



SVERRE BLANDHOL

Kontraktforhandlinger og forliksforhandlinger



Universitetsforlaget

Kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger

Sverre Blandhol

Kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger

Universitetsforlaget

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget 2024

ISBN 978-82-15-03693-9

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Jorunn Småland

Sats: ottaBOK

Trykk og innbinding: Livonia Print, Latvia

Boken er satt med: Times LT Std 10,5/14

Papir: 100 g Amber Graphic



Forord

I denne boken tar jeg for meg problemer i skjæringspunktet mellom juss og forhandlinger, med særlig oppmerksomhet på implementeringsrisikoen når du forhandler kontrakter, og prosessrisikoen ved forlikforhandlinger.

Boken er skrevet for deg som forhandler for offentlige eller private virksomheter, for rådgivere og advokater, og for alle som er interessert i ulike forhandlingsformer og ønsker å forbedre sine forhandlingsferdigheter.

For å gjøre boken pedagogisk og tilgjengelig tar jeg utgangspunkt i konkrete eksempler på forhandlingssituasjoner og forklarer og illustrerer begreper og poenger med figurer og tabeller så vel som med eksempler og historier. Målet er at boken skal fungere både som håndbok for praktikere og som litteratur til forhandlingsfag på universitetsnivå.

Under arbeidet med boken har jeg fått verdifulle innspill fra mange hold, både gjennom kurs og undervisning for studenter og praktikere og ved samtaler med kolleger med interesse for forhandlinger. Jeg vil særlig takke Ivar Alvik, Camilla Bernt, Camilla Brandt, Øystein Myre Bremset, Herman Bruserud, Kristian Foss, Peter Hallsteinsen, Olof Heggemann, Erlend Haaskjold, Harald Irgens-Jensen, Randall Kiser, Marte Eidsand Kjørven, Sigurd Knudtson, Tobias Mahler, Solfrid Mykland og Ola Nisja for inspirasjon og innsikter. Kristian Foss bisto med den praktiske sjekklisten bak i boken. Vitenskapelig assistent Jørgen Bergh rettet opp noteapparat og litteraturliste. Sturla Blanck Torkildsen, Linn-Aurora Wengen, Anne Cathrine Sundby og Gunhild Eide i forlaget bisto i prosessen fra ide til ferdig bok. Jeg retter en stor takk til alle som på denne måten har bidratt. En varm takk går også til familien for støtte og oppmuntring i arbeidet.

Oslo, oktober 2023

Sverre Blandhol



Innhold

Forord	5
Kapittel 1 Kontrakter uten konflikter	11
Kontrakter	11
Konflikter	13
Problemet	15
Svaret	21
Hva du har i vente	23
Kapittel 2 Finn balansen mellom verdier og risiko	24
Verdiskapning	25
Risikohåndtering	28
Usikkerhet og sannsynlighet	32
En praktisk fremgangsmåte	34
Kapittel 3 Gjør det grunnleggende forarbeidet	39
Green Tech	39
Analyser forhandlingssituasjonen og sett mål	40
Analyser hindringer, innflytelse og etikk	42
Kapittel 4 Forstå risikoen i kontrakten	44
Kartlegg usikkerhetsfaktorer	44
Bestem mulige utfall	51
Anslå sannsynligheter	52
Vurder konsekvenser	53

Hvilke risikoer bør håndteres?	55
Når, hvor og av hvem bør risikoanalysen gjøres?	56
Kapittel 5 Velg egnede måter å håndtere risiko på	58
Reduksjon av risiko	59
Økonomiske virkemidler	62
Juridiske verktøy	68
Sosiale faktorer	76
Kontraktsutforming	80
Kapittel 6 Sørg for å komme i mål	83
Legg til rette for en egnet prosess	83
Håndter kontraktsutforming	84
Bruk normer og kriterier til å avgjøre uenighet	86
Styr den avtalerettslige bindingen	86
Kapittel 7 Når kontrakten ikke går som den skal	90
Dalsfjord og Brekka	90
Analyser forhandlingssituasjonen og sett mål	91
Analyser hindringer, innflytelse og etikk	95
Kapittel 8 Prosedyreadvokatens viktigste verktøy	97
Hva er prosessrisiko?	97
Hvordan vurdere prosessrisiko?	99
Metoder for prosessrisikovurdering	100
Konstruksjon av beslutningstrær	102
Anslå sannsynligheter	111
Vurder konsekvenser	114
Bruk av digitale verktøy	126
Kommunikasjon av prosessrisiko mellom advokat og part	127
Kapittel 9 Et fett forlik er bedre enn en mager prosess	128
Hvordan komme i gang?	128
Hvem skal forhandle?	130
Hvordan utvide blikket til interesser og muligheter?	131
Forlikavtalen	132

Praktisk sjekkliste ved kontraktsforhandlinger	134
Noter	136
Referanser	149
Stikkordregister	154

Kontrakter uten konflikter

Kontrakter

Hvis du driver næringsvirksomhet, er leder i en bedrift eller har ansvar for salg eller anskaffelser, må du inngå kontrakter. Kontrakter er viktige instrumenter for handel og samarbeid, og avtalefriheten og kontraktsretten er bærebjelker i vårt økonomiske liv. Kontrakter kan enkelt karakteriseres som avtaler med økonomisk formål. Kontraktene kan gjelde alt fra enkle utvekslinger av standardiserte varer og tjenester til kompliserte tilvirkningsoppdrag og komplekse transaksjoner som i bygg- og anleggsprosjekter, langsiktige energikontrakter eller kjøp og salg av virksomheter. Jo større virksomheten er, desto flere og mer komplekse blir gjerne også kontraktene.

I utgangspunktet er logikken enkel. Hver part søker å maksimere sine inntekter og minimere sine kostnader for å oppnå høyest mulig fortjeneste. Din fortjeneste i kontrakten blir normalt høyere hvis du samarbeider med den andre om å finne frem til gjensidige fordeler, slik at den totale verdien av kontrakten blir så stor som mulig. I denne sammenheng er det viktig at dere forstår hverandres interesser og utvikler gode løsninger basert på disse. Verdiane må også fordeles, og det kan gjøres på en smart og effektiv måte ved å bruke posisjoner og kriterier. På veien frem til en optimal avtale kan det være mange hindringer som krever riktig bruk av innflytelse og etisk bevissthet for å overvinnes. Ved å forhandle på denne måten kan du oppnå gode resultater både i den enkelte forhandlingen og over tid, ved at den andre får lyst til å forhandle med deg igjen. Tilliten dere på denne måten opparbeider, kan gi grunnlag for enda bedre og mer lønnsomme avtaler i fremtiden. Alt dette kan du lære i den alminnelige forhandlingsteorien, slik den eksempelvis er fremstilt i boken *Smarte forhandlinger*.¹

Når forhandlingene munner ut i en kontrakt, oppstår imidlertid nye problemer, som normalt ikke blir behandlet like inngående i den alminnelige forhandlingsteo-

rien. Kontrakten skaper gjensidige rettigheter og forpliktelser som skal oppfylles, kanskje over tid. Forhandlingsresultatet må implementeres. I den anledning kan mye skje. Det oppstår usikkerhet og dermed risiko. I kontraktsforhandlinger trenger du derfor foruten å skape og fordele verdi, også å håndtere risiko.

Det er ikke bare mens du forhandler at du må ta stilling til og behandle risiko i kontraktsforholdet. Gjennom hele kontraktens levetid må risikoen overvåkes og følges opp. Det gjelder enten kontrakten dreier seg om kjøp, tilvirkning, arbeidsforhold eller anskaffelser. Kontraktens levetid fra forhandlingene til forpliktelsene er oppfylt, kan fremstilles skjematisk som i figur 1.1.



Figur 1.1 Flytskjema over gangen i et kontraktsforhold fra behovsanalyse til avvikling

Før selve forhandlingsfasen vil partene kartlegge behov og markedsforhold, utarbeide kravspesifikasjoner basert på behovsanalyser og planlegge for invitasjon til eller inngivelse av tilbud. Etter forhandlinger og avtaleinngåelse kommer kontraktshåndteringen, som kan by på spørsmål om endringer og korrekt oppfyllelse, før kontraktstiden løper ut med spørsmål om avvikling eller fornyelse.²

I denne boken skal vi konsentrere oss om forhandlingsfasen, som er særlig viktig for risikobildet i kontrakten. Selv om partene kan følge med på og håndtere risiko også under gjennomføringen, er det i forhandlingsfasen – før forpliktelser bestemmes og risiko fordeles – at partene har de beste mulighetene til å håndtere risikoen på en smart og verdiskapende måte. Det blir også enklere å håndtere kontrakten og styre prosjektet om risikoen er fornuftig håndtert i utgangspunktet. Når du forhandler kontrakter, bør du derfor sørge for å tenke nøye gjennom hvordan du best kan forberede og gjennomføre slike forhandlinger. Det omfatter selvfølgelig de sedvanlige analysene og forberedelsene eksempelvis i tråd med de syv nøkler til effektive forhandlinger eller et tilsvarende rammeverk.³ Men i tillegg kommer de særlige analysene av og håndteringen av usikkerhet og risiko i kontraktsforholdet. Hvordan du best kan gjøre disse analysene og bruke dem inn i gjennomføringen av forhandlingene, er temaet for første del av denne boken.

Det vil variere hvor mye du kan og vil forhandle om den enkelte kontrakt. Individualitet og kompleksitet i kontraktsforholdet spiller en rolle. Noen ganger er forhandlingselementet svært lite eller nærmest fraværende. Du kjøper inn et lite antall datamaskiner til bedriften og bestiller på leverandørens vanlige betingelser.

Ytelser og risiko er vel kjent og godt regulert. Ved mer komplekse og uvanlige ytelser vil behovet for å forhandle om risikoreguleringen øke. Skal du få bygget 100 boliger i et område der ingen kjenner grunnforholdene, vil det være galskap å ikke tenke grundig over denne risikoen og hvordan den kan håndteres og plasseres mellom partene.

Forhandlingselementet avhenger også av hvordan forhandlingssituasjonen er strukturert. Offentlige virksomheter er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. I tråd med dette regelverket inngås en rekke store kontrakter på bakgrunn av offentlige anbudskonkurranser.⁴ Disse reglene begrenser partenes muligheter for å kommunisere og forhandle. Da blir det opp til oppdragsgiver å bestemme vesentlige elementer i risikohåndteringen, som vederlagsmodell og kontraktsvilkår. Vil du by på kontrakten, er du stort sett henvist til å kalkulere inn et risikotillegg til prisen du er villig til å påta deg oppdraget for.⁵ Men også under slike vilkår er det viktig å forstå og kunne håndtere risiko. Ellers vil du jo ikke kunne beregne et fornuftig risikotillegg. Og for den som utlyser konkurransen og har muligheter til å legge opp et risikosystem, er det selvsagt helt avgjørende for en god anskaffelse at risiko er forstått og håndtert på adekvate måter.⁶

Rommet for forhandlinger avhenger også av hvem partene er. Forhandlinger om komplekse avtaler med økonomisk formål kan forekomme der den ene parten er *forbruker*, for eksempel ved forbrukerentreprise. For forbrukerkontraktene er det mange lovregler som er preseptoriske (kan ikke fravikes ved avtale). Muligheten for å forhandle avvik fra lovens standardordninger for risikoplasseringen blir dermed begrenset. Også i forbrukerkontrakter gir det likevel mening å tenke over forholdet mellom verdiskapning og risiko i den individuelle kontrakten. Spesifikasjoner, pris og betalingsbetingelser må jo uansett forhandles individuelt og påvirker risikobildet i kontrakten. Mye av det som behandles i boken, vil derfor være relevant der en part er forbruker. Vi skal likevel i denne boken først og fremst behandle kontraktsforhandlinger i kommersielle relasjoner, det vil si forhandlinger mellom næringsdrivende.

Konflikter

Hvis alt går som det skal, vil kontrakten avvikles som forventet uten større uoverensstemmelser mellom partene. Men underveis i et kontraktsforhold kan mye skje. Og jo mer komplekse og tidkrevende kontraktsforholdene er, desto større mulighet blir det for ubehagelige overraskelser. Byggeprosjekter blir forsinket, det som leveres har mangler eller blir skadet, leder og organisasjon fungerer ikke sammen, eller

partene sitter av andre grunner igjen med ytelser som er mindre verdifulle eller brukbare enn de hadde sett for seg. Er risikoen godt håndtert i utgangspunktet, blir det enklere å håndtere uønskede hendelser. Men selv med god risikohåndtering, og særlig i mangel av slik, kan det være at partenes forventninger til kontrakten ikke blir innfridd.

Når kontrakten ikke går som den skal, oppstår det gjerne konflikter. Partene har ulike oppfatninger om årsaker og ansvar, om tiltak og konsekvenser. Kommer uenigheten på spissen, kan det komme til tvist. En tvist er en konflikt der en part mener den har et *rettskrav* mot en eller flere andre, jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 1-3. Når en part mener å ha et rettskrav, kan den gå til en offentlig domstol for å få kravet avgjort. Har partene avtalt privat rettergang, kan saken reises for en voldgiftsrett. Det er riktignok ikke slik at alle kan gå til sak om alt mot alle andre. Visse forutsetninger, de såkalte prosessforutsetningene, må være til stede. Parten må blant annet ha rettslig interesse, det vil si at parten har et aktuelt behov for å få kravet avgjort og tilstrekkelig tilknytning til kravet, se tvisteloven § 1-3. Domstolen må også være saklig, stedlig og funksjonelt kompetent, se tvisteloven kapittel 4.

Selv om en part mener å ha et rettskrav mot en annen, trenger den ikke søke en løsning ved rettergang og dom. Parten kan også bringe saken inn for en tvisteløsningsnemnd,⁷ en oppmanns- eller ekspertordning, eller søke en løsning ved utenrettslig mekling eller rettsmekling.⁸ Det vanligste er likevel at parten forsøker å forhandle om et forlik med den andre parten. Slike forhandlinger kan settes i gang både før og etter saksanlegg, enten alene eller i forbindelse med behandling i nemnd, ekspertordning eller mekling og kalles *forliksforhandlinger*.⁹ I og med at alternativet til forlik gjerne vil være rettergang og dom, vil usikkerheten rundt utfallet av en prosess spille en sentral rolle for forhandlingsrommet i slike forhandlinger. Hvordan du kan analysere denne risikoen og gjennomføre slike forhandlinger, er tema for andre del av denne boken.

Både ved forhandling av kontrakter og ved forliksforhandlinger vil du ofte ha behov for eller gjør klokt i å søke bistand fra jurister – typisk advokater. Og kanskje er din rolle i kontrakts- eller forliksforhandlingene allerede i utgangspunktet å være advokat for en av partene. Med kunnskap om alminnelig og spesiell kontraktsrett og evne til å analysere konsekvensene av ulike reguleringsmåter vil juridiske rådgivere kunne bistå med å identifisere risiko og foreslå kontraktsrettslige måter å håndtere risikoen på. De juridiske rådgiverne vil også, gjennom sin kunnskap om avtaleinngåelsesprosessen, kunne styre når partene blir bundet til avtalen, slik at de ikke forplikter seg før de er kjent med og villige til å akseptere risikoen. Og

når tvistene oppstår, kan advokater gi råd om prosessrisiko og opptre som prosessfullmektiger i rettergang.¹⁰ I kontrakts- og forliksforhandlinger deltar derfor ofte jurister eller advokater som medspillere.

Problemet

Selv i profesjonelle forhold og med advokater på laget kan kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger gi lite effektive og lite heldige resultater. Parter skaper mindre verdi enn de kunne, regulerer risikoen skjevt eller ufullstendig, og resultatet blir skuffede forventninger, unødige tvister og kostbare prosesser. I bygg- og anleggsbransjen meldes det eksempelvis om høyt konfliktnivå der partene hvert år krangler om milliardbeløp.¹¹ Konfliktene er ofte svært ressurskrevende å løse. Ikke bare er det dyrt, men det binder også opp arbeidskraft som kunne vært anvendt på en bedre måte, noe som er både bedriftsøkonomisk og samfunnsøkonomisk uheldig.

Også der sakene kommer på spissen og tvisten havner i retten, går det ikke alltid heldig for seg. Mange rettssaker i kommersielle relasjoner burde ikke vært ført i det hele tatt. Parter som velger å løse tvistene i retten fremfor i forhandlinger, kaster ofte bort pengene til ingen nytte. Flere amerikanske undersøkelser viser at parter i rettstvister får et magert utbytte av å velge rettssak fremfor forlik. Saksøkere får i seks av ti tilfeller en dårligere løsning ved dom enn de kunne fått i et forlik.¹² For de saksøkte går det galt i ett av fire tilfeller, men tapene er mer enn tretti ganger større.¹³ Vi har ikke tilsvarende tall fra Norge, men det er grunn til å tro at problemet også finnes hos oss, om enn ikke nødvendigvis i samme omfang.

Er du part i en tvist, er det gode grunner til å velge forlik fremfor rettssak. En rettssak koster mye og gir lite.¹⁴ Rettssaken er ikke engang et nullsumspill. Jo lenger partene krangler, desto mindre blir kaken. Kostnadene spiser opp tvistesummen. Ved å forlike saken kan partene spare disse kostnadene og unngå verditapet. De økonomiske insentivene bør derfor lede partene til å løse saken ved et tidlig forlik i stedet for å bruke opp pengene på en lang og dyr rettssak.¹⁵ Problemet er at dette ikke skjer så ofte eller så tidlig som det burde.

Mange saker forlikes kvelden før hovedforhandlingen eller på trappen til tinghuset.¹⁶ Ifølge en dansk undersøkelse kan forliksforhandlinger ofte være nesten like dyre som rettssaker.¹⁷ Det skjer typisk når forlik inngås rett før eller under hovedforhandlingen, eller eventuelt i ankeinstansen.

Partene kan forestille seg at mer arbeid vil gjøre saken sterkere. De håper i det lengste på å finne det avgjørende beviset eller å tegne det endelige bildet som skal gjøre at de vinner saken. Men i stedet trekker de seg selv og motparten inn i en

sosial felle, der de pøser stadig flere ressurser inn i et saksforløp som ikke gir verdi, men tvert imot tapper dem for penger, tid og krefter.¹⁸

Forlikene som inngås, gir heller ikke det utbyttet man burde kunne forvente mellom profesjonelle parter i kommersielle relasjoner. Det kan skapes verdi i forliksforhandlinger på samme måte som i andre forhandlinger, ikke bare ved å spare transaksjonskostnader, men også på andre måter. Det kan skje ved at partene bytter saker de verdsetter ulikt. Entreprenøren kan for eksempel rette for egen kostnad i stedet for å betale prisavslag, noe som normalt koster mindre for entreprenøren og gir like godt resultat for byggherren. Videre kan partene skape verdi ved å legge til nye saker. Men som regel har partene oppmerksomheten rettet mot helt andre ting.

De tenker i stedet på de juridiske kravene og hvem som har rett. Forhandlingene får et antagonistisk og konkurranseorientert preg. Prosessreglene benyttes til taktisk kamp i stedet for å drive verdiskapende problemløsning. Saksforberedelsen fylles av spørsmål om avvising, avskjæring, dokumentfremleggelse og taktisk dimensjonering av bevisføringen, som mer og mer trekker saken bort fra det konflikten egentlig handler om. Målet blir å vinne over den andre. Hvordan partene kan vinne sammen, tenker de mindre på.

Noen ganger kan det se ut til at parter i kontrakts- og forliksforhandlinger famler i blinde, og når de får et glimt av lys, skyldes det snarere blendverket fra psykologiske feilkilder enn opplysningen fra rasjonelle metoder.¹⁹ Resultatet blir en mangelfull, uheldig eller ubalansert regulering av risiko i kontraktsforhandlinger, og mangelfull og uheldig håndtering av prosessrisiko i forliksforhandlinger.

En viktig årsak til problemene er at det i kontraktsforhandlinger ikke sjelden forekommer en *uheldig arbeidsdeling* mellom de ulike aktørene på samme side. Juristene kommer på banen først når den kommersielle kontrakten er ferdigforhandlet. Salgssjefen går til selskapets jurister etter at avtalen er ferdigforhandlet, og ber dem se over kontraktsutkastet. «Vi skal signere i morgen.» Da er det for sent å optimalisere forholdet mellom verdiskapning og risikohåndtering i kontrakten. Mange kontrakter inngås med minimale forberedelser og liten formalisering. De som forhandler kontraktene, ser ut til å foretrekke å gjøre ting på egen hånd og så enkelt som mulig.²⁰ De bryr seg ikke om juridisk terminologi og godtar kontraktsbestemmelser som ikke kan tvangsfullbyrdes.²¹ De tenker på prisen og hva som skal leveres, og ofrer mindre oppmerksomhet på alt som kan gå galt, og hva som da vil skje. Juristene derimot tenker ikke på annet. I sin leting etter alt som kan gå galt, tenker de først og fremst på fordelingen av risiko, ikke på hvor stor den er, og kan file på bestemmelser av liten praktisk betydning som i verste fall kan vanskeliggjøre eller velte den kommersielle forhandlingen. Ikke rart at salgsfolkene venter i det lengste med å gå

til juridisk avdeling. Men når kontraktsforhandlingene kommer som en ettertanke til de kommersielle forhandlingene, blir det vanskelig å gjøre smarte avtaler om plassering og balansering av risiko. Og når juristene heller ikke forstår de kommersielle beveggrunnene, kan hele forholdet mellom verdi og risiko bli skadelidende.

Problemene blir ikke mindre når vi kommer til tvisteløsningen.²² Tvisteløsningskulturen er tradisjonelt lite innrettet mot resultater og (økonomisk) effektivitet. Jurister er gjennom utdanning og yrkesliv opplært til å gi svar på retts spørsmål, ikke til å tenke i sannsynligheter og kost/nytte-vurderinger, slik økonomer gjør.

Timebasert honorering gir ikke advokatene insentiver til å forlike sakene på et tidlig tidspunkt. Hvis det fortsatt gjenstår usikkerhet, kan det argumenteres for at denne bør reduseres før et forlik vurderes. Samtidig tjener advokaten penger nettopp på å redusere usikkerheten, det vil altså si ved å fortsette saksforberedelsen og snu hver stein. Det kan derfor fortone seg selvsagt – og lønnsomt – å arbeide videre for å få et bedre og bedre bilde av faktum (selv om det reelt sett ikke øker sjansen for å gi klienten et bedre resultat). Ikke minst gjelder dette hvis man tror at mer informasjon uten videre gir bedre prosessrisikovurderinger.

Det er nærliggende å tenke at mer informasjon gir sikrere prosessrisikovurderinger.²³ Psykologisk forskning tyder imidlertid på at det ikke er *forskjellen* på informasjonen partene har, men *måten de behandler den på*, som gjør at de ser så ulikt på sakens sannsynlige utfall i retten.²⁴ Partene danner seg egennyttige oppfatninger av sakens juss og faktum og lar seg i liten grad overbevise av informasjon og argumenter som kommer fra den andre siden. Selv når partene har helt identisk informasjon, viser det seg at deres bedømmelse av sannsynlig utfall av rettssaken har en sterk slagside i favør av dem selv. Det betyr at økt informasjonsmengde og informasjonskvalitet ikke uten videre fører til bedre og mer pålitelige prosessrisikovurderinger. Paradoksalt nok kan prosessrisikovurderingene tvert imot bli mindre pålitelige når advokaten har jobbet en stund med saken. Stuart Oskamp gjorde en interessant psykologisk studie som viste hvordan mer informasjon gjorde vurderingene mer upålitelige.²⁵ Han lot en gruppe kliniske psykologer, doktorgrads-studenter og noen av kontorpersonalet gjøre en personlighetsvurdering basert på skriftlig informasjon fra en virkelig sak. Deltagerne fikk informasjonen presentert suksessivt i fire porsjoner. Etter hver porsjon ble de spurt hvilken personlighetstype det var tale om og hvor sikre de var på svaret. Resultatene viste at deltagerne ble mer og mer sikre på svarene sine etter som de fikk mer informasjon. Men treffsikkerheten økte ikke. Noe tilsvarende kan lett lede advokater til å bli gradvis mindre og mindre i stand til å gi en meningsfull bedømmelse av prosessrisikoen etter hvert som de jobber seg inn i saken.

Jurister savner ofte grunnleggende fagkompetanse i forhandlinger. De har kanskje aldri lært å utrede og forberede spørsmål om interesser og muligheter. Dermed mangler de det som skal til for å bidra når det gjelder å skape verdier i forhandlingene. Mange tror at forhandlingskompetanse kommer av seg selv eller er noe man lærer på jobben. Men det stemmer ikke. Selv erfarne forhandlere sliter med å løse selv nokså enkle forhandlingsproblemer. I en studie var det færre enn fire prosent av deltagerne på et MBA-program ved et anerkjent amerikansk universitet som klarte å optimalisere forhandlingsresultatet i en middels kompleks øvelse med flere forhandlingssaker.²⁶ En annen klassisk studie fant at en av fem forhandlingsgrupper endte med å avtale noe annet enn det begge parter ønsket, i en annen forhandling med flere saker, en såkalt tap–tap-løsning.²⁷ Når kommunikasjonen også går gjennom advokatene, slik det ofte skjer i forliksforhandlinger, blir det ekstra vanskelig å finne frem til partenes interesser og diskutere fruktbare løsninger.

Også når det gjelder risikovurdering synes det å mangle en del. Så vel parter som advokater savner systematiske metoder for å behandle og ta stilling til risiko. Tobias Mahler forteller at han under arbeidet med sin avhandling om rettslig risikohåndtering ofte spurte jurister og advokater om hvilke metoder de brukte for å analysere kontraktsrisiko. Få kunne gi klare svar. De fleste viste bare til erfaring og intuisjon, uten å følge bestemte metoder eller prosedyrer.²⁸ Selv de mest metodisk orienterte begrenset seg stort sett til å lese kontrakten.

Å se på kontrakten er imidlertid ikke uten videre nok. Tvert imot kan *overdreven oppmerksomhet om kontrakten* lede til at man overser andre og mer effektive måter å håndtere risiko på, som å fjerne usikkerhet, lage selvoppfyllende mekanismer, avklare forventninger og ivareta relasjoner. Jurister er heller ikke vant til å tenke på *hvor stor risikoen* er. Faren er dermed til stede for at juristene konsentrerer oppmerksomheten om juridisk interessante, men kommersielt lite relevante usikkerhetsfaktorer, mens økonomisk vesentlige usikkerhetsfaktorer overses, slik at reguleringen blir skjev og upraktisk.

Metodikken er ikke stort bedre i forliksforhandlingene. En part kan i et virkelig tilfelle typisk få en prosessrisikovurdering som denne:

«Når det gjelder spørsmålet om reklamasjon, er vår oppfatning at det vil være en prosessrisiko. Også spørsmålet om mangel er usikkert, selv om prosessrisikoen på dette punktet er lavere enn spørsmålet om reklamasjon. Vi mener det er mange gode bevis og argumenter som går i byggherrens favør, og at det vil kunne være mulig å få en dom på at entreprenøren er ansvarlig for de mangler som er avdekket gjennom rapporten fra den sakkyndige.»²⁹

Helt håpløs er denne prosessrisikovurderingen ikke. Som vi ser, identifiserer den de avgjørende premissene i saken, reklamasjon og mangel. Men fordi den ikke presiserer forholdet mellom premissene og kvantifiserer sannsynlighetene for å vinne frem på hver av dem, gir den liten veiledning. Kvalitative uttrykk for sannsynlighet («mulig», «sannsynlig», «svært sannsynlig» og så videre) oppfattes vidt forskjellig av ulike personer. Kvalitative angivelser kan heller ikke brukes for å beregne effekten av flere usikre faktorer i samme sak. Hvis medhold i reklamasjonspåstanden er «sannsynlig» og medhold i mangelsspørsmålet er «svært sannsynlig», hvor sannsynlig er det samlet sett at du vinner saken? Intuitivt baserte vurderinger er også mer sårbare for påvirkning fra psykologiske skjevheter,³⁰ noe som lett rammer bedømmelser og beslutninger også i kontraktsforhandlinger.

Det finnes flere psykologiske skjevheter som negativt kan påvirke bedømmelser og beslutninger i kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger. *Nullsumorientering* vil si at parten forestiller seg utfallsrommet som nullsum (det vil si at den enes gevinst er den andres tap), selv om potensialet kan være plussum eller åpent. Parten overser at det kan være muligheter for å finne gjensidig tilfredsstillende løsninger. Det som er bra for dem, kan ikke være bra for oss, er tankegangen.³¹ Forhandlingene om risiko blir en posisjonsorientert tautrekking, der partene skyver sine standardbetingelser frem og tilbake mellom seg, eller filer på uttrykk som å endre «rimelig tid» til «uten ugrunnet opphold», som forsinker, fordyrer og forkludrer forhandlingene uten å ha noen praktisk betydning for risikoen i kontrakten.

Selvsentrering innebærer at parten ser saken fra eget perspektiv, uten evne til å ta den andres perspektiv. Dette kan føre til at parten overdriver graden av uforenlighet. Parten ser kun sine egne interesser og prioriteringer, og antar (feilaktig) at den andres interesser og prioriteringer er de samme. Parten trekker dermed den slutning at interessene står i strid med hverandre. Parten overser muligheten for at det kan være andre interesser og ulike prioriteringer som ville gjøre verdiskapende løsninger mulige. I en kontraktsforhandling forsøker eksempelvis parten å skyve all risiko over på den andre, uten å se at det var mulig å bytte risikoplassering mot andre saker på en verdiskapende måte.

Manglende forståelse av underliggende interesser vil si at parten savner en klar forståelse av hva forhandlingssakene betyr, for parten selv eller den andre. I stedet for å kartlegge egne og andres interesser, og å grave, spørre og lytte i en nysgjerrig jakt på informasjon, murer partene seg inne bak sine forutinntatte standpunkter uten hverken evne eller vilje til å se saken på andre måter, som kanskje kan oppfylle interessene vel så bra, om enn på andre måter enn de først hadde tenkt.³²

Ved forliksforhandlinger kan *urealistisk optimisme* lede part og advokat til å overvurdere verdien av alternativet til en forliksløsning. Det kan føre til at partene avslår forlikstilbud det ville vært i deres interesse å godta.³³ Flere studier har funnet at advokater er dårlige til å bedømme sannsynligheten for å vinne sine saker.³⁴ Elisabeth Loftus og Willem Wagenaar lot advokater gjøre anslag over hvor sannsynlig det var at de ville vinne saken de holdt på med, og hvor sikre de var på estimatet.³⁵ Disse prognosene ble så sammenlignet med advokatenes faktiske resultater. Studien viste at advokatene generelt sett var overkonfidente, og at de var spesielt overkonfidente når de innledningsvis hadde hatt stor tro på saken. Jane Goodman-Delahunty og kolleger ba nesten fem hundre advokater angi minimumsmål i en sak som sto for retten, og hvor sikre de var på å nå målet.³⁶ Resultatene viste at 32 % av advokatene nådde målet sitt, 24 % gjorde det bedre, mens 44 % gjorde det dårligere enn målet sitt. Sistnevnte – som var flere enn de andre gruppene – var altså overkonfidente. Erfaring spilte ingen rolle for resultatene. Advokater med flere tiårs prosedyrerfaring var hverken bedre eller dårligere til å bedømme prosessrisiko enn ferske advokatfullmektiger rett fra studiet.³⁷

Mer informasjon gjør heller ikke uten videre bedømmelsene mer pålitelige. Mer informasjon øker gjerne tiltroen til egen sannsynlighetsbedømmelse, men treffsikkerheten øker ikke.³⁸ En viktig grunn til dette ligger i *bekreftelsesskjevheten*, vår tendens til å være mindre kritiske til informasjon som går i favør av det vi mener, enn det som går imot.³⁹ Selv kontradiktorisk informasjon fra den andre siden under saksforberedelsen har en tendens til å prelle av. Det skyldes vår tendens til *reaktiv devaluering*. Reaktiv devaluering vil si at vi lar kilden til informasjonen bestemme hvilken vekt vi tillegger informasjonen.⁴⁰ Når informasjonen kommer fra den andre siden, tar vi rett og slett mindre hensyn til den. Reaktiv devaluering kan lede til at i og for seg verdifulle tilbud fra den andre blir avslått eller leder til for små innrømmelser fra parten selv. Som Randall Kiser en gang uttalte i et intervju i New York Times, var problemet for parter i tvisteløsning ofte at de oppfattet den andre partens tilbud som en halv loff, når det i realiteten var en hel loff eller mer.⁴¹

Endelig kan innrammingen av beslutningssituasjonen gjøre at partene gambler i stedet for å ta rasjonelle valg.⁴² *Tapsaversjon* går ut på at tap, subjektivt sett, veier tyngre enn gevinster. Den samme kvantitative endringen oppleves ulikt ettersom den oppfattes som et tap eller en gevinst. Den som velger mellom tap, blir derfor risikosøkende, og risikoen man er villig til å ta, blir høyere jo mer som står på spill. En saksøkt, som blir krevd for noe og derfor opplever en fare for å måtte gi fra seg noe av sitt, oppfatter valget som et valg mellom tap. Tapsaversjonen vil da lett kunne lede saksøkte til å velge det risikable alternativet – rettergang. Kiser og

kolleger fant i sin studie at de i særklasse største tapene som følge av dårlige valg i tvisteløsning ble båret av de saksøkte.⁴³ Faktisk tapte de i snitt mer enn 30 ganger så mye som saksøkerne når de feilaktig avsto et forlikstilbud. Det er en urovekkende statistikk.

Svaret

Det er behov for å gjøre dette på en smartere måte. Verdier må realiseres basert på korrekt forståelse av både egne og andres interesser. Samtidig må du evne å håndtere risiko på formålstjenlige måter. Det krever effektiv organisering og kommunikasjon på egen side, gode forbindelser til den andre parten og en systematisk metode for å skape verdi og vurdere risiko.

For å få det til må kontrakten sees i et større bilde. Vi kan tale om tre perspektiver på kontraktsforhold: sosialt, økonomisk og juridisk.⁴⁴ Den sosiale kontrakten mellom partene kan sees som en bytte- eller utvekslingsrelasjon, som går forut for og gjerne består etter det enkelte kontraktsforholdet. Det er partenes forbindelse og gjensidig oppfylte forventninger som holder det hele sammen. Gjentatte forhandlinger er et nøkkelord.⁴⁵ Forholdet bygger på tillit og forventningen om fremtidige transaksjoner. Samarbeidet mellom partene bygger på langsiktige økonomiske interesser, der formalisering eller tvangsfullbyrdelse av forpliktelser i enkelttilfeller kan være u hensiktsmessig eller negativt. Forventningene om hva man skal få ut av kontrakten om hvordan samarbeidet skal foregå, står sentralt.⁴⁶ Avklaring og avstemming av disse forventningene bygger på tillit, mønstret av handlinger og åpenhjertig kommunikasjon.

Den økonomiske kontrakten spesifiserer ytelsene i den enkelte transaksjonen, de økonomiske insentivene og mange av de ikke-rettslige sanksjonene. Økonomisk rasjonalitet gir det normative rammeverket for denne dimensjonen, hvilken nytte enkelte handlinger vil kunne ha, veid opp mot kostnaden ved å gjennomføre dem. Det er den økonomiske egeninteressen som er målestokken. Denne interessen er i praksis ikke bare kortsiktig, men tar også de langsiktige virkningene med i betraktning. Som del av den økonomiske kontrakten eller det økonomiske perspektivet kan man også se på de tekniske sidene ved ytelsene, og som ser på produktet og dets livssyklus gjennom utvikling, produksjon og salg.⁴⁷

Den juridiske kontrakten inneholder rettighetene og forpliktelsene i kontraktsforholdet, sanksjonene for kontraktsbrudd, og formaliseringen av dette i juridiske dokumenter, som kontraktsformularer, henvisninger til bakgrunnsrett, bransjestandarder og lignende.

Når disse perspektivene alle får sin rettmessige plass, vil kontraktsforholdet kunne bli produktivt og solid. Så snart ett av dem tar overhånd, trues balansen og sunnheten. Eksempelene er mange på kontrakter med en plettfri økonomisk logikk, som faller fra hverandre eller ikke blir realisert fordi det sosiale limet mangler. Like ofte finner vi eksempler på sosiale kontrakter som ender i bittert fiendskap, fordi klare normer, juridiske rammer og konflikthåndteringsordninger er fraværende. Aller verst blir det kanskje når en juridisk perfekt kontrakt tres ned over et spirende samarbeid og kveler alt liv.

Det er krevende å forene de tre perspektivene og ta gode beslutninger i kontraktsforhandlinger. Det forutsetter at man holder øye med både det sosiale, økonomiske og juridiske perspektivet. Det kan fort skje at man bare ser ett av dem til fortregning for de andre. Tilsynelatende gir det mening. Som Tobias Mahler skriver: «As long as the deal makes sense from an economic perspective, business people may be tempted to disregard the legal contractual perspective in an effort to keep the deal simple and the transaction costs low.»⁴⁸ Men prisen kan bli høy.

En større norsk kjede var bygget opp av grunnleggerens personlige innsats, karisma og relasjoner til sitt nettverk av butikkeiere. Da grunnleggeren solgte seg ut og overlot virksomheten til et utenlandsk og upersonlig selskap, forsvant mange av butikkeierne over til en annen kjede. De skulle i utgangspunktet være kontraktsrettslig bundet til å forbli som franchisetakere i tidsbestemte og uoppsigelige franchisekontrakter. Da det utenlandske selskapet ville gå til rettslige skritt for å holde troppene samlet, viste det seg imidlertid at det i mange tilfeller manglet formelle kontraktsdokumenter, eller at kontraktene som en gang var inngått, hadde gått ut på dato. Nettverket var holdt oppe av personlige relasjoner, og når de var borte, fantes det ingen juridiske kontrakter å falle tilbake på.

Samtidig må vi ikke undervurdere utfordringene. I virksomheter finnes det innebygde rollekonflikter mellom verdiskaperne og kontrollfunksjonene.⁴⁹ Forskning, utvikling, produksjon og salg skal sørge for å skape vekst og resultater. Internkontroll og juridisk skal sørge for at normer overholdes og risikoer begrenses. Det er også en spenning mellom ulike omgangsformer eller sosiale spill, det kommersielle, det juridiske og det relasjonelle. Overdreven oppmerksomhet om formelle forpliktelser kan gå på bekostning av tilliten mellom kontraktspartene.⁵⁰ Samordning av verdiskapning og risikohåndtering i forhandlingssituasjonen må ta hensyn til de ulike rollene og oppgavene aktørene har i organisasjonen. Samtidig må man erkjenne at det ikke bare, eller først og fremst, er trusselen om rettslige sanksjoner som motiverer kontraktsparter til å oppfylle sine forpliktelser, men i første rekke det vi i bred forstand kan kalle økonomiske og sosiale motiver. Kontrollperspektivet må

balanseres mot verdiskapningsperspektivet. Og ikke minst blir det viktig med en god forståelse og kommunikasjon om disse temaene på tvers av virksomheten.

Hva du har i vente

For å sikre balansen mellom verdier og risiko i kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger, og god kommunikasjon mellom aktørene, kreves en metodisk tilnærming. I kapittel 2 tar vi utgangspunkt i forhandlingsteori, teori om risiko-håndtering og beslutningsteori og ser på en praktisk metode for å gjøre gode valg i kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger.

Deretter tar vi i fire kapitler for oss sentrale utfordringer i kontraktsforhandlinger. En god start er halve svevet, og det grunnleggende forarbeidet er alltid viktig i forhandlinger. I kapittel 3 behandler vi hovedpunkter i de alminnelige forberedelsene til kontraktsforhandlinger, illustrert med en praktisk case om forhandlinger av en kontrakt om et vindkraftprosjekt. Deretter fordypes vi oss i det som er nytt i disse forhandlingene, analyse av kontraktsrisikoen i kapittel 4 og håndtering av kontraktsrisikoen i kapittel 5. Du må også komme i mål, og i kapittel 6 får du noen tips med på veien til gjennomføringen av kontraktsforhandlingene.

Kontrakter kan ende i tvister, og tvister kan også oppstå utenfor kontrakt. Med utgangspunkt i en praktisk case fra et byggeprosjekt skal vi i tre kapitler ta for oss hvordan forliksforhandlinger kan forberedes og gjennomføres. På samme måte som for kontraktsforhandlingene behandler vi først de alminnelige forberedelsene i kapittel 7, før vi går grundigere inn på analyse av prosessrisiko i kapittel 8. I kapittel 9 får du tipsene du trenger for å komme i gang og føre forliksforhandlingene trygt i mål.

Kapittel 2

Finn balansen mellom verdier og risiko

Forhandlinger kan skape vekst.¹ I enhver forhandling der du gjør det bedre enn ditt beste alternativ til avtale, skaper du verdi. Hvis du dessuten klarer å finne frem til løsninger som er bedre enn kompromiss på enkeltsaker, uten å bli dårligere for noen av partene, kan du skape merverdi – det vil si avtaler som er bedre enn det de ellers kunne avtalt.² Muligheten for verdiskapning gjelder nærmest selvfølgelig i kontraktsforhandlinger, hvorfor i all verden skulle kommersielle virksomheter inngå kontrakter om ikke det var for å skape verdi? Men muligheten for å skape verdi stanser ikke når kontrakter blir konflikter. Også ved forliksforhandlinger kan partene skape verdi, om ikke annet ved å spare seg selv og andre for kostnader og lidelser ved tvisten. Klarer du å skape verdi i flere forhandlinger over tid, kan du også skape reell vekst, der resultatene både individuelt og kollektivt fra gang til gang og over tid blir stadig bedre. Med sterke institusjoner og sunn kultur forblir også forhandlinger et kraftfullt instrument for velstand, vekst og fred også for andre enn partene selv.

Forhandlinger byr imidlertid også på en rekke usikkerhetsfaktorer, og dermed på risiko. Det gjelder ikke minst forhandlinger om kontrakter og forlik. Det kan være usikkert om partene kommer frem til avtale, hvor god den blir, og hvorvidt den blir oppfylt som forventet. Verdier kan gå tapt fordi man ikke tar sjansen når usikkerheten synes for stor, fordi den ene stikker av med den største biten av en liten kake, eller fordi man slåss om smuler i stedet for å ta vare på de store verdiene. Samtidig som du forsøker å skape verdier, må du derfor også håndtere risiko, både individuelt og i fellesskap med den andre parten.

Å skape verdier og håndtere risiko lar seg imidlertid ikke uten videre forene. Ensidig søkelys på verdiskapning kan gjøre deg sårbar for utnyttelse, mens overdreven granskning av risikoen kan gjøre at avtalen går i vasken. Verdi og risiko blir som ild og vann, to perspektiver som ikke kan eksistere samtidig. Perspektivene kombineres gjerne også i roller som ikke går sømløst opp i hverandre. Verdiskapere og risikokontrollører har ulike personlige styrker, og rollene bemannes av forskjellige faggrupper med ulike roller i organisasjonen. Salgssjef og leder for juridisk avdeling sitter sjelden i samme etasje. De har hver sine språk og hver sine måter å forstå og behandle verdi og risiko på. Dette spenningsforholdet mellom verdiskapning og risikohåndtering forplanter seg lett til forhandlingssituasjonen.

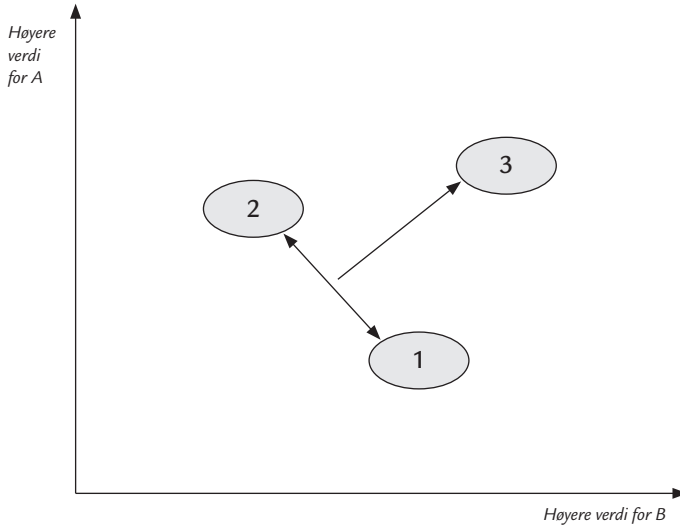
Det er derfor behov for å se oppgavene i sammenheng og samordne verdiskapning og risikohåndtering ved forhandling av kontrakter og forlik. Verdiene må opparbeides med en forsvarlig risikoeksponering. Risikohåndteringen må tenke på mer enn hva som skrives inn i den juridiske kontrakten. Forutsetningen for å få det til er at man har systematiske metoder for å skape verdier og håndtere risiko i forhandlinger.

I dette kapitlet skal vi se nærmere på verdiskapning og risikohåndtering i forhandlinger. Vi begynner med verdiskapningen. Siden verdiskapende forhandlinger er godt dekket i andre forhandlingsbøker,³ skal bare det viktigste, det som er nødvendig for å få frem sammenhengen, omtales. Mer plass bruker vi på risikohåndteringen. Vi skal bli kjent med en praktisk metode for å håndtere risiko og gjøre gode valg i kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger, som er utviklet med utgangspunkt i beslutningsteori og beslutningsanalyse.

Verdiskapning

Verdiskapning i kontraktsforhandlinger handler i utgangspunktet om det kommersielle grunnlaget for avtalen. Partene skaper verdi ved å inngå en avtale som er bedre enn det beste alternativet for hver av dem. Og de kan ofte forbedre avtalen sin ved å finne frem til løsninger på enkeltsaker som er bedre enn kompromiss, det som kalles integrerte løsninger.⁴

I stedet for å tenke på forhandlingene som en tautrekking langs en dimensjon, sees forhandlingene som et felt der et bedre resultat for den ene samtidig kan være bedre også for den andre, som vi ser nedenfor i figur 2.1.



Figur 2.1 Felles utfallsrom med tre ulike posisjoner for forhandlingsløsning på en sak

I stedet for å knive om løsning 1 eller 2 søker partene en løsning 3 som gir høyere verdi både for A og for B.

Partene kan skape verdi med økonomiske vilkår. For å skape verdi er det en fordel om det er flere saker, slik det som regel vil være i kontraktsforhandlinger. Du kan også se om det er mulig å legge til saker eller splitte eksisterende saker i flere dimensjoner. Forskjeller i prioriteringer kan brukes til å lage verdiskapende løsninger. Partene bytter rett og slett saker. Andre forskjeller, eksempelvis når det gjelder behov for når ting må skje, eller med hensyn til evner og ressurser, kan også danne grunnlag for verdiskapende løsninger. I stedet for å ha som mål å vinne alle saker kan partene se etter verdiskapende løsninger ved å utnytte slike forskjeller.⁵

Partene kan også skape verdi med kontraktsvilkår. Noen bestemmelser i kontrakten fremstår eksempelvis som viktigere for den ene parten enn den andre. Slike forskjeller i prioriteringer kan brukes til å lage verdiskapende løsninger. Partene bytter rett og slett kontraktsbestemmelser.

Endelig kan partene skape verdi med risiko. I stedet for å se på risikohåndtering som fordeling i et nullsumspill, der det er om å gjøre å skyve mest mulig risiko over på den andre, ser partene etter muligheter for å plassere eller dele risikoen på måter som skaper verdi og er gjensidig tilfredsstillende. Partene kan eksempelvis dele risikoen i en betinget avtale eller plassere risikoen hos den som har de beste forutsetninger for å bære den.

For å skape verdifulle løsninger med både kommersielle elementer, kontraktsbestemmelser og risiko er det nødvendig å se ting i sammenheng. Alle forhold bør derfor forhandles samlet. Maksimen om at intet er avtalt før alt er avtalt, bør gjelde også i kontraktsforhandlinger. Det gjelder både de økonomiske (eller kommersielle) bestemmelsene i avtalen og bestemmelsene som regulerer risiko. Risiko har gjerne sin pris, og hvis ikke disse tingene sees i sammenheng, åpnes det lett for uheldige eller ubalanserte løsninger.

Videre beror muligheten til å skape verdi på kjennskap til partenes interesser. Interesser kan defineres som grunnene bak partenes standpunkter til forhandlings-sakene og det de ellers bryr seg om.⁶ Mens en posisjon er standpunktet i en forhandlingssak, er interessene grunnene bak dette standpunktet. Pristilbudet er en posisjon. De underliggende interessene vil kunne være ønsket om inntekter, behovet for å dekke kostnader og generell lønnsomhet.

Interesser kan være materielle (penger, ting) og immaterielle (status, omdømme). I et byggeprosjekt kan realisering, tid og kostnader være sentrale interesser for byggherren. Ved samarbeid om et oppstartsprosjekt kan finansiering, rammer for kreativitet og markedsføring være sentrale interesser for parten som kommer med ideene. Penger er ikke alt. Grunnleggende behov for fysisk velvære, trygghet, frihet og selvrealisering kan spille en rolle. Det samme gjelder relasjonelle behov, som å komme overens, bli verdsatt, anerkjent, respektert, inkludert og behandlet rettferdig. Slike identitetsbehov kan spille en rolle i kommersielle forhandlinger om kontrakter og forlik, på samme vis som i forhandlinger i privatlivet.

Interesser gjør det mulig å finne frem til verdiskapende løsninger. Det er tre grunner til at oppmerksomhet om interessene er effektivt for å finne løsninger. For det første fordi interesser, i motsetning til posisjoner, kan tilfredsstilles på flere måter. Kompensasjon for økonomisk tap kan for eksempel ytes i form av varer eller tjenester i stedet for rene penger. En forsinket håndverker gir rabatt på gjenstående arbeider i stedet for å betale dagbøter. Kompensasjonen kan ha samme verdi for bestilleren, men koste mindre for håndverkeren. Både dagbøter og rabatter oppfyller bestillerens interesser, mens bare den siste oppfyller håndverkerens. Ved å se på interessene finner man flere mulige løsninger, hvorav noen kanskje, som i dette tilfellet, kan godtas av begge parter. Interesser finnes for det andre gjerne i flere lag. Underliggende interesser kan gi flere muligheter.

Endelig og for det tredje kan jakten på interesser avdekke felles interesser mellom partene. Begge er kanskje interessert i å ha en god relasjon. I noen tilfeller kan det også avdekkes at årsaken til konflikten eller noen løsningsmuligheter beror på

noen andre enn partene. Da kan partene bli enige om å gjøre felles front og felles sak overfor den personen eller instansen som er nøkkelen til løsningen. Oppmerksomhet om felles interesser gjør det med andre ord lettere å håndtere motsetninger og kan i noen tilfeller også inneholde nøkkelen til en god løsning.

Partene må i forberedelsene analysere sine egne og – så godt det lar seg gjøre – den andres interesser og sette søkelys på interessene gjennom hele forhandlingen. Interessene bør også rangeres, slik at det er mulig å gjøre verdifulle bytter mellom saker begrunnet i hvor sterkt interessert partene er i dem.

Forståelse av interessene kan brukes til å utvikle mange mulige løsninger, slik at partene kan velge de beste løsningene som svarer til begge interesser og prioriteringer. Dette kan skje gjennom idemyldring i fellesskap eller på egen hånd.

Verdiskapende forhandlinger kan beskrives som kjernen i moderne forhandlingsteori, og det finnes en rekke fremstillinger av det teoretiske grunnlaget og de praktiske teknikkene.⁷ Men når verdiene skal realiseres og avtalene gjennomføres, må også risikoen forstås og håndteres.

Risikohåndtering

Enhver forhandling innebærer risiko, men risikoelementene blir særlig fremtredende i komplekse kontraktsforhold og ved tvisteløsning. Da kan det være nødvendig å analysere og håndtere risikoen mer inngående.

Risikoanalyse og risikohåndtering er relevant også ut fra andre perspektiver, hvorav noen har forbindelse til risikovurderingen i forhandlingssituasjonen. Ett perspektiv, med tilhørende teori og metode, ser på risiko og håndteringen av den gjennom hele kontraktens levetid (Contract Risk Management).⁸ Annen teori og metode tar for seg prosjektstyring og prosjektledelse.⁹ Her skal vi konsentrere oss om risikoanalyse og risikohåndtering i *forhandlingssituasjonen*. Vi begynner med å se nærmere på selve risikobegrepet.

Risikobegrepet

Begrepet risiko brukes i mange sammenhenger og i forskjellige disipliner. Både teknisk, økonomisk, kommersielt, finansielt og juridisk tales det om risiko. Å forsøke å samle perspektivene og finne en fellesnevner kan være utfordrende.¹⁰ Men et vanlig utgangspunkt i mange forståelser av risiko er forholdet mellom sannsynlighet og konsekvens av visse typer hendelser. I ISO-standarden for risikostyring, som inneholder definisjoner og forklaringer av sentrale begreper, forstås risiko som «virkningen av usikkerhet knyttet til mål».¹¹ Dette er risikobegrepet vi skal bruke i denne boken.

Virksomhetens risiko i en større sammenheng

I offentlig og privat virksomhet står aktører overfor en rekke ulike typer risiko, og det finnes forskjellige begreper og metoder for å analysere og håndtere disse risikoene. Det er blant annet vanlig å tale om kommersiell risiko, operasjonell risiko, finansiell risiko og strategisk risiko.

En virksomhet løper for det første det som kan kalles en *kommersiell risiko*. Kommersiell risiko handler om transaksjonene virksomheten gjør med sine omgivelser for å generere inntekter og dermed oppnå fortjeneste. I behandlingen av kommersiell risiko inngår det blant annet å vurdere kundenes evne og vilje til å gjøre opp for seg, slik at man kan forebygge, avdekke og reparere mislighold.

Virksomheten må også ta hensyn til *operasjonell risiko*. Operasjonell risiko kan forstås som risiko for økonomisk tap eller tap av omdømme som følge av svikt i interne prosesser, menneskelige feil eller systemfeil, eller andre tap som skyldes eksterne forhold. Operasjonell risiko kan eksempelvis gjelde brudd på lover og regler, misligheter og korrupsjon, ulykker, feil og skade på verdier/innsatsfaktorer eller feil i aktiviteter, prosesser eller systemer.¹²

Finansiell risiko er risiko knyttet til hvordan virksomheten finansieres, derunder betaler for varer og tjenester som trengs i driften. For å drive trenger virksomheten en kapital, der noe er eiendeler og noe gjeld. Finansiell risiko kan ta mange former og omfatter både kredittrisiko, kursrisiko, renterisiko og likviditetsrisiko.

Strategisk risiko knytter seg til virksomhetens overordnede mål og handler om valg, forhold eller hendelser som er vesentlige for virksomhetens måloppnåelse. Strategisk risiko kan eksempelvis gjelde målgruppe, samarbeidspartnere, konkurrenter, virkemiddelbruk, organisering, finansierings- og forretningsmodeller eller utviklingstrekk som politiske endringer, demografisk utvikling, miljø, digitalisering og ny teknologi.¹³

Empirisk og normativ risiko

Definisjonen fra ISO-standarder handler om faktisk eller *empirisk* risiko, risikoen for at noe kan hende i virkeligheten.

Risiko kan også forstås *normativt*, som et spørsmål om hvordan risiko skal plasseres, eksempelvis mellom partene i et kontraktsforhold.¹⁴ Risikoplassering kan skje gjennom rettsregler. Rettsregler har en «hvis, så»-struktur, med et betingelsesledd («hvis») og et virkningsledd («så»). Betingelsesleddet angir de faktiske vilkårene som må være oppfylt, virkningsleddet den normative effekten av det. Hvis det eksempelvis oppstår skade på tingen etter levering, så må kjøperen likevel betale, jf. lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) § 12. Det normative risikobegrepet

konsentrerer seg om virkningen av risiko. Når det eksempelvis tales om vederlagsrisiko og oppfyllelsesrisiko, eller om byggherrerisiko og entreprenørrisiko, gjelder det begreper om normativ risiko.

Den normative betydningen av risiko forutsetter eksistensen av den empiriske risikoen. Det må finnes en risiko å fordele. I kontraktsretten er det imidlertid sjelden at den empiriske risikoen analyseres. Empirisk risiko blir i jussen lett en «black box».¹⁵ For å kunne foreta en hensiktsmessig håndtering av risiko i forhandlings-situasjonen er det imidlertid nettopp denne empiriske risikoen vi må forsøke å forstå. Bare når vi har analysert og forstått den empiriske risikoen, kan vi ta stilling til hvordan denne best kan håndteres. Forståelsen av den empiriske risikoen gjør det mulig å si om den foreslåtte reguleringen av denne risikosituasjonen er adekvat, eller om vi også bør tenke på andre måter å håndtere denne risikoen på.

Finnes det en egen rettslig risiko?

I risikolitteraturen støter vi også på uttrykket «rettslig risiko». Dette uttrykket brukes i ulike sammenhenger og på forskjellig måte. Tobias Mahler konstaterer at det ikke synes å være noen enighet om forståelsen, men mye forvirring.¹⁶ De som har forsøkt seg på definisjoner, har ikke engang vært enige om hvordan man skal gå frem for å definere.¹⁷ Det har vært gjort forsøk på å gi begrepsdefinisjoner og på å liste opp ulike typer risiko som faller inn under et begrep om rettslig risiko. Men både definisjoner og typologier er uklare og blander empirisk og normativ risiko.¹⁸

Noen ganger ser det ut til at det man med uttrykket «rettslig risiko» sikter til, er et eget *rettslig perspektiv* på risiko.¹⁹ Rettslig risiko blir i en slik forståelse en samlebetegnelse for rettslige måter å se på risiko på, der både kommersiell, operasjonell, finansiell og strategisk risiko kan inngå. Alle forsøk på å definere rettslig risiko får med noe, men utelater like mye. Å definere rettslig risiko blir som Mahler tørt konstaterer nesten like vanskelig som å definere hva rett er.²⁰

I et forsøk på å skape større klarhet har Mahler foreslått en ny definisjon av rettslig risiko. Denne går ut på at rettslig risiko er en risiko som har et rettsspørsmål som risikokilde.²¹ Det er et godt utgangspunkt for å presisere et rettslig risikobegrep som har relevans for forhandlinger, derunder kontraktsforhandlinger og forliksforhandlinger. Når kontraktsbestemmelser brukes til å regulere risiko, følger det med en usikkerhet om hvordan disse rettslig sett er å forstå. Kildene til denne usikkerheten er de rettsspørsmål kontraktsbestemmelsene reiser.

Rettslig risiko kan komme inn i bildet i to sammenhenger. Den ene er når partene selv er usikre om tolkningen og anvendelsen av en bestemmelse i kontrakten eller bakgrunnsretten. Da kan det skje at de ikke klarer å bli enige. Det foreligger en

SVERRE BLANDHOL er professor ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo og arbeider blant annet med forhandlinger. Han er forfatter av flere bøker.

Denne boken tar for seg problemer i skjæringspunktet mellom juss og forhandlinger, med særlig oppmerksomhet på implementeringsrisikoen når du forhandler kontrakter og prosessrisikoen ved forliksforhandlinger. Boken er skrevet for deg som forhandler for offentlige eller private virksomheter, for rådgivere og advokater, og for alle som er interessert i ulike forhandlingsformer og ønsker å forbedre sine forhandlingsferdigheter. Boken tar utgangspunkt i konkrete eksempler på forhandlings situasjoner. Blandhol forklarer og illustrerer begreper og poenger med figurer og tabeller så vel som med eksempler og historier.

Jeg anbefaler boken til alle som vil tilnærme seg sine forhandlinger på en systematisk og rasjonell måte.

Øystein Myre Bremset, Partner Advokatfirmaet Grette AS

Professor Sverre Blandhol gir i denne boken metoder og praktiske verktøy – alt solid forankret i forhandlingsteori, beslutningsteori og teori om risikohåndtering. Like nyttig for erfarne forhandlere og meklere som for nybegynnere. For best mulige resultater i forhandlinger: Les den og bruk den.

Katinka Mahieu, dommer, Oslo tingrett

Boken ga meg en nyttig innføring i og gode verktøy for håndtering av kontraktsforhandlinger.

Gunnar Garred, juridisk direktør, Skanska Norge AS

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-03693-9



9 788215 036939