим, например, че имате силни доказателства, че свидетел на другата страна лъже, но се опасявате, че ако повдигнете този въпрос директно пред вашия опонент, той ще се ядоса. Едната възможност е дадете доказателството на медиатора и да го помолите да го обсъди с другата страна. Представеното по този начин доказателство е по-малко вероятно да бъде незабавно отхвърлено, и дори ако информацията не окаже въздействие на другата страна, фактът, че сте я предоставили, ще концентрира вниманието на медиатора върху този въпрос.

Друга форма на информация е свързана с преговорните намерения на страната. Представете си, например, че ищецът е решил да направи своето последно предложение. Той обаче е притеснен, че неговият опонент ще се обиди, считайки предложението за ултиматум. Адвокатът може да е в състояние да предаде предложението по-ефективно чрез медиатора („Кажете им, че сме го обмислили и 900 е последното ни и окончателно предложение.”) Медиаторът би могъл поне да смекчи съобщението, намалявайки вероятността другата страна да реагира гневно („Те се съгласиха да направят еднократна отстъпка — казват, че са стигнали докрай”) Ако медиаторът е убеден, че предложението наистина е окончателно, той може да каже това, уверявайки получателя, че това не е просто блъф („Говорих с тях в продължение на часове. Човек никога не може да бъде сигурен, но моят усет ми подсказва, че те наистина не могат да слязат под 900.”)

(3) Проучете състоянието и нагласата на насрещната страна

Адвокатите могат да попитат медиатора и за душевното състояние на другата страна. Ако, например, едната страна изглежда развълнувана по време на сесията по откриването, адвокатът на другата страна може по-късно да попита медиатора: „Смит успокои ли се?” Адвокатът би могъл да попита и за процеса на вземане на решения на другата страна: „Ако неговият адвокат препоръчва спогодба, смятате ли, че той ще се вслуша?” или „Необходим ли ни е вицепрезидентът на застрахователното дружество тук лично?”

Адвокатите могат да помолят медиатора и да проучи реакцията на опонента на определено предложение или тактика: „Бихте ли се опитали да разберете дали те биха свалили до шестцифрено число?” или „Смятате ли, че те биха стигнали до €125,000?”

Въпросите към медиатора относно това какво мисли другата страна предизвикват етични и практически проблеми за медиатора, тъй като той

има в определена степен противоречиви роли: Той трябва да запази поверителността на казаното от всяка от страните и същевременно трябва да улесни комуникацията между тях. Фактът обаче, че за медиатора е трудно да отговори на даден въпрос, не означава, че адвокатът не следва да го зададе.

Имайте предвид обаче, че ако помолите медиатора за информация за вашия опонент, медиаторът може да реши, че има разрешение да даде на другата страна същия вид информация за вас. Ако се притеснявате от евентуално „изтичане” на информация в другата стая за отделни срещи, обсъдете с вашия медиатор какво да каже на другата страна за вашата страна. Ако се притеснявате, че може да бъде разкрита деликатна информация, бъдете ясни какво искате да бъде казано. По принцип, полезно е да се помоли даден факт да не бъде разгласяван изобщо отколкото да бъде осъществен контрол върху начина, по който медиаторът представя фактите, които обсъжда. Това обаче не означава, че задаването на въпроси за другата страна не е полезно и структурата на медиацията може да увеличи възможностите ви да направите това.

За да се възползвате от възможността на медиатора да управлява информационния поток:

- *Помолете медиатора да събере информация или да я предаде на опонента.*
- *Попитайте за състоянието и нагласата на другата страна.*
- *Обсъдете с медиатора нещата, които той ще каже на вашия опонент за вас.*

(4) Използвайте поверителността, за да управлявате потока от информация

Медиацията, разбира се, е поверителна процедура. За целите на адвокатите е важно да се осъзнае, че поверителността не е просто една маска, която може да ви защити, но също така и инструмент за повишаване на ефективността на преговорите. Един от начините за постигането на това е да се даде на медиатора информация и да му бъде забранено да я разкрива на другата страна или да му се разреши да разкрие, но само при определени условия.

Предоставяне на информация само на медиатора. Най-общата тактика е да се опишат доказателства пред медиатора, но да му бъде забранено да ги разкрива на другата страна. По този начин адвокатът може да разкрие доказателства, с които да убеди медиатора в силата на своята правна теза без да разкрива информацията на другата страна („Вижте данните, които разровихме за това колко пари е спечелило това „затруднено” дружество през последните три години. Те могат да платят цялата сума, която искаме — но вие не можете да им казвате откъде сме разбрали това” или „Те не изпратиха уведомлението, което се изисква съгласно нашия договор преди

да заведат иска и след един месец ще бъде прекалено късно. Ако въпросът не бъде уреден днес, ще ги разгромим в съда.”)

Представянето от адвоката на „решително” доказателство, със забраната обаче медиаторът да го обсъжда, поставя последния в трудно положение, принуждавайки го да предвиди как другата страна би могла да реагира на информацията. Поради тази причина, медиаторите често се абстрахират от доказателствата, които едната страна не им позволява да обсъждат с насрещната страна. Все пак, недостатъците в предоставянето на информация „единствено за медиатора” са съвсем малко, при условие, че се доверявате на медиатора, че ще я пази в поверителност.

В допълнение към това, фактът, че сте забранили на медиатора да разкрива информация в даден момент от процедурата, не ви пречи да му разрешите да я разкрие в по-късен момент. Понякога адвокатите допускат разкриването на информация при определени условия („Вие можете да им покажете клетвената декларация, но само ако смятате, че това ще означава сключване на сделка”).

Разкриване на информация пред опонента, при условията на поверителност. Адвокатите могат и да разрешат дадено доказателство да бъде представено на опонента им, като обаче използват специалните правила за поверителност, които се прилагат в медиацията, за да ограничат начина на използване на информацията, ако спорът не бъде разрешен в медиацията.

Френски консултант завежда иск срещу американско софтуерно дружество за неплащане за услуги, които е предоставил. Софтуерното дружество отказва да отправи съществена оферта, като претендира, че почти не разполага с пари. Консултантът бил скептичен, но адвокатът му не искал да оказва натиск, защото знаел, че ако софтуерното дружество бъде обявено в несъстоятелност, клиентът му нямало да получи нищо. Той пита медиатора дали би могъл да получи повече информация за финансовото състояние на дружеството.

Когато адвокатът на ответника бива запитан за това, той казва на медиатора, че Главният финансов директор на дружеството, който присъствал на медиацията, разполага с таблица с финансови данни на своя лаптоп, която бил дал на частни инвеститори две седмици по-рано. Медиаторът изразява предположение, че постигането на спогодба би могло да бъде стимулирано, ако ответникът позволи на член на екипа на ответника да прегледа данните.

Адвокатът на дружеството се съгласява при условие, че гостът може да разгледа данните на лаптопа и да задава въпроси на Главния финансов директор, но не и да си прави писмени бележки за наученото. Адвокатът на ищеца влиза в залата за отделни срещи при софтуерното дружество заедно с медиатора, разглежда таблиците,

задава въпроси на Главния финансов директор и се връща да поговори със своя клиент. Половин час по-късно екипът на ищеца дава индикации, че е склонен да приеме намалени плащания във времето, при условие, че плащането бъде обезпечено с интелектуалната собственост на дружеството и случаят бил разрешен на тази основа.

Разрешение за частично разкриване на информация. Повечето адвокати очакват медиатора да разкрие поне някаква част от това, което се случва по време на обсъжданията при отделните срещи. С други думи, опитните адвокати знаят, че медиаторите няма да разкрият чувствителни данни, но те обичайно ще се чувстват упълномощени, отвъд простото повторение на думите на страната, да тълкуват посланието, доколкото това не засяга по неблагоприятен начин страната. Адвокатът на ищеца може да каже на медиатора, например: „800,000 е най-ниското, на което сме съгласни на този етап. Можете да им кажете 800.” Адвокатът знае, че медиаторът ще изтълкува това в смисъл такъв, че може да каже на другата страна, че ищецът сваля претенцията си на €800,000 и също така, че ищецът вероятно ще бъде склонен да отстъпи още, ако ответникът реагира правилно.

Можете да помолите медиатора да предаде тълкувание на вашата позиция, представяйки го като своя оценка на ситуацията без да приписва свои коментари конкретно на вас. Предаването по този начин има две предимства. Първо, слушателят остава в известна степен несигурен дали вие сте изпратили сигнала, което ви дава свободата да го подсилите или да се отдръпнете, в зависимост от реакцията, до голяма степен по начина, по който управляващите в държавата „пускат балони” в пресата. На второ място, фактът, че медиаторът е този, който предлага тълкуванието, прави това тълкувание да изглежда по-малко манипулативно и, поради това, е по-малко вероятно получателят да го остави недооценено, отколкото ако вие бихте изпратили сигнала директно.

б. Оказване на въздействие върху преговорния процес

Адвокатите могат да използват медиацията и за да подобрят своята ефективност при взаимните отстъпки при преговорите. Това може да бъде постигнато независимо дали преговорите се водят състезателно за пари или на базата на сътрудничество с фокус върху творческите варианти. Можете да се възползвате от помощта на медиатора, за да:

- *Подкрепите стратегия за състезателни преговори*
- *Проучите скрити въпроси и творчески варианти*
- *Получите тактически съвети*
- *Предприемете нестандартни стъпки за преодоляване на бариерите*

- *Подобрите своите предложения*

(1) Подкрепа за стратегия за състезателни преговори

Книгите за медиация рядко споменават един важен ефект от процедурата: Тя позволява на преговарящите да използват по-твърди тактики, отколкото биха приложили в директни преговори. Има няколко причини за това. Първо, макар страните да могат да прекратят преговорите и да ги възобновят по-късно, повечето страни са убедени, че ако медиацията се провали, те надали биха могли да възобновят процедурата. В резултат от това, участниците в медиацията не биха били склонни да излязат, дори когато техният опонент прави „обидно“ предложение.

На второ място, медиаторът е там, за да смекчи въздействието на твърдите преговорни тактики, като успокои страната, която е гневна от направеното от опонента. Понякога адвокатите се възползват от това, за да играят ролята на „лошия полицай“, знаейки, че медиаторът инстинктивно ще играе „добрия полицай“, за да запази процедурата.

Превозвач води спор със своя застраховател относно отказа на застрахователя да плати почти един милиард евро разходи, които превозвачът е претърпял поради голям разлив на петрол. Страните се договарят да отидат на медиация. Главният изпълнителен директор на застрахователя се подготвя интензивно за процедурата, възнамерявайки да проведе с адвокатите на превозвача подробно обсъждане на аргументите на застрахователя в защита срещу претенцията.

Когато обаче страните се срещат и Главният изпълнителен директор се опитва да обсъди случая, адвокатът на превозвача казва, че това не го интересува. Той бил изслушал анализа на собствения си екип, и не виждал смисъл да дебатира с Главния изпълнителен директор. По-нататък адвокатът казва, че няма намерение да прави никакви отстъпки докато застрахователят не се съгласи да плати пълния размер, дължим по наречената от него „неоспорима“ част от полицата. Тази сума, според адвоката била 135 милиона евро.

Медиацията се провежда в конферентен център на летище и в преки преговори, най-вероятно, екипът на застрахователя би хванал следващия полет. Адвокатът на превозвача обаче бил уверен, че медиаторът ще отговори на тактиката му като предложи, дори помоли настоятелно, Главния изпълнителен директор да се абстрахира от неприятното отношение на превозвача, да погледне „голямата картина“, да проучи правните рискове и да предложи много голяма парична сума. Именно това се и случило.

След часове разговори, Главният изпълнителен директор влиза в конферентната зала на превозвача, пише „100“ на дъската и си

излиза. Сега идва ред на медиатора да убеди ищцовата страна, че макар сто милиона евро да изглеждали много малко в светлината на иска му, от гледната точка на застрахователя, това била значителна крачка напред. Медиаторът предлага офертата да бъде оценявана като се използва за отправна точка нула, а не първоначалното искане на превозвача. След едновременно обсъждане, превозвачът с неохота се съгласява да продължи процедурата.

Случаят бива уреден месеци по-късно. Повратният момент настъпва, когато адвокатът на превозвача (същият адвокат, който отказал да обсъжда въпросите с Главния изпълнителен директор на застрахователя) моли медиатора да покани Главния изпълнителен директор за среща на четири очи в бара на хотела, където се провежда медиацията. Докато медиаторът и адвокатите чакат в конферентните стаи, питайки се какво се случва, двамата преговарящи договарят сделка.

В този случай адвокатът на ищеца се уповава на това, че присъствието на медиатора и фактът, че двете страни са се решили на медиация ще създадат една стабилна предпоставка за другата страна и комбинира своята преговорна тактика с неучтив жест — отказвайки да изслуша изложението на Главния изпълнителен директор — за подчертае своята готовност да напусне, ако не получи това, което желае. Адвокатът обаче знаел, че медиаторът ще положи усилия да изглади конфронтацията, което би позволило тактиката му да успее.

В края на процедурата, адвокатът на превозвача преобръща своя подход, използвайки медиатора да му помогне да си уреди лична среща със същото лице, към което по-рано проявява неучтиво отношение, обсъждане, което би било много по-трудно за уреждане без съдействието на медиатора.

За да подобрите своята стратегия в състезателните преговори:

- *Използвайте медиатора за смекчаване на въздействието на твърдите преговорни тактики.*
- *Позволете на медиатора или го помолете да убеди вашия собствен клиент да се откаже от нереалистична позиция.*

(2) Прочете скрити въпроси и творчески варианти

Медиаторите могат да бъдат използвани и да помогнат за проучването на неправни въпроси и да подкрепят творчески подходи в преговорите. Хората често губят способността си да мислят творчески, когато попаднат в ситуация на конфликт. Особено ищците имат склонност да се притесняват, че ако споменат интерес, различен от паричния интерес, това би означавало, че не държат на паричните си искания. Медиацията позволява на адвокатите да се възползват от два подхода: могат да настояват на правните си аргументи и да преследват възможно най-добрата парична

сделка, като едновременно искат от медиатора си да проучи интересите в основата на исканията на страните, и творчески условия за решение. Целта е договарянето да се извърши на две нива, едното от които засяга обмена на пари, а другото – останалите приоритети на страните.

Британско дружество инвестиционен консултант, Континентъл Адвайзърс (Continental Advisors), съди голямо дружество за финансови услуги със седалище в Париж, Континентъл Файненшъл СА (Continental Financial SA), което е започнало да предлага инвестиционни услуги на пазара в Лондон под името Континентъл Файненшъл. Британското дружество претендира, че използването на думата “Континентъл” от френското дружество нарушава търговската марка на британското дружество, и води до объркване на клиентите, в частност защото според Британското дружество, финансовата общност неофициално нарича и двете фирми “Континентъл”. Британското дружество иска от съда да забрани на френското дружество да използва името “Континентъл” във Великобритания. Съдията насочва страните към медиация.

Въпреки, че правната теза по спора е фокусирана върху използването на наименованието в Англия, действителните залози са били много по-високи. Британското дружество е имало тайни планове да разшири услугите си в страни от ЕС, в които френското дружество вече е работело. С други думи, за ищеца е съществувала опасност да спечели победа в спора във Великобритания, която френското дружество би използвало като оръжие там, където британското дружество ще е новодошло.

В становището си за медиацията британското дружество претендираше, че единствените въпроси, които имат отношение, са как ще бъде използвано наименованието във Великобритания и размерът на вредите, които следвало да получи като обезщетение. Юрисконсултът на фирмата обаче се обажда на медиатора преди да започне процедурата, за да поиска от него да проучи възможностите за споразумение, което би обхващало използването на наименованието в рамките на ЕС. След три седмици интензивни обсъждания страните постигат основно разбирателство, което им помага да избегнат конфликти във връзка с името в цяла Европа.

За да увеличите възможностите си за договаряне на решения, основани на интересите, поискайте от медиатора да:

- *Проучи търговски, лични и други неправни въпроси, както и правни въпроси.*
- *Търси творчески варианти за решение, докато вие се фокусирате върху правни аргументи и парични искания.*

(3) Получете тактически съвет

Медиаторите обичайно прекарват часове да разговарят с всяка страна, което им дава уникална перспектива за стила на преговаряне на всяка страна и за нейните приоритети във връзка с постигането на разрешение. Като използват медиатора като консултант при преговорите, адвокатите могат да достигнат до такава информация.

Припомнете си описания по-горе случай за възрастната туристка, която пада по стълбите на замък, и вследствие на това настъпва смъртта ѝ. Застрахователят на туристическата агенция прави първо предложение в размер на €20,000. Адвокатът на ищеца отговаря, че докато ответникът не предложи сума от “шест цифри или близка до нея,” няма да обмисля отстъпка от първоначалното си искане от €650,000. Медиацията се отлага без да се постигне напредък.

Консултантът на ответника иска от медиатора да участва в телефонен разговор с представител на застрахователя на туристическата агенция, който не е присъствал на първата сесия по медиация. Медиаторът споделя впечатленията си по случая, и обяснява защо смята, че би било разумно дружеството да плати повече от €100,000, за да се постигне споразумение. След няколко разговора адвокатът на ответника се обажда на медиатора и съобщава, че има пълномощия да повиши първоначалното си предложение и да се споразумее в рамките на €150,000 до €175,000. Той не е сигурен обаче какво би следвало да бъде следващото му предложение; изразява желание да отговори на искането на ответника, но не желае да повишава изкуствено очакванията.

Адвокатът на ответника моли медиатора да участва в разговор с представител на застрахователното дружество - негов клиент, и те обсъждат въпроса. Медиаторът казва, че вижда два варианта: или предложение от €70,000 до €80,000, въз основа на теорията, че това би било “близо” до €100,000, или предложение от точно €100,000, като следващата отстъпка би била по-скромна, така, че ищецът да осъзнае, че ответникът вижда сумата единствено като малка шестцифрена сума.

Медиаторът предлага да се използва варианта със €100,000 и предлага да каже, че ответната страна е имала намерение да започне от ниво под тази сума, но неохотно се е съгласил да предложи по-висока сума по настояване на медиатора. Ако предложението би било по-ниско, той би акцентирал, че, макар, че сумата е под €100,000, медиаторът смята, че има възможност сумата да бъде значително увеличена, ако ищецът намали искането си. Адвокатът решава да предложи €100,000 като знак за добросъвестност, и спорът се разрешава за сумата от €190,000.

Проблемът конкретно в този случай е бил, че случаят скоро е бил прехвърлен от застрахователното дружество на нов служител, който не е преценил правния риск за туристическата агенция, както и динамиката на преговорната ситуация. Адвокатът на ответника изразява положително отношение към увеличаване на предложението на дружеството на €100,000, но не е могъл да убеди представителя на застрахователя да го овласти да направи сам това. В директни преговори застрахователят вероятно би отказал да направи второ предложение, докато ищецът не направи отстъпка, което би довело до ситуация на задънена улица. В медиацията обаче, адвокатът е бил в състояние да използва помощта на медиатора, първо, за да убеди клиента си да се съгласи на предложение с по-голяма стойност, и след това, за да оформи новото предложение по начин, който да защити преговорната позиция на застрахователя.

(4) Подобрете предложенията си

Авторство. Опитните адвокати инстинктивно разбират “реактивното обезценяване”— идеята, че всяко предложение на опонента се посреща с подозрение, но същото предложение, направено от неутралния медиатор, е много вероятно да бъде разгледано с уважение. За да се възползват от това, добрите адвокати понякога се стремят да убедят медиатора да “възприеме” тяхното предложение като негово собствено, или поне да подкрепи предложението на адвоката като разумно. Ето един пример в тази насока:

Във филмирания експеримент, описан по-горе, в който става дума за иск на строително дружество, което претендира, че доставчикът му е нанесъл вреди на камионите му с дефектен антифриз, адвокатът на ответника иска да избегне предлагането на парична оферта, и вместо това предлага ответникът да предостави на ищеца отстъпка при закупуването на дизелово гориво за камионите му, като твърди, че това би било много ценно за ищеца.

Проблемът в този случай е, че ищецът е предявил искане за €1.5 милиона, а в отговор ответникът не предлага никаква парична сума. Медиаторът посочва, че ищецът най-вероятно ще се ядоса, ако ответникът направи предложение, което не включва парична сума.

Медиатора: Споменах ви, че ищецът има готовност да промени значително първоначалното си искане. Той ми даде изричното си разрешение да ви кажа, че... Но ако сега се върна при него и кажа, “Те искат да ви дадат отстъпка, но . . . това е всичко,” мисля, че те ще се ядосат ...

Външен консултант: Не мисля, че трябва да го формулирате по този начин. Защо не кажете, че сте решил, че не е било ползотворно да говорите за това колко евро бихме платили, за да се споразумеем — а, че вие излизате с предложение за програма за отстъпки?

Медиатора: Добре...Трябва да помисля как ще го формулирам....

В този случай медиаторът отказва да каже, че той е предложил идеята за отстъпки върху бъдещи покупки на дизелово гориво, вероятно поради съображението, че ако направи това, то би накърнило доверието на ищеца към него. Но адвокатът на ответника не се притеснява да поиска от медиатора да поеме отговорност за предложението му, и по-късно, като добавя малка парична сума към програмата за отстъпки, адвокатът получава отлично споразумение за клиента си.

Подкрепа. Ако не можете да убедите медиатора да представи едно предложение като свое, друг вариант е да го помолите да го подкрепи. Бихте могли например да помолите медиатора да каже на опонента ви, че той смята последното ви предложение за “разумна стъпка напред.” Друг вариант е да предложите да увеличите отстъпката, ако медиаторът подкрепи разумността на предложението и поиска от другата страна съответна отстъпка от нея (“Ако мога да убедя клиента си да предложи ‘Х,’ бихте ли се съгласили да кажете на ищеца, че смятате, че това е значителна стъпка напред и да поискате от него да промени искането си на ‘У’?”)

За да се възползвате от неутралността на медиатора:

- *Поискайте от медиатора да представи като свои даден аргумент или предложение.*
- *Поискайте от медиатора да подкрепи идея или предложение като заслужаващи да бъдат обмислени.*
- *Намекнете, че клиентът ви ще направи по-добро предложение, ако медиаторът го подкрепи.*

(5) Възползвайте се от гъвкавостта на медиатора

Медиаторите нямат основание да се безпокоят за поддържането на достойнство като съдия или за показването на твърдост като съдебен адвокат. В резултат на това те имат повече свобода да предприемат необичайни стъпки за постигането на споразумение. Медиаторите обаче не винаги знаят кои обстоятелства блокират пътя към споразумението. Затова, когато адвокатите се натъкнат на скрити бариери пред споразумението, те следва да информират медиатора, и ако е необходимо да подтикнат медиатора да поеме необичайни роли, които варират от “посланик” до “изкупителна жертва.”

Брат и сестра, Силвио и Лиана, се борят за бизнес империята на починалия им чичо. Силвио раздразва всички в първия ден на медиацията, като прави предложения, и впоследствие, след като медиаторът ги е представил на представителите на Лиана, Силвио

обявява, че е размислил и не би могъл да направи съответната отстъпка. Това разгневява сестра му и обърква медиатора.

Адвокатът на Лиана смята, че това, което се е случило, е, че Силвио се е обаждал на жена си, която е счетоводител в местен магазин, всеки път, когато медиаторът е излизал от залата, и съпругата му му е казвала, че е глупаво да прави каквито и да е отстъпки. След като първият ден завършва с всеобщо раздражение, адвокатът предлага медиаторът да разговаря със съпругата на Силвио, преди да подновят процедурата на следващия ден.

Рано на следващата сутрин медиаторът посещава съпругата на Силвио в нейния офис. Той изслушва как тя през сълзи му обяснява как със съпруга ѝ са били “изолирани” от семейния бизнес от снаха ѝ. След като съпругата се успокоява, медиаторът забелязва колко важно е съпругата да участва в медиацията, която би се отразила сериозно на семейството ѝ. Той я кани да шофира с него до Центъра за медиация.

В присъствието на съпругата си, която да го съветва, Силвио става много по-решителен. Случаят бива разрешен с многогодишно споразумение, съгласно което двойката позволява на Лиана да закупи техните акции за срок от 5 години, а Лиана се съгласява да обезпечи плащането с акции във фирмата.

Нестабилният баланс по сделката почти рухва, обаче, защото съпругата на Силвио не вярва, че Лиана ще спази споразумението. За да се справи с това опасение, адвокатът на Силвио предлага, в случай на възникване на какъвто и да е спор, медиаторът да бъде назначен да го арбитрира, като използва осведомеността си за намеренията на двете страни. Адвокатът на Лиана се съгласява и процедурата по медиацията продължава.

Медиацията по този спор почти сигурно би се провалила, ако адвокатът на Лиана не беше предупредил медиатора за проблема, създаден от отсъствието на съпругата на Силвио, и ако не беше направил необичайното предложение за това как да подходи медиаторът към тази ситуация. При приключването на случая адвокатът на Силвио прави предложението медиаторът да поеме ролята на арбитър, което прави възможно прилагането на договореното споразумение. Медиаторите могат да бъдат помолени да поемат и не особено приятни роли, например на “изкупителна жертва” при трудни решения.

Адвокат на ответната страна смърря медиатора пред клиента си за “погрешно представяне” на отстъпка пред другата страна. Всъщност той е казал на медиатора в отделна среща да направи предложение, но сега клиентът му се е разстроил от това. Медиаторът се извинява за недоразумението и се съгласява да каже на другата страна, че по погрешка е съобщил за отстъпката.

Като прави предложението и след това кара медиатора да го оттегли, обаче, адвокатът на ответника изпраща сигнал на другата страна, че клиентът му може да е гъвкав. Този ход помага за излизането от задънената улица и случаят е разрешен. Няколко месеца по-късно същият адвокат, който критикува медиатора, го моли за помощ по друг случай.

Поемането на обвинения, дори нечестни, е част от длъжностната характеристика на медиатора. За да използвате тази гъвкавост:

- *Предупредете медиатора за скритите въпроси, и ако е необходимо предложете на медиатора да използва нестандартни техники, за да се справи с тези скрити въпроси.*
- *Ако е необходимо, използвайте медиатора като изкупителна жертва за труден компромис.*

в. Преодоляване на блокажи

Медиаторът може да помогне и да бъдат преодолените ситуации на задънена улица, като:

- *Подновява преговорите с нов подход*
- *Въздейства на нереалистичен опонент или клиент*
- *Поема контрола върху преговорния процес*
- *Предлагане по-ефективен метод за разрешаване на спора*

(1) Подновяване на преговорите с нов подход

Най-важното качество на медиатора при изпадане в ситуация на задънена улица при договарянето, е твърда решителност—готовността да продължи напред. Точният медиатор ще покаже това качество пред лицето на обезсърчението. Ако медиаторът не го направи, можете да настояте да продължи да постои; по-долу са посочени предложения как да направите това. Отделно от тази категорична решителност, медиаторите могат да приложат разнообразни техники, когато страните попаднат в задънена улица.

Повечето техники за преодоляване на ситуации на задънена улица изискват двете страни да се съгласят да участват в тях. Това ви позволява да преговаряте с медиатора за използването на метод, който най-много би благоприятствал вашия клиент. Ще се фокусираме върху три тактики, които медиаторът би могъл да използва: Въпроси от типа на “Какво би станало, ако?”, промяна във формата, и “доверен слушател.”

Какво би станало, ако? (“Какво би станало, ако бих могъл да ги убедя да се съгласят на един милион?”) е привлекателна тактика за медиатора, защото насърчава страните да мислят за компромис, като в същото време дава на медиатора нова информация. И ако един въпрос не успее, то медиаторът може да опита отново (“Ако един милион не ви се струва

приемлив, какво би станало, ако мога да ги убедя за 1,2 милиона?”). Ако медиаторът задава въпроси от типа “какво би станало, ако”:

- Първо преценете дали изобщо искате медиаторът да използва техниката.
- Ако е така, поемете инициативата да предложите сума, благоприятна за вас (“Ако можете да ги убедите за 1.5 милиона, ще сме отворени за придвижване напред...”)
- Ако медиаторът предложи определена сума, обмислете договаряне над нея (“Не сме съгласни с 1.2 милиона. Ще трябва да се съгласят най-малко на 1.5”).
- Алтернативно, можете да проучите чрез медиатора доколко е убеден, че другата страна ще се придвижи напред—с други думи, колко хипотетична е посочената от него сума?

Промени във формата. В ситуация на задънена улица медиаторът може да обяви временно прекъсване на работата, да насрочи среща в друг ден, или да “държи страните притиснати до стената” като ги помоли да останат до късно вечерта (страните могат разбира се да си тръгнат във всеки момент, но ако го направят, рискуват процедурата да приключи). Друг вариант е медиаторът да промени комбинацията от участници в обсъждането, например като събере заедно хората от двете страни по групи (изпълнителен директор с изпълнителен директор, и т.н.).

Важен въпрос, който един адвокат трябва да обмисли, е: Какъв е най-добрият процедурен ход за клиента ми в този момент? Да отложим срещата за следващ път или да продължим да упражняваме натиск? Да останем разделени в отделни срещи или да се срещнем всички заедно в обща среща? Ако е така, кои участници да се срещнат? Лобирайте за варианта, от който смятате, че вашият клиент ще спечели най-много, независимо дали медиаторът го е предложил или не. Ако не смятате, че една тактика ще бъде полезна, дайте на медиатора ясен знак за това.

Преценка на размера на разликата между страните. Ако страните са попаднали в задънена улица в преговорите, защото са заели нереалистични преговорни позиции, медиаторът може да опита да оцени реалната разлика между страните чрез процедура, която се нарича “доверен слушател.” Когато използва тази техника, медиаторът би казал следното:

“Вашите предложения се разминават с един милион евро, но мисля, че сте значително по-близо един до друг. Нека опитаме следното. Ще помоля всеки от вас да ми даде предложение, което наричам ‘предпоследна сума’— предложение, което е една стъпка преди най-крайното, до което бихте стигнали, за да разрешите съществуващия спор.

“Няма да разкривам на никоя страна сумата, посочена от другата. Вместо това ще събере адвокатите ви и ще им дам устна преценка на

разликата между вас—оценка, която не обвързва никой от вас. Ще се върна след няколко минути, за да попитам за предложенията ви за суми.”

Ако страните се съгласят да бъде използвана тази процедура, при изслушването на сумите, предложени от тях, медиаторът може да каже например: “По-близо сте, отколкото разходите, които бихте дали за съдебно разрешаване на спора, така, че определено си струва да продължите това обсъждане” или “Все още има голяма разлика в исканията ви. Ако някой не промени гледната си точка за това колко би му струвало решаването на спора в съда, ще ви бъде трудно да е споразумеете.”

Имайте предвид, когато участвате в тази процедура на “доверения слушател”, че медиаторите обикновено не очакват тази тактика да разреши случая. Вместо това целта е да се даде на страните по-добра преценка за реалната разлика между тях и какво трябва да се предприеме като следваща стъпка. Какво би трябвало да кажете на медиатора, който играе ролята на доверения слушател? Обикновено бихте искали да кажете сума, която е достатъчно оптимистична за постигането на благоприятен компромис, но и достатъчно разумна, за да мотивира другата страна да продължи.

Освен ако не сте в необичайната ситуация, при която медиаторът посочва, че иска окончателното ви предложение за сума *и вие вярвате, че той действително има предвид това*— не давайте на медиатора действителното си окончателно предложение, защото тогава медиацията може да приключи, освен ако двете суми не са достатъчно близки или съпоставими. Ако дадете действителното си окончателно предложение, това ще ви постави в неблагоприятна позиция по-късно в процедурата, когато страните бъдат приканени да направят допълнителни отстъпки, и може да доведе до това клиентът ви да загуби опциите си за гъвкавост твърде рано.

Има вариант да помолите медиатора за откровена преценка за това какво трябва да правите, за да продължи напредъка в процедурата, но следва да правите това само, ако вярвате на медиатора, тъй като медиаторът има интерес всяка от страните да направи голяма отстъпка.

(2) Въздействие върху нереалистичен опонент или клиент

Страните могат да изпаднат в задънена улица и защото нямат реалистична преценка за силата на тяхната теза. Съдебните адвокати обикновено могат по-добре да прогнозират какво би се случило в съда, отколкото клиентите им, защото са професионалисти и е по-малко вероятно да са лично ангажирани в спора. Но дори когато адвокатът има реалистична преценка за спора, той често среща затруднения да приземи прекалено оптимистичната оценка на клиента си без да изглежда нелоялен. Възможен начин да избегнете това е да помолите медиатора да оцени случая.

Медиаторът може да поднася лоши новини—че тезата ѝ не е толкова добра, колкото страната смята, или дори колкото адвокатите може да са предполагали преди. Когато предоставят на медиатора да поеме ролята на “адвокат на дявола” адвокатите могат да продължат да действат като героите на клиента, като понякога дори могат да спорят с медиатора, за когото те знаят, че е коректен.

Адвокатите могат да използват оценките на медиатора като щит, с който да избегнат критиката, или като изкупителна жертва за трудни решения (“След като медиаторът оцени вредите в този размер, беше невъзможно да се убеди адвоката на ответника да даде повече!”) Когато адвокат се обърне към медиатора по време на обсъждане и попита “Какво мислите вие по случая?” или спре медиатора в коридора, за да предложи да даде на клиента му преценката си по правен въпрос, медиаторът следва да знае, че той бива привлечен в трудната задача да въздейства върху клиента като му дава информация и да го насочва.

Дори когато адвокатите не поискат оценка, обаче, търговските медиатори могат да поемат инициативата и да предложат такава. Това може да стане във всеки етап от процедурата, но ако страните попаднат в задънена улица медиаторът по-вероятно би дал твърда или “глобална” оценка. Медиаторът може да посочи конкретен процент на шанса за успех по даден въпрос (“50 до 60 процента шанс за доказване на отговорността”) или обща сума по случая (“Пред този конкретен арбитражен състав, решението вероятно би било между €500,000 и €700,000”).

Следва ли да искате оценка? Когато разглеждате въпроса за евентуална оценка от медиатора, първото предизвикателство, пред което се изправяте, отново е да решите дали изобщо искате такава оценка. Задайте си два въпроса:

- Основната пречка пред разрешаването на случая свързана ли е с разногласия по правните основания? Или истинският проблем са интензивни емоции, разногласия между клиента и адвоката, или нещо друго? Ако проблемът не е правен по същността си, оценката би била безсмислена.
- Ако медиаторът ще прави оценка, сигурни ли сте, че това ще помогне? Ако не сте, обмислете възможността да опитате да разберете това в лична среща с медиатора преди той да обяви оценката си.

След като сте решили да поискате оценка, следващият въпрос е как да структурирате процеса на оценка. Въпросите, които следва да се зададат са подобни на тези, които медиаторът трябва да разгледа, но има разлики, които произтичат от ролята ви: Медиаторът е фокусиран върху излизане от задънената улица, докато вие искате да излезете от заплетената ситуация, но също и да получите най-добрия възможен резултат.

Дали да използвате външен оценител? Един от въпросите е дали оценката следва да бъде извършена от медиатора или от външно лице. На теория има предимства оценката да бъде извършена от външно лице, но на

практика адвокатите рядко избират да включат лице, различно от медиатора, освен при големи и сложни спорове. За да получат мнението на външно лице, страните трябва да отложат срещата, да се договорят за ново лице, и да му дадат указания, което изисква значително повече време и разходи, както и рискът страните да не могат да се договорят за оценител. Поради тези причини адвокатите почти винаги молят медиатора да извърши оценка.

Кое следва да бъде предмет на оценка? Адвокатите следва да обмислят кои въпроси искат да бъдат оценени. Трябва да устоите на желанието да поискате оценка на "спора". Често не е необходимо да се прави глобална оценка ("Този иск е на стойност 500,000 евро"), и такава оценка има сериозни недостатъци. Например, когато медиаторът казва, че един спор е на стойност "х," страните няма да са склонни да дадат повече или да приемат по-малко, от тази сума, което ще направи оценката равностойна на окончателно предложение за двете страни.

Трябва да се има предвид, че целта на оценката на медиатора, е просто да се преодолее заплетена ситуация в преговорите. Ако мислим за такава заплетена ситуация като за еквивалента на попадане на задънена улица в преговорите, оценката на медиатора би била като камион, който издърпва колата обратно на пътя, но няма за цел да я отведе до крайната ѝ цел. Поради това оценителното "изтегляне" трябва да бъде възможно най-кратко. Ако има конкретно разногласие, което поддържа ситуацията в задънена улица, то оценката единствено на този конкретен въпрос вероятно ще се окаже достатъчна, за да върне страните отново на пътя към споразумението.

Въпросът тогава е: Кой аспект на спора искате да бъде оценен? Отговорът лежи във вашата преценка за причините за задънената улица. Те могат да са например, че разногласието възбужда спор, за който адвокатът знае, че ще го загуби, но го води, за да угоди на клиента си. Ако повдигнете даден въпрос по причина, различна от правни основания, обикновено няма да искате този въпрос да бъде оценяван и следва да дадете ясен знак за това на медиатора.

Колко конкретно да бъде мнението? Добрите медиатори гледат на оценката по-скоро като на спектър от интервенции, отколкото като на отделно събитие. Те по-често разчитат на своя тон на гласа и избор на думи, с които да предадат мислите си, отколкото на изрични изявления. Вероятно знаете по-добре от медиатора от каква степен на конкретност и какво ударение има нужда клиента ви в определен момент от процедурата. Ако, например клиентът ви не е готов да чуе пълната истина, помолете медиатора да бъде дипломатичен и евентуално да избегне някои въпроси. Друг вариант е някои съдебни адвокати да имат нужда да бъдат притиснати; ако е така, кажете на медиатора. Поръчването на точната оценка може да се разглежда като поръчване на ястие. Шансовете да получите точното блюдо са по-големи, ако посочите точно какво искате, отколкото ако оставите избора на главния готвач.

Каква информация следва да прегледа медиаторът? Следващият въпрос е каква информация следва да прегледа медиаторът при извършването на оценката. Имайте предвид, че както беше споменато по-рано, медиаторите трябва да формулират становищата си въз основа на указанията и документите, наблюденията си върху участниците в медиацията, и общите си познания и опит, и в резултат от това доказателствата и хората, които медиаторът лично наблюдава, обикновено имат по-голямо въздействие върху становището му, отколкото доказателствата, за които само е чул. Поради това, ако искате медиаторът да оцени пълната тежест на един свидетел или документ, дайте му документа и му позволете да наблюдава човека директно.

Погрижете се да осигурите медиаторът да разгледа ключовите ви доказателства преди да стигне до заключение. Медиаторът може да не изчете всички документи, които са му дадени от страните; медиаторите често получават дебели купове с документи преди медиацията и не могат да предвидят кое ще се окаже важно в хода на процедурата. Заетите медиатори преглеждат набързо обемните материали, като чакат в процедурата по медиация да се изясни кои са важните моменти. Освен това медиаторите не са склонни да правят прекъсвания по средата на медиацията, за да четат дълги документи и да загубят набраната инерция.

Организирайте доказателствата, които давате на медиатора по-добре, отколкото бихте го направили за съдията. Ако имате важни документи или решения, донесете копия от тях на медиацията и подчертайте ключовите параграфи. Ако искате медиаторът да се срещне със свидетел, доведете го в залата при вашата отделна среща. Ако медиаторът бива подпомаган, е много по-малко вероятно да достигне до негативно заключение.

За да използвате оценката ефективно:

- *Преди да попитате за оценка, преценете дали основната причина за изпадането в заднена улица в медиацията се дължи на разногласие по правни въпроси.*
- *Определете въпросите и степента на конкретност, които искате да бъдат взети предвид при оценката.*
- *Насочете медиатора към ключовите доказателства и го улеснете при обработването им.*
- *Изберете медиатор, който използва оценка рядко, но е готов да даде специфична обратна информация, ако е необходимо.*

(3) Подтикване към решение

Когато преговорният процес приключи и не може да бъде възобновен, може все още да е възможно да се получи съгласие чрез “последно и окончателно” предложение. Има два начина, по които адвокатът може да организира такъв сценарий. Единият е самият той да оформи предложението; другият е да помоли медиаторът да го направи.

Последно и окончателно предложение от страна. Ако някоя от страните даде последно и окончателно предложение, тя поема риска

другата да го отхвърли, било то поради гняв, заради проявеното към нея незачитане, или просто поради обезценяването му. Можете да избегнете някои от негативните реакции на такова предложение като помолите медиатора да го съобщи.

- Помолете медиатора да обясни, че вие искрено вярвате, че предложението е разумно (не е необходимо насрещната страна да е съгласна с вас; самият факт, че вие смятате предложението за разумно, ще помогне то да изглежда в по-малка степен като ултиматум).

- Предложете медиатора да акцентира пред другата страна, че предложението е излязло от вас едва след като медиаторът ви е притиснал сериозно да дадете най-доброто предложение—с други думи предложението не е ултиматум от вас, а по-скоро отговор на ултиматум от медиатора.

- Разберете се с медиатора да постави срок за разглеждане на предложението ви.

- Предложение на медиатора. Друг вариант е да позволите на медиатора да направи “предложение на медиатора” на двете страни. Като прави това:

- Медиаторът предлага конкретни условия за споразумение.

- Всеки съдебен адвокат трябва да каже на медиатора в личен разговор дали може да се съгласи с предложението, ако допусне, че другата страна също би се съгласила с него.

- Условието трябва да бъдат приети безусловно; страните не могат да “приемат частично” като променят някои условия и след това да приемат предложението. Например, “Ще приемем, но гаранцията трябва да бъде три години, не две” ще бъде възприето като отказ.

- Всяка страна трябва да отговори без да знае отговора на другата.

- Ако една от страните отхвърли предложението, никога няма да й бъде дадена информация дали опонентът ѝ го е приел.

Предложенията на медиатора имат недостатъка, че медиаторът, а не страните, решава какви да бъдат условията на споразумението. От друга страна такива предложения дават на страните възможност да постигнат цялостно разрешение с една единствена отстъпка. Освен това те имат уверението, че ако опитът не успее, другата страна никога няма да разбере, че те са били готови на компромис. Предложението на медиатора освен това освобождава страните от “водното мъчение” да правят една след друга отстъпки без да знаят дали някой от тези ходове ще доведе до разрешение на спора, и със страха, че относителната им оправданост ще бъде използвана от техния опонент.

Накрая, предложенията на медиатора дават възможност на страните да поставят отговорността за труден компромис върху външно лице (“Това не беше наша идея, а на медиатора”), отново използвайки медиатора като изкупителна жертва. Въз основа на опита на автора предложенията на медиатора са успешни в най-малко две трети от случаите.

Понякога адвокатите могат да се намесят, за да повлияят на

съдържанието на такова предложение. Предположете, например, че един адвокат разбере, че медиаторът се готви да направи предложение. Адвокатът може да поеме инициативата и да намекне, че ако предложението на медиатора съдържа определени условия, клиентът му би могъл да се съгласи с него (“Ние отхвърляме тяхното предложение за €400,000, но ако вие направите предложение за €450,000, бих се опитал да убедя клиента ми да го приеме.”) Медиаторът не трябва да оказва специално влияние на никоя от страните, когато формулира предложението, но идеята да се започне с един глас “за” в джоба може да бъде привлекателна, и медиаторът може да покаже готовност да промени леко предложението си, ако адвокатът му даде знак, че това ще осигури приемането му от него и от клиента му.

Дори ако предложението на медиатора не успее, това не е краят на процедурата. Добрите медиатори просто продължават напред (“Ако не приемете това, какво бихте приели?” или “Каква информация трябва да видите, за да промените мнението си”). Имайте предвид това, независимо дали сте отговорили на предложението положително или отрицателно.

За да се възползвате максимално от техниките на медиатора за преодоляване на ситуация на задънена улица:

- *Ако медиаторът изглежда готов да спре, насърчете го да продължи.*
- *Помолете медиатора да използва, или да избягва, определени тактики.*
- *Преди да отговорите на дадена тактика, преценете как вашият отговор ще се отрази на последващите преговори.*

(4) Искане за допълнителни усилия

Предположете, че спорът ви не се разреши на сесията по медиация. Добрият медиатор ще се свърже със страните след това, за да направи опит да продължи процедурата за постигане на споразумение. Някои медиатори обаче не поемат инициативата за това, било защото не смятат, че е подходящо, било защото вниманието им е ангажирано с други въпроси. Ако клиентът ви би спечелил от продължаване на усилията за разрешаване, а медиаторът ви не поема инициативата, подтикнете го да направи това.

Изобретател съди дружество за патентно нарушение. Дружеството наема правна фирма да го представлява, но е било наясно, че таксите за експертизи биха довели до високи разходи за съдебното производство и междувременно не би имало чисти права на интелектуална собственост. Адвокатите на дружеството предлагат медиация на ранен етап, изобретателят се съгласява, и страните избират пенсиониран съдия за медиатор.

В края на първия ден ответникът предлага почти четири милиона евро, но ищецът отказва да приеме предложението. Медиаторът

казва, че страните са имали твърде големи различия, и е време да признаят неуспеха. Адвокатът на дружеството предлага обаче различен подход. Той моли медиаторът да предложи на страните да спрат срещата в момента и да се срещнат отново след седмица. Той също моли медиатора да предложи на ищеца да помисли какво би правил с €4 милиона, ако бяха депозирани по банковата му сметка.

Спорът се разрешава следващата седмица при сума, близка до предложението на дружеството.

Понякога не е възможно да се постигне споразумение, въпреки максималните усилия на медиатора. Дори тогава медиаторът може да помогне, като помогне на консултанта да изработи план за по-ефективна процедура по присъждане на решение. Медиаторът може например да подпомогне преговорите, за да бъде подготвен план за ефективно арбитражно или съдебно производство. Когато не се постигне споразумение, за да се възползвате от уменията на медиатора:

- *Предложете на медиатора да се свърже отново със страните и да проучи дали е възможно постигането на по-нататъшен напредък по разрешаването на спора.*
- *Помолете медиатора да подпомогне ефективна процедура по присъждане на решение.*

В заключение

Медиацията е активна процедура, която може да варира неограничено. Добрите адвокати знаят, че медиаторът може да им помогне да договорят по-ефективно и поемат инициативата да искат помощ от медиатора. По този начин те могат да постигнат по-добри резултати за своите клиенти.