

Komentarz: W zależności od okoliczności sprawy, celowe może być przygotowanie instrukcji negocjacyjnej na odpowiednim etapie rozwiązywania sporu. Zwłaszcza w przypadku sporów skomplikowanych, wieloroszczeniowych przygotowanie bardziej szczegółowej instrukcji negocjacyjnej może być uzasadnione dopiero po zakończeniu wstępnej fazy negocjacji, która pozwoli urealnić cele i planowane postąpienia.

Poniższy szablon ma na celu zarysowanie podstawowych elementów, które zawiera instrukcja negocjacyjna w kontekście funkcji, jakie dokument ten pełni. By zwiększyć przydatność szablonu, posłużono się w nim **przykładami hipotetycznych** wzajemnych roszczeń kontraktowych. Projekt instrukcji musi zostać każdorazowo dostosowany do okoliczności konkretnego sporu. Wskazane w nim przykładowe dane muszą zostać każdorazowo odpowiednio zmodyfikowane lub uzupełnione. Wartości liczbowe, cele negocjacyjne i poziomy negocjacyjne (postąpienia) mają znaczenie poglądowe i mają na celu jedynie zobrazowanie metodyki konstruowania instrukcji i strategii negocjacyjnej.

Instrukcja negocjacyjna dla A w mediacji pomiędzy A i B, prowadzonej na podstawie *umowy o mediację* *.../skierowania Sądu ... do mediacji*

I. ZESPÓŁ NEGOCJACYJNY

W skład zespołu negocjacyjnego reprezentującego A w toku mediacji (Zespół Negocjacyjny), upoważnionego do prowadzenia rozmów ugodowych, wchodzi:

1) ... (Przewodniczący)

Komentarz: Przewodniczącym (liderem) zespołu negocjacyjnego powinna być to osoba odpowiednio umocowana, która co do zasady prezentuje stanowisko strony w toku negocjacji (i jest wspierana przez pozostałych członków zespołu).

2) ... - dyrektor ...

W negocjacjach wartość dodaną stanowi połączenie wiedzy co do kluczowych dla sporu okoliczności faktycznych i specjalistycznych oraz wiedzy prawnej.

3) ... - radca prawny w ...

4) ... - *radca PGRP*
(w charakterze doradcy prawnego)

Prokuratoria może wspierać jednostki reprezentujące Skarb Państwa oraz osoby zastępowane w ramach polubownego rozwiązywania sporu jako doradca prawny.

II. PRZEDMIOT MEDIACJI

Komentarz: W tej części należy opisać wszystkie roszczenia, które są objęte mediacją, wskazując zwięźle ich podstawy faktyczne i prawne, a także wysokość wraz z należnościami ubocznymi (zwłaszcza odsetkami). Mediacja mogą być objęte zarówno roszczenia dochodzone w postępowaniu sądowym jak i takie, które nie zostały skierowane na drogę sądową, zwłaszcza, jeżeli wszystkie wynikają z tego samego stosunku prawnego, np. umowy. Przedmiot mediacji wymaga uzgodnienia przez wszystkie strony sporu uczestniczące w mediacji.

Przedmiotem mediacji są następujące roszczenia: ...

Przykład:

Przedmiotem mediacji są opisane niżej wzajemne roszczenia A, zwanego dalej Zamawiającym i B zwanego dalej Wykonawcą (łącznie jako Strony), wynikające z umowy [data, przedmiot], zwanej dalej Umową.

Pomiędzy Stronami toczy się aktualnie postępowanie przed Sądem ..., sygn. akt ..., którego przedmiotem jest roszczenie o zapłatę kary umownej z tytułu zwłoki, którego wysokość wynosi ... (należność główna), wraz z odsetkami ustawowymi, które na dzień ... wynoszą

Dodatkowo B doręczył A wezwanie do zapłaty należności z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe polegające na ... w wysokości ... wraz z odsetkami ustawowymi, które na dzień ... wynoszą Należność ta jest kwestionowana przez Zamawiającego. Z uwagi na charakter tej należności, spór co do niej został objęty mediacją wraz z ww. roszczeniem dochodzonymi w procesie sądowym, na podstawie zawartej przez Strony umowy o mediację.

III. PODSUMOWANIE RYZYK W PRZYPADKU DOCHODZENIA ROSZCZEŃ NA DRODZE SĄDOWEJ

Komentarz: Cel mediacji, strategia negocjacyjna i możliwe ustępstwa powinny być powiązane z oceną tzw. ryzyk procesowych, czyli analizą szans na uzyskanie korzystnego dla strony rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym albo arbitrażowym. Szczegółowość tej analizy zależy od okoliczności i etapu sporu. Już na etapie wszczęcia mediacji podmiot publiczny powinien rozważyć, jaki byłby prawdopodobny wynik postępowania sądowego (arbitrażowego) co do roszczeń objętych sporem. Kluczowym aspektem tej analizy jest ocena zasadności spornych żądań – co do zasady i co do wysokości. Chodzi tu zwłaszcza o zobiektywizowaną ocenę faktów kluczowych z punktu widzenia przedmiotu sporu (np. przyczyn opóźnienia, z którym powiązane są wzajemne roszczenia stron) i ich ocenę prawną przy uwzględnieniu potencjalnych zarzutów i twierdzeń drugiej strony (np. żądania miarkowania kary umownej) – zob. szerzej w **Załączniku nr 4** do Rekomendacji.

Wstępna analiza dokonywana na etapie podjęcia rozmów ugodowych powinna być aktualizowana przy uwzględnieniu przebiegu negocjacji i nie zastępuje oceny, o której mowa w art. 54a u.f.p. sporządzanej w odniesieniu do wynegocjowanych, konkretnych warunków ugody.

Jeżeli analiza podstawowych okoliczności faktycznych i prawnych ujawnia ryzyko niekorzystnego rozstrzygnięcia sporu przez sąd przynajmniej w znacznej części, podjęcie próby polubownego rozwiązania sporu będzie najczęściej uzasadnione.

Zwięzły opis ryzyk procesowych dotyczących roszczeń objętych mediacją: ...

Przykład:

III.1. Roszczenie dochodzone przez A o zapłatę kary umownej

Kluczowe ryzyka procesowe: średnie ryzyko uznania, że opóźnienie częściowo – co najmniej w okresie od ... do ... - nie było zawinione przez B, wysokie ryzyko miarkowania kary umownej z uwagi na

III.2. Roszczenie dochodzone przez B o zapłatę wynagrodzenia z tytułu robót dodatkowych

Kluczowe ryzyka procesowe: wysokie ryzyko uznania, że prace obejmujące ... zostaną przez sąd, na podstawie opinii biegłego, uznane za roboty dodatkowe.

Najbardziej prawdopodobny wynik postępowań sądowych: oddalenie w części roszczenia dochodzonego przez A i uwzględnienie w części roszczenia dochodzonego przez B.

VI. CELE NEGOCJACYJNE I MOŻLIWE POSTĄPIENIA

Komentarz: Ustępstwa, na jakie decyduje się strona w toku negocjacji ugodowych także powinny być, w miarę możliwości, powiązane z ryzykami procesowymi, co obrazuje przyjęty przykład. Może to wymagać pogłębienia analizy ryzyk przed sformułowaniem propozycji ugodowej lub akceptacją propozycji drugiej strony. Jeżeli zasadność lub wysokość roszczenia jest ściśle związana z okolicznościami wymagającymi wiedzy eksperckiej (które w procesie sądowym zostałyby poddane opinii biegłego sądowego lub instytutu), okoliczności te powinny być w przypadku podmiotu publicznego zweryfikowane – za pomocą własnych zasobów lub z udziałem eksperta zewnętrznego – i adekwatnie udokumentowane przed zawarciem ugody. Optymalne jest objęcie ugodą wszystkich roszczeń będących przedmiotem mediacji. Z uwagi na przebieg negocjacji, gdy strony osiągną porozumienie co do niektórych roszczeń, warto rozważyć zawarcie ugody częściowej co do takich roszczeń i pozostawienie sporu co do pozostałych roszczeń do rozstrzygnięcia na innej drodze.

VI.1. Cele negocjacyjne

W związku ze wskazanymi w pkt III ryzykami, zasadne jest dążenie do osiągnięcia w mediacji następujących celów: ...

Przykład:

- (1) *objęcie ugodą wszystkich zgłoszonych roszczeń związanych w wykonaniem Umowy, uzyskanie zapewnienia, że treść ugody wyczerpuje wszelkie roszczenia B w stosunku do A na podstawie i w związku z realizacją Umowy,*
- (2) *zakończenie postępowania sądowego, opisanego w pkt II, z wzajemnym zniesieniem kosztów postępowania, oraz poniesienie przez każdą ze Stron po połowie kosztów mediacji umownej,*
- (3) *uzyskanie wyniku finansowego w postaci płatności na rzecz A z tytułu kar umownych (po potrąceniu roszczenia dochodzonego przez B) w kwocie nie niższej niż ...; cel negocjacyjny ustalono na kwotę*

Wskazany cel negocjacyjny został przyjęty z następujących powodów: ...

Przykład:

- (1) *Zgodnie z analizą ryzyk, w najbardziej prawdopodobnym scenariuszu kary umowne dochodzone przez A nie zostaną zasądzone w wysokości wyższej niż... (wysokie ryzyko). Prawdopodobne pozostaje również oddalenie powództwa w większej części, tj. w zakresie kwoty ... (średnie ryzyko).*
- (2) *Cel negocjacyjny zakłada zaspokojenie kary umownej na wyższym poziomie niż wysokość szkody wskazanej przez A jako skutek naruszenia Umowy i pozwala skompensować uszczerbek doznany przez A, uwzględniając także niemajątkowe interesy i uszczerbek trudny do oszacowania.*
- (3) *Zgodnie z analizą ryzyk, roszczenie B może być uwzględnione w kwocie ok. ... z dużym prawdopodobieństwem, a średnim ryzykiem należy objąć kwotę*
- (4) *Wobec powyższego, przy przyjęciu prawdopodobnego wyniku sprawy, może nastąpić oddalenie roszczenia A do kwoty ...i uwzględnienie roszczenia B do kwoty co najmniej Potrącenie wzajemnych roszczeń daje płatność B na rzecz A w wysokości Kwotę tę przyjęto jako cel negocjacyjny.*

- (5) *Odsetki ustawowe co do obu roszczeń pominięto z uwagi na ich stosunkowo niewielką wysokość oraz oczekiwania obu Stron, by były one objęte wzajemnymi ustępstwami.*
- (6) *Kwotę minimalną, stanowiącą, na chwilę obecną, w świetle analizy ryzyk prawdopodobną wysokość roszczeń, jakie A mógłby uzyskać w bilansie rozliczenia wzajemnych roszczeń w przypadku rozstrzygnięcia ich w postępowaniu sądowym określono na kwotę Cel negocjacyjny został określony na poziomie odpowiednio wyższym. Analiza ryzyk nie pozwala jednak wykluczyć scenariusza, na gruncie którego ustalono ww. kwotę minimum, stanowiącą najniższy poziom negocjacyjny i granicę umocowania zespołu negocjacyjnego.*

VI.2. Postąpienia

Celem dojścia do wskazanego powyżej celu finansowego ugody proponuje się następujące poziomy negocjacyjne: ...

Przykład:

Postąpienia (poziomy negocjacyjne)

1. *kwota roszczenia dochodzonego przez A przy założeniu miarkowania kary umownej o ...%, pomniejszona o prawdopodobną, objętą wysokim ryzykiem kwotę roszczenia dochodzonego przez B*
2. *wypadkowa pomiędzy celem negocjacyjnym a poprzednim poziomem negocjacyjnym*
- ... **Komentarz:** Ilość postąpień zależy od okoliczności i przedmiotu negocjacji. Nie rekomendujemy przewidywania zbyt wielu postąpień różniących się nieznacznie. Instrukcja może przy tym przewidywać, że między kwotami poszczególnych postąpień Zespół może składać propozycje dostosowane do przebiegu negocjacji.
- ... **cel negocjacyjny:** *kwota roszczenia dochodzonego przez A przy poziomie miarkowania kary umownej ...%, pomniejszona o najbardziej prawdopodobną, objętą wysokim ryzykiem kwotę roszczenia dochodzonego przez B*
- ... **kwota minimum:** *prawdopodobny wynik postępowania: ...*

Komentarz: Finansowy cel negocjacyjny może być ustalony na poziomie wyższym niż najniższa kwota, jakiej uzyskanie pozostaje prawdopodobne w procesie sądowym (granica postąpień). Kwota minimum i cel negocjacyjny mogą jednak, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy, pokrywać się.

Pozostałe wytyczne dla Zespołu Negocjacyjnego: ...

Przykład:

- (1) *Przed przystąpieniem do prezentowania warunków finansowych, Zespół Negocjacyjny przedstawi pozostałym uczestnikom mediacji zakres umocowania, warunki formalne zawarcia i wykonania ewentualnej ugody (np. konieczność uzyskania zgód korporacyjnych, wystąpienie o zatwierdzenie ugody przez sąd).*
- (2) *Możliwe jest proponowanie przez Zespół Negocjacyjny kwot pośrednich między wskazanymi poziomami negocjacyjnymi, stosownie do przebiegu negocjacji.*
- (3) *Zespół Negocjacyjny nie jest umocowany do składania propozycji negocjacyjnych ani żadnego rodzaju deklaracji wykraczających poza ww. kwotę minimum.*

- (4) *Zespół Negocjacyjny jest zobowiązany poinformować ... (osobę podpisującą instrukcję) o istotnych okolicznościach, o jakich powziął wiedzę w trakcie negocjacji, w szczególności jeżeli mogą one świadczyć o zasadności wprowadzenia zmian w instrukcji negocjacyjnej.*
- (5) *Zmiana instrukcji negocjacyjnej wymaga uprzedniej pisemnej zgody osoby umocowanej do reprezentacji A.*
- (6) *Zespół negocjacyjny jest zobowiązany dokumentować przebieg negocjacji, w taki sposób, aby możliwe było prześledzenie procesu decyzyjnego, który doprowadził do ostatecznego ustalenia warunków porozumienia.*
- (7) *Z przebiegu negocjacji Zespół negocjacyjny sporządzi protokół, który przedłoży osobie umocowanej do reprezentacji A wraz z rekomendacjami co do sposobu zakończenia negocjacji.*

/podpis osoby umocowanej, zgodnie z zasadami reprezentacji A/

Komentarz: Instrukcja, aby miała walor upoważniający, powinna zostać podpisana przez osobę umocowaną (materialnoprawnie) do reprezentacji A w zakresie roszczeń objętych instrukcją.