

“Subject to contract”

«A gentleman's agreement is an agreement which is not an agreement, made between two persons, neither of whom is a gentleman, whereby each expects the other to be strictly bound without himself being bound at all.»

(Lord Denning i [1967] 2 All. E.R. 415 på side 417)

Kandidatnummer: 116

Veileder: Giuditta Cordero Moss

Leveringsfrist: 15. januar 2007

Til sammen 39 629 ord

19.06.2007

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.2	Problemstillingens forutsetninger og avgrensninger	4
1.3	Prosjekttilknytning	6
1.3.1	Andre grunner til bruk av subject to contract-klausulen	8
1.3.2	Særlig om bruken av boilerplate-klausuler i angloamerikansk rettstradisjon	9
1.4	Avhandlingens metode	10
1.4.1	Norsk rettskildelære	10
1.4.2	Engelske rettskilder	11
1.5	Avhandlingens videre disposisjon	12
1.6	Subject to contract-klausulen	14
1.6.1	Innledning	14
1.6.2	Eksempler på subject to contract-klausulens utforming	14
1.6.3	Bakgrunnen for bruken av <i>subject to contract-klausulen</i> i intensjonsavtaler	17
2	<u>KAN PARTENE TENKES Å VÆRE BUNDET SELV OM INTENSJONS- AVTALEN UTTRYKKELIG SIER AT DEN ER SUBJECT TO CONTRACT?</u>	18
2.1	Reglene om avtaleslutning	18
2.1.1	Intensjonsavtalers stilling i engelsk rett	19
2.2	Subject to contract-klausulens intenderte rettsvirkning	21
2.3	Subject to contract-klausulens normale rettsvirkning	22
2.4	Kan partene stole på at subject to contract-klausulen sikrer at de ikke blir bundet av den intenderte avtalen?	24
2.4.1	Innledning	24
2.4.2	Etterfølgende atferd og passivitet	25
2.4.3	Enighet om avtalens hovedpunkter	28

2.5	Oppsummering – er subject to contract nødvendig?	30
3	<u>ANSVAR FOR ATFERD UNDER FORHANDLINGENE ETTER ENGELSK RETT – BETYDNINGEN AV SUBJECT TO CONTRACT</u>	32
3.1	Innledning	32
3.2	Hovedregelen er at partene bærer sitt eget tap	32
3.2.1	Prinsippet om kontraktsfrihet - freedom of contract	33
3.2.2	Formålet med kontraktsforhandlingene	33
3.2.3	Kravet til consideration - motytelse	34
3.2.4	Argumenter for å begrense partenes kontraktsfrihet	34
3.3	Har partene en plikt til å forhandle lojalt/in good faith, slik at brudd på denne plikten kan føre til ansvar?	36
3.3.1	Innholdet av en plikt for partene til å forhandle i god tro/forhandle lojalt.	36
3.3.2	En generell plikt til lojalitet/good faith på det prekontraktuelle stadiet?	37
3.3.3	Kan bruken av en intensjonsavtale medføre en plikt til å forhandle i lojalt?	38
3.3.4	Kan en uttrykkelig avtale om å forhandle lojalt/in good faith håndheves?	41
3.4	Kan bruken av en intensjonsavtale medføre en særlig plikt til lojal medvirkning (best endeavours eller reasonable endeavours) mot en endelig kontrakt, og kan en slik uttrykkelig avtalt plikt håndheves?	46
3.4.1	Innledning – spørsmålets bakgrunn	46
3.4.2	Hva ligger i best og reasonable endeavours?	47
3.4.3	Kan bruken av en intensjonsavtale medføre en særlig medvirkningsplikt	49
3.4.4	Kan en uttrykkelig avtale om å utvise best eller reasonable efforts for å nå en avtale håndheves?	51
3.5	Subject to contract-klausulens betydning for spørsmålet om en avtalt plikt til å forhandle i lojalt/in good faith eller å utvise best eller reasonable endeavours for å nå en avtale	55
3.6	Andre ansvarsgrunnlag?	56
3.7	Restitusjon av uberettiget berikelse	58
3.7.1	Tillit til at forhandlingene vil ende i en bindende kontrakt	58
3.7.2	Vilkårene for å kreve restitusjon	59
3.7.3	Forventede kontrakter som ikke materialiserer seg	60

3.7.4	Følgene av en subject to contract-klausul for spørsmålet om restitusjon	64
3.7.5	Er det behov for subject to contract-klausulen for å forhindre et restitusjonskrav?	66
3.8	Erstatning utenfor kontrakt – tort	66
3.8.1	Innledning	66
3.8.2	Negligence – uaktsomhet	67
3.8.3	Svik – deceit	69
4	<u>NORSK RELEVANT RETT – MED ET KOMPARATIVT PERSPEKTIV</u>	72
4.1	Innledning	72
4.2	Utvalgte tolkningsspørsmål	72
4.2.1	Hvorfor tolkning?	72
4.2.2	Er det av betydning for tolkningen at klausulen er hentet fra engelsk rett?	73
4.2.3	Ordlyden	74
4.2.4	Særlige tolkningsregler	75
4.2.5	Sikkerhet og forutberegnelighet.	75
4.2.6	Lojalitetsprinsippet som tolkningsmoment	76
4.2.7	Rimelighet	76
4.2.8	Bakgrunnsrettens betydning	77
4.3	Kontraktsfrihet	78
4.4	Avtaleslutning ved bruk av intensjonsavtaler i norsk rett	79
4.4.1	Ingen formelle vilkår	79
4.4.2	Formkrav	79
4.4.3	Etterfølgende atferd, passivitet, enighet om hovedvilkår og ”culpasanksjon”	81
4.5	Prekontraktuelt ansvar	85
4.5.1	Plikt til lojal opptreden	85
4.5.2	Lojalitetspliktens innhold på forhandlingsstadiet	88
4.5.3	Den konkrete lojalitetsvurderingen	93
4.5.4	Skyldkravet	94
5	<u>HVILKEN BETYDNING HAR SUBJECT TO CONTRACT FOR SPØRSMÅLET OM AVTALEBINDING DER PARTENE HAR INNGÅTT EN INTENSJONS- AVTALE UNDER NORSK RETT?</u>	95

5.1	Innledning	95
5.1.1	Avtalebinding der partene har inngått en intensjonsavtale	95
5.1.2	Partenes begrunnelse for å kontraksregulere tidspunktet for når kontrakten skal anses å være sluttet – og motforestillinger til en slik regulering	96
5.1.3	Utgangspunkt og hovedregel – det er opp til partene selv å kontraksdefinere når avtalebinding inntreer	98
5.2	Subject to contract	98
5.2.1	Tolkning av klausulen i forhold til spørsmålet om avtalebinding	98
5.2.2	Sensur av klausulen	106
6	<u>HVILKEN BETYDNING HAR SUBJECT TO CONTRACT-KLAUSULEN FOR SPØRSMÅLET OM PREKONTRAKTUETT ANSVAR ETTER NORSK RETT?</u>	107
6.1	Innledning	107
6.1.1	Partenes begrunnelse for å fraskrive seg prekontraktuelt ansvar	108
6.1.2	Utgangspunkt og hovedregel – partene kan fritt kontraksregulere spørsmålet om ansvar	108
6.2	Vil norske domstoler håndheve subject to contract-klausulen i den utstrekning den kan anses som en avtalt frihet fra lojalitetsplikten?	108
6.3	Tolkning av subject to contract-klausulen – dens betydning for lojalitetsplikten	111
6.3.1	Er subject to contract-klausulen en ren ansvarsfraskrivelse for det prekontraktuelle ansvar ?	111
6.3.2	En avtale om helt eller delvis pliktfrighet?	112
6.3.3	Klausulens betydning for den konkrete lojalitetsvurderingen	113
7	<u>AVSLUTTENDE SYNSPUNKTER</u>	115
	<u>LITTERATURLISTE, LOVER, DOMSREGISTER OG FORKORTELSER</u>	118

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Klausulen «subject to contract» er en standardklausul som kan beskrives som et forbehold om en endelig avtale.

Forhandlinger om kommersielle avtaler er ofte utfordrende og komplekse, og partene bruker ofte mye tid og penger i forsøket på å få en avtale i stand. I forventning om at en endelig avtale skal komme i stand foretar partene forberedelser, som for eksempel omstruktureringer, nedbemanninger, refinansiering og lignende. Andre kostnader forbundet med forhandlinger om kommersielle avtaler kan for eksempel komme av bruk av profesjonelle rådgivere, utarbeiding av prospekter og egen arbeidsinnsats. Dersom partene når en endelig avtale er disse kostnadene på ingen måte bortkastet, idet de må anses som tatt i betraktning av partene ved prisfastsettelsen. Problemet oppstår med det den ene parten trekker seg *før* det er enighet mellom partene om at en endelig avtale er kommet i stand. Den skuffede part kan da tenkes å hevde rett etter to forskjellige grunnlag: For det første kan han hevde at det faktisk er kommet i stand en endelig bindende avtale. For det annet kan han hevde at den part som trekker seg fra forhandlingene med det har handlet ansvarsbetingende og derfor må erstatte det tap han er påført.

Når profesjonelle parter fører forhandlinger, utarbeider de ofte et prekontraktuelt dokument som søker å tilkjenne den forventede transaksjonen samtidig som den ofte angir dens grunnleggende vilkår. Dokumentet er ofte forberedt av partenes profesjonelle rådgivere. I en typisk engelsk kommersiell transaksjon vil de overordnede forutsetninger for transaksjonen ofte bli fastsatt i et *Letter of Intent*¹, eller et annet lignende prekontraktuelt dokument. Med

¹ I norsk oversettelse brukes begrepet *intensjonsavtale*. *Letters of intent* kan brukes som en samlebetegnelse på prekontraktuelle dokumenter som går under en rekke andre navn, slik som "heads of agreement," "memorandum of understanding," "protocol d'accord," "protocol," "memorandum of intent," og "term sheet." På grunn av den utstrakte bruken av dokumentene brukes forkortelsene "LoI" (evt. "L/I"), "MoU" og "HoA" hyppig. I den videre fremstillingen vil jeg som regel bruke fellesbetegnelsen *intensjonsavtaler* når jeg refererer til disse. Siden dokumentets betegnelse ikke alltid er *intensjonsavtale*, er det viktig å være

mulige unntak for eksklusivitets- og konfidensialitetsklausuler² vil disse forutsetningene uttrykkelig angis som ikke bindende og *subject to contract*. Som jeg vil komme til under punkt 2.2, er partenes intensjon (med mindre annet er særlig avtalt) at *subject to contract-klausulen* medfører at partene ikke er bundet før en endelig avtale foreligger, og dessuten at forhandlingspartene til enhver tid kan trekke seg fra forhandlingene uten ansvar for den annen part.

Også i norsk rett brukes slike intensjonsavtaler i stadig økende grad som et kommersielt virkemiddel i forbindelse med avtaleforhandlinger.³ Selv om jeg ikke tilstreber å foreta en analyse av intensjonsavtalers stilling generelt, står intensjonsavtaler likevel sentralt i denne avhandlingen. Bakgrunnen for mitt fokus på intensjonsavtaler spesielt, er at klausulen *subject to contract* typisk brukes i slike ”avtaler”.

Forutsett at A og B avfatter en intensjonsavtale⁴ hvor klausulen *subject to contract* er påført. Hva betyr egentlig *subject to contract*? Kan A dersom han ønsker å trekke seg fra forhandlingene alltid ansvarsfritt gjøre dette? Kan det hende at en bindende avtale mellom partene er kommet i stand – til tross for partenes bruk av intensjonsavtaleformen og *subject to contract-klausulen*? Dersom A for eksempel under forhandlingene mister interessen i å inngå en kontrakt med B, men likevel fortsetter forhandlingene – uten å underrette B om at han ikke lenger intenderer å slutte kontrakt, er A uten ansvar? Kan det hende at A uansett har en plikt til å lojalt bestrebe seg på å nå den intenderte avtalen? Og hva dersom As begrunnelse for å innlate seg på forhandlinger med B ikke er ønsket om å nå en avtale, men i stedet skaffe seg kjennskap til Bs forretningshemmeligheter, eller å sondere markedet for forhandlings-

oppmerksom på at det jeg i avhandlingen betegner som *intensjonsavtaler* forekommer i en mengde former og rubriseringer.

² Eventuelle problemer slike klausuler medfører vil ikke bli behandlet i denne avhandlingen.

³ Woxhoth (1995), s. 2 – 7 og Woxholth, s. 163. Typisk er i forbindelse med oppkjøp av selskaper.

⁴ Jeg vil komme tilbake til intensjonsavtalers stilling i henholdsvis engelsk og norsk rett. Innledningsvis nøyer jeg meg med å vise til at en intensjonsavtale i korthet er en erklæring som i hovedtrekk angir partenes hensikt og ønske om innhold av en kontrakt som de ser for seg at vil komme i stand i fremtiden. I begrepet ligger det at partene tilkjenner at dokumentet er forberedende og midlertidig – inntil en endelig avtale foreligger.

gjenstandens verdi, slik som for eksempel verdien av et selskap? Kan B under noen omstendighet kreve de omkostningene han har hatt i forbindelse med de uoppfylte forventningene om en endelig avtale dekket av A?

Avhandlingen søker å kartlegge hvorvidt en *subject to contract-klausul* medfører at partene kan unngå bundethet eller ekskludere ansvar for sin atferd under kontraktsforhandlinger ved å ta inn klausulen i en intensjonsavtale regulert av henholdsvis engelsk og norsk rett. Spørsmålet om *subject to contract-klausulens* rettsvirkninger med hensyn til avtalebinding og ansvar for atferd under forhandlingene når den er tatt inn i en intensjonsavtale regulert av norske rettsregler er et spennende spørsmål. Det er et spørsmål om *subject to contract-klausulen* passer inn i norsk rett. Anvendelsen av *subject to contract-klausulen* i norsk rett gir grunnlag for å se på eventuelle forskjeller mellom klausulens tilskitete og faktiske virkninger når den skal fungere sammen med norsk bakgrunnsrett. En spenning oppstår mellom *subject to contract-klausulens* formål på den ene siden – å fremme partenes behov for forutberegnelighet i kontraktsforhandlingene og ivareta prinsippet om kontraktsfrihet – og på den andre siden et vitalt prinsipp i norsk kontraktsrett – prinsippet om lojalitet⁵ mellom forhandlingspartene. Spørsmålet om klausulen passer inn i norsk rett er ikke særegent for *subject to contract-klausulen*, men oppstår generelt for klausuler som transporteres fra ett rettssystem til et annet.⁶

Under denne problemstillingens drøftelse faller naturlig en rekke underproblemstillinger.⁷ For det første må det spørres om klausulen er *nødvendig* i norsk rett for å nå dens intenderte rettsvirkninger. For det andre må det spørres om det etter norsk rett i det hele tatt er *mulig* å oppnå klausulens intenderte rettsvirkninger. Endelig må det spørres om klausulen *dekker* de intenderte rettsvirkningene – i den grad det er mulig å oppnå dem i norsk rett.

Under kartleggingen hvorvidt *subject to contract-klausulen* medfører at partene kan unngå bundethet eller ekskludere ansvar for sin atferd under kontraktsforhandlingene, er det behov for

⁵ Dette hensynet står sentralt i avhandlingen. Under punkt 4.2.6 og 4.5 er hensynet behandlet nærmere.

⁶ Se punkt 1.3 hvor dette særlige problemet er utdypet nærmere.

⁷ De problemstillingene som følger her er utarbeidet av Guiditta Cordero Moss for prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller som avhandlingen er knyttet til.

å se hen til rettsreglene som regulerer disse spørsmålene i de to rettssystemene *uten* at klausulen er tatt inn. Parallelt med behandlingen av *subject to contract-klausulen* vil jeg derfor behandle reglene om avtalebinding og spørsmålet om prekontraktuelt ansvar i de to rettssystemene.

Avslutningsvis understrekes det at jeg ikke søker å gi en uttømmende fremstilling av problemkomplekset som kan tenkes å oppstå der partene har inngått en intensjonsavtale hvor klausulen *subject to contract* er inntatt. Emnet er for omfattende for en slik fremstilling, og jeg vil derfor behandle utvalgte problemstillinger i tråd med avhandlingens prosjekttilknytning.⁸

1.2 Problemstillingens forutsetninger og avgrensninger

Jeg tar i det følgende sikte på en generell avtalerettslig fremstilling, og avgrenser derfor mot der det forhandles om mer spesielle avtaler, som for eksempel avtaler om overdragelser som skjer gjennom selskapsrettslige transaksjoner som emisjon, fusjon og fisjon etter aksjelovenes regler. Riktig nok kan det være at fremstillingen er relevant også for slike særlige avtaler, men de spesielle reglene og hensynene som måtte gjøre seg gjeldende vil ikke bli behandlet her.

Det forutsettes at *subject to contract-klausulen* er inntatt i en individuelt fremforhandlet intensjonsavtale. Med dette avgrenses det samtidig mot spørsmål som måtte oppstå hva angår vedtagelse av *subject to contract-klausulen*.

De spørsmål om ansvar i forbindelse med konsekvenser av legitimasjon og kompetanse hos den som forhandler vil ikke bli behandlet i fremstillingen.⁹ Det forutsettes at partene har inntatt en bindende eksklusivitetsklausul og konfidensialitetsklausul i intensjonsavtalen¹⁰, slik at de problemstillingene som reiser seg ved bruken av en intensjonsavtale *uten* slike klausuler ikke

⁸ Se mer om prosjektet under punkt 1.3 under.

⁹ Under kapittel 5 behandles spørsmålet om *subject to contract-klausulen* kan tolkes som et styreforbehold i norsk rett. Spørsmålet retter seg utelukkende mot selve tolkningen av klausulen, ikke problemer som eventuelt måtte oppstå som følge av et slikt forbehold.

¹⁰ Slike bestemmelser vil – såfremt partene har formulert seg tilstrekkelig klart med hensyn til at disse er ment å være bindende – normalt binde partene, jf. NJA-1990-745 på side 754.

behandles her.¹¹ Jeg forutsetter også at partene under intensjonsavtalen er næringsdrivende, jevnbyrdige parter uten særskilt beskyttelsesbehov.¹² Den offentlige sektors bruk av intensjonsavtaler holdes utenfor avhandlingen.

Når jeg behandler spørsmålet om *subject to contract-klausulens* rettsvirkninger med hensyn til avtalebinding og ansvar for atferd i forhandlingene når den er tatt inn i en intensjonsavtale regulert av norske rettsregler, legger jeg til grunn at forholdet mellom partene skal reguleres etter norsk rett. Med dette avgrenser jeg mot fagområdet internasjonal privatrett (lovvalgsrett). Ved at partene foretar et norsk lovvalg, gis norsk rett anvendelse.¹³

I min behandling av avhandlingens problemstilling vil jeg trekke frem likheter og ulikheter underveis mellom rettssystemene. En slik sammenligning vil for det første ha betydning for forståelsen av engelsk rett, som for en norsk jurist normalt vil virke noe fremmed, og for det andre vil den kunne sies å ha en egenverdi. I denne sammenhengen understreker jeg at jeg ikke tar sikte på å foreta en ekte komparativ analyse av de norske og engelske relevante rettsreglene.¹⁴

Før jeg går videre, finner jeg grunn til å si noe om hvorfor denne avhandlingen, i motsetning til flere andre avhandlinger under Prosjektet, ikke forutsetter at partenes kontraktsspråk er engelsk når det forutsettes at *subject to contract-klausulen* er hentet fra engelsk rett. Avtalevilkår på engelsk eller andre fremmedspråk kan være problematiske, dersom for eksempel vilkårene eller begrepene som er brukt er tillagt en spesiell mening i engelsk rettspraksis, som ikke følger naturlig av en rent språklig forståelse av kontraktsvilkåret eller begrepet.¹⁵ Det kan da oppstå spørsmål om hvilken betydning som skal legges til grunn. Slike problemer oppstår etter mitt skjønn ikke ved tolkningen av *subject to contract-klausulen*, og jeg vil derfor ikke drøfte dem

¹¹ Se Woxholth (1995), s. 4.

¹² For eksempel holdes intensjonsavtaler brukt i arbeidsforhold utenfor.

¹³ Krüger, s. 893; Hov I, s. 153; Haaskjold, s. 191 ff.; og Selvig (1986), s. 4.

¹⁴ Se Zweigert/Kötz om komparativ metode.

¹⁵ For eksempel Sandsbraaten behandler begreper som er tillagt en spesiell mening i engelsk rett – som ikke følger av en rent språklig forståelse av dem.

nærmere. Utgangspunktet for drøftelsen blir da etter vanlige norske regler en naturlig språklig forståelse av ordlyden – ordenes alminnelige mening. Man kan ta utgangspunkt enten i den engelske ordlyden eller i en oversettelse til norsk, uten at dette kan antas å ha særlig betydning.¹⁶ Under behandlingen av klausulen i norsk rett vil jeg av hensyn til helheten i avhandlingen ta utgangspunkt i den engelske ordlyden. Når jeg skal vurdere hvilken betydning *subject to contract-klausulen* har i norsk rett, vil jeg naturlig nok måtte gå via en norsk ordlyd.

Avslutningsvis her, finner jeg grunn til å påpeke problemet med at ordet ”intensjonsavtale” i seg selv er tvetydig, og at spørsmålet om hvorvidt en ”intensjonsavtale” er bindende kan synes som et noe underlig spørsmål. En intensjonsavtale er en overenskomst mellom partene om at de ønsker å inngå en fremtidig avtale, og ikke en *egentlig* avtale. Terminologien kan dermed virke forvirrende. Jeg har funnet det meget vanskelig å komme til en god terminologi når det gjelder skillet mellom (ikke bindende) intensjonsavtaler og (bindende) avtaler. Av denne grunn har jeg valgt å *ikke* la ordene ”intensjonsavtale” og ”avtale” være styrende for å beskrive om partene er bundet eller ikke, men isteden la det komme frem av sammenhengen i teksten hva det i det enkelte tilfellet siktes til.

1.3 Prosjekttilknytning

Avhandlingen er skrevet under prosjektet *Anglo-American Contract Models and Norwegian or Other Civil Law Governing Law*¹⁷. Prosjektets formål er å studere de rettslige følgene av at kontraktsmodeller¹⁸ med angloamerikansk opphav nyttes som norm for kommersielle kontrakter som reguleres av norsk rett eller andre lands rett som anses å følge *civil law-systemet*.¹⁹

¹⁶ Selvig/Hagstrøm III, s. 145.

¹⁷ Heretter benevnt ”Prosjektet.” For mer informasjon om Prosjektet, se:
http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/index.html

¹⁸ Begrepet *kontraktsmodeller* er ment å favne vidt. Det kan være snakk om bruk av boilerplate-klausuler, begreper med en spesiell betydning, bruk av rettslige standarder og lignende, uten at en presis angivelse av begrepet er av stor betydning her.

¹⁹ På side 277 ff. i Zweigert/Kötz, drøftes det om det er riktig å kategorisere norsk rett (og nordisk rett) som et ”civil law”-system – slik som det ofte gjøres av komparative rettsteoretikere. Etter å ha vist til at de nordiske

Bruken av kontraktsmodeller som basis for kontraktsskrivning har ikke en motsetning i vår norske kontraktsrett, noe som gjør det interessant å se nærmere på noen av de mest brukte klausulene. Prosjektet formoder at kontraktpartene hyppig anvender *common law* baserte kontraktsmodeller i kontrakter regulert av norsk rett. Det er de eventuelle problemene som kan oppstå som følge av denne fremgangsmåten som Prosjektet ønsker å klarlegge og behandle. Det må derfor spørres hvordan norske domstoler vil tolke kontraktsreguleringene objektivt sett etter sin ordlyd, forutsatt at partene ikke har hatt et bevisst forhold til hvorvidt kontraktsreguleringenes opprinnelige betydning eller funksjon vil opprettholdes når kontraktsforholdet skal reguleres av norsk rett.

Prosjektet fokuserer, som navnet *Anglo-amerikanske kontraktsmodeller* tilsier, på kontraktsmodeller hentet fra både engelsk og amerikansk rett. Jeg har valgt å fokusere kun på engelsk rett innenfor *common law*/angloamerikansk rettstradisjon. Dette er i overensstemmelse med Prosjektets hovedfokus på dette rettssystemet, som blant annet skyldes at engelsk rett på enkelte punkter er et mer ”fundamentalistisk” *common law*-system enn amerikansk rett, og dermed understrekes kontrastene til norsk rett og *civil law* bedre. I tillegg kommer at det først og fremst er Prosjektets rådgiver Edwin Peel som jeg har hatt kontakt med for kvalitetssikring av min forståelse av relevant engelsk rett. Edwin Peel er professor ved Keeble College ved University of Oxford, og har bidratt gjennom å kvalitetssikre at forståelsen og fremstillingen min av engelsk rett er korrekt (del II i avhandlingen).²⁰

landene har en rekke særegenheter, konkluderes det med at de nordiske lands rettssystemer bør kategoriseres som ”civil law”, men at de på grunn av sine lokale særegenheter samtidig må sies å utgjøre « a special ”Nordic” legal group within the Civil Law» (på side 285).

²⁰ Et fåtall henvisninger i teksten viser til uttalelser fra professor Edwin Peel der jeg ikke har lyktes i å oppdrive noen opprinnelig rettskilde for det jeg hevder. I denne sammenhengen understrekes det at jeg er fullt klar over at Edwin Peels uttalelser ikke er å anse som en autoritativ rettskilde for forståelsen av engelsk rett – men at jeg har valgt å henvise til ham av hensiktsmessighetsgrunner.

Det er tidligere skrevet en avhandling under Prosjektet som også behandler *subject to contract-klausulen*.²¹ Når jeg mener denne avhandlingen har en plass i Prosjektet, skyldes dette flere forhold. For det første omhandler Halvorsens avhandling *kun* spørsmålet om erstatningsansvar for avbrutte forhandlinger etter engelsk rett. Når det gjelder dette spørsmålet kommer det i tillegg at jeg under avhandlingens punkt 3.4 har beskrevet som et spørsmål om en plikt til *best endeavours* for å nå en avtale ikke er behandlet i Halvorsens avhandling. For den andre har avhandlingen ikke en norsk del – tilsvarende del II i denne avhandlingen. For det tredje har jeg med utgangspunkt i *subject to contract-klausulen* en noe ulik innfallsvinkel overfor engelsk rett. I denne sammenheng hører det hjemme å vise til at Halvorsen (nødvendigvis) behandler mange av de samme spørsmål som jeg i denne avhandlingen ser på.

1.3.1 Andre grunner til bruk av *subject to contract-klausulen*

Det er imidlertid ikke nødvendigvis slik at partene har hentet inspirasjon fra engelsk rett eller anglo-amerikansk rettstradisjon dersom man finner en *subject to contract-klausul* eller en klausul som ligner sterkt på denne i en avtale regulert av norsk rett. Begrunnelsen for at forhandlende parter inntar en klausul som søker å hindre avtalebinding og/eller prekontraktuelt ansvar kan også tenkes å finnes i de norske relevante rettsreglene. Som jeg vil komme tilbake til under del II i avhandlingen, har for eksempel Høyesterett statuert avtalebinding mellom kommersielle parter på et tidspunkt som – avhengig av partenes behov for klarhet rundt tidspunktet for når avtalebinding inntreer – i et konkret tilfelle kan tenkes ansett av partene som førtidig. Med dette kan det hende at partenes motivasjon for å innta det som i avhandlingen betegnes som en *subject to contract-klausul* strider med avhandlingens forutsetning. Det kan være at de ikke engang kjenner til den engelske *subject to contract-klausulen*. Siden løsningene av problemene avhandlingen reiser forutsetter at partene ikke har en felles partsintensjon, er det ikke av særlig betydning å problematisere dette spørsmålet nærmere.

²¹ Halvorsen.

1.3.2 Særlig om bruken av boilerplate-klausuler i angloamerikansk rettstradisjon

Subject to contract-klausulen er som sagt en *boilerplate-klausul*.²² Siden Prosjektet forutsetter at klausulene som behandles under Prosjektet er hentet fra engelsk rett vil jeg kort forklare bruken av *boilerplate-klausler* i angloameriansk rettstradisjon.

*Boilerplate-klausuler*²³ er benevnelsen på de klausulene som stort sett utgjør standarder i angloamerikanske avtaler, og som behandler særlige generelle spørsmål. I Black's Law Dictionary er *boilerplate* beskrevet som: «1. Ready-made or all-purpose language that will fit in a variety of documents» og «2. Fixed or standardized contractual language that the proposing party views as relatively nonnegotiable».²⁴

Formålet med en *boilerplate-klausul* er å fjerne den rettsvirkning som ville ha inntruffet dersom den ikke var tatt inn i kontrakten.²⁵ Det er med andre ord det vi i norsk rett karakteriserer som hensyn til sikkerhet og forutberegnelighet i næringslivet²⁶ som søkes fremmet ved at en *boilerplate-klausul* tas inn i avtalen. Den herskende oppfatningen er at engelsk kontraktsrett i klart større grad enn norsk rett tillegger disse hensynene vekt.²⁷ Likevel er det slik at norsk kontraktsrett – særlig når det gjelder kommersielle forhold – også legger betydelig vekt på hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet.²⁸

²² Christou, s. 36 ff.; Anderson, 176-177.

²³ I engelsk rett betegnet som *boilerplate clauses*.

²⁴ Black's, s. 72.

²⁵ Christou, s. 1.

²⁶ Huser, s. 546.

²⁷ Falkanger, s. 566.

²⁸ Høyesteretts uttalelser i Rt-2002-1155, på s. 1159 viser at også norsk rett legger vekt på hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet, særlig for avtaler mellom næringsdrivende. Se også i denne sammenheng lovforarbeidene til avtaleloven § 36, NOU 1976: 61 på side 24, hvor det presiseres at terskelen for urimelighet etter avtl § 36 skal være høy i saker hvor rent økonomiske hensyn står sentralt. Særlig hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet i kommersielle kontraktsforhold tilsier dette.

1.4 Avhandlingens metode

Siden avhandlingen er nært knyttet til Prosjektet, blir oppbygning og metode sterkt preget av Prosjektets siktemål og metode. Jeg vil i det følgende gjøre rede for den metoden avhandlingen følger – som på flere områder er begrunnet i Prosjektets siktemål.

1.4.1 Norsk rettskildelære

Avhandlingen forutsetter, jf. kapittel 1.2 over, at forholdet mellom partene skal reguleres etter norsk rett ved behandlingen av klausulens virkninger i norsk rett. Bakgrunnen for at forholdet reguleres etter norsk rett er praktisk etter to typetilfeller: for det første regulerer partene ofte lovvalget ved å innta en lovvalgsklausul, og for det andre kan lovvalget følge av internasjonal privatrett der partene ikke har regulert lovvalget. Ved at norsk rett gis anvendelse på rettsforholdet mellom partene er det norsk kontraktstolkingsstradisjon som skal praktiseres ved fastleggelsen av forholdet.²⁹ Videre må norske preseptoriske rettsregler legges til grunn, og norsk deklarasjonsrett får status som bakgrunnsrett ved tolking og utfylling av avtalen.³⁰

I avhandlingen vil jeg også i noen grad vise til praksis fra domstoler og juridisk litteratur i de øvrige skandinaviske landene. I teorien synes det å herske en viss uenighet om utenlandsk rettspraksis og rettskilder er å regne som *rettskildedefaktorer* i norsk rett.³¹ Uansett hvilket standpunkt en inntar i forhold til synet på fremmed retts stilling som rettskildedefaktor i norsk rettskildelære, er det slik at utenlandske rettskilder kan komme inn i vurderingen av gjeldende

²⁹ Hov I, s. 153; Haaskjold, s. 191 ff. og Selvig (1986), s. 1 - 26, s. 4.

³⁰ Under punkt 4.2.2 behandles spørsmålet om det er av betydning for tolkningen av *subject to contract-klausulen* at klausulen er hentet fra engelsk rett.

³¹ Eckhoff anser ikke fremmed rett som en rettskildedefaktor, men mener at utenlandske rettskilder likevel kan komme inn gjennom henvisninger i norske rettskildedefaktorer typisk gjennom forarbeider, praksis og juridisk litteratur. Eckhoff, s. 283 ff. Nygaard på sin side synes å mene at fremmed rett er en rettskildedefaktor, men at den ikke kan brukes som det han betegner som «primært rettgrunnlag» slik at den ikke kan benyttes som grunnlag for å hevde en bestemt løsning etter norsk rett, men at den kan bidra ved tolkning av det norske primære rettgrunnlaget, og tjene som støttemoment eller på annen måte bidra til tolkningsresultatet. Nygaard, s. 51 og 220 ff.

norsk rett.³² Det henvises ofte i høyesterettspraksis til utsagn om fremmed rett i andre rettskilder, typisk i forarbeider og litteratur, men fremmed rett anvendes sjelden som det som Nygaard karakteriserer som det «primære rettsgrunnlag», altså direkte premisser for løsningen.

1.4.2 Engelske rettskilder

Når blikket rettes mot engelsk rett, springer det en i øynene at engelsk rett verken har en alminnelig avtalelov eller kjøpslov. Engelsk rett er i stor grad domstolskapt,³³ og rettspraksis – som gjennom domssamlinger kan søkes helt tilbake til ca år 1272 e.Kr.³⁴ – er derfor en svært viktig kilde til kunnskap om det engelske rettssystemet. I det følgende vil jeg derfor kort gjøre rede for det engelske domstolssystemet.

Engelsk prejudikatslære hviler på domstolenes hierarkiske ordning. *House of Lords* er den trinnhøyeste domstolen, hvis avgjørelser binder alle øvrige rettsinstanser men ikke *House of Lords* selv.³⁵ Den neste domstolen i hierarkiet er *Court of Appeal*. *Court of Appeals* avgjørelser binder lavere domstoler. I tillegg er *Court of Appeal* bundet av sine egne avgjørelser, samt *House of Lords*' avgjørelser.³⁶ *High Court* er den tredje rettsinstansen sett ovenfra, og er bundet av *House of Lords* og *Court of Appeal*. Avgjørelser fra *High Court* er bindende for de lavere domstolene,³⁷ og – med unntak for avgjørelser truffet av dommere sittende alene som førsteinstans i *High Court* – for *High Court* selv.³⁸

Til klar forskjell fra den norske domstolsordningen er at *Court of Appeal* og *High Court* (med unntak som nevnt over) binder seg selv for fremtidige saker. En praktisk viktig forskjell er at

³² Rt-1957-778 (*Sirkustelt*) og Rt-1952-1217 (*To mistenkelige personer*). Se også Rt-1966-857 der Høyesterett på side 860 uttaler at det legges «en viss vekt på» dansk og svensk rettspraksis.

³³ Ward, Wragg, s. 77 ff.

³⁴ Ward, Wragg, s. 103.

³⁵ Ward, Wragg, s. 93.

³⁶ Ward, Wragg, s. 96 ff.

³⁷ Disse er *country courts*, *magistrates' courts*, *crown court* og *tribunals* (som for eksempel *The Employment Appeal Tribunal*) Jeg vil ikke vise til disse instansene i den videre fremstillingen, og de behandles derfor ikke nærmere her.

³⁸ Ward, Wragg, s. 101-102.

det engelsk litteratur både vises til avgjørelser fra *Court of Appeal* og *High Court* for å underbygge et syn i langt større grad enn man i norsk litteratur viser til lagmannsretts- og tingrettsavgjørelser. Siden engelsk rett bygger vesentlig mer på rettspraksis enn norsk rett, øker de lavere instansers relevans og vekt for fastsettelsen av gjeldende rett – så lenge en avgjørelse om samme spørsmål fra en trinnhøyere domstol ikke foreligger. Selv om avgjørelser fra domstoler lavere i hierarkiet ikke er bindende for høyere instanser, er de ansett å ha «persuasive authority»³⁹ for de trinnhøyere domstolene. For eksempel vil *House of Lords* generelt anse avgjørelser i *Court of Appeal* for å ha slik overbevisende autoritet. Og dersom en avgjørelse fra *High Court* anses som en god avgjørelse av en trinnhøyere domstol, vil også denne ha overbevisende autoritet.

En egenhendig innhenting av all relevant rettspraksis vil nødvendigvis kreve betydelig mer tid enn det jeg har hatt til disposisjon. Min presentasjon av engelsk rett hviler av denne grunn mye på sentral juridisk litteratur på de relevante rettsområdene.⁴⁰ I tillegg har jeg søkt til primærkilden, engelsk rettspraksis, både for spørsmål som ikke jeg ikke har funnet i teorien og for å undersøke de mest relevante rettsavgjørelsene for mitt tema nærmere.⁴¹

1.5 Avhandlingens videre disposisjon

Før jeg går over til avhandlingens hoveddel, vil jeg kort skissere og begrunne opplegget for den videre fremstillingen. Fremstillingen gjenspeiler en nær forbindelse med avhandlingens tilhørighet til Prosjektet.

I avhandlingens innledende del, punkt 1.6 blir klausulen *subject to contract* kort presentert. Klausulens utforming og partenes begrunnelse for bruken av den er temaet her.

³⁹ Ward, Wragg, s. 85

⁴⁰ For mer om den engelske litteraturens status i engelsk rett, se Ward, Wragg, s. 9-13.

⁴¹ Innhenting av rettspraksis er foretatt i gjennom søk i databasen *Westlaw International*, www.westlaw.com.

Del I – engelsk rett

I avhandlingens del I vil jeg gjennomgå de relevante elementer innenfor engelsk rett. Del I består av to deler: for det første, *subject to contract-klausulens* forhold til spørsmålet om avtalebinding. For det andre, *subject to contract-klausulens* forhold til spørsmålet om ansvar for avbrutte forhandlinger. Jeg vil behandle disse problemene i den rekkefølge de her er stilt opp. Jeg vil også fortløpende trekke noen paralleller til de løsningene som er oppstilt i norsk rett. På denne måten kan del I sies å ha et komparativt element.

Del II – norsk rett

I del II tar jeg for meg de tilsynelatende motsvarende, relevante og beslektede reglene i norsk rett. Den norske bakgrunnsretten har jeg viet mye oppmerksomhet fordi den gir en nødvendig innfallsvinkel til å klarlegge potensielle problemstillinger i *subject to contract-klausulens* møte med norsk rett. I kapittel 4 vil jeg foreta en gjennomgang av de relevante reglene i norsk rett, samtidig som jeg vil underveis i denne gjennomgangen vil konferere med de – for *subject to contract-klausulens* vurdering – relevante engelske reglene gjennomgått i del I. Som allerede nevnt har en slik sammenligning en egenverdi, uten at jeg med den tilsikter å foreta en ekte komparativ analyse. Etter dette vil jeg behandle spørsmålene om *subject to contract-klausulens* betydning for spørsmålet om avtalebinding og prekontraktuelt ansvar i kapitlene 5 og 6. Til slutt vil jeg kort oppsummere avhandlingens funn i kapittel 7.

1.6 Subject to contract-klausulen

1.6.1 Innledning

Subject to contract-klausulen er som nevnt en standardklausul, en såkalt *boilerplate-klausul*.⁴² Klausulen brukes i stor utstrekning ved forhandlinger om kommersielle kontrakter i England og andre land som bygger sin rett på anglo-amerikansk rettstradisjon.⁴³

Klausulen har sitt tradisjonelle opphav i avtaler om salg eller leie av fast eiendom, hvor partene i en innledende avtale gjennom formuleringen *subject to contract* tar forbehold om en endelig avtale.⁴⁴ Dette har sin begrunnelse i The Law of Property Act 1989, § 2, som krever at avtaler som gjelder salg av fast eiendom må inngås skriftlig.⁴⁵ Bruken av *subject to contract-klausulen* er imidlertid ikke begrenset til prekontraktuelle dokumenter for salg av fast eiendom.⁴⁶ Der klausulen er brukt i forhandlinger om kommersielle kontrakter, er tilnærmingen til klausulen i prinsippet den samme.⁴⁷

1.6.2 Eksempler på subject to contract-klausulens utforming

Formuleringen *subject to contract* anses for alene å være tilstrekkelig for å uttrykke klausulens ønskede rettslige følger.⁴⁸ Formuleringen kan for eksempel inntas som en overskrift til det relevante dokumentet.⁴⁹ Lignende versjoner av klausulen, som har samme mening er også å finne:

«subject to the preparation and approval of a formal contract»⁵⁰

⁴² Se over i punkt 1.3.2 om hva en *boilerplate-klausul* er.

⁴³ Christou (2005), s 36.

⁴⁴ Treitel (2003), s. 164; Chitty (2004), s. 176.

⁴⁵ Furmston, (2003), s. 392.

⁴⁶ En påstand om at klausulen hadde en større rekkevidde ved salg av fast eiendom enn ved avtaler om salg av andre formuesgoder ble avvist av domstolen i *Bunker-Smith v. Freeza Meats Ltd.*, [1987] BTLC 20 (CA), en sak som for øvrig gjaldt salg av sauekjøtt og lever.

⁴⁷ Furmston (2003), s. 390.

⁴⁸ Se punkt 2.2 om de intenderte rettslike effektene av *subject to contract-klausulen*.

⁴⁹ Christou, s 37.

⁵⁰ *Chillingworth v. Esche*, [1924] 1 Ch. 97 (CA).

Når det kommer til mer detaljerte dokumenter – slik som en intensjonsavtale ofte kan være – er det vanlig at partene inntar en lengre og mer uttrykkelig bestemmelse for å angi at dokumentet som et hele ikke medfører noen bindende forpliktelser på partene. Et eksempel på en slik *subject to contract-klausul* er:

«These Heads of Agreement are subject to contract and are not intended to be legally binding nor do they represent a complete summary of the contractual or commercial aims of the parties, but express their desires and understandings subject to obtaining legal and other professional advice and executive approval.»⁵¹

Enda mer utførlige klausuler kan også forekomme:

«Neither party intends that this letter of intent represents the final agreement as to the transactions described in this letter of intent, and this letter of intent is not intended to create contractual obligations. The preliminary understandings expressed in this letter of intent are subject to, and conditional upon, the negotiation and execution of the definitive and final Transaction Documents. Either party is free to withdraw from the negotiation of the Transaction described herein for any reason prior to the execution of such definitive and final Transaction Documents without liability or obligation to the other party. Each party shall be responsible for its own expenses in the negotiation of the definitive and final Transaction Documents, and any actions taken by other parties in reliance on the preliminary agreements expressed herein shall be at the party's own risk.»⁵²

Det finnes en del eksempler på at den tradisjonelle uttrykksformen *subject to contract* erstattes av et annet, meget lignende uttrykk, som *subject to a written formal contract*. Et spørsmål som da melder seg er om det er noen forskjell mellom den tradisjonelle *subject to contract* og *subject to a written formal contract*. Jeg har ikke funnet grunnlag i rettspraksis eller rettsteorien som støtter opp under at det er en klar distinksjon mellom *subject to contract* og *subject to a*

⁵¹ Christou, s. 39.

⁵² Løselig basert på en klausul i Lake og Draettas eksempel på et *Letter of Intent* i Lake, Draetta, på s. 294. Når denne klausulen er tatt inn i avhandlingen er dette for å vise at *subject to contract-klausulen* viser seg på mange måter. De mer komplekse klausulene må selvsagt tolkes konkret, og kan tenkes å få andre rettsvirkninger enn der hvor kun uttrykket *subject to contract* er tatt inn. I det følgende vil jeg fokusere på den ”rene” *subject to contract-klausulen*, og jeg vil derfor la dette eksempelet ligge.

*written formal contract.*⁵³ Tolkningen av *subject to contract-klausulen* vil normalt føre til at det kreves en del, og da typisk en endelig skriftlig avtale mellom partene for at bundethet skal inntre. Det finnes eksempler i rettspraksis på at en endelig skriftlig avtale ikke kreves der det er andre sterke holdepunkter for at avtale *er* inngått. Når det etter ordlyden er en forskjell her, er dette trolig mest på papiret og uten en tilsvarende stor forskjell i realiteten.

I *Beta Investment S.A. v. Transmedia Europe Inc.*⁵⁴ ble spørsmålet om ordene «subject to more complete documentation» hadde samme mening som *subject to contract-standard*, og hvilken betydning det i så fall hadde at denne klausulen ble tatt inn i en intensjonsavtale. I denne avgjørelsen aksepterte domstolen at denne *ustandardiserte* ordlyden tilsynelatende var i stand til å ekskludere *contractual intent*, og at dette kunne forenes med flere aspekter i intensjonsavtalen, særlig bestemmelsen om at partene for å nå en avtale skulle «use their best endeavours to negotiate and agree». Imidlertid var det slik at eksistensen av visse vilkår av mer ubetinget karakter, sammen med en ”survival of agreement-klausul”, en ”entire agreement-klausul” og en varighets- og lovvalgsklausul var uforenelig med at dokumentet var en ren *subject to contract* intensjonsavtale. I denne saken påpekte dommeren at mens partene var fullt klar over standardterminologien (”boilerplate”) *subject to contract*, hadde de ikke tatt den i bruk, noe som i seg selv kunne tyde på at partene hadde til hensikt å late seg inn på et kontraktsforhold.:

«The conclusion that I have reached is that the mere use of the words "subject to more complete documentation" does not in this case prevent the agreement having binding effect if on the overall agreement, it is clear that it is intended to have some contractual force. I am fortified in this by the fact that it is plain that the parties were aware of the phrase "subject to contract and without prejudice" because this was used in the settlement agreement which, it is agreed, had come into existence by this time. »

⁵³ Prosjektets rådgiver, Edward Peel kunne under Prosjektets work-shop i mai 2006 bekrefte at det neppe var grunnlag for å skille mellom disse to - og eventuelt andre lignende – uttryksmåter. Dette standpunkt legges til grunn i den følgende behandlingen av klausulen.

⁵⁴ 2003 WL 21162436 (CHD)

1.6.3 Bakgrunnen for bruken av *subject to contract-klausulen* i intensjonsavtaler

Når partene bruker begrepet *Letter of Intent* eller lignende begrep kan dette for det første være en måte å vise at partene ønsker å unngå avtalebundethet, samtidig som det i praksis også i noen grad brukes om bindende avtaler.⁵⁵ Det noe kinkige problem er ofte hvorvidt intensjonsavtalen binder partene eller ikke. Problemet oppstår i praksis der partene ikke er enige om dokumentets rettslige virkning. En slik uenighet oppstår gjerne der intensjonsavtalen er vag med hensyn til å uttrykke rettsvirkningene knyttet til dokumentet. Spørsmålet som *først* må stilles er om partene, på tiden for inngåelsen av intensjonsavtalen, mente å forbli på forhandlingsstadiet, eller om de mente å binde seg til intensjonsavtalens foreskrevne endelige resultat på en eller annen måte. Dernest oppstår spørsmålet om partene er underlagt noen *andre* plikter som følge av at de har inngått en intensjonsavtale. Det er altså særlig disse to usikkerhetsmomentene omkring dokumentets rettslige virkninger som søkes oppklart med *subject to contract-klausulen*.

⁵⁵ Furmston, Norisada, Poole, s. 145.

DEL I: ENGELSK RETT

2 Kan partene tenkes å være bundet selv om intensjonsavtalen uttrykkelig sier at den er *subject to contract*?

2.1 Reglene om avtaleslutning

Reglene om avtaleslutning i engelsk rett danner bakgrunnen og er langt på vei begrunnelsen for bruken av *subject to contract-klausulen*. I det følgende vil jeg derfor gi en kort oversikt⁵⁶ over de relevante reglene i engelsk rett knyttet til spørsmålet om avtale er inngått.

I likhet med norsk avtalerett gjelder det etter engelsk rett formfrihet ved avtaleinngåelsen.⁵⁷ Når kommersielle parter som regel nedfeller avtaler skriftlig, er dette av bekvemmelighets- og hensiktsmessighetshensyn, ikke fordi det er tvingende nødvendig rettslig sett. Engelsk avtalerett skiller seg imidlertid fra norsk rett ved at engelsk rett oppstiller flere formelle vilkår som alle må være oppfylt for å anse en avtale for inngått mellom partene der tilbud og aksept er utvekslet. Det er for det første et krav til klarhet og fullstendighet i avtalematerialet – *certainty and completeness*.⁵⁸ For at en engelsk domstol skal komme til at det foreligger en avtale mellom partene kreves det partene har kommet til enighet om alle sentrale forhold ved avtalen, og at dette er tilstrekkelig klart uttrykt. For det andre stilles det et krav til gjensidighet for partenes løfter – *consideration*.⁵⁹ I kravet til *consideration* ligger i korthet at en løftemottaker ikke kan bygge rett etter et løfte med mindre han har gitt eller lovet å gi noe til gjengjeld for

⁵⁶ Denne fremstillingen søker kun å vise til de reglene som gjelder etter engelsk rett, slik at leseren gis et rettslig landskap for *subject to contract-klausulen*, uten at det med dette gis en nærmere redegjørelse for det problemkomplekset som følger disse reglene. En slik redegjørelse ville sprengte rammene for avhandlingen, og det forutsettes derfor at leseren har eller innhenter kunnskap om reglene utenfor denne. Underveis i teksten viser jeg til de teoretiske fremstillingene jeg baserer fremstillingen på, hvor mer utfyllende redegjørelse for rettsreglene kan søkes.

⁵⁷ McKendrick, s. 280 ff.

⁵⁸ Furmston, s. 356 ff.

⁵⁹ McKendrick, s. 161 ff.

løftet, eller at løftegiveren har oppnådd (eller lovet) noe til gjengjeld.⁶⁰ Endelig er det et krav til at det kan identifiseres en *intention to create legal relations*^{61,62} mellom partene for at en kontrakt skal kunne anses som bindende inngått.⁶³ Etter engelsk rett er et løfte eller en avtale ikke rettslig bindende med mindre det kan påvises en intensjon om rettslig binding. Kravet til *contractual intent* er ikke sammenfallende med, men er imidlertid tett knyttet til engelsk retts krav til *certainty* og *completeness*. Der en kommersiell avtale for øvrig tilfredsstillende engelsk retts krav til gyldig avtaleinngåelse, vil en engelsk domstol generelt presumere at *contractual intent* foreligger.

2.1.1 Intensjonsavtalers stilling i engelsk rett

Før jeg går over til bruken av *subject to contract-klausulen* i intensjonsavtaler i engelsk rett, er det hensiktsmessig å se på hvordan engelsk rett forholder seg til intensjonsavtaler helt generelt – da *uten* at *subject to contract-klausulen* er tatt inn. De sentrale spørsmål her er om, når og i hvilken grad intensjonsavtaler kan håndheves som bindende avtaler i engelsk rett.

Formålet med bruken av intensjonsavtaler ved forhandlinger om kommersielle avtaler
Ved forhandlinger om kommersielle avtaler inntar partene ofte sin felles forståelse av de generelle utgangspunktene for forhandlingene i *Letters of Intent* eller lignende prekontraktuelle avtaler signert av begge parter.⁶⁴ En eller begge (flere) av partene ønsker ikke at det relevante dokumentet, uten hensyn til dets benevnelse, skal utgjøre partenes endelige rettslig bindende avtale. I stedet er formålet at dokumentet skal tjene som basis for de mer detaljerte forhandlingene, og indikere de vilkårene partene intenderer å inngå en endelig bindende avtale under. Noen ganger er også intensjonen med dokumentet å informere eventuelle tredjeparter som partene søker å engasjere.⁶⁵

⁶⁰ McKendrick, s. 161.

⁶¹ McKendrick, s. 295 ff.; Treitel s. 162: «An agreement, though supported by consideration, is not binding as a contract if it was made without any intention of creating legal relations. »

⁶² Heretter benevnt *contractual intent*.

⁶³ Treitel, s.162 ff.; Furmston, s. 370 ff.

⁶⁴ Christou (2005), s.37.

⁶⁵ Marcel Fontaine, Filip De Ly, s. 2

Rettsvirkningene av et Letter of Intent

Letter of Intent er ikke et klart definert begrep i engelsk rett, og har ikke et presist rettslig innhold. Generelt kan det sies at engelske domstoler er tilbakeholdne med å håndheve dokumenter betegnet *Letter of Intent* som rettslig bindende mellom partene⁶⁶, men det er etter engelsk rett imidlertid ikke slik at bruken av begrepet *Letter of Intent* i seg selv automatisk utelukker at partene har skapt en rettslig bindende relasjon seg imellom.⁶⁷ Uttalelsen i saken *Wilson Smithett & Cape (Sugar) Ltd. v. Bangladesh Sugar and Food Industries Corporation*⁶⁸ viser dette: «The fact that it has the particular label [“letter of intent”] that it has does not brand it at the outset as a contractual document or as a non-contractual document» (mitt innskudd).

Dommen *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co. Ltd.*⁶⁹ er illustrerende for engelsk retts syn på intensjonsavtaler: Cleveland Bridge and Engineering Co. Ltd. var involvert i oppføringen av en bank i Saudi Arabia. Selskapet sendte et *Letter of Intent* til British Steel Corporation, som lød som følgende:

«Samma Bank: Damman

We are pleased to advice you that it is our intention to enter into a sub-contract with your company for the supply and delivery of the steel castings which form the roof nodes on this project....

We request you to proceed immediately with the work pending the preparation and issuing you of the official form of sub-contract. »

Ved mottagelsen av denne anmodningen startet British Steel arbeidet. Imidlertid ble det ikke utvekslet noen offisiell bekreftelse på at det forelå en underentreprise mellom partene. På tross av dette, fremstilte og leverte British Steel stålledene (*nodes*) til Cleveland Bridge. Mr. Justice Robert Goff fant at det ikke hadde oppstått noen kontraktsforpliktelse gjennom hensikts-erklæringen. I sin domsavsigelse uttalte han at:

«There can be no hard and fast answer to the question whether a letter of intent will give rise to a binding agreement; *everything must depend upon the circumstances of the particular case...*»

⁶⁶ Lake, Draetta, s. 94; Gilker, s. 51.

⁶⁷ Furmston, s. 385.

⁶⁸ [1986] 1 Lloyd's Rep. 378 (QBD).

⁶⁹ [1984] All ER 504 (QBD).

As a matter of analysis the contract (if any) which may come into existence following a letter of intent may take one of two forms: either there may be an ordinary executory contract, under which each party assumes reciprocal obligations to the other; or there may be what is sometimes called an “if” contract, i.e. a contract under which A requires B to carry out certain performance and promises B that, if he does so, he will receive a certain performance in return, usually remuneration.» (Min utheving.)

Følgelig gjelder det for engelsk rett at rettsvirkningen av en intensjonsavtale vil avhenge av dens ordlyd og kontekst. Dersom de formelle vilkårene som engelsk rett stiller for avtaleslutning er oppfylt, vil resultatet normalt være at det foreligger en bindende avtale mellom partene. Imidlertid er det sjelden at kravene engelsk rett stiller for avtaleslutning er oppfylt der partene har inngått en intensjonsavtale og det er tvist om en bindende avtale har kommet i stand.

For eksempel i *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co. Ltd.* ble oppmerksomheten trukket mot det faktum at partene fortsatt var på forhandlingsstadiet:

«not least on the issues of price, delivery dates and the applicable terms and conditions».

Det var her mangelen på tilfredsstillende *certainty* som førte til at partenes utsagn ikke kvalifiserte til å kunne konstruere en bindende avtale mellom dem:

«Since the parties were still in a state of negotiation, it is impossible to say with any degree of certainty what the material terms of contract would be»

2.2 Subject to contract-klausulens intenderte rettsvirkning

I lys av intensjonsavtalers mangel på klar rettsvirkning, sammen med reglene om avtaleinngåelse, finner avtalepartene underlagt engelsk rett det ofte nyttig å innta uttrykket *subject to contract* i intensjonsavtalen. Partene søker med dette å indikere hvorvidt det fortsatt er mulig å trekke seg fra kontraktsforhandlingene uten å pådra seg ansvar for kontraktsbrudd⁷⁰: Dersom avtalebinding ikke skjer før en endelig formell avtale er utformet er det meningen at partene skal stå fritt til å trekke seg ut, i motsetning til de tilfellene der det å trekke seg fra kontrakts-

⁷⁰ Det er det kontraktuelle ansvaret som står i fokus i dette kapittelet. Det kan tenkes andre ansvarsformer – dette spørsmålet behandles under kapittel 3.

forhandlingene medfører kontraktsbrudd.⁷¹ Når en part inntar *subject to contract-klausulen* er dette normalt ansett å representere en form for beskyttelse av den part som, til tross for at han er fornøyd med de generelle vilkårene i den forestående avtalen, ennå ikke ønsker å være bundet av dem. Formålet med å gjøre en avtale *subject to contract* er å klart tilkjenne partenes manglende *contractual intent*: de ønsker ikke å være rettslig forpliktet før slutningen av en endelig avtale.

2.3 Subject to contract-klausulens normale rettsvirkning

Det er et uomstridt utgangspunkt i engelsk rett at partene under en intensjonsavtale har mulighet til å bestemme at deres prekontraktuelle avtaler er *subject to contract*.⁷² Ved å innta *subject to contract-klausulen* er resultatet som hovedregel at en intensjonsavtale som uttrykkelig er *subject to contract* ikke binder noen av partene. Med *subject to contract-klausulen* vil dermed utsagnene normalt verken bli fortolket som en bindende avtale, et bindende tilbud eller aksept.

Allerede så tidlig som i 1924 uttalte domstolen i *Chillingworth v. Esche*⁷³ at:

«... the words “subject to contract” or “subject to formal contract” have by this time acquired a definite ascertained legal meaning - not quite so definite a meaning perhaps as such expressions as f.o.b. or c.i.f. in mercantile transactions, but approaching that degree of definiteness.»

Omlag femti år senere, i *Tiverton Estates Ltd. v Wearwell Ltd.*⁷⁴ uttalte Lord Denning om klausulens stilling og historikk at:

«...for over a hundred years, the courts have held that the effect of the words “subject to contract” is that the matter remains in negotiation until a formal contract is executed».

⁷¹ Furmston, Norisada, Poole, s. 179.

⁷² «I cannot myself see any differences between a writing which (I) denies there was any contract; (II) does not admit there was any contract; (III) says that the parties are in negotiation; or (IV) says that there was an agreement “subject to contract” for that comes to the same thing» *Tiverton Estates Ltd v. Wearwell Ltd*, [1924] 1 Ch 97 (CA).

⁷³ [1924] 1 Ch 97 (CA) , s. 114.

⁷⁴ [1975] Ch.146 (CA).

Denne dommen gir også uttrykk for hvordan engelsk rett ser på *subject to contract-klausulens* varighet og rekkevidde: Utsagn som er gjort *subject to contract* blir ved forhandlingene, inntil utferdigelsen av en endelig avtale. Idet *subject to contract-begrensningen* inntas, vil den fortsette å gjelde inntil den uttrykkelig frafalles eller det er tilstrekkelig underforstått at den opphører å gjelde.⁷⁵

Normalt vil det være klart at *contractual intent* ikke foreligger der hvor partene under forhandlinger har tatt forbehold mot avtalebinding, typisk gjennom *subject to contract-klausulen*. Avtaleslutning skal ved et slikt forbehold skje først gjennom erkjennelse fra begge parter om at det er oppnådd enighet rundt detaljene for den endelige kontrakten.⁷⁶ Normalt vil også *subject to contract-klausulen* være egnet til å markere at partene ennå ikke er kommet til enighet om alle sentrale avtaleforhold, slik at heller ikke kravet til *completeness* er tilfredsstilt.⁷⁷ I *London & Regional Investments Ltd. v. TBI Plc, Belfast International Airport Ltd.* Ble følgende uttalt om klausulen:

«The clear effect of the expression “subject to contract” in the agreed note of joint venture is that the parties *negatived any intention* at that stage to conclude a binding contract in respect of the joint venture; it remained subject to and dependent upon the preparation of a formal contract: *Winn v. Bull* (1887) 7 Ch D 29 at p.32.»⁷⁸ (Min utheving.)

I *Rugby Group Ltd. v. Proforce Recruit Ltd.*⁷⁹ ble betydningen av *subject to contract-klausulen* også diskutert. Her slo domstolen fast at *subject to contract-klausulen* som den store hovedregel er egnet til å forhindre den intenderte avtalen fra å binde partene:

«I deal first with the contention that the agreement is not an enforceable contract because it contains the words “subject to contract”. In general, except in a very strong and exceptional case, the effect of these words in an agreement is to prevent an executory contract from coming into existence because they are taken to mean that until a further contract has been executed neither party is to owe the other any contractual obligation.»⁸⁰

⁷⁵ *Cohen v. Nessdale Ltd* [1982] 2 All E.R. 97 (CA).

⁷⁶ *Furmston*, s. 390 ff.

⁷⁷ *Anson*, s. 67-68.

⁷⁸ [2002] EWCA Civ 355 (CA).

⁷⁹ [2005] EWHC 70 (QBD).

⁸⁰ Se også *Chillingworth v. Esche* [1924] 1 Ch 97 (CA).

2.4 Kan partene stole på at *subject to contract*-klausulen sikrer at de ikke blir bundet av den intenderte avtalen?

Som det fremgår over, er *subject to contract-klausulen* en uttrykkelig reservasjon som etter sin ordlyd tilsier at partene ikke har *contractual intent*. I tillegg er klausulen en indikasjon på manglende *completeness* for avtaleforholdet. Dette fører til at klausulen normalt forhindrer at binding inntreder der avtalebundethet ellers kan statueres. Dette er utgangspunktet – men er det alltid slik? Kan partene stole på at *subject to contract-klausulen* sikrer at de ikke blir avtaleforpliktet etter sine utsagn under forhandlingene?

I forlengelsen av spørsmålet om *subject to contract-klausulens* rettslige virkninger oppstår spørsmålet om det er behov for *subject to contract-klausulen*. Dersom partene står fritt til å trekke seg fra forhandlingene uten ansvar for kontraktsbrudd, uavhengig av *subject to contract-klausulens* tilstedeværelse, vil klausulen være overflødig i denne sammenhengen.

2.4.1 Innledning

Dersom kontraktsbinding mellom partene kan slås fast, står en part ikke fritt til å ensidig trekke seg fra de kontraktsrettslige forpliktelsene. Dersom parten da – uten å ha noen gyldig grunn – ikke oppfyller sine kontraktsforpliktelser, er dette et kontraktsbrudd.⁸¹ Kontraktsbruddsansvaret vil normalt gi den annen part rett til å kreve erstatning⁸² for det tapet som er påført ham som følge av kontraktsbruddet.⁸³

Bruken av klausulen *subject to contract* er som sagt generelt tilstrekkelig for å danne en meget sterk presumpsjon for at partenes intensjon er at de ikke er bundet av intensjonsavtalen, slik at

⁸¹ Et kontraktsbrudd kan ta en rekke forskjellige former, for eksempel mangelfull ytelse, forsinket ytelse, delvis ytelse og unnlatt/nektet ytelse. Som i norsk rett er det her unnlatt/nektet ytelse som er praktisk. Se Anson, s. 65 ff.

⁸² Se f.eks. Treitel, s. 843 ff.

⁸³ Det kan det også være grunnlag for å kreve naturaloppfyllelse etter engelsk rett, dersom de nærmere vilkårene for et slikt krav er oppfylt. Avhandlingen behandler ikke dette spørsmålet nærmere.

det som ikke er noen kontrakt mellom partene.⁸⁴ Det er klart at partenes uttrykkelige avkall av klausulen fører til binding der vilkårene for avtalebinding ellers er oppfylt. Dersom et slikt uttrykkelig avkall imidlertid ikke finnes, er det imidlertid ikke slik at avtalebinding er helt utelukket. I dommen *Chillingworth v. Esche*⁸⁵ kommer dette klart fram på side 114:

«I do not say that the phrase makes the contract containing it necessarily and whatever the context a conditional contract. But they are words appropriate for introducing a condition, and it would require a very strong and exceptional case for this clear prima facie meaning to be displaced» (Mine uthevninger.)

Subject to contract-klausulen medfører altså ikke ubetinget at det ikke foreligger en bindende avtale mellom partene, men det kreves en «strong and exceptional case» der bruken av *subject to contract* ikke strekker til å understreke presumpsjonen om manglende *contractual intent*. Det er meget få saker som er funnet å være «strong and exceptional».⁸⁶ Domstolen har i slike tilfeller referert til sakens usedvanlige natur.⁸⁷ I saken *Henderson Group p.l.c Superabbey Ltd*⁸⁸ ble det uttrykt at:

«These cases, if anything, show how reluctant judges are not to give the words subject to contract their well-established prima facie meaning. »

I det følgende vil jeg ta for meg de typiske «strong and exceptional cases»-tilfellene, der *subject to contract-klausulen* kan tenkes å bli satt til side slik at en bindende avtale likevel anses sluttet.

2.4.2 Etterfølgende atferd og passivitet

Partenes atferd – *conduct* - kan tenkes å gjendrive effekten av *subject to contract-klausulen*. Den etterfølgende atferden kan konstituere en stilltiende avtale på vilkår partene er enige om, selv om deres felles forståelse *i utgangspunktet* var at utferdigelsen av et formelt dokument var

⁸⁴ Chitty, 2-116.

⁸⁵ [1924] 1 Ch 97 (CA)

⁸⁶ Lake. Draetta, s. 71. Slike eksepsjonelle forhold ble funnet i *Alpenstow Ltd v. Regalian Properties plc* [1985] 2 All ER 545; *Rugby Group Ltd v. ProForce Recruit Ltd* [2005] EWHC 70 (QBD); *Michael Richards Properties Ltd v. Corp. of Wardens of St Savior's* [1975] 3All E.R. 416 (CHD)

⁸⁷ *Munton v. Greater London Council* [1976] 1 W.L.R. 649 (CA): «a very special case on its own facts» (s.655).

⁸⁸ [1988] 39 E.G. 82 (DC)

nødvendig for å binde partene.⁸⁹ En bindende avtale kan tenkes å oppstå uavhengig av signeringen av et endelig formelt dokument, særlig der den ene part bruker tid og penger under forståelsen av at handelen er sluttet.

I prinsippet kan *conduct* i form av passivitet også føre til avtalebinding på samme måte som aktiv handling. Imidlertid er dette mest praktisk for mindre sammensatte avtaleforhold enn dem som omhandles i denne avhandlingen.⁹⁰ Siden det først ved en «strong and exceptional case» kan tenkes at *subject to contract-klausulen* ikke strekker til å understreke at ikke ønsker å binde seg, antar jeg at passivitet neppe er en praktisk trussel mot *subject to contract-klausulen* i engelsk rett. Denne antagelsen styrkes av at jeg etter å ha søkt etter rettspraksis⁹¹ ikke har funnet ett eneste saksforhold der ren passivitet har ført til avtalebinding i forbindelse med bruk av *subject to contract*.

Saken *Confetti Records v. Warner Music*⁹² er illustrerende for betydningen av partenes etterfølgende atferd. Her anla det uavhengige plateselskapet Confetti sak mot Warner Music med påstand om at de hadde krenket Confettis opphavsrett. Warner hadde sendt Confetti reviderte kontraktsvilkår hvor vilkårene var markert å være *subject to contract*. Confetti fakset tilbake en signert kopi av kontraktsdokumentet, snart etterfulgt av en varemerkekopi, en faktura for betaling og en cd med den originalmiksedde musikken. Confetti meddelte senere Warner at de ønsket at musikksporet skulle trekkes tilbake. Dommeren fremholdt at klausulen *subject to contract* prekluderte ethvert dokument som i utgangspunktet fremstod som en bindende avtale. Han fant imidlertid at Confettis forsendelse av varemerkekopien cd'en og en faktura var å regne som et tilbud fra Confetti, som Warner hadde akseptert. Bindende avtale var derfor inngått.

⁸⁹ Se Furmston, 2.191.

⁹⁰ Se Furmston, 2.225.

⁹¹ i Westlaw.

⁹² [2003] EWHC 1274. (CHD).

I saken *The Rugby Group Ltd v. Proforce Recruit Ltd*⁹³ trekkes det frem at det tilfellet at partene har markert intensjonsavtalen *subject to contract* ikke er tilstrekkelig for å unngå en bindende kontrakt dersom partene opptrer i samsvar med intensjonsavtalen og dens vilkår og pådrar seg kostnader i tillit til den. Rugby og Proforce signerte et avtaleutkast i 1991 vedrørende rengjøringstjenester. Dokumentet ga anvisning på de kontraktsvilkårene det var oppnådd enighet om mellom partene, men var uttrykkelig betegnet som *subject to contract*. Rugby og Proforce oppfylte i henhold til kontrakten over en to-års periode, hvoretter Proforce reiste krav mot Rugby med påstand om kontraktsbrudd. Rugby avviste Proforces krav. Et av Rubys argumenter var at det ikke fantes noen bindende avtale mellom partene idet den avtalen Proforce viste til var betegnet *subject to contract*. Domstolen kom imidlertid til at *subject to contract* i denne saken ikke kunne bety at dokumentet fra 1991 ikke var ment å binde partene, fordi partene her faktisk hadde opptrådt i henhold til avtalens bestemmelser. Det ble fremholdt at Rugby og Proforce hadde inngått en stilltiende bindende avtale på de vilkårene 1991-avtalen stilte opp: «it is my view that the parties are to be taken to have entered into an implied binding contract on the terms of the agreement».

Selv om det vanlige er at klausulen *subject to contract* betyr at ingen av partene skylder den annen noen som helst kontraktuell forpliktelse *før* en nærmere formell avtale er utferdiget, er klausulen ikke en sovepute for parter som foretar seg handlinger egnet til å skape forventninger om avtaleslutning. Sakene referert til i dette kapittelet understreker at bruken av *subject to contract* ikke automatisk forhindrer at det oppstår en bindende avtale mellom partene. Partene må derfor søke å forebygge at deres etterfølgende atferd danner grunnlag for en bindende avtale dersom de ønsker å forbli ubundet.

Som jeg vil komme til under behandlingen av norsk rett, er partenes etterfølgende atferd et sentralt moment i spørsmålet om avtale er kommet i stand. De engelske avgjørelsene referert til over å synes å være overensstemmende med løsningen etter norsk rett.

⁹³ [2005] EWHC 70 (QBD).

2.4.3 Enighet om avtalens hovedpunkter

Som hovedregel gjelder at partene må komme til enighet om alle vesentlige vilkår før de kan anses å ha sluttet en kontrakt.⁹⁴ Fra et norsk perspektiv er det naturlig å spørre om det under engelsk rett kan hevdes at kontraktsbundethet kan inntre når forhandlingene har nådd et avansert nivå, og partene i det minste er kommet til muntlig enighet om avtalens hovedpunkter, slik at *subject to contract-klausulen* opphører?⁹⁵

Dersom pris ikke er avtalt fører dette ofte, men ikke ubetinget,⁹⁶ til at man kommer til at det ikke foreligger en kontrakt mellom partene. Dersom partene har kommet til enighet om alle vesentlige vilkår, inkludert kontraktsummen, spørres om virkningen av *subject to contract-klausulen* opphører. Den rette tilnærmingen til dette spørsmålet under engelsk rett er – slik jeg ser det – for det første å vise til at kravet om *intention to create legal relations* vil forhindre at en bindende avtale er kommet i stand. Som nevnt over, fant retten i *Chillingworth v. Esche*⁹⁷ at kun for saker som var «strong and exceptional» kunne bruken av *subject to contract* tenkes å mislykkes med å tilbakedrive presumpsjonen om *manglende contractual intent* der partene har inntatt *subject to contract-klausulen*. For det andre vil kravet til *certainty og completeness* trolig som regel tale mot at binding statueres ved enighet om avtalens hovedpunkter.

To forhandlende parter kan videre ha uoverensstemmende intensjoner med hensyn til hvorvidt kontraktsslutning skal være avhengig av en utforming av en skriftlig kontrakt. Det spørsmålet som presenteres for retten er hvorvidt den part som hevder at det ikke er noen bindende kontrakt med rimelighet kunne tro at den annen part mente og forstod at de delte oppfatningene som kom til uttrykk ikke skulle være virksomme før utformingen av en endelig skriftlig kontrakt. Dersom dette spørsmålet kan besvares bekreftende, er dette i favør av den part som hevder at det som følge av *subject to contract-klausulen* ikke foreligger noen bindende kontrakt. Dette har igjen sin begrunnelse i engelsk retts innarbeidede *objektive tilnærming* til

⁹⁴ Furmston, s. 357.

⁹⁵ Se den norske tilnærmingen til dette spørsmålet under punktene 4.4.3 og 5.2.1.

⁹⁶ *British Steel Corp v. Cleveland Bridge Engineering*, [1984] All ER 504 (QBD), s. 511.

⁹⁷ [1924] 1 Ch 97 (CA).

spørsmålet om partenes intensjon.⁹⁸ Uten at jeg har funnet rettspraksis som behandler spørsmålet, er det nærliggende å anta at når *subject to contract-klausulen* først er inntatt, skal det trolig mye til før en kommer til motsatt resultat her. Virkningen av *subject to contract-klausulen* opphører derfor ikke *alene* av den grunn at partene er kommet til enighet om avtalens hovedpunkter.

Før jeg forlater dette spørsmålet, vil jeg påpeke at det at partene har kommet meget langt i forhandlingene kan tenkes å ha andre rettsvirkninger enn bundethet.⁹⁹ Det kan tenkes at en part vil kunne hevde at den opprinnelige intensjonsavtalen som er gjort *subject to contract* kan binde partene med hensyn til kontraktsummen (eller andre sentrale kontraktsvilkår), selv om for eksempel selgeren kan dra nytte av at det ikke foreligger en endelig kontrakt og akseptere en høyere kontraktsum tilbudt fra en annen kjøper.¹⁰⁰ Dette kan i korthet beskrives som en tanke om at til tross for klausulen er partene i noen grad bundet. Det foreligger så vidt jeg kjenner til ikke rettsavgjørelser til støtte for et slikt syn. Etter mitt skjønn er dette lite oppsiktsvekkende, idet både *prinsippet om kontraktsfrihet*¹⁰¹ og doktrinen om *contractual intent*¹⁰² taler imot en løsning der partene er bundet av et utsagn som uttrykkelig er gjort *subject to contract*.¹⁰³

En annen tilnærming kan være å hevde at det er finnes en lojalitetsforpliktelse til å ikke med hensikt å gi uriktige opplysninger om noe så sentralt som kontraktsummen. Dette er imidlertid en tilnærming til spørsmålet som er sterkt preget av en tankegang som hører hjemme i *civil-law* systemet. Som jeg vil komme til under kapittel 3, anerkjenner ikke engelsk rett det som i norsk rettstradisjon refereres til som *lojalitets- eller god tro-forpliktelser* på forhandlingsstadiet.

⁹⁸ Furmston, s. 344 ff.

⁹⁹ Under kapittel 3 nedenfor vil jeg som nevnt spørre om det at en part trekker seg fra forhandlingene kan få andre følger enn bundethet, for eksempel at han må svare erstatning for de kostnader den andre parten er påført.

¹⁰⁰ Furmston, Norisada, Poole, s. 195.

¹⁰¹ Se punkt 3.2.1.under.

¹⁰² Se punkt 2.1 og Atiyah, s. 98.

¹⁰³ Prosjektets rådgiver, Edward Peel kunne under Prosjektets work-shop i mai 2006 bekrefte at det neppe er grunnlag for å hevde at partene har bundet seg til sentrale avtalevilkår i intensjonsavtalen.

2.5 Oppsummering – er subject to contract nødvendig?

Som sagt er partenes *contractual intent* et sentralt element i engelsk rett når man skal vurdere hvorvidt en kontrakt er kommet i stand. I hvilken grad en intensjonsavtale tilkjennegir en intensjon om å danne en endelig og bindende kontrakt er et faktisk spørsmål.¹⁰⁴ I fraværet av partenes uttrykkelige tilkjennegivelse av at de intenderer å danne en endelig kontrakt gjennom intensjonsavtalen, vil effekten av intensjonsavtalen i hovedsak avhenge av dens ordlyd og den kontekst den står i.¹⁰⁵ Det er imidlertid en fastsatt rettstilling at med mindre sakens faktum klart viser det motsatte, vil en engelsk domstol presumere at intensjonsavtaler ikke er ment å binde avgiverne av det.¹⁰⁶

I tillegg til dette kommer at intensjonsavtaler ofte er ambisiøse, og de uklare vilkårene og den ambisiøse uttrykksmåten vil ofte kunne hindre at intensjonsavtalen binder partene.¹⁰⁷ Det er da kravet til sikkerhet og fullstendighet – *certainty* og *completeness* – som kan hindre eksistensen av en bindende kontrakt, uavhengig av om klausulen *subject to contract* er inntatt i intensjonsavtalen eller ikke. Den engelske rettens kommersielle fokus, sammen med hensynet til omsetningslivets sikkerhet i en markedsstyrt økonomi har ført til at domstolene krever at partene har uttrykt seg med tilstrekkelig *certainty* før de anses å ha en avtale som kan håndheves av domstolene. Domstolene ser derfor etter en «concluded bargain... which settles everything that is necessary to be settled and leaves nothing to be settled by agreement between the parties.»¹⁰⁸ Denne strenge testen fører til en høyt krav til *certainty* for den endelige avtalen, som vil ekskludere håndhevelse av de fleste uformelle avtaler – som særlig forekommer på forhandlingsstadiet.

¹⁰⁴ Corbin, § 30.

¹⁰⁵ Furmston, s. 385.

¹⁰⁶ Slik som i *British Steel Corp v. Cleveland Bridge & Engineering Co.*, [1984] All ER 504, s. 511 (QBD).

¹⁰⁷ Furmston, s. 356

¹⁰⁸ *May & Butcher v. The King*, [1934] 2 K.B. 17, s.21 (KBD).

Det er med dette en dobbel hindring før intensjonsavtaler etter engelsk rett gis kontraktuelle virkninger mellom partene. I sjeldne tilfeller – hvor intensjonsavtalen er detaljert, og partenes handlinger er så klare at de uttrykker enighet omkring alle, også de mindre sentrale vilkår, kan det skje at en bindende avtale statueres for å hindre partene i å «eat their cake and have it»¹⁰⁹. Den sjeldne forekomsten av slike saker marginaliserer imidlertid betydningen av adgangen til å konstituere en bindende avtale der partene har inngått en intensjonsavtale og er uenige om hvorvidt bindende avtale er inngått. Terskelen for å konstituere en bindende kontrakt på grunnlag av etterfølgende atferd synes med dette å være nesten like høy der hvor *subject to contract-klausulen* ikke er inntatt, idet engelske domstoler generelt er tilbakeholdne med å statuere kontraktsbundethet på bakgrunn av intensjonsavaler.

Disse aspektene viser at *subject to contract-klausulen* kan være overflødig med hensyn til spørsmålet om avtalebinding er skjedd når den tas inn i en intensjonsavtale. Imidlertid er det slik at den tryggheten partene oppnår ved å innta klausulen taler for å bruke den - selv om den kan være overflødig.¹¹⁰ Ved å innta klausulen presumeres partene å mangle den nødvendige *contractual intent*, i tillegg til at den er egnet til å indikere at kravet til *certainty* og *completeness* ikke er oppfylt. På denne måten tilfredsstillers klausulen kommersielle aktørers behov for klarhet og forutberegnelighet i avtalesituasjonen. Mangelen på rettspraksis omkring klausulen, til tross for dens meget utbredte bruk, kan tyde på at klausulen også kan føre til færre prosesser for domstolene.

¹⁰⁹ *Wilson Smithett v. Bangladesh Sugar and Foods Industries Corporation*, [1986] 1 Lloyd's Rep. 378, s. 383 (QBD). “To have one's cake and eat it too” er et engelsk ordspråk som henseiler på det å forsøke å oppnå to uforenelige ting.

¹¹⁰ Prosjektets rådgiver, Edward Peel understreket dette poenget under Prosjektets work-shop i mai 2006.

3 Ansvar for atferd under forhandlingene etter engelsk rett – betydningen av subject to contract

3.1 Innledning

Dersom kontraktsbinding ikke kan slås fast, slik at kontraktsbruddsanksjoner er utelukket som botemiddel for den parten som står skuffet igjen, oppstår spørsmålet om det finnes andre rettslige grunnlag – som ikke er betinget av eksistensen av en avtale mellom partene – for et krav mot den parten som trekker seg fra forhandlingene.

Det innledende eksempelet med en A som under forhandlingene mister interessen i å inngå en kontrakt med B, men likevel fortsetter å forhandle – uten å underrette B om at han ikke lenger intenderer å slutte kontrakt, mens B fortsetter forhandlingene uvitende om at sjansene for å oppnå kontrakt er vesentlig redusert, er egnet for å belyse problemstillingen her. Det andre eksempelet i innledningen egnet for å belyse problemstillingen, er det der As begrunnelse for å innlate seg på forhandlinger med B ikke er ønsket om å nå en avtale, men i stedet skaffe seg kjennskap til Bs forretningshemmeligheter, eller å sondere markedet for forhandlingsgjenstandens verdi, slik som for eksempel verdien av et selskap.

I dette kapittelet vil jeg ta for meg engelsk retts syn på ansvar for brudd på en plikt til god tro eller lojalitet under kontraktsforhandlingene – det vi i norsk rett omtaler som prekontraktuelt ansvar – og etter det se på hvilken betydning *subject to contract-klausulen* i denne sammenheng har for partenes rettsstilling etter engelsk rett.

3.2 Hovedregelen er at partene bærer sitt eget tap

Hovedregelen i engelsk rett er at partene under kontraktsforhandlingene har rett til å alene forfølge sine egne interesser, og om nødvendig både true med og faktisk også bryte ut av forhandlingene.¹¹¹ Som den store hovedregel gjelder det at partene har ansvaret for, og bærer sine egne forhandlingskostnader, og derfor kan de heller ikke kreve dem erstattet fra den parten

¹¹¹ Furmston, s. 341. Se *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual programmes Ltd.*, [1989] Q.B. 433 (CA)

som bryter ut av forhandlingene.^{112,113} I motsetning til det tilfelle der det foreligger en gyldig bindende avtale, danner generelt ikke en parts uinnfridde forventninger i seg selv grunnlag for rettsfølger. Som jeg vil komme til under behandlingen av norsk rett, er dette også utgangspunktet for norsk rett.

3.2.1 Prinsippet om kontraktsfrihet - freedom of contract

Begrunnelsen for regelen om at partene bærer sitt eget tap er fremfor alt prinsippet om kontraktsfrihet – som tradisjonelt står meget sterk i engelsk rett.¹¹⁴ I kontraktsfriheten ligger på den ene siden friheten til å velge å inngå en kontrakt og på den annen side frihet til også å avstå fra å inngå kontrakt.¹¹⁵ Dette kan også beskrives som et prinsipp om forhandlingsfrihet.¹¹⁶

Ved å pålegge partene ansvar allerede på forhandlingsstadiet begrenses kontrakts- og forhandlingsfriheten, noe som engelsk rett generelt viker tilbake for å gjøre. I engelsk rett har man derfor tradisjonelt vært tilbakeholdne med å pålegge en part ansvar for å bryte kontraktsforhandlinger, blant annet fordi det vil støte an mot prinsippet om kontraktsfrihet slik det står i engelsk rett. Partsautonomien står således meget sterkt i engelsk rett.

3.2.2 Formålet med kontraktsforhandlingene

I tillegg til prinsippet om kontraktsfrihet står selve formålet med kontraktsforhandlingene sentralt i begrunnelsen for hovedregelen om at avbrudd i forhandlingene ikke danner grunnlag for ansvar. Når det gjelder den type forhandlinger som denne avhandlingen søker å behandle, er partene profesjonelle aktører. De handler ofte med assistanse av profesjonelle forhandlere, advokater eller lignende. Idet partene setter seg til forhandlingsbordet er de klar over at det er en risiko. Som Farnsworth fremstiller det: «All is hazarded on a successful outcome of the

¹¹² Allen, s. 135.

¹¹³ Partene står imidlertid fritt til å inngå en avtale om at en av partene vil holde den andre skadesløs for eventuelle påløpte kostnader under forhandlingene, jf. *Stinnes Logistics AG v. Palgrave Brown*, [2002] EWCA Civ 128 (CA)

¹¹⁴ McKendrick, s. 7. Se også Simonsen s. 74 og 141.

¹¹⁵ Beatson, Friedmann, s. 27, som bruker uttrykket *freedom from contract*.

¹¹⁶ Farnsworth, s. 217- 294, s.221.

negotiations; all is lost on failure.»¹¹⁷ Å pålegge en part ansvar for å bryte ut av kontraktsforhandlingene vil kunne hevdes å forskyve den allerede kalkulerte risikoen mellom partene.

3.2.3 Kravet til consideration - motytelse

Grunnlaget for hovedregelen er også å finne i engelsk kontraktsretts krav til *consideration*.¹¹⁸ Ved en motytelse eller *consideration* etter engelsk rett er det "link", som forbinder avtaleretten med kontraktsretten, idet et løfte kun er juridisk bindende hvis det understøttes av en motytelse. Så lenge et tilbud ikke er akseptert kan det fritt trekkes tilbake. Sammenlignet med norsk rett oppstår ikke like sterke berettigede forventninger etter et løfte i engelsk rett. Det er, som Simonsen uttrykker det,¹¹⁹ «ikke underlig at et rettssystem som bygger på disse grunnprinsipper, har øvet motstand mot å statuere forpliktelser alene på grunnlag om berettigede forventninger».

3.2.4 Argumenter for å begrense partenes kontraktsfrihet

En streng etterlevelse av prinsippet om kontraktsfrihet åpner for at partene lett kan misbruke denne friheten. Dette kan fremmes som et argument for å begrense partenes kontraktsfrihet gjennom å oppstille ansvar for partenes atferd under kontraktsforhandlingene under visse vilkår. Som jeg vil komme til under del II i avhandlingen anerkjenner norsk rett en alminnelig ulovfestet plikt til lojalitet mellom partene, både før, under og etter kontraktsslutning er skjedd mellom dem.¹²⁰ Ved at partene har en generell plikt til å utvise lojalitet under forhandlingene er kontraktsfriheten etter norsk rett begrenset. Brudd på denne plikten kan etter norsk rett føre til et erstatningsansvar.

Eksemplene gitt i dette kapittelets innledning (punkt 3.1.) illustrerer at hovedregelen om at partene har ansvaret for, og bærer sine egne forhandlingskostnader dersom risikoen for brudd i forhandlingene realiseres, ikke alltid har like gode grunner for seg. Det norske rett betegner som rettferds- og rimelighetshensyn taler her for at et ansvar for avbrutte forhandlinger bør kunne

¹¹⁷ Farnsworth, s.221.

¹¹⁸ Anson, s. 88 ff.

¹¹⁹ Simonsen, s. 141.

¹²⁰ Rt-1988-1078 og Rt-1997-199. Se kapittel 4, særlig punkt 4.5 i avhandlingens del II.

anerkjennes i slike tilfeller. Samfunnsøkonomiske hensyn¹²¹ og hensyn til partenes ressursbruk kan også hevdes å tale for å pålegge et ansvar for avbrutte forhandlinger. Dersom en part ansvarsfritt kan innlate seg på forhandlinger uten noen intensjon om å oppnå en kontrakt, kan dette føre til en bruk av ressurser som er uheldig både for den parten som rammes og samfunnet generelt.¹²²

En rekke internasjonale regelsett aksepterer også at det gjelder et lojalitetskrav på det prekontraktuelle stadiet, og at brudd på kravet fører til ansvar. For eksempel er dette uttrykt i UNIDROIT Principles artikkel 2.15¹²³:

- (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for losses caused to the other party.
- (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

Under nærværende kapittel vil jeg av ovenstående grunner undersøke hvorvidt en parts brudd i kontraktsforhandlingene kan komme i konflikt med en plikt til å utvise lojalitet eller god tro under forhandlingene etter engelsk rett, slik at rimelighets- og rettferdighetshensyn taler for å pålegge en part ansvar for motpartens tap. Dersom det ikke foreligger noen plikt til å forhandle lojalt eller i god tro, vil heller ikke unnlåtelsen av å handle slik danne grunnlag for ansvar. Når det i det følgende undersøkes om engelsk rett anerkjenner ansvar for brudd på en lojalitetsplikt under kontraktsforhandlinger, er dette samtidig et spørsmål om hvilke av de ovennevnte hensynene som er gitt gjennomslagskraft i engelsk rett.

¹²¹ Se for eksempel Rt-2006-179 premiss 38, hvor Høyesterett la vekt på samfunnsøkonomi og ressursbruk i en sak som gjaldt spørsmålet om et omleveringskrav for et par støvletter.

¹²² Christine Halvorsens avhandling – s. 12 har samme angrepsmåte til dette spørsmålet.

¹²³ Se også PECL artikkel 2:301.

3.3 Har partene en plikt til å forhandle lojalt/in good faith, slik at brudd på denne plikten kan føre til ansvar?

3.3.1 Innholdet av en plikt for partene til å forhandle i god tro/forhandle lojalt.

Når skandinaviske rettsteoretikere behandler en plikt til lojalitet, tilsvarer dette for det meste det som i engelsk rett betegnes som «good faith».¹²⁴ Før det gjøres rede for hvorvidt engelsk rett anerkjenner en lære om en plikt til å utvise lojalitet under forhandlingene på en slik måte at den kan danne grunnlag for ansvar, fortjener det tenkelige innholdet av en slik plikt å bli underlagt en nærmere belysning.

Lojalitet er i seg selv et fleksibelt begrep, som vil i noen grad vil hente sin betydning fra den konteksten den står i.¹²⁵ Selv om meningen med lojalitet varierer med konteksten, står lojalitet til et avtalt felles formål og overensstemmelse med den annen parts begrunnede forventninger sentralt.¹²⁶ Når det spørres om lojalitet i forhandlingssituasjonen er de sentrale spørsmålene om partene har en plikt til å lojalt ta i betraktning den annen parts interesser ved den forestående avtaleinngåelsen, samt å handle sannferdig. Som jeg vil komme til under behandlingen av norsk rett, ligger det i den prekontraktuelle lojalitetsplikten blant annet en plikt til å handle sannferdig.¹²⁷ For eksempel vil det å innlate seg på forhandlinger dersom en allerede på tidspunktet for inngåelsen av intensjonsavtalen ikke hadde til hensikt å slutte noen avtale med den annen part stride mot plikten til lojalitet. Også der kontraheringsviljen definitivt tapes underveis i forhandlingene vil det oppstå en plikt til å informere den annen part om dette. Under forhandlingene kan partene etter norsk rett også ha en plikt til å medvirke lojalt under kontraktsforhandlingene. Det er her et spørsmål om en plikt til gjensidig lojalitet, uten at partene med det er nødt til å unnlate å ivareta sine egne interesser.¹²⁸ En plikt til lojalitet virker

¹²⁴ Hagstrøm, s. 73-74.

¹²⁵ Furmston, Norisada, Poole, s. 270 ff.

¹²⁶ Furmston, s. 84.

¹²⁷ Se punkt 4.5.

¹²⁸ Selvig, Knophs oversikt, s. 333

som en motvekt til den ellers fremtredende egeninteressen hos partene i forhandlings-situasjonen.¹²⁹

Dersom en plikt til å utvise lojalitet under forhandlingene eksisterer i engelsk rett, kan for eksempel å seile under ”falskt flagg” ved å unnlate å opplyse om at man ikke har intensjoner om å nå en endelig avtale overhodet, eller å unnlate å opplyse om at man underveis i forhandlingene har mistet interessen i den intenderte avtalen tenkes å komme i konflikt med denne plikten.¹³⁰

Spørsmålet om en plikt til forhandle i lojalitet reiser to nært beslektede spørsmål: For det første om det finnes en generell, ulovfestet plikt til å forhandle i lojalt i engelsk rett, og for det andre om partene, i fraværet av en slik plikt, rettsgyldig kan avtale å forhandle i lojalt – *in good faith*.

3.3.2 En generell plikt til lojalitet/good faith på det prekontraktuelle stadiet?

Det er etter engelsk rett klart at partene etter en *allerede inngått* avtale plikter å oppfylle denne i lojalt. Den universelt aksepterte regelen om at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*) kan ses på som en regel om en plikt til å opptre i lojalt. Spørsmålet er her om partene før de har kommet til bindende enighet plikter å utvise lojalitet.

Spørsmålet om engelsk retts forhold til ideen om en *generell* plikt til lojalitet på stadiet forut for skjæringstidspunktet for avtaleinngåelse ble drøftet av dommer Bingham L.J. i dommen *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes*,¹³¹ hvor han refererte til ideen om god tro i rettssystemer basert på *civil law* og engelsk retts forhold til denne ideen:

« In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as “playing fair”, “coming clean” or “putting one’s cards face upwards on the table”. It is, in essence a principle of fair and open dealing... *English law has, characteristically,*

¹²⁹ Simonsen, s. 157.

¹³⁰ Slik som for eksemplene i punkt 3.1.

¹³¹ [1989] Q.B. 433 (CA)

committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of fairness.»¹³² (Min utheving.)

I motsetning til en rekke rettssystemer basert på *civil law*, anerkjenner altså ikke engelsk kontraktsrett en generell plikt til å utvise god tro på det prekontraktuelle stadiet. Det er her prinsippet om partenes *freedom of contract* som er gitt størst gjennomslagskraft.

3.3.3 Kan bruken av en intensjonsavtale medføre en plikt til å forhandle i lojalt?

Spørsmålet som stilles her er om det til tross for at engelsk rett ikke anerkjenner en *generell* plikt til å forhandle i god tro, likevel kan hevdes at en intensjonsavtale forutsetter en særlig plikt til å forhandle i god tro.¹³³

Historisk sett er det ikke tradisjon for i engelsk rett til å gi rettslig effekt til ikke-bindende prekontraktuelle avtaler. Tilnærmingen til slike har vært at enten er det en avtale, eller så er det ikke en avtale. I litteraturen beskrives dette som «the ”all or nothing” approach».¹³⁴ Denne tilnærmingen til spørsmålet om avtale er kommet i stand, er en av grunnene til at engelsk rett har vansker med å analysere rettsvirkningene av prekontraktuelle dokumenter, slik som intensjonsavtaler. En mulig angrepsvinkel til dette problemet kan tenkes å være å anse partene for å være under en plikt til å forhandle lojalt, og at brudd på denne plikten kan føre til ansvar.¹³⁵

Som jeg vil komme til under punkt 3.8.2 anerkjenner engelsk rett at en lojalitetsplikt kan komme på tale dersom partene er i et særlig forhold til hverandre (*a fiduciary or special relationship*) egnet til å statuere en plikt til omsorg – *a duty of care*.¹³⁶ Dersom en *duty of care* kan statures, fører dette til at forhandlingene må føres på en måte som norske rettsteoretikere

¹³² [1989] Q.B. 433 (CA).

¹³³ Dersom en slik plikt ikke eksisterer, oppstår spørsmålet om partene kan avtale å forhandle i god tro. Dette spørsmålet behandles under punkt 3.3.4.

¹³⁴ Giliker, s. 32.

¹³⁵ Avsnittet er basert på fremstillingen i Furmston, Norisada, Poole, s. 267-268.

¹³⁶ Anson, s. 267 ff.

vil beskrive som lojalt.¹³⁷ En *duty of care* i forhandlingssituasjonen kan som regel kun statueres der partene er i et særlig tillits- og betroelsesforhold.¹³⁸ I avgjørelsen *Hedley Burne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd*¹³⁹ ble det uttrykt at en plikt for en part til å utvise omsorg i sine uttalelser kan oppstå der det er et «special relationship» mellom partene, og den parten som påtar seg å uttale seg der han vet eller burde vite at den annen part vil stole på utsagnet hans, påtar seg et ansvar i forhold til den annen part for uttalelsene sine. Etter dette er det grunn til å spørre om partene ved å opprette en intensjonsavtale kommer i et tillitsforhold som er egnet til å statuere en slik *duty of care*, slik at for eksempel en unnløstelse av å gi uttrykk for sine egentlige beveggrunner for å innlate seg på forhandlinger kan komme i strid med en plikt til lojalitet.

Det er blitt hevdet at der partene har opprettet et prekontraktuelt dokument, kan kanskje domstolene innfortolke et vilkår om at partene plikter å forhandle lojalt med tanke på den forestående kontrakten.¹⁴⁰ Dommen *Donwin Productions Ltd v. E.M.I. Films Ltd*.¹⁴¹ kan anføres til understøttelse av denne uttalelsen. I denne saken kom retten til at selv om domstolen i *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd. and Another*¹⁴² kom til at en «contract to negotiate» var for vag til å kunne håndheves, var det slik at dette «did not prevent the implication into an oral contract, once a firm agreement had been made and a further, fuller agreement was in contemplation, of a term that the parties would negotiate in good faith about further terms to be inserted in a written agreement. » I *Letters of Intent*¹⁴³ er følgende uttrykt om dommen:

¹³⁷ Anson, s. 267; Moss (2007), punkt 3.2.

¹³⁸ Arbeids- og rådgivningsforhold er typiske relasjoner der partene er å anse for å være i et særlig tillits- eller betroelsesforhold. Slike forhold er sjelden til stede i kommersielle forhandlinger.

¹³⁹ [1964] A.C. 465 (HL)

¹⁴⁰ Lake, Draetta, s. 173.

¹⁴¹ T.L.R, March 9, 1984. Da det ikke har lyktes meg å få tak i denne dommen, baserer jeg meg her på redegjørelsen for den i Lake, Draetta, s. 173 ff.

¹⁴² [1975] 1 W.L.R. 297 (CA)

¹⁴³ Lake, Draetta.

«The closest a decision can come to finding that letters of intent imply an obligation to negotiate in good faith, without actually so finding, is to find a duty to negotiate in an oral precontractual agreement. The *Donwin* case seemed to represent a trend» (s. 174).

Mange engelske rettsteoretikere trodde at trenden innen engelsk rett gikk i retning av å pålegge partene under en intensjonsavtale en plikt til å lojalitet i forhandlingene, men i 1992 gjorde House of Lords det klart med avgjørelsen *Walford v. Miles*¹⁴⁴ at engelsk rett opprettholder avvisningen av å pålegge ansvar for å unnlate å forhandle lojalt, selv om partene uttrykkelig kan sies å ha nærmet seg hverandre gjennom et prekontraktuelt dokument (slik som for eksempel en intensjonsavtale).

I saken *Walford v. Miles*, som gjaldt salg av en forretning som drev med fremkalling av fotografier, var avtalen mellom partene *subject to contract*. Under forhandlingenes løp inngikk partene en eksklusivitetsavtale – en såkalt ”lock out agreement” – som gikk ut på at selgeren (ektepartet *Walford*) avtalte å ikke forhandle med tredjemenn så lenge forhandlingene med kjøperen (saksøkerne i saken, som var to brødre) verserte. Fem dager etter at denne eksklusivitetsavtalen trådte i kraft trakk selgeren seg ut av forhandlingene, for deretter å selge forretningen til en tredjepart.

House of Lords mente at det i prinsippet var mulig å inngå en bindende ”lock out agreement.” For at en slik avtale skulle gi noen kommersiell mening, måtte den imidlertid ha en uttrykkelig eller implisitt tidsbegrensning. I *Walford v. Miles* var det ikke avtalt noen uttrykkelig tidsbegrensning. Saksøkerne hevdet at det var et forutsatt vilkår at de skulle «continue to negotiate in good faith». House of Lords forkastet denne anførselen. Et grunnlag for denne forkastelsen kunne nok ha vært at et slikt vilkår ikke kunne innfortolkes. House of Lords gikk imidlertid lengre enn å bare konstatere dette: selv dersom et slikt vilkår kunne innfortolkes, ville det ikke ha hjulpet den skuffede parten fordi en plikt til å forhandle «in good faith» var uten mening og innhold.^{145,146}

¹⁴⁴ [1992] A.C, 128 (HL)

¹⁴⁵ S. 138 i dommen.

Avgjørelsen i *Walford v. Miles* er kritisert for å uttrykke den stadig gammeldagse tilnærmingen engelsk rett har inntatt for å avvise tanken om en alminnelig plikt til å utvise lojalitet på det prekontraktuelle stadiet av en transaksjon.¹⁴⁷ Både i England og internasjonalt har den engelske tilbakeholdenheten med å pålegge lojalitetsforpliktelser ført til at kontinentale rettsteoretikere har karakterisert engelsk rett som liggende etter og tilbakeholden.¹⁴⁸ Fremdeles er det ingen rettsavgjørelse etter engelsk rett som bestemmer at partene har en alminnelig plikt til lojalitet på det prekontraktuelle stadiet. McKendricks kommentar til avgjørelsen *Walford v. Miles* er i denne sammenheng verdt å merke seg:

«Any recognition of a general doctrine of good faith would require re-consideration of the decision in *Walford* and that can only be done by the House of Lords. »¹⁴⁹

Det er etter dette klart at engelsk rett ikke anerkjenner at partenes bruk av en intensjonsavtale (eller lignende prekontraktuelt dokument) er et forhold som er egnet til å statuere en implisitt plikt til å forhandle lojalt/*in good faith* for partene. Den slagordmessige tilnærmingen til spørsmålet – «all or nothing» – står dermed sterkt i engelsk rett. Som jeg vil komme til under del II, er det her en klar forskjell mellom engelsk og norsk rett. Partene under en intensjonsavtale etter norsk rett er som sagt underlagt en alminnelig prekontraktuell lojalitetsplikt, hvis brudd kan medføre erstatningsansvar. I og med at ansvarsformen er særlig begrunnet i beskyttelse av berettigede forventninger, styrkes kravet til lojal opptreden når partene har formalisert forbindelsen dem imellom med en intensjonsavtale.¹⁵⁰

3.3.4 Kan en uttrykkelig avtale om å forhandle lojalt/*in good faith* håndheves?

Et høyst praktisk spørsmål er hvorvidt domstolene vil håndheve en *uttrykkelig* avtale mellom forhandlingspartene om å forhandle lojalt. Simonsen uttrykker dette som et spørsmål «om

¹⁴⁶ Når House of Lords gikk så langt som å si at et vilkår om en plikt til å forhandle i lojalt ikke bare lot seg infortolke, men også var uten mening og innhold, har dette en side til spørsmålet om hvorvidt en uttrykkelig avtale om å forhandle lojalt kan håndheves i engelsk rett. Dette spørsmålet behandles under punkt 3.3.4 under.

¹⁴⁷ Beatson, Friedmann, s 36.

¹⁴⁸ Lake, Draetta, s. 176. «behind the continent» og «reticent» er uttrykkene som her er brukt.

¹⁴⁹ McKendrick, s. 544.

¹⁵⁰ Se mer om dette under punkt 4.5.

partene kan gi lojalitetsplikten en kontraktuell basis».¹⁵¹ Dette spørsmålet behandles i engelsk kontraktsrett under fanen ”collateral contracts”.¹⁵² En *collateral contract* kan defineres som «an agreement made before or at the same time as, but separately from, another contract».¹⁵³ Dersom partene har avtalt at de skal forhandle lojalt, er dette en avtale om en forpliktelse som ikke retter seg mot den avtalen intensjonsavtalen peker mot. Det er i stedet snakk om en avtale som retter seg mot partenes forhandlinger, som kan anses atskilt fra den intenderte avtalen, og slik en *collateral contract*. Det samme gjelder for andre typer *collateral contracts*, som for eksempel avtaler om eksklusive forhandlinger og plikt til hemmelighet.¹⁵⁴

Lar en slik avtale mellom partene seg håndheve, vil det å handle i strid med denne avtalen kunne utgjøre et kontraktsbrudd. Kontrakten vil dermed kunne begrunne et krav for det tap som er lidt som følge av den annen parts forhandlingsbrudd.¹⁵⁵ Cohens uttalelse om at «the collateral contract and the tort of negligence currently serve as the main tools for imposing pre-contractual liability»¹⁵⁶ må ses i denne sammenheng.

Den avgjørelsen som det oftest refereres til når avtaler om å forhandle lojalt/*in good faith* behandles er den over omtalte avgjørelsen av House of Lords i *Walford v. Miles*¹⁵⁷. Her kom domstolen til at det ikke lot seg gjøre å innfortolke som et vilkår i avtalen at partene skulle forhandle *in good faith*, idet den så på denne plikten som uten mening og innhold. Lord Ackners uttalelse var denne:

«Mr. Naughton, of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question - how is a vendor ever to know that he is

¹⁵¹ Simonsen, s. 141.

¹⁵² Chitty, 2-119, 12-004 ff. og Cohen, s. 30. Simonsen omtaler disse som «delavtaler», se Simonsen, s. 399.

¹⁵³ Black's, se “collateral contract” s. 141.

¹⁵⁴ Disse typene avtaler er også å regne som *collateral contracts* som kan sies å gi næring til spørsmålet om partene kan gi lojalitetsplikten en kontraktuell basis. Vurderingen av dem blir de samme som for spørsmålet om en avtale om å forhandle i god tro.

¹⁵⁵ Som sagt, vil et kontraktsbrudd lede til erstatningsansvar for skaden påført ved kontraktsbruddet, slik at den skadelidte parten vil kunne kreve erstatning for sitt tap som skriver seg til kontraktsbruddet.

¹⁵⁶ Cohen, s. 30.

¹⁵⁷ Dommens faktum og utfall er beskrevet under punkt 3.3.3 over.

entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an "agreement?" A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgement, while negotiations are in existence, either party is entitled to withdraw from those negotiations at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a proper reason to withdraw. Accordingly a bare agreement to negotiate has no legal content. »¹⁵⁸

Spørsmålet om avtaler om å forhandle i god tro ble igjen behandlet av Court of Appeal i den noe nyere saken *Petromec v. Petroleo Brasileiro*.¹⁵⁹ I denne saken hadde partene – i motsetning til *Walford v. Miles* – uttrykkelig avtalt at de skulle forhandle *in good faith*. Sakens faktum var at partene hadde inngått en avtale om oppgraderingen av en offshore oljeproduksjonsplattform. Etter avtalen hadde Petromec rett til å få dekket de rimelige ekstrakostnadene de ble påført i forbindelse med oppgraderingen av plattformen i overensstemmelse med spesifikasjonene, sammen med rimelige kostnader for videre endringer krevd av operatøren. Disse tilleggskostnadene skulle utbetales ved fremleggelse av bevis for utgiftene, hvoretter partene etter kontrakten uttrykkelig avtalte å forhandle *in good faith*. Avtalens ordlyd var denne: «Brasoil agrees to negotiate in good faith with Petromec the extra costs ».

Spørsmålet om hvorvidt denne avtalen kunne håndheves ble – ikke overraskende – et spørsmål for domstolene. I denne saken kom Court of Appeal til at forpliktelsen til å forhandle *in good faith* kunne håndheves, noe som House of Lords avgjørelse i *Walford v. Miles* tilsynelatende ikke godtok. I denne sammenheng uttalte Court of Appeal at den ikke anså *Walford v. Miles* for å være et autoritativt uttrykk for at en uttrykkelig forpliktelse om å forhandle i god tro alltid ville være uten rettslig innhold:

«I do not consider that *Walford v Miles* binds us to hold that the *express* obligation to negotiate is completely without legal substance»¹⁶⁰ (min uthevning).

¹⁵⁸ På side 138 i dommen.

¹⁵⁹ [2006] 1 Lloyd's Rep 121 (CA).

¹⁶⁰ Avsnitt 121.

Petromec v. Petroleo Brasileiro er en interessant rettsavgjørelse, fordi den – i motsetning til det tradisjonelle syn – viser at en avtale om å forhandle i god tro under visse omstendigheter kan håndheves. Det kan dermed, ved første øyekast, se ut til at det er et skille mellom en implisitt og en uttrykkelig plikt til å forhandle lojalt – slik at den sistnevnte kan håndheves, den første ikke. Etter mitt skjønn er det imidlertid en for enkel slutning å si at denne avgjørelsen viser at mens engelsk rett ikke vil implisere en plikt til å forhandle lojalt, vil en *uttrykkelig* avtale om å forhandle lojalt alltid kunne håndheves. I tillegg kreves at de alminnelige vilkårene for avtaleslutning er oppfylt. Først da kan en avtale om å forhandle lojalt tenkes å kunne håndheves i engelsk rett.

Det er flere forhold som taler for dette synet: I *Petromec*-saken var god tro-forpliktelsen uttrykkelig avtalt, og avtalen mellom partene var heller ikke en tradisjonell *agreement to agree*. I *Walford v. Miles* hadde ikke partene allerede inngått noen avtale – og det som hadde passert mellom partene var *subject to contract*. Motsetningsvis var bestemmelsen om å forhandle lojalt *Petromec* inntatt i en ellers rettslig bindende avtale, slik at det ikke var tvil om at partene ønsket en slik forpliktelse. Videre var faktum i denne saken meget spesielt med hensyn til muligheten for å beregne erstatningssummen for bruddet på lojalitetsforpliktelsen. Forpliktelsen til å forhandle lojalt refererte seg bare til visse spesifiserte kostnader som, ifølge domstolen var «ascertainable with comparative ease».¹⁶¹

LJ Longmore uttalte at det ville være en «strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties had deliberately and expressly entered».¹⁶² Han innrømte at retten nok kunne ha vansker med konseptet illojalt brudd i forhandlingene, siden det alltid måtte bli noe uklart. Slike vansker skulle imidlertid ikke være en unnskyldning for domstolen til å la være å assistere partene ved å finne forpliktelsen ikke håndhevbar. Han konkluderte derfor med å si at det å fastslå at klausulen ikke hadde noe rettslig innhold ville være å rettslig motarbeide redelige parters rimelige forventninger. Det var, slik domstolen så det, ikke noen tvil om partenes *contractual intent, certainty* eller *consideration*.

¹⁶¹ Avsnitt 117-118.

¹⁶² Avsnitt 121.

«It is not irrelevant that it is an express obligation which is part of a complex agreement drafted by City of London solicitors and issued under the imprint of Linklater... It would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered... To decide that it has "no legal content"... would be for the law deliberately to defeat the reasonable expectations of honest men. »¹⁶³

Når en ser på avgjørelsene i lys av ovenstående, viser de at domstolen synes å behandle spørsmålet om hvorvidt partene kan avtale å forhandle lojalt slik de ellers vurderer avtaler¹⁶⁴ (og *collateral contracts*) i alminnelighet.¹⁶⁵

Selv om domstolen i *Petromec* kom til at den uttrykkelige avtalen om å forhandle i god tro kunne håndheves, gjelder dette følgelig ikke generelt for engelsk retts syn på avtaler om å forhandle i god tro. Avgjørelsen er meget spesielt begrunnet, og så lenge det ikke foreligger noen rettsavgjørelse i den annen retning, konkluderer jeg med her at partene under en intensjonsavtale ikke kan høres med at en uttrykkelig avtale om å forhandle lojalt kan håndheves på generell basis. Bare der partene har klart å tilfredsstille de formelle kravene som stilles for at en avtale i engelsk rett anses for å ha kommet i stand, kan en avtale om å forhandle lojalt – *in good faith* – håndheves. Den tradisjonelle begrunnelsen om at en ”agreement to agree” eller en ”contract to enter into a contract” etter engelsk rett ikke er bindende mellom partene, blant annet på grunn av den manglende *certainty*, gjelder fortsatt som hovedregel. På denne måten har engelsk rett stadig en konservativ tilnærming til spørsmålet om en plikt til og en eventuell avtale om å forhandle i god tro.

¹⁶³ Samme sted.

¹⁶⁴ Slik også Halvosen, s. 44 ff.

¹⁶⁵ Furmston, s 518.

3.4 Kan bruken av en intensjonsavtale medføre en særlig plikt til lojal medvirkning (best endeavours eller reasonable endeavours) mot en endelig kontrakt, og kan en slik uttrykkelig avtalt plikt håndheves?

3.4.1 Innledning – spørsmålets bakgrunn

Som jeg vil komme tilbake til under del II i avhandlingen, kan det at det foreligger en intensjonsavtale – sammen med omstendighetene rundt – føre til at partenes plikt til lojal opptreden er skjerpes, slik at en særlig medvirkningsplikt oppstår.¹⁶⁶ Det er på bakgrunn av dette grunn til å spørre om det eksisterer en lignende plikt også etter engelsk rett der partenes forhandlinger er formalisert gjennom en intensjonsavtale. Dersom en plikt ikke kan underforstås, oppstår spørsmålet en avtale om en plikt til medvirkning for å nå en endelig avtale kan håndheves.

Som vist over,¹⁶⁷ anerkjenner ikke engelsk rett en generell lojalitetsplikt på det prekontraktuelle stadiet, uavhengig av om partene har nedfelt en intensjonsavtale eller ikke. Dette er imidlertid ikke, prinsipielt sett, automatisk ensbetydende med at forhandlinger, spesielt der de er formalisert gjennom en intensjonsavtale, ikke kan tenkes å konstituere en *særlig plikt* til å medvirke lojalt til at en endelig avtale nås. Oversatt til engelsk er det snakk om et spørsmål om en plikt til *best/reasonable endeavour in order to reach an agreement* eller lignende. Det engelske begrepet *best/reasonable endeavour*¹⁶⁸ tilsvarer for det meste det norske rett beskriver som en omsorgsforpliktelse, og passer derfor godt inn i dette bildet.¹⁶⁹ Det er med andre ord snakk om en plikt til å påta seg en plikt til å ta de nødvendige skritt mot et endelig resultat, uten at parten(e) har misligholdt sin forpliktelse dersom resultatet likevel ikke nås.

¹⁶⁶ Rt-1992-1110 kan ses på som et uttrykk for dette. Se punkt 4.5 under.

¹⁶⁷ Under punkt 3.3.2.

¹⁶⁸ *Endeavour* tilsvarer den amerikanske benevnelsen *effort*. Mens engelske jurister synes å foretrekke *endeavour*, er forskjellen mellom denne betegnelsen og *effort* overveiende semantisk. Siden denne avhandlingen fokuserer på engelsk rett brukes i det følgende *endeavour*.

¹⁶⁹ Slik også Simonsen, s. 207.

3.4.2 Hva ligger i best og reasonable endeavours?

I den grad det kan påhvile partene som en implisitt plikt, eller en avtale om å utvise *best* eller *reasonable endeavours* for å søke å nå en endelig avtale kan håndheves, oppstår spørsmålet om hva som ligger i disse uttrykkene. Dette spørsmålet må avklares, for å kunne fastslå hvorvidt det foreligger et brudd på en slik forpliktelse.

Engelske domstoler er kjent for en streng fortolkning og håndhevelse av kontrakter. I dette ligger at de engelske domstolene er strengt orientert rundt det som *uttrykkelig* er bestemt i kontrakten. Når man tar i betraktning den engelske måten å forfatte kontrakter på, er det logisk å anta at partene når de bruker begrepet *best endeavours* mener noe annet enn *reasonable endeavours*.¹⁷⁰ Det er nærliggende å anta at den parten som påtar seg å utvise *best endeavours* har en strengere forpliktelse enn han hadde hatt dersom *reasonable endeavours* var brukt.

Kommersielle parter forhandler ofte energisk når valget står mellom bruken av *best* eller *reasonable endeavours*. Formuleringen kan også være en kilde til disputt også etter at valget mellom er foretatt. En forpliktelse til å utvise *best endeavours* synes, som sagt, umiddelbart å pålegge partene en strengere forpliktelse enn en forpliktelse til å utvise *reasonable endeavours*, men det foreligger ikke noen klar rettsavgjørelse som taler i denne retning. Rettspraksis synes i stedet å legge til grunn at distinksjonen mellom *best* og *reasonable endeavours* er liten, og at det heller er snakk om gradsforskjell enn forskjell i innhold.¹⁷¹

Best eller *reasonable endeavours* betyr opplagt ikke at en part med det kreves å tilsidesette sine egne kommersielle interesser.¹⁷² Dersom en plikt til å utvise *best* eller *reasonable endeavours* til å bestrebe seg på å nå en endelig avtale kan håndheves, kan den ikke medføre at partene er forpliktet til å møtes på halvveien, med like avkall fra begge sider. En slik regel ville være meget ufornuftig og ineffektiv, og samtidig gi partene et incentiv til å gå inn i forhandlingene med de mest ubalanserte standpunkt. En plikt til å utøve *best endeavours* eller *reasonable*

¹⁷⁰ Det samme gjelder der partene har uttrykt seg på en annen måte, som for eksempel *commercially reasonable endeavours*, *outmost endeavours* eller *every endeavour*.

¹⁷¹ McKendrick, s. 551.

¹⁷² Samme sted.

endeavours for å oppnå en endelig avtale kan neppe måles verken i antallet kompromisser eller lignende, slik som for eksempel en økonomisk kvantifisering av kompromissenes verdi.

I dommen *Phillips Petroleum Co. UK Ltd. & Ors v. Enron Europe Ltd.*¹⁷³ uttalte Kennedy LJ om uttrykket *reasonable endeavor* at han fant det:

«impossible to say that they [*reasonable endeavors*] impose on the buyer a contractual obligation to disregard the financial effect on him, and indeed everything else other than technical or operational practicality, when deciding how to discharge his obligation to use reasonable endeavours to agree to a commissioning date prior to 25 September 1996. If the obligation were to be strait-jacketed in that way, that is something which to my mind would have been expressly stated»¹⁷⁴ (mitt innskudd).

Etter dette synes det som en forpliktelse til å utvise *best* eller *reasonable endeavours* ikke er en særlig byrdefull forpliktelse. Ut fra dette utsagnet nærmer en seg her en forpliktelse som ligner mye på det en norsk rettsanvender vil beskrive som en lojalitetsforpliktelse. En part som er under en *best endeavour-forpliktelse* kan således ta i betraktning sine egne interesser, men må trolig handle i overensstemmelse med det som er rimelig og kommersielt gjennomførbart under omstendighetene.¹⁷⁵ Dersom man ønsker å kreve en mer byrdefull forpliktelse, bør partene foreta mer spesifikke reguleringer.¹⁷⁶

¹⁷³ [1997] C.L.C. 329 (CA)

¹⁷⁴ S. 342 i dommen.

¹⁷⁵ McKendrick, s. 551.

¹⁷⁶ I tråd med avhandlingens fokus har jeg her samlet oppmerksomheten om spørsmålet om en plikt til *best* eller *reasonable endeavours* til å medvirke til en endelig avtale. Som jeg vil komme til er det normale at en plikt til *best* eller *reasonable endeavours* inntas med sikte på kontraktuelle oppfyllelshandlinger – som for eksempel en plikt til å utvise *best endeavours* for å skaffe til veie en importlisens. Uten at terskelen for brudd på en *best* eller *reasonable endeavour-forpliktelse* med hensyn til en kontraktuell oppfyllelshandling er lik som for der det eventuelt er snakk om en prekontraktuell lojalitetsplikt, er spørsmålet om det er forskjell mellom en plikt til *best* eller *reasonable endeavours* relevant også for der plikten går ut på for eksempel en plikt til å skaffe til veie en importlisens.

3.4.3 Kan bruken av en intensjonsavtale medføre en særlig medvirkningsplikt

Dersom forhandlingene er formalisert gjennom en intensjonsavtale, oppstår som sagt spørsmålet om dette kan tenkes å medføre en *særlig plikt* til å bestrebe seg lojalt på at en endelig avtale nås.

Engelsk rett aksepterer at en plikt til å utvise *best endeavour* generelt kan påhvile kontraktsparter som en underforstått forpliktelse. Avgjørelsen i *Brauer & Co. (Great Britain) v. James Clark (Brush Materials)*¹⁷⁷ er illustrerende: Her hadde partene inngått en avtale om kjøp av 90 tonn Bahia piassava, hvor det i avtalen het at: «This contract is subject to a Brazilian export licence.» LJ Denning uttalte om denne bestemmelsen i avtalen at:

«Those words serve a most useful purpose. The parties to the contract knew that the goods could not lawfully be exported from Brazil without an export licence. If this clause had not been inserted, the buyer might have contended that the seller undertook absolutely to obtain a licence and ship the goods, and that it was no excuse for the seller to say that he could not get a licence. »

I mangel av regulering fra partenes side, var domstolen i denne saken satt til å avgjøre hvem plikten til å skaffe til veie eksportlisensen påhvilde, og hvor langt plikten til å overvinne hindringer i veien for eksportlisensen rakk. Med klausulen som sa at avtalen var «subject to an export licence» oppstod det altså her en implisitt plikt for selgeren av piassavaen til å bestrebe seg på (utvise *best endeavour*) å få en utførselslisens

Etter dette er det grunn til å spørre om en underforstått til å utvise *best endeavour* for å nå en endelig avtale på samme måte kan påhvile forhandlende parter under en intensjonsavtale.

I *Walford v. Miles*¹⁷⁸ ble følgende uttalt om lojalitet og forholdet til en plikt til *best endeavours*:

«While accepting that an agreement to agree is not an enforceable contract, the Court of Appeal appears to have proceeded on the basis that an agreement to negotiate in good faith is synonymous with an agreement to use best endeavours and as the latter is enforceable, so is the former. This appears to me, with respect, to be an unsustainable proposition. The reason why an agreement to negotiate, like an

¹⁷⁷ [1952] 2 Lloyd's Rep. 147 (CA). Se også *Wood Preservation Ltd v. Prior* [1969] 1 W.L.R. 1077 (CA).

¹⁷⁸ [1992] AC 128 (HL).

agreement to agree, is unenforceable, is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours.»¹⁷⁹

Ved første øyekast kan det her synes som om Lord Ackners referanse til «an agreement to use best endeavours» retter seg mot der partene har avtalt å utvise *best endeavours* for å nå en avtale. Etter en nærmere overveielse synes det imidlertid mer nærliggende at Lord Ackner ikke mente å uttrykke seg mot et slikt tilfelle. Lord Ackner hadde ingen oppfordring til å vurdere et spørsmål om en avtale om å utvise *best endeavours* for å nå en avtale kunne håndheves i denne saken. Dette spørsmålet var, så vidt jeg har kunnet finne, ikke avklart forut for *Walford v. Miles*. Det som imidlertid er klart, er at en avtale om å utvise *best endeavours* for å nå en kontraktuell forpliktelse – slik som en importlisens – kan håndheves i engelsk rett. Lord Ackners henvisning til «an agreement to use best endeavours» forstås dermed best som en referanse til en avtale om å utvise *best endeavours* enten med hensyn til oppfyllelsen av en forpliktelse i en allerede inngått avtale, eller til oppfyllelsen av en betingelse forut for avtalens realisering – og ikke en avtale om å utvise *best endeavours* med hensyn til avtalens tilblivelse.¹⁸⁰

Spørsmålet om en plikt til å utvise *best endeavour* for å nå en endelig avtale kom opp for domstolen i saken *Litte v. Courage Ltd*,¹⁸¹ der Millet LJ gav følgende klargjørende uttalelse:

«An undertaking to use one's best endeavours to obtain planning permission or an export licence is sufficiently certain and is capable of being enforced: an undertaking to use one's best endeavours to agree, however, is no different from an undertaking to agree, to try to agree, or to negotiate with a view to reaching agreement; all are equally uncertain and incapable of giving rise to an enforceable legal obligation.»¹⁸²

¹⁷⁹ S. 138.

¹⁸⁰ Chitty, 2-135. (Se imidlertid Anson, s. 64ff. som tolker dommer annerledes på dette punktet.)

¹⁸¹ [1995] CLC 164 (CA).

¹⁸² S. 169.

I *Hellmuth, Obata + Kassabaum Incorporated (A Corporation registered in Missouri), Trading as Hok Sport v. King*¹⁸³ hadde partene inngått en intensjonsavtale med overskriften «Subject to Contract». Her kom domstolen til same resultat som de ovennevnte dommene:

«The third alternative way in which the claim was put was that the letter of intent was an offer to use best endeavours to negotiate the terms of a FIDIC agreement and, if agreement was reached, to execute the same. It was said that, by implication, it was a term of this alleged agreement that Hok Sport would be paid for such work as it carried out during the negotiations. In my judgment, it is well established that agreements to negotiate a contract cannot themselves be considered contracts - see Chitty, paragraphs 2-126 and 127 on pages 145 to 147 and, in particular the observations of Lord Akner in *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128 there cited and discussed. »

En plikt til å utvise *best endeavour* eller *reasonable endeavor* for å nå en endelig avtale er altså ansett av domstolene for å være en *agreement to negotiate* – som etter engelsk rett ikke kan håndheves av domstolene fordi en slik plikt mangler den nødvendige *certainty*. Engelsk rett vil derfor ikke pålegge forhandlende parter en implisitt plikt til å utvise *best endeavour* eller *reasonable endeavour* for å nå en endelig avtale.

3.4.4 Kan en uttrykkelig avtale om å utvise best eller reasonable efforts for å nå en avtale håndheves?

Slik som for spørsmålet om en uttrykkelig avtale om å forhandle i *in good faith*, oppstår spørsmålet en avtale om å utvise *best* eller *reasonable endeavours* for å nå en avtale kan håndheves i engelsk rett.

Dersom partene har påtatt seg en forpliktelse til å utvise *best* eller *reasonable endeavour* i en eller annen retning, kan denne forpliktelsen som utgangspunkt håndheves i engelsk rett, så lenge avtalen tilfredsstillende de formelle kravene engelsk rett stiller til avtaleslutning. De ovennevnte avgjørelsene¹⁸⁴ indikerer imidlertid at det er et skille i engelsk rett mellom en plikt til å utvise *best endeavours* til for eksempel å innhente en eksportlisens og en plikt til å utvise *best endeavours* til å nå en endelig avtale.

¹⁸³ 2000 WL 1480187 (QBD).

¹⁸⁴ *Walford v. Miles*; *Litte v. Courage*; *Ldt og Hellmuth, Obata + Kassabaum Incorporated (A Corporation registered in Missouri), Trading as Hok Sport v. King*.

I saken *London and Regional Investments Ltd v TBI plc*¹⁸⁵ hadde partene avtalt følgende:

«The Vendor and the Purchaser shall use reasonable endeavours to agree the terms of a joint venture regarding Carding and Belfast Airports having regard to the principles set out in the note in the agreed form. »

Domstolen fant også her at bestemmelsen ikke kunne håndheves, idet den måtte ses på som en *agreement to agree*, idet den i fravær av objektive kriterier i avtalen var for vag og usikker til å kunne håndheves. I forlengelsen av dette uttalte domstolen følgende om betydningen av *subject to contract*:

«In the context of the appended "subject to contract" joint venture note, to which regard must be had, the parties clearly did not intend at that stage to enter into a legally binding agreement for a joint venture» (premiss 40).

Etter dette synes det klart at heller ikke en uttrykkelig avtale om å utvise *best endeavour* for å nå en avtale, vil bli håndhevet av domstolene. Det synes også som – uten at det var et avgjørende argument i denne saken – at en *subject to contract-klausul* vil kunne være et tilleggsgargument for mangel på *certainty* der det foreligger en avtale om å utvise *best endeavour* for å nå en avtale.

Imidlertid er det ikke slik at en avtale om å utvise *best* eller *reasonable endeavour* alltid vil ansett av domstolene for å være en *agreement to agree*. Slik som for en avtalt plikt til å utvise god tro under forhandlingene, vil en slik forpliktelse normalt mangle den nødvendig *certainty*, men det er her – slik som for en plikt til å forhandle i god tro – snakk om en *collateral contract*, som dersom den tilfredsstillter de alminnelige vilkårene for avtaleslutning i prinsippet kan håndheves.

I dommen *Beta Investment SA v. Transmedia Europe Inc*¹⁸⁶, kom High Court til at intensjonsavtalen som var betegnet å være "subject to more complete documentation", som bestemte at partene skulle utvise *best endeavours* for å nå en avtale innen 90 dager var rettslig

¹⁸⁵ 2002 WL 346999 (CA).

¹⁸⁶ 2003 WL 21162436 (CHD).

bindende. Avtalen forpliktet imidlertid ikke partene til å faktisk oppnå en avtale innen utgangen av denne perioden – de pliktet bare å utvise *best endeavours* for å søke å nå den:

« I do not consider that the binding nature of the agreement extended to an obligation to enter into some specific form or indeed any form of actual agreement. The obligation was limited to the exercise of best endeavours to agree a solution together with a 90 day standstill period. If at the end of that period no agreement was reached, the parties would each be left with their respective rights» (premiss 59).

I likhet med plikten til å utvise *good faith* i *Petromec v. Petroleo Brasileiro* var plikten til å utvise *best endeavours* her uttrykkelig og gitt ett bestemt innhold, slik at kravet til *certainty* var tilfredsstillt.

I *Phillips Petroleum Co UK Ltd & Ors v. Enron Europe Ltd*¹⁸⁷ hadde Phillips avtalt å selge naturgass til Enron. En forutsetning for salget var at Phillips måtte anlegge en rørledning fra gassfeltet til kysten, mens Enron skulle bygge et anlegg for mottak av gassen på land. Idet disse arbeidene måtte ferdigstilles samlet, forpliktet avtalen partene til å koordinere fremdriftsplanene for å oppnå ferdigstillelse omtrent samtidig, samt at de skulle utvise «reasonable endeavours to agree» en ferdigstillelsesdato. Da prisen på naturgass senere sank kraftig, nektet Enron å avtale en ferdigstillelsesdato, noe som Phillips selvfølgelig likte dårlig.

Domstolen var her uvillig til å håndheve en forpliktelse til å utvise *reasonable endeavours* for tilfeller der det ikke er bestemt noe i avtalen om hvordan forpliktelsen skal oppfylles. Retten bemerket vanskelighetene med å skille mellom:

«what is to be regarded as reasonable or unreasonable in an area where the parties may legitimately have differing views or interests, but have *not provided for* any criteria on the basis of which a third party can assess or adjudicate the matter in the event of dispute» (min uthevning).

Avgjørelsen *London & Regional Investments Limited v. TBI plc*¹⁸⁸ bekreftet rettstilstanden for spørsmålet om en avtale om å bestrebe seg på å nå en endelig avtale kan håndheves. Her var partene i forhandlinger *subject to contract*. Court of Appeal fastslo at partenes bestemmelse om at de skulle «use reasonable endeavours to agree the terms of a joint venture regarding Cardiff

¹⁸⁷ [1997] CLC 329 (CA).

¹⁸⁸ [2002] EWCA Civ 355 (CA).

and Belfast Airports» ikke var noe annet enn en *agreement to agree*. I tillegg kom at fraværet av objektive kriterier bestemmende for forpliktelsen gjorde at bestemmelsen manglet den nødvendige *certainty* for å kunne håndheves. Av disse grunnene kunne *reasonable endeavour-forpliktelsen* ikke håndheves av domstolen. Sammenlignet med resultatet i den ovennevnte avgjørelsen *Beta Investment SA v. Transmedia Europe Inc* ser det ut til at engelsk rett krever at partene må ha stilt opp noen objektive kriterier for hva som anses som *reasonable endeavours* for at en slik forpliktelse skal kunne håndheves.

Etter dette står det som temmelig klart at en avtale om å utvise *best endeavours* for å nå en endelig avtale ikke lar seg håndheve generelt. Avgjørelsene over viser at det tradisjonelle synet om at en *agreement to agree* eller en *contract to enter into a contract* etter engelsk rett ikke kan håndheves, blant annet på grunn av den manglende *certainty*, står meget sterkt som hovedregel. Bare der partene har oppstilt objektive kriterier for hva som anses som *best* eller *reasonable endeavours*, slik at kravet til *certainty* er tilfredsstilt kan det hende at en slik avtale lar seg håndheve mellom partene. I tillegg må det komme klart frem at partene på tidspunktet for avtalen om *best* eller *reasonable endeavours* hadde den nødvendige *contractual intent*, Det er her sammenfall med spørsmålet om en avtale om å forhandle *in good faith* kan håndheves.^{189,190}

Dersom avtalen om å utvise *best* eller *reasonable endeavour* lar seg håndheve i det konkrete tilfellet, har fremstillingen her vist at selv med en slik avtale kan en part la være å inngå avtalen ut fra kommersielle egeninteresse uten å komme i ansvar.

¹⁸⁹ Se også den nylige avsatte avgjørelsen *Multiplex Constructions (UK) Limited v. Cleveland Bridge UK Limited, Cleveland Bridge*, 2006 WL 1732506 (QB)

¹⁹⁰ Dette sammenfallet har med å gjøre at begge avtaleformer behandles som *collateral contracts*. Andre former for *collateral contracts* er avtaler om eksklusivitet i forhandlingene og plikt til hemmelighold. Etter norsk rett står partene fritt til å underlegge seg slike plikter. Som *collateral contracts*, vil fremgangsmåten for hvorvidt disse avtalene kan håndheves være den samme som for spørsmålet om en avtale om å forhandle lojalt/i god tro eller utvise *best* eller *reasonable endeavours* for å nå en avtale. Det avgjørende er her hvorvidt avtalen oppfyller engelsk retts alminnelige vilkår for gyldig avtaleinngåelse. Dersom de er det, kan de altså konstituere gyldige, bindende avtaler.

3.5 Subject to contract-klausulens betydning for spørsmålet om en avtalt plikt til å forhandle i lojalt/in good faith eller å utvise best eller reasonable endeavours for å nå en avtale

Ved bruken av *subject to contract-klausulen* er partene ansett for å både være klar over og for å påta seg risikoen for at den andre parten kan komme til å trekke seg fra forhandlingene.¹⁹¹ Partene står som hovedregel fritt til å trekke seg fra forhandlingene uten ansvar for forventninger om slutning av kontrakt eller avkall av *subject to contract-reservasjonen*. Dersom en part pådrar seg kostnader i forventning om at en avtale *subject to contract* til sin tid vil føre til en rettslig bindende avtale, kan han normalt ikke kreve disse kostnadene dekket av den annen part dersom kontraktsslutning ikke skjer.¹⁹²

Så lenge engelsk rett ikke anerkjenner en implisitt plikt til å forhandle lojalt/*in good faith* eller utvise *best endeavours* for å nå en avtale, har ikke *subject to contract-reservasjonen* noen betydning for partenes rettsstilling med hensyn slike lojalitetsforpliktelser. Når det gjelder tilfellet der partene uttrykkelig har avtalt en håndhevbar plikt til å forhandle i god tro eller utvise *best endeavours* for å nå en endelig avtale, kan det stille seg annerledes. Jeg har ikke funnet rettspraksis som direkte behandler spørsmålet om *subject to contract-klausulen* i en slik sammenheng. Når partene har inntatt en slik bindende delavtale (*collateral contract*), bør i prinsippet denne kunne håndheves på lik linje som med andre delavtaler – som ikke påvirkes av *subject to contract-klausulen* (slik som for eksempel en konfidensialitetsbestemmelse).

I *Walford v. Miles* var det akseptert mellom partene at dersom en forpliktelse til å forhandle lojalt kunne innfortolkes, og varigheten av denne kunne fastslås, ville en slik forpliktelse ikke rammes av partenes *subject to contract-klausul*:

« It was however accepted that such period of time would not end when negotiations had ceased, because all such negotiations were conducted expressly under the umbrella of "subject to contract." The agreement alleged would thus be valueless if the alleged obligation to negotiate ended when negotiations as to the terms of the "subject to contract" agreement had ended, since at that stage the Miles would have been entitled at their whim to refuse to sign any contract.»

¹⁹¹ Furmston s. 391.

¹⁹² *Regalian Properties plc. v. London Docklands Development Corpn.* [1995] 1 W.L.R. 212 (CHD).

Domstolen hadde ikke grunn til å nærmere inn på dette spørsmålet. Partenes poeng om at den påståtte underforståtte avtalen om plikt til lojalitet ville være uten betydning dersom *subject to contract-klausulen* skulle slå igjennom overfor en slik plikt, synes fornuftlig med hensyn til likebehandling av delavtaler.

Etter mitt skjønn understøttes dette synspunktet av avgjørelsen *London and Regional Investments Ltd. v. TBI plc.* omtalt over under punkt 3.4.4. Det at domstolen her først drøftet om avtalen var å anse som en *agreement to agree* – i stedet for å gå rett til *subject to contract-klausulen* – taler for at klausulen alene ikke hadde vært tilstrekkelig for å forhindre håndhevelsen av den – dersom forpliktelsen kunne latt seg håndheve. Min konklusjon her er etter dette at *subject to contract-klausulen* ikke har noen betydning der partene unntaksvis har klart å avtale en lojalitetsforpliktelse som lar seg håndheve i engelsk rett.

3.6 Andre ansvarsgrunnlag?

Jeg går nå tilbake til de innledende eksemplene¹⁹³ som forutsetter at B pådrar seg utgifter i forventning om at forhandlingene resulterer i en endelig kontrakt der A unnlater å opplyse om at han har mistet – eller at han aldri har hatt – intensjoner om å nå en endelig avtale. Når en bindende avtale ikke oppnås mellom partene, og B står igjen skuffet, er A alltid fri for ansvar?

Som vist over står det grunnleggende prinsippet om kontraktsfrihet meget sterkt i engelsk rett, noe som sammen med fraværet av et stadium mellom at bindende avtale er kommet i stand og ingen avtale overhodet foreligger¹⁹⁴ ofte fører til at det er vanskelig å identifisere et rettsgrunnlag for ansvar for handlinger på det prekontraktuelle stadiet.¹⁹⁵ Hovedregelen er da også, jf. punkt 3.2 over, at partene har ansvar for, og bærer sine egne forhandlingskostnader, uten at de kan kreves erstattet fra den parten som bryter ut av forhandlingene.

¹⁹³ Under kapittel 1.1.

¹⁹⁴ Etter engelsk rett kan et tilbud fritt kalles tilbake før det er akseptert.

¹⁹⁵ O'Connor, s. 36.

I dommen *Interfoto Picture Library Ltd v. Stilleto Visual Programme Ltd*,¹⁹⁶ uttalte dommer Bringham LJ følgende etter å ha gjort rede for læren om *good faith* i rettssystemer som er basert på civil law¹⁹⁷:

«English law has, characteristically, *committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness*. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements. The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways.»¹⁹⁸ (min utheving)

Selv om engelsk rett ikke anerkjenner en doktrine om god tro, råder det altså ikke absolutt kontraktsfrihet i engelsk rett. Ved at engelsk rett synes å ha regler som berører og regulerer partenes handlinger på det prekontraktuelle stadiet¹⁹⁹, er også de hensynene som taler for begrensninger i kontraktsfriheten²⁰⁰ tilsynelatende ivaretatt. De stykkevise løsningene dommer Bringham refererer til er av interesse for dette kapittelets hovedspørsmål. I det følgende vil jeg se på disse løsningene, og også se på spørsmålet om behovet for og eventuelt virkningene av en *subject to contract* klausul for å forhindre eventuelle grunnlag for prekontraktuelt ansvar.

¹⁹⁶ [1989] Q.B. 433 (CA).

¹⁹⁷ Bringham LJ uttalte følgende om denne læren: «In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as "playing fair," "coming clean" or "putting one's cards face upwards on the table." »

¹⁹⁸ På side 439.

¹⁹⁹ Den juridiske litteraturens behandling av spørsmålet om engelsk retts tilnærming til spørsmålet om regulering av forhandlingspartenes atferd, herunder spørsmålet om ansvar for brudd på eventuelle atferdsnormer kan også tas til inntekt for et slikt syn. Se for eksempel Furmston, Norisada, Poole. s. 284 ff.

²⁰⁰ Se punkt 3.2.4 over.

3.7 Restitusjon av uberettiget berikelse

3.7.1 Tillit til at forhandlingene vil ende i en bindende kontrakt

Problemet med restitusjon oppstår når partene innlater seg på forhandlinger i tillit til at forhandlingene vil ende i en bindende kontrakt. Hvor forhandlingene bryter sammen under omstendigheter hvor den ene av partene har pådratt seg betydelige utgifter, som har begunstiget den annen part, oppstår spørsmålet om han kan få dekket hele eller deler av de bortkastede utgiftene.²⁰¹

Siden det ikke foreligger noen kontrakt mellom partene kan det ikke hevdes at det foreligger et kontraktsbrudd som gir grunnlag for krav erstatning for den negative kontraktsinteresse. I *The Law of Restitution* beskriver Goff og Jones det underliggende grunnlaget for spørsmålet om restitusjon:

«Moreover, English law does not recognize, at least in name, any doctrine of good faith bargaining, *culpa in contrahendo*, as it is known in civilian jurisdictions, which can form the basis of a collateral contract. A gentleman's agreement to pay for services does not bind any gentleman. An agreement to negotiate is too uncertain to have any binding force.»²⁰²

Spørsmålet her er dermed om partenes handlinger på det prekontraktuelle stadiet kan gi grunnlag for et krav om *restitution*. Dersom et krav om *restitution* kan føre frem, oppstår spørsmålet om partene med en *subject to contract-klausul* kan forhindre et slikt krav i å føre frem.

Grunnleggende i læren om restitusjon av uberettiget berikelse²⁰³ er at en part ubegrunnet har oppnådd en berikelse ved noe materielt eller immaterielt som tilhører den andre parten. Dersom

²⁰¹ Christine Halvorsen Thaulow har i sin avhandling *Erstatningsansvar for avbrutte kontraktsforhandlinger etter engelsk rett* – som også er tilknyttet Prosjektet behandlet spørsmålet om restitusjon for uberettiget berikelse inngående på side 22-36 i sin avhandling. Av hensyn til min avhandlings omfang behandles læren om restitusjon for uberettiget berikelse her noe mindre grundig. Det understrekes at verken Christine Halvorsen Thaulows eller denne avhandlingen tar sikte på å gi en uttømmende behandling av læren om uberettiget berikelse – det er forholdet til avhandlingens tema som står sentralt.

²⁰² Goff and Jones, s. 654.

²⁰³ Den engelske betegnelsen er ”restitution for unjust enrichment.”

det ville være uberettiget å beholde den oppnådde berikelsen uten å svare en kompensasjon, må han tilbakeføre – restituere – denne. Dersom den konkrete berikelsen ikke kan tilbakeføres, faller ikke plikten til restitusjon bort. Et substitutt for den konkrete berikelsen, normalt betaling, er da løsningen.

Det er klart slått fast at der hvor kontraktsforhandlinger bryter sammen etter at en av de forhandlende partene har overdratt et gode til den annen, kan restitusjon være det anvendelige grunnlag for å oppnå et rimelig vederlag for overdratte godet.²⁰⁴ Lærens innhold og rekkevidde når det gjelder spørsmålet om restitusjonskrav der forhandlinger bryter er imidlertid usikker. Grunnen til dette er at rettskildematerialet er spinkelt, og at anerkjennelsen av læren er relativt ny. Så sent som i 1977 uttalte Lord Diplock at «there is no general doctrine of unjust enrichment recognized in English law»²⁰⁵, mens utviklingen av læren hadde ført til at Lord Steyn i 1997 kunne fastslå det motsatte: «Unjust enrichment ranks next to contract and tort as part of the law of obligations [as] independent source of rights and obligations».²⁰⁶ Foreløpig foreligger det ingen avgjørelse fra House of Lords som avklarer lærens innhold og rekkevidde, noe som gjør det vanskelig å forutsi resultatet av konkrete tilfeller. I det følgende vil jeg derfor nøye meg med å kort skissere hovedpunktene i læren, slik som den fremstår i litteraturen med henvisninger til rettspraksis.

3.7.2 Vilkårene for å kreve restitusjon

Begrepet restitusjon for uberettiget berikelse refererer seg til tre grunnleggende elementer. Restitusjon vil bare bli tillatt dersom (i) den klagede har oppnådd en *fordel/en berikelse*, (ii) på klagerens *bekostning* (iii) under forhold der det ville være *uberettiget* å tillate berikelsen av den klagede.²⁰⁷

²⁰⁴ Furmston, Norisada, Poole, s. 297.

²⁰⁵ *Orakpo v. Manson Investments Ltd.*, [1978] AC 95 (HL), s. 104.

²⁰⁶ *Banque Financiere de la Cite v. Pare (Battersea) Ltd.*, [1999] AC 221(HL), s. 227. Den første anerkjennelsen av grunnlaget kom med *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 AC 548 (HL).

²⁰⁷ Furmston, Norisada, Poole, s. 298.

3.7.3 Forventede kontrakter som ikke materialiserer seg

Jeg vil her se på om, og eventuelt i hvilken grad en part kan oppnå kompensasjon gjennom *restitution of unjust enrichment* som dekning for ytelser som er foretatt i forventningen om en endelig avtale. Sentralt er her spørsmålet om hva som regnes som en *berikelse*, og hva som gjør berikelsen *uberettiget*.

Hva regnes som en berikelse?

Som hovedregel kan et restitusjonskrav kun oppstå der den en part har fått en berikelse som et resultat av noe saksøkeren har gjort for ham eller gitt ham. Har en part lidt et tap, uten at tapet har resultert i en berikelse på den annen parts hand, er ikke kravet et restitusjonskrav.²⁰⁸ I denne konteksten er det vesentlig å understreke at læren om restitusjon ikke gir grunnlag for et krav for erstatning for det *lidte tap*. Det er et substitutt – et rimelig vederlag – for berikelsen som kan kreves dersom vilkårene for restitusjon er oppfylt. Slik er det en vesentlig forskjell her fra det norske prekontraktuelle lojalitetsansvaret, og det medfølgende erstatningsansvaret, idet erstatning går ut på kompensere den skadelidte for den faktiske skade eller tap han er påført.²⁰⁹

Penger er et vanlig eksempel på berikelse.²¹⁰ På forhandlingsstadiet blir imidlertid ikke penger hyppig utvekslet. Skulle det være slik at penger er blitt utvekslet på dette stadiet, vil klageren kunne hevde total *failure of consideration*²¹¹ som grunnlag for å få tilbake pengene sine. Dersom den parten som har mottatt pengene er uvillig til å slutte en endelig kontrakt, er kravet typisk at *consideration* er den forventede kontraktsslutningen.²¹² For at det skal være tale om et restitusjonskrav i de tilfeller berikelsen ikke er penger, må det påvises andre typer tap som har resultert i en berikelse.

²⁰⁸ Goff & Jones, 1-017.

²⁰⁹ Simonsen, s. 296 ff.

²¹⁰ Goff & Jones, 1-018.

²¹¹ *Chillingworth v. Esche* [1924] 1 Ch. 97 på s. 102. Jeg går ikke nærmere inn på dette grunnlaget, da det ligger utenfor avhandlingens rammer.

²¹² Goff & Jones, 26-006.

Mer praktisk er det at det på forhandlingsstadiet utføres forberedende arbeid – som sjelden representerer en verdistigning på den annen parts hand. Tolkningen av *berikelse* er imidlertid ikke begrenset til de tilfeller en part har oppnådd en *verdistigning* med årsak i den annen parts tap.²¹³ Dersom en part etter forespørsel har fått eller åpent akseptert varer eller tjenester,²¹⁴ må han som hovedregel betale den rimelige prisen på betalingstidspunktet.²¹⁵

Betydningen av en intensjonsavtale

Forespørselen etter varer eller tjenester kan gjøres i en intensjonsavtale eller et annet prekontraktuelt dokument. I dommen *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*²¹⁶ var dette et av spørsmålene:

Cleveland Bridge ("CB") sendte her *British Steel Corporation* ("BS") en hensiktserklæring som fastslo at de hadde til hensikt å inngå en avtale om kjøp av stålledd – og da på sine standardvilkår. BS svarte ikke på hensiktserklæringen, men startet å produsere de fordrede stålleddene, i påvente av et snarlig formelt tilbud. Kontraktsforhandlingene fant sted, men ingen endelig kontrakt kom ut av disse – til tross for at man på begge sider hadde forventet en endelig kontrakt. BS hadde levert stålleddene. Da CB ikke betalte for dem, gikk BS til søksmål, der de blant annet hevdet at de et resituisjonskrav. Dette kravet første frem, og CB måtte betale en rimelig pris – *quantum meruit*²¹⁷ – for det arbeidet som var utført etter deres anmodning.

²¹³ Goff & Jones, 1-017.

²¹⁴ *Rendered or freely accepted services or goods* er den terminologien det oftest refereres til.

²¹⁵ Goff & Jones, s. 30.

²¹⁶ [1984]1All ER 504, QBD

²¹⁷ Uttrykket *quantum meruit* betyr "*the amount he deserves*" eller "*what the job is worth*" som i de fleste tilfeller fører til et krav på et rimelig vederlag. Normalt oppstår ikke et *quantum meruit* krav dersom det ikke allerede er en avtale mellom partene om å betale en avtalt kontraktssum. Det kan likevel være tale om et *quantum meruit* krav enten i følgende tilfeller: (1) en uttrykkelig avtale om å betale et rimelig vederlag, (2) ingen pris er avtalt – dersom for eksempel en entreprenør jobber under en uttrykkelig eller implisitt kontrakt, der vederlaget ikke er avtalt i kontrakten, har entreprenøren rett til å få betalt et rimelig vederlag for arbeidet og de leverte materialene, og (3) en *quasi-contract*. Dette kan forekomme der forhandlingene er mislykkede. Se Furmston, s. 1370.

I *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd* var det klart at CB hadde oppnådd en berikelse. Restitusjonskravet var basert på en ikke-kontraktuelt bindende anmodning om å levere varer som den anmodende part fritt hadde akseptert, vel vitende om at de ville måtte betale for dem.

Må berikelsen være håndgripelig?

Mer problematisk er spørsmålet om berikelse dersom en part har anmodet den annen part om å utføre tjenester, uten at han selv oppnådde en *håndgripelig berikelse* som følge av den annen parts utgifter. For eksempel hvor As grunner for å innlate seg på forhandlinger med B utelukkende er begrunnet i et ønske innsikt i Bs forretningshemmeligheter kan As berikelse være tvilsom, mens Bs utgifter kan tenkes å utgjøre et stort beløp.

Også der en part utfører tjenester som ikke fører til en *håndgripelig berikelse* kan et restitusjonskrav føre frem.²¹⁸ I saken *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*²¹⁹ var den saksøkte eier av en eiendom som hadde blitt utsatt for skade som han planla å restaurere. Entreprenørselskapet *William Lacey* var en av tre entreprenører som fremla et anbud for restaureringsarbeidet. De hadde det laveste anbudet, og bli forledet til å tro – og handlet i den tro – at han ville bli tildelt kontrakten. Etter dette utførte de en betydelig mengde ekstraarbeider – alt etter *Davis*' anmodning – i form av forberedende beregninger og inngivelse og revisjon av kostnadsoverslag. Alt dette ekstraarbeidet var ansett for falle utenfor det normale arbeidet en entreprenør vanligvis utfører uten betaling i forbindelse med en slik anbudsinvitasjon. Dersom kontrakten hadde blitt inngått ville arbeidet blitt honorert under den totale kontraktsummen. En kontrakt ble det imidlertid ikke noe da *Davis*' solgte eiendommen urestaurert, og entreprenøren stod skuffet tilbake. Domstolen kom til at *William Lacey* hadde rett til vederlag fra den *Davis*, på *quantum meriut*²²⁰ basis, for det arbeidet han hadde anmodet om som gikk ut over anbudet:

«I am unable to see any valid distinction between work done which was to be paid for under the terms of a contract erroneously believed to be in existence, and work done which was to be paid for out of the

²¹⁸ Goff & Jones, 26-008

²¹⁹ [1957] 1 W.L.R. 932 (QBD)

²²⁰ Dette begrepet er forklart over i note 217.

proceeds of a contract which both parties erroneously believed was about to be made. In neither case was the work to be done gratuitously, and in both cases the party from whom payment was sought requested the work and obtained the benefit of it. In neither case did the parties actually intend to pay for the work otherwise than under the supposed contract, or as part of the total price which would become payable when the expected contract was made. In both cases, when the beliefs of the parties were falsified, the law implied an obligation - and, in this case, I think the law should imply an obligation - to pay a reasonable price for the services which had been obtained. »

Goff og Jones²²¹ kommer med følgende kommentar til saken:

«In our view, *William Lacey* is best explained as an illustration of the principle of free acceptance: the defendant had not only benefited at the plaintiff's expense but had requested the performance of the services with the knowledge that the plaintiff did not intend to render the services gratuitously.»

Der en part har *anmodet* arbeidets utførelse oppnår han altså en *berikelse* ved dets utførelse. Grunnlaget for et krav om restitusjon ser slik ut til å være selve anmodningen.²²² I vår sak var entreprenøren ikke ansett for å ha tatt risikoen for at forhandlingene kunne bryte ned. Det var ikke snakk om utført arbeide i *håp* om en endelig kontrakt – tvert imot – arbeidet var utført under en *gjensidig tro og forståelse* av at bygningen skulle restaureres og at det var *William Lacey* som skulle få kontrakten. Imidlertid er det her snakk om en meget spesiell sak. Goff & Jones uttaler om slike tilfeller følgende:

«in these exceptional circumstances, the burden should be on the defendant, who is not the reasonable man, immediately to tell the plaintiff that he is perverse, indifferent or that he has more important things to do with his money».²²³

Dersom et syn som dette i fremtidige engelske rettsavgjørelser blir lagt til grunn, synes det å ligne atskillig på det som i norsk rett betegnes som beskyttelse av berettigede forventninger og sanksjonering av illojal atferd.

Hva gjør berikelsen uberettiget?

²²¹ Goff & Jones, 26-009.

²²² Goff & Jones, 26-008.

²²³ Goff & Jones, 1-019.

Bare den uberettigede berikelsen kan gi grunnlag for et restitusjonskrav. I de tilfellene der en bindende avtale ikke er kommet i stand, er det *free acceptance* og *total failure of consideration* som er de aktuelle grunnlagene for at berikelsen anses uberettiget.²²⁴

Et tilfelle av *free acceptance* foreligger for eksempel der en part åpent mottar en berikelse, uten å avslå denne der han vet han må betale for den. Her oppstår det en betalingsplikt på grunnlag av *free acceptance*.²²⁵ Et tilfelle av *total failure of consideration* foreligger der en part har oppfylt i henhold til et gitt grunnlag, uten at han har mottatt noe til gjengjeld slik som partene hadde lovet eller forhandlet om.²²⁶ Her er det paralleller til norsk rett: enten slik at det foreligger et vesentlig mislighold av en avtale, som fører til plikt til å restituere partenes ytelse (hevningsoppgjør), eller slik at det som sagt foreligger en lojalitetsplikt til å opplyse den annen part om at man ikke har til hensikt å slutte en endelig avtale, slik at ansvar følger dersom denne plikten ikke overholdes.

3.7.4 Følgene av en subject to contract-klausul for spørsmålet om restitusjon

Dersom en domstol kommer fram til at læren om restitusjon fører til et krav for uberettiget berikelse der en part har foretatt en ytelse i forventning om en fremtidig kontrakt, tilsier avgjørelsen *Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corporation*²²⁷ at *subject to contract-klausulen* er egnet til å forhindre et restitusjonskrav.

Regalian Properties kan ses som et uttrykk for regelen om at dersom en part må sies å ha akseptert risikoen for at han ikke vil få et vederlag for det han med sin ytelse har beriket den annen part med, vil han ikke bli hørt med et restitusjonskrav.²²⁸ Sakens faktum var her at partene hadde forhandlet om utviklingen av en tomt til boligformål. Under forhandlingene aksepterte London Docklands – *subject to contract* – et pristilbud fra Regalian Properties. Mens forhandlingene skred frem pådro Regalian Properties seg store forberedelseskostnader,

²²⁴ Giliker, s. 88.

²²⁵ Goff & Jones, 1-019.

²²⁶ Giliker, s. 88. Se om engelsk retts krav til *consideration* under punkt 2.1 over.

²²⁷ [1995] 1 W.L.R. 212 (CHD).

²²⁸ Goff & Jones, 26-013.

som kostnader til arkitekter og andre typer profesjonelle rådgivere. Flere av disse kostnadene skrev seg til betaling for arkitekter som London Docklands hadde anmodet særskilt om. Den endelige inngåelsen av kontrakten ble av flere grunner forsinket, og to år etter det opprinnelige pristilbudet fra Regalian Properties hadde prisene på boliger falt kraftig. Lønnsomheten i prosjektet slik det forelå etter forhandlingene falt av denne grunn også kraftig for London Docklands. Etter en tid brøt partene forhandlingene, uten at noen kontrakt kom i stand, og uten at tomten ble utviklet. Regalian Properties fremsatte deretter et restitusjonskrav overfor London Docklands på om lag £ 3,7 millioner for sine forberedelseskostnader.

Regalian fikk ikke medhold for kravet om restitusjon:

«I accept in substance the submission made by Mr. Naughton for L.D.D.C., to the effect that, by deliberate use of the words "subject to contract" with the admitted intention that they should have their usual effect, L.D.D.C. and Regalian each accepted that in the event of no contract being entered into any resultant loss should lie where it fell».²²⁹

I litteraturen er avgjørelsen tolket todelt: For det første kan den tolkes til inntekt for at der det er gitt klart uttrykk for (gjennom *subject to contract-klausulen*) at det er en risiko for at endelig avtale ikke slutes og at kompensasjon for ytelser i forbindelse med forhandlingene derfor ikke er sikret, er ikke vilkåret om *total failure of consideration* oppfylt.²³⁰ I slike tilfeller handler den parten som presterer en ytelse på egen risiko, og kan dermed ikke kreve vederlag. For det andre kan avgjørelsen tolkes dit hen at partene i og med *subject to contract-klausulen* har avtalt seg bort fra et eventuelt ansvar.²³¹

Dersom partene har gitt klart uttrykk for risikofordelingen med *subject to contract-klausulen*, skal det mye til for at et restitusjonskrav kan komme på tale. Jeg har ikke funnet en rettsavgjørelse der en part er hørt med et restitusjonskrav der klausulen *subject to contract* er inntatt. Ifølge McKendrick er det lite sannsynlig at et restitusjonskrav vil oppstå i et slikt tilfelle.²³²

²²⁹ S. 231 i dommen.

²³⁰ McKendrick (1995), s.104.

²³¹ McKendrick (1995), s. 104 og Virgo s. 344.

²³² McKendrick, s. 110.

3.7.5 Er det behov for *subject to contract*-klausulen for å forhindre et restitusjonskrav?

Utgangspunktet som preger engelsk rett er at kontraktspartene i høy grad må forventes å ivareta *sine egne* interesser under kontraktsforhandlingene, slik som i *Walford v. Miles*. På dette stadiet er det ikke bare en risiko for at den annen part vil kunne komme til å inngå den forestående avtalen med en tredjepart – for selv om det ikke er noen tredjepart inne i bildet, kan den forestående avtalen falle i grus. Partene bærer som hovedregel sitt eget tap for kostnader påført under forhandlingene.

Som vist over anerkjenner engelsk rett kun i noen grad unntak fra denne hovedregelen gjennom doktrinen om restitusjon av uberettiget berikelse. Dette er en begrensende faktor for behovet for *subject to contract-klausulen*. Videre er kravet om oppnådd *berikelse* begrensende for behovet for klausulen. Under forhandlingene er ytelsene omfattet av læren om restitusjon sjelden utført. Ikke desto mindre er å bemerke at de fleste av de utgifter en part påføres sjelden motsvares av en *berikelse* på den klagedes hånd. Egne arbeidsutgifter og utgifter til for eksempel forskjellige typer rådgivere, slik som økonomiske, forhandlingsstrategiske, og juridiske rådgivere kan fort bli høye – uten at utgiftene motsvares av en *berikelse* hos den annen part.

3.8 Erstatning utenfor kontrakt – tort

3.8.1 Innledning

Siden engelsk rett i ikke anerkjenner en plikt til lojalitet på det prekontraktuelle stadiet og bare i begrenset grad åpner for at partene kan gi lojalitetsplikten et kontraktuell basis, trekkes oppmerksomheten mot den alminnelige erstatningsretten som mulig grunnlag for ansvar der i den prekontraktuelle fasen.²³³ I det følgende vil jeg kort se på om den alminnelige erstatningsretten – tort – kan danne grunnlag for et krav på erstatning for tap som følge av partenes atferd under kontraktsforhandlingene. Dersom et slikt grunnlag kan finnes, oppstår spørsmålet om betydningen av en *subject to contract-klausul*.

²³³ Giliker, s. 105 ff.

3.8.2 Negligence – uaktsomhet

Mest praktisk når det er snakk om uaktsom skadeforvoldelse på det prekontraktuelle stadiet er at en part gir en uaktsom uriktig opplysning – *negligent misrepresentation*. Uttalelsen i *Walford v. Miles* om at «Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations»²³⁴ henleder oppmerksomheten mot spørsmålet om en partene under en intensjonsavtale kan komme i ansvar for feilaktige opplysninger gitt under forhandlingene, og om det i så fall er mulig å unngå dette ansvaret ved å innta *subject to contract-klausulen*.

Følgende fire vilkår²³⁵ må være oppfylt for at ansvar utenfor kontrakt på grunnlag av uaktsomhet kan pålegges:

- i) det må foreligge en rettslig omsorgsforpliktelse;
- ii) skadevolderen må ha brutt plikten til omsorg ;
- iii) det må påvises en kausal forbindelse mellom skadevolderens uaktsomme handling og skaden;
- iv) den aktuelle type skade må ikke være for uforutsigbar eller fjern

i) Plikt til omsorg

Som sagt over kan partene pålegges en forpliktelse til omsorg for den annen part, slik at brudd på denne forpliktelsen kan medføre et erstatningsansvar. Det er snakk om en forpliktelse, fastsatt enten i lov eller sedvane, til ikke å handle uforsiktig og heller ikke uforsiktig påføre skade. Ikke all uforsiktighet medfører et brudd på plikten til omsorg. Engelsk rett anerkjenner forskjellige typetilfeller der en plikt til omsorg alminnelig oppstår.

Dersom forholdet mellom partene er tilstrekkelig *nært*, kan dette føre til at det oppstår en plikt til omsorg,²³⁶ og brudd på forpliktelsen kan dermed føre til ansvar. I saken *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partnes Ltd*²³⁷ begrenset House of Lords, som sagt, plikten til omsorg til

²³⁴ [1992] 2 A.C. 128 (HL), s.138.

²³⁵ Clerk & Lindsell, s. 274-275.

²³⁶ Giliker, s. 106

²³⁷ [1964] A.C. 465

tilfeller der partene er i et *spesielt forhold*.²³⁸ Et spesielt forhold foreligger når det i seg selv er i stand til å medføre en presumpsjon for ansvar for de uttalelser som fremmes, og til å vekke rimelig tillit ved mottakelsen av uttalelsene eller rådene på grunnlag av den kunnskap parten som fremlegger opplysningene. Saksøkerne i *Hedley Byrne* var reklameagenter som slutte kontrakter på vegne av oppdragsgivere på vilkår om at de var personlig ansvarlig dersom oppdragsgiveren ikke skulle oppfylle sin forpliktelse. For å beskytte seg selv, innhentet agentene kredittopplysninger fra oppdragsgivernes bankforbindelser. Kredittopplysningene ble gitt vederlagsfritt – og var fordelaktige – selv om de uttrykkelig var fremlagt «without responsibility». Reklameagentene stolte på opplysningene de hadde fått – som selvfølgelig viste seg å være uriktige – og led et tap i og med at oppdragsgiveren ble insolvent. House of Lords fastslo at banken ville ha vært pliktig til å utvise en særlig omsorg dersom de *ikke* hadde inntatt en så klar indikasjon på at de ikke ville påta seg ansvar (*any duty of care*). På spørsmålet om når en slik omsorgsplikt reiste seg, fastslo House of Lords at plikten ville oppstå der det var et spesielt forhold mellom partene.

Dommen *Chandler v. Crane, Christmas & Co*²³⁹ angir kjernen i vilkåret om at det må være et *spesielt forhold* og spørsmålet om *hvem* plikten til *omsorg* påhviler:

« First, what persons are under such duty? My answer is those persons such as accountants, surveyors, valuers and analysts, whose profession and occupation it is to examine books, accounts, and other things, and to make reports on which other people - other than their clients - rely in the ordinary course of business. »

Det ovennevnte ansvarsgrunnlagene er *potensielt* anvendelige på uriktige opplysninger gitt under kontraktsforhandlinger. Det er derfor grunn til å spørre om det faktisk at partene har innlatt seg på forhandlinger alene er tilstrekkelig til å oppstille en slik omsorgsplikt, og om er det av betydning at partene har formalisert forhandlingene gjennom en intensjonsavtale. I praksis²⁴⁰ er det imidlertid slik at krav under prinsippet fastlagt i *Hedley Byrne* i stor grad har vært begrenset til rene skadevoldende tilfeller, og det ikke har vært snakk om forhandlinger om

²³⁸ *Special relationship*

²³⁹ [1951] 2 K.B. 164 (CA)

²⁴⁰ Allen, s. 128

en forestående kontrakt mellom partene.²⁴¹ De forholdene som omtales her er forhold der det er et særlig forutsatt profesjonsnorm for aktsom opptreden i bestemte roller – som typisk et konsulentoppdrag. Under kommersielle forhandlinger, der partene er profesjonelle og forventet å evne å dra omsorg for egne interesser, kommer de neppe i et slikt spesielt forhold – selv ikke dersom de formaliserer forholdet gjennom en intensjonsavtale. Behovet for en *subject to contract-klausul* er her trolig ikke tilstede.

3.8.3 Svik – deceit

Dersom en part handler bevisst gir uriktige opplysninger på det prekontraktuelle stadiet, vil det for de fleste fremstå som urimelig at et erstatningskrav ikke inntreffer. Det adekvate grunnlaget for erstatning utenfor kontrakt når det er bevisst er gitt uriktige opplysninger er læren om *deceit*.²⁴² Et krav begrunnet i læren om *deceit* er basert på at den ene parten svikaktig har gitt uriktige opplysninger (*misrepresentations*) til den andre parten.

For at det skal være snakk om en opplysning som er tilstrekkelig for å fundere et krav om erstatning dersom den er svikaktig gitt, må opplysningen gjelde et nåværende eller allerede inntruffet faktum.²⁴³ Både materielle opplysninger og opplysninger om en parts intensjoner kan rammes. Dette betyr at dersom *A* uttaler at han har til hensikt å forhandle med *B* med sikte på å komme til en endelig kontrakt, selv om han på tidspunktet for uttalelsen faktisk ikke har en slik hensikt, har han foretatt en *misrepresentation* som kan rammes av et krav om erstatning for *deceit*.²⁴⁴ Dersom *A* uttaler seg med hensyn til en nåværende reell intensjon som på et senere tidspunkt tapes, er det ikke snakk om en *misrepresentation* om *faktum*.

²⁴¹ Allen, s. 128-129. Den same tilnærmingen til statusen for det prekontraktuelle ansvar for misrepresentation er å finne hos Markesinis, Deakin, Johnston. På side 117 er det anført: «Normally there will be not duty of care under *Hedley Burne* between business parties negotiations at arm's length; each side will have to rely on its own judgment or obtain the opinion of a third party. Thus with reason, the courts take the view that parties to precontractual negotiations will primarily look to their own interests and not to those of each other. »

²⁴² Clerk & Lindsell, s. 795 ff.

²⁴³ Clerk & Lindsell, s.797.

²⁴⁴ Clerk & Lindsell, s. 799.

Dommen *Edgington v. Fitzmaurice*²⁴⁵ er illustrerende: Sakens faktum var at styremedlemmene i et selskap skaffet til veie et lån til selskapet ved å opplyse om at pengene skulle brukes til å utbedre selskapets bygninger og til å utvide forretningsvirksomheten. Denne informasjonen var uriktig. Styrets *faktiske intensjon* var nemlig å bruke pengene til å betale ned selskapets eksisterende gjeld. Dommen fastslo at:

«There must be a mis-statement of an existing fact; but the state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion....A misrepresentation as to the state of a man's mind is, therefore, a mis-statement of fact. »

Det er fem vilkår, som alle må foreligge, for at ansvar på grunnlag av svik skal kunne pålegges:

- i) det er gitt en falsk faktisk opplysning;
- ii) den part som har gitt opplysningen vet at den ikke er sann, eller han tror den ikke er sann, eller er hensynsløs med tanke på dens sannhet. (utsagnsgiverens mening/sinnelag er avgjørende);
- iii) opplysningen ble gitt i den hensikt at den annen part ville *handle i tillit til den falske opplysningen*;
- iv) opplysningen må ha hatt innflytelse på den annen part, og
- v) det må foreligge en skade.

Det skal mye til for å nå frem med et krav om erstatning på grunn av *deceit* i engelsk rett.²⁴⁶ Dette er særlig begrunnet i at skadevolderens sinnelag er avgjørende. Dette er et forhold det normalt er vanskelig å føre bevis for. Betydningen av *deceit* som ansvarsgrunnlag blir dermed begrenset, men er absolutt av betydning for en part der det først når frem med et krav.²⁴⁷

Jeg har ikke lyktes med å finne en rettsavgjørelse som direkte angår spørsmålet om *deceit* i sammenheng med en *subject to contract*-klausul. Gitt avhandlingens siktemål, er det likevel grunn til å spørre om en *subject to contract*-klausul er egnet til å forhindre ansvar for *misrepresentation in tort*.

²⁴⁵ [1885] 29 Ch.D.459 (CA).

²⁴⁶ Giliker, s. 106.

²⁴⁷ Se for eksempel *Richardson v. Silvester*, (1873-74) L.R. 9 Q.B. 34, (QBD).

Jeg vil gi et benektende svar på dette spørsmålet. For å frasi seg ansvar for *misrepresentation* er det «necessary to use a form of words which knock out such reliance upon them.»²⁴⁸ I *Hedley Byrne* var ordene «without responsibility» ansett som en klar indikasjon på at partene ikke ville påta seg ansvar. At domstolen i *Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corporation*²⁴⁹ kom til at partene ved bruken av ordene *subject to contract* hadde akseptert at dersom de ikke kom til enighet skulle hver av partene bære sitt eget tap, betyr ikke at partene med klausulen samtidig anses å ha akseptert direkte svikaktig opptreden. Dette stemmer etter mitt skjønn også overens med at engelsk rett er strengt ordlydsorientert. En *subject to contract-klausul* synes etter dette ikke å være egnet til ”knock-out” av tilliten til de opplysningene som gis – slik som når «without responsibility» følger et utsagn. *Subject to contract-klausulen* her trolig ikke noen funksjon.

²⁴⁸ Ed Peel, s. 53

²⁴⁹ [1995] 1 W.L.R. 212 (CHD), se punkt 3.7.4 over.

DEL II: NORSK RETT

4 Norsk relevant rett – med et komparativt perspektiv

4.1 Innledning

Jeg har nå presentert *subject to contract-klausulen* og dens virkninger i engelsk rett. Formålet i del II er, som sagt, å vurdere klausulens virkninger etter norsk rett. For vurderingen av klausulens virkninger i norsk rett, må de norske reglene som er egnet til å påvirke klausulens virkninger kartlegges. Det er dette som er hovedformålet med dette kapitlet.

Samtidig som jeg foretar en gjennomgang av de relevante reglene i norsk rett, vil jeg av hensyn til Prosjektets siktemål, underveis i denne gjennomgangen vil sammenligne med de – for *subject to contract-klausulens* vurdering – relevante engelske reglene gjennomgått i del I. Som allerede nevnt har en slik sammenligning en egenverdi, uten at jeg med den tilsikter å foreta en ekte komparativ analyse.

I det følgende vil jeg først, i punkt 4.2, se på utvalgte tolkningsspørsmål av betydning for klausulens rettsvirkninger. Deretter vil jeg ta for meg prinsippet om kontraktsfrihet som et eget punkt (punkt 4.3) – idet dette prinsippet har betydning for begge de to neste punktene; nemlig spørsmålet om avtaleslutning ved bruk av intensjonsavtaler i norsk rett, punkt 4.4, og spørsmålet om prekontraktuelt ansvar, punkt 4.5. Først når disse spørsmålene er klarlagt, kan *subject to contract-klausulens* virkninger i norsk rett kartlegges.

4.2 Utvalgte tolkningsspørsmål

4.2.1 Hvorfor tolkning?

For å kunne besvare spørsmålene om forhandlingspartene helt eller delvis kan unngå bundethet eller ekskludere ansvar for sin atferd under kontraktsforhandlingene ved å ta inn klausulen *subject to contract*, må klausulen tolkes. Avtaletolkningen styres av ulike normer i de forskjellige rettssystemene. Eksempelvis gjelder en sterk tro på bokstavkonform tolkning i

engelsk rett, mens norsk rett tradisjonelt har lagt større vekt på rimelighets-²⁵⁰ og lojalitets-hensyn ved tolkningen. Dette er forskjeller som lett kan tenkes å lede til at klausulens fortolkning blir forskjellig i engelsk og norsk rett.

4.2.2 Er det av betydning for tolkningen at klausulen er hentet fra engelsk rett?

Før den nærmere behandlingen av spørsmålet om fortolkning av *subject to contract-klausulen*, er det nødvendig å si litt om betydningen av at det forutsettes at *subject to contract-klausulen* er hentet fra engelsk rett. Etter norsk rett er den klare hovedregel at så lenge lovvalget²⁵¹ er norsk, skal intensjonsavtalen og *subject to contract-klausulen* tolkes etter norske tolkningsregler.²⁵² Det kan imidlertid tenkes unntak fra denne hovedregelen. Det kan hevdes at for spesielle klausuler og vilkår som vi ikke kjenner i vår rettstradisjon, kan særlige hensyn gjøre seg gjeldende slik at vilkårenes utforming og opprinnelige rettsvirkninger må tillegges større vekt, slik at en likevel tar i betraktning hvordan tilsvarende vilkår er tolket i engelsk rett. Idet *subject to contract-klausulen* er en *boilerplate-klausul* med fastlagte rettsvirkninger etter engelsk rett, kan det etter dette spørres om dette får en betydning for fortolkningen.

Hensynet til partenes lovvalg taler mot at den engelske fortolkningen skal kunne fortrenge den norske, annet enn der det er helt klare holdepunkter for at partene har ment å legge den engelske fortolkningen av et vilkår til grunn. Så lenge forutsetningen er at partene ikke har vært seg bevisste den engelske løsningen, mener jeg lovvalget må være styrende for dette spørsmålet. I litteraturen synes dette også å være en utbredt oppfatning begrunnet i rettspraksis.²⁵³ Når jeg i kapitlene 5 og 6 fortolker *subject to contract-klausulen*, legger jeg derfor ikke vekt på dens rettsvirkninger i engelsk rett.

²⁵⁰ Når det her vises til rimelighetshensyn er det fortsatt viktig å ha med seg at det er snakk om "rimelighet" sett med norske øyne. En engelsk rettsanvender vil trolig mene at det er "urimelig" å ikke lojalt følge den løsningen partenes ordlyd strengt gir uttrykk for.

²⁵¹ Det er jf. kapittel 1.2 forutsatt at partenes lovvalg er norsk.

²⁵² Hov I, s. 153; Haaskjold s. 191 ff. og Selvig (1986) s. 4.

²⁵³ Hov I, s. 155; Haaskjold s. 191–194; Selvig (1986) s. 18 ff. og Falkanger (1967). Selvig/Hagstrøm III, s. 158 ff. og s. 167 med henvisninger til rettspraksis.

4.2.3 Ordlyden

Norsk kontraktsrett kjenner ingen standardklausul tilsvarende *subject to contract-klausulen*. For å avklare om partene ved å innta *subject to contract-klausulen* i en intensjonsavtale kan unngå bundethet eller ekskludere ansvar for sin atferd under kontraktsforhandlingene etter norsk rett, må det tas utgangspunkt i klausulens ordlyd.²⁵⁴

Overordnet for norsk kontraktstolkning er at partenes felles oppfattelse av kontraktens forståelse går foran det som umiddelbart følger av klausulens ordlyd. Er partene enig om at de hadde en felles forståelse av intensjonsavtalen og *subject to contract-klausulen* skal denne *alltid* legges til grunn, med mindre den strider mot preseptorisk rett.²⁵⁵ I Rt-1993-564 (side 569) formulerer Høyesterett utgangspunktet slik: «Det primære formål med all kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment». Avhandlingen forutsetter imidlertid at det ikke foreligger noen bestemt felles partsintensjon.²⁵⁶ Dette er også det normale der partene tvistes om en kontrakts eller enkeltbestemmelses forståelse.²⁵⁷ Den praktiske hovedregelen blir derfor at det må foretas objektiv fortolkning.²⁵⁸ Dette er også i overensstemmelse med Høyesteretts praksis om at prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i kommersielle forhold.²⁵⁹

I den grad *subject to contract-klausulens* ordlyd er uklar, må det søkes andre kilder enn ordlyden. Uten å foregripe den nærmere fortolkningen av *subject to contract-klausulen* kan det allerede her vises til at klausulen er kort, relativt ukjent i norsk rett, og ikke gir noe klart svar på hvilke rettsfølger den dekker. Som jeg snart vil komme tilbake til er norsk rett preget av at reelle hensyn vektlegges ved tolkingen, både der klausulen etter sin ordlyd er uklar, men også

²⁵⁴ Som nevnt i innledningen under punkt 1.3, er det en forutsetning at partene ikke har vært seg bevisst eller ment å anvende den opprinnelige betydningen av klausulen, og det forutsettes at de heller ikke anfører en slik betydning. Selv om partenes bruk av *subject to contract-klausulen* ikke har vært veloverveid med hensyn til dens opprinnelige betydning og funksjon, kan det i prinsippet likevel hende at den vil bli tolket av norske domstoler som en tilsvarende kontraktsregulering også etter norsk rett.

²⁵⁵ Woxholth, s. 403.

²⁵⁶ Jf. punkt 2.2.

²⁵⁷ Huser s. 375

²⁵⁸ Dette utgangspunktet kommer bl.a. til syne i kjøpsloven § 89 annet punktum

²⁵⁹ Rt-2005-268 (premiss 43); Rt-2003-1132 (premiss 34 og 35); Rt-2002-1155, Rt-2000-806.

der den er klar. Ordlyden tillegges med dette ikke like stor vekt i norsk rett som etter engelsk rett. Selv om det skal tas utgangspunkt i klausulens ordlyd, er derfor andre relevante tolkningsmomenter som bakgrunnsretten og lojalitets- og rimelighetsbetraktninger sentrale for å fastlegge klausulens rettsvirkninger.

4.2.4 Særlige tolkningsregler

Dersom tolkningsmomentene ikke gir anvisning på et bestemt resultat, må det treffes et valg mellom de mest nærliggende tolkningsalternativene ut fra ulovfestede tolkningsregler utviklet gjennom rettspraksis.²⁶⁰ Det er det et alminnelig tolkningsprinsipp (uklarhetsregelen) at uklar ordlyd ofte tolkes mot den som har utformet den, slik at tvilsrisikoen ligger hos ham som burde ha uttrykt seg klarere.²⁶¹ Dersom det kan hevdes at det ikke er vanlig å innta en slik klausul, taler dette for at den parten som påberoper seg den må bære risikoen for at klausulens virkninger på forhånd ikke var gjort klar nok for den annen part. Uklarhetsregelen benyttes ofte også som grunnlag for en innskrenkende fortolkning av kontraktsvilkår holdt i generelle ordelag – og som derfor kan få uventede eller uoversiktlige virkninger for partenes stilling.²⁶² En innskrenkende fortolkning kan også begrunnes i den såkalte minimumsregelen.²⁶³ I denne ligger at når det er tvil om forståelsen, vil tvilen ofte bli løst slik at det minst tyngende alternativet legges til grunn.²⁶⁴

4.2.5 Sikkerhet og forutberegnelighet.

Når avtaler inngås i næringsforhold etter forhandlinger mellom profesjonelle, presumptivt likeverdige parter, veier hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet meget tungt, også etter norsk rett.²⁶⁵ Førstvoterendes uttalelse i Rt-2002-1155 understreker dette:

«At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer».

²⁶⁰ Woxholth, s. 433

²⁶¹ Rt-1992-1105 (s.1108) og Rt-1997-1807 (s.1813). Regelen i avtl. § 37 (1) nr. 3 er et utslag av dette prinsippet.

²⁶² Selvig, Knophs oversikt, s. 548.

²⁶³ Rt-1984-785; Rt-1987-1239. Se Woxholth, s. 434.

²⁶⁴ Selvig, Knophs oversikt, s. 547.

²⁶⁵ Rt-2005-268; Rt-2002-1155 og Rt-1998-1584 er også et uttrykk for dette.

Sammenlignet med engelsk rett har norsk rett tradisjonelt imidlertid lagt langt mer vekt på rimelighets- og lojalitetshensyn. På denne måten begrenses prinsippet om kontraktsfrihet av mer skjønnsmessige prinsipper. Dette kommer til uttrykk gjennom tolkningslæren, hvor det vi anser som rimelighets- og forutberegnelighetshensyn ofte vil kunne stå mot hverandre. Om kontrastene mellom engelsk og norsk rett på dette området skriver Selvig:

«Eksempelvis er forskjellen mellom engelsk og norsk kontraktsrett ikke så rent liten. Generelt sett har nok de fleste ulikheter sammenheng med at norske domstoler legger større vekt på å nå et *konkret rimelig resultat i det enkelte kontraktsforhold* enn de engelske domstoler.»²⁶⁶

4.2.6 Lojalitetsprinsippet som tolkningsmoment

Et hensyn som også står sterkt ved norsk avtaletolkning er lojalitetsprinsippet. I norsk kontraktsrett gjelder det et generelt ulovfestet krav til lojalitet mellom partene, som innebærer at partene skal utvise aktsom og lojal opptreden før og under kontraktsinngåelsen, og så lenge kontraktsforpliktelsene består.²⁶⁷ Prinsippet vil kunne spille inn ved tolkingen og identifikasjonen av partenes plikter og rettigheter ved at man velger det tolkningsalternativet som best varetar hensynet til partenes plikt til å ta rimelig hensyn til hverandres interesser.²⁶⁸ Betydningen av begrensningen for avtalebinding som partene har kontraktsregulert med *subject to contract-klausulen*, vil dermed kunne bli innskrenket i lys av lojalitetsprinsippet.²⁶⁹ Norsk retts vektlegging på lojalitet og beskyttelse av berettigede forventninger står i sterk kontrast til engelsk rett. I og med at engelsk rett ikke anerkjenner en plikt til å forhandle i *good faith*, oppstår heller ikke en berettiget forventning på samme måte som i norsk rett.

4.2.7 Rimelighet

Lojalitetsprinsippet ligger tett opp til prinsippet om hensynet til rimelighet.²⁷⁰ Simonsen har påpekt at siden «begge prinsippene baseres på rimelighetsvurderinger i vid forstand, kunne

²⁶⁶ Selvig (1986) s. 2

²⁶⁷ Rt-1997-199; Rt-1988-1078. Se for øvrig en mer utførlig beskrivelse av lojalitetsplikten under punkt 4.5 i avhandlingen.

²⁶⁸ Rt-2005-268, premiss 55; Rt-1951-371. Se Hagstrøm, s. 73 og Hov I, s. 43 ff.

²⁶⁹ Lojalitetsprinsippet kan også være en skranke for hva partene kan avtale i den grad prinsippet er deklarasjon. Mer om dette, se punkt 6.2.

²⁷⁰ Prinsippet har kommet til uttrykk i avtl § 36, skl. § 5-2 og fortolkningslæren.

man søke å skille bedømmelsestemaene fra hverandre ved å snakke om atferdsurimelighet og resultatrimelighet».²⁷¹ Siden rimelighetsprinsippet i sin kjerne er resultatorientert,²⁷² er resultatrimelighet det aktuelle bedømmelsestema når hensynet til rimelighet kommer inn. Selv i avtaleforhold mellom profesjonelle parter hjemler norsk tolkningslære en viss adgang for rettsanvenderen til å ”borttolke” det han anser for å være et urimelig tolkningsresultat. I denne sammenheng er det viktig å huske at den engelske rettsanvender ofte vil betrakte ”norsk rimelighet” som urimelig etter engelsk rett – ved at norsk rett vil kunne falle ned på en løsning som ikke følger av partenes avtale. Engelsk rett legger stor vekt på partsautonomien: siden partene anses best egnet til å ivareta egne interesser, vil det være urimelig å endre partenes avtale ut fra en engelsk rettsanvenders oppfatning av konkret rimelighet.

4.2.8 Bakgrunnsrettens betydning

Bakgrunnsretten kan beskrives som «de fravikelige regler som kommer til anvendelse, hvis ikke avtalen selv regulerer forholdet».²⁷³ Dersom det finnes preseptoriske rettsregler går disse foran partenes bestemmelser. I og med at preseptorisk rett – på samme måte som deklarasjonsrett – kan utfylle avtalen, slik at også den preseptoriske retten til dels går under uttrykket *bakgrunnsrett*,²⁷⁴ behandler jeg de preseptoriske og de deklarasjonsreglene sammen i dette kapitlet. Avtalelovens regler om avtaleslutning, og de alminnelige ulovfestede reglene om hva som skal til for at en avtale er kommet i stand der partene ikke har fulgt avtalelovens regler, er eksempler på deklarasjons bakgrunnsrett.²⁷⁵ Avvik fra den deklarasjons bakgrunnsretten kan være vel begrunnet i en bedre tilpasning til partenes konkrete forhold, men kan også skape fare for ubalanse i kontraktsforholdet – som partene kanskje ikke engang er seg bevisst. I tvilstilfelle er utgangspunktet at avtalen tolkes i samsvar med bakgrunnsretten.²⁷⁶ Dersom partenes regulering åpner for et kvalifisert urimelig resultat sammenlignet med løsningen i bakgrunnsretten og det som ellers følger av generelle rimelighetsbetraktninger følger det

²⁷¹ Simonsen, s. 158.

²⁷² Simonsen, s. 157.

²⁷³ Huser, s. 539. Se også Hagstrøm, s. 639

²⁷⁴ Nygaard, s. 361.

²⁷⁵ Se punkt 5.2 og 5.3 under.

²⁷⁶ Rt-1973-1176 er et eksempel på dette.

dessuten av Høyesteretts praksis at partenes regulering kan underlegges rimelighetssensur gjennom for eksempel en innskrenkende fortolkning.²⁷⁷

4.3 Kontraktsfrihet

Både engelsk og norsk rett tar utgangspunkt i prinsippet om kontraktsfrihet når det spørres om hvorvidt bindende avtale er kommet i stand og hvorvidt partene kan pådra seg ansvar for sine handlinger i den prekontraktuelle fasen. Engelsk rett legger meget sterk vekt på sikkerhet og forutberegnelighet i avtaleforhold, og prinsippet om kontraktsfrihet står dermed tilsvarende sterkt.

I norsk kontraktsrett er også prinsippet om kontraktsfrihet grunnleggende.²⁷⁸ Friheten omfatter både retten til å selv bestemme *om* man vil inngå en kontrakt eller ikke, *med hvem* man vil inngå kontrakt og (sammen med medkontrahenten) *hvilket innhold* kontrakten skal ha.²⁷⁹ Som hovedregel er en part ikke forpliktet til å inngå en avtale bare fordi han har innlagt seg på kontraktsforhandlinger – heller ikke der det er ham som har tatt initiativet til forhandlingene. Som hovedregel kan en part fritt også bryte ut av forhandlingene og han er heller ikke forpliktet til å angi noen grunn for hvorfor han ikke lenger ønsker å slutte en avtale. Utgangspunktet om at partene ikke har en kontraheringsplikt gjelder også der hvor partene har inngått en intensjonsavtale. I dommen inntatt i Rt-1995-543 *Selsbakkhøgda Borettslag* kommer førstvoterende med følgende uttalelse på side 552 i dommen:

«Jeg viser i denne forbindelse til at det særlig i forbindelse med mer langvarige og kompliserte kontraktsforhandlinger kan inngås såkalte *intensjonsavtaler* som senere eventuelt skal avløses av et forpliktende avtaleforhold. *Presumsjonen* ved avtaler av denne typen er at partene *ikke er forpliktet* til å inngå på den påtenkte avtalen» (mine uthevninger).

²⁷⁷ Et eksempel på rimelighetssensur av kontraktsvilkår gjennom en innskrenkende fortolkning også for rent kommersielle avtaleforhold er Rt-1975-478. Se også Hagstrøm (1996) s. 459 – 460.

²⁷⁸ NL 5-1-2 kan også ses på som et utslag/lovfesting av dette prinsippet. Prinsippet er blant annet beskrevet av Woxholth, s. 27; Hov I, s. 39-40 og Simonsen, s. 75 ff.

²⁷⁹ Woxholth, s 27.

4.4 Avtaleslutning ved bruk av intensjonsavtaler i norsk rett

4.4.1 Ingen formelle vilkår

De engelske reglene om avtaleslutning skiller seg fra norsk rett ved at det er inntatt formelle vilkår for kontraktsinngåelse.²⁸⁰ Sammen med at engelsk rett ikke anerkjenner en generell lojalitetsplikt for forhandlende parter og at engelsk rett i sterk grad vektlegger hensynet til partsautonomien, begrunner de formelle reglene om avtaleslutning at det som hovedregel ikke er aktuelt å statuere binding der partene ikke er enige om at binding er skjedd. De norske løsningene med binding ved enighet om hovedvilkår og binding som en culpasanksjon kan for det første ses som et utslag av at norsk rett – i motsetning til engelsk rett – anerkjenner en plikt til lojalitet på det prekontraktuelle stadiet, samtidig som man i norsk rett ikke viker tilbake for å utfylle en ufullstendig avtale med bakgrunnsrett og reelle hensyn.

4.4.2 Formkrav

Norsk retts utgangspunkt er at det ikke gjelder noe formkrav mellom partene,²⁸¹ slik at en avtale mellom partene like gjerne kan inngås muntlig eller ved en avtalestiftende handling som skriftlig. Som sagt under avhandlingens punkt 2.1, kreves det som hovedregel heller ikke i engelsk rett at partene inngår en skriftlig avtale for at binding inntreffer.

I teorien har det blitt drøftet om opprettelsen av en intensjonsavtale er et signal om at det først etter et fremforhandlet resultat skal opprettes en skriftlig kontrakt der partene blir bundet ved sin underskrift.²⁸² Høyesterett har ikke behandlet dette spørsmålet konkret når det gjelder intensjonsavtaler.²⁸³ I Rt-1998-946, som gjaldt spørsmålet om avtale om kjøp av halvparten av

²⁸⁰ Se punkt 2.1

²⁸¹ Dette utgangspunktet kan utledes av NL 5-1-1

²⁸² Se særlig Hagstrøm (1995) på side 599 – 600. Hagstrøm synes å anta at det bør kreves skriftlighet: «Det er nærliggende å anta at når partene har gått til forhandlinger på grunnlag av en felles utformet intensjonsavtale, indikerer dette at det på tilsvarende måte skal produseres et avtaledokument, og at det først er enighet omkring dette som markerer en bindende disposisjon». Hagstrøm er ikke definitiv i sin uttalelse, og jeg velger å forstå ham dit hen at konkrete forhold kan tale for en annen løsning. Hagstøms uttalelse falt *før* Rt-1998-946. Hagstrøm har i sin *Obligasjonsrett* ikke uttalt seg nærmere om avgjørelsen.

²⁸³ Basert på rettskildesøk på Lovdata.

aksjene i et vinagentselskap var inngått, kom førstvoterende – som fikk tilslutning fra en enstemmig Høyesterett – med følgende, nokså generelle uttalelse:

«Det er ikke rettslig grunnlag for generelt å kreve skriftlighet i mer sammensatte avtaleforhold, men forhandlingssituasjonen kan i slike tilfelle føre til at partene gjensidig forutsetter et endelig utkast og undertegning før de blir bundet. Dette kan eksempelvis være tilfelle hvor flere deltar i forhandlingene på partenes vegne eller hvor partene er fra to eller flere land» (s. 958).

En konsekvens av Høyesteretts uttalelse er at det også for mer sammensatte forhold i alminnelighet ikke er nødvendig å utforme et nytt dokument – som tilkjenner at en endelig avtale, undertegnet av begge parter - dersom det allerede er konstatert avtalebinding.²⁸⁴ Imidlertid kan det være at forhandlingssituasjonen kan føre til et annet resultat. Høyesteretts uttalelse gir ikke noe klart svar på om det at partene har opprettet en intensjonsavtale er en slik forhandlingssituasjon hvor skriftlighet er forutsatt. Dersom det som er passert mellom partene for øvrig kan tolkes som en definitiv disposisjon, skal det trolig mye til før Høyesterett vil komme til at avtale ikke er inngått. Også der domstolen etter en konkret tolkning og vurdering – med særlig vekt på lojal oppfølging av berettigede forventninger i forhandlingssituasjonen – kommer til at atskillig taler for bundethet, viser avgjørelsen at Høyesterett generelt ikke viker tilbake for å fastslå at partene er bundet. Dette taler mot å kreve skriftlighet helt generelt der partene har inngått en intensjonsavtale. Imidlertid kan det tenkes at terskelen for å statuere bundethet er høyere enn ellers, slik at det forhold at det ikke foreligger en skriftlig bekreftelse på avtaleforholdet taler sterkt mot binding. I det følgende legges etter dette til grunn at hovedregelen om formfrihet gjelder også her.

Jeg har ikke funnet dette spørsmålet drøftet i engelsk rett. Trolig er dette fordi det på grunn av engelsk retts formelle tilnærming til spørsmålet om avtalebinding skal mye til før avtale anses inngått der partene ikke har nedfelt et skriftlig dokument, likevel slik at hovedregelen om formfrihet gjelder.

²⁸⁴ Woxholth, s. 158.

4.4.3 Etterfølgende atferd, passivitet, enighet om hovedvilkår og "culpasanksjon"

Intensjonsavtalens ordlyd er ikke mer enn et utgangspunkt. For intensjonsavtaler som for avtaler ellers, spiller subjektive forhold inn ved fortolkningen. I Rt-2002-1155, hvor to profesjonelle parter tvistet om erstatning for påstått urettmessig oppsigelse i kontrakt om utleie av forretningslokaler, tas det forbehold om at partene kan ha ment noe annet enn det som følger av ordlyden, slik at en subjektiv fortolkning må foretas:

«Men subjektive fortolkningsmomenter har også sin selvsagte plass i næringslivets kontrakter. Kan det påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra kontraktens ordlyd, må dette legges til grunn i rettsforholdet mellom dem. Det generelle utgangspunkt jeg har angitt kan likevel ha betydning for den bevisstyrke som i slike tilfeller må kreves» (s. 1159).

Ved å vise til at «prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende»²⁸⁵ legger Høyesterett opp til at terskelen for at Høyesterett er villig til å fravike avtalens ordlyd under henvisning til at den ikke representerer partenes felles forståelse er noe høyere enn ellers. Når man fortolker en intensjonsavtale mellom profesjonelle parter skal det altså en del til for at de subjektive fortolkningsmomentene skal kunne føre til fravikelse av intensjonsavtalens ordlyd. Dersom man etter å ha undersøkt de subjektive fortolkningsmomentene påviser at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra kontraktens ordlyd, må imidlertid dette legges til grunn. I det følgende vil jeg kort gjøre rede for de – for avhandlingens formål – relevante subjektive fortolkningsmomentene.

Etterfølgende atferd

En intensjonsavtale som i seg selv ikke anses å ha noen bindende virkning kan, kombinert med en parts (partenes) *etterfølgende atferd*, føre til avtalebinding likevel oppstår.²⁸⁶ En parts etterfølgende atferd kan være et tolkningsmoment som viser at parten har ment seg forpliktet av intensjonsavtalen, noe som kan tale for bundethet.²⁸⁷ Den etterfølgende handlingen kan for eksempel bestå i at den ene parten eller begge partene begynner å oppfylle sine forpliktelser

²⁸⁵ Rt-2002-1155, s. 1159.

²⁸⁶ Rt-1981-595 og Rt-1987-1037 er eksempler på at Høyesterett har funnet at en parts konkludente atferd tillegges vekt ved bindingsspørsmålet.

²⁸⁷ Partenes etterfølgende opptreden har betydning både for *om* avtale foreligger, og for tolkningen av avtalens *innhold*. Det er den førstnevnte forstand som i det følgende behandles.

etter den tiltenkte avtalen. En slik regel hindrer partene i å kunne forlede den annen part til å tro at en avtale foreligger ved å handle som om en avtale er kommet i stand, for siden å trekke seg ut dersom han ikke lenger finner det fordelaktig å inngå avtalen. Som vist under kapittel 2.4.2 kan partenes atferd også etter engelsk rett tale for at binding er skjedd. Der partene har forhandlet *subject to contract*, kreves imidlertid en «strong and exceptional case».

Passivitet

Selv om passivitet som utgangspunkt *ikke* medfører bundethet, *kan* en parts passivitet iblant likevel føre til avtalebundethet.²⁸⁸ Vi har lovfestede utslag av at passivitet kan føre til bundethet i avtl. §§ 4 (2), 6 (2) og 9. I tillegg kommer at det på ulovfestet grunnlag er klart at en parts passivitet kan føre til avtalebundethet.²⁸⁹ Dersom en part for eksempel vet at den andre parten har påbegynt oppfyllelsen av sine avtaleforpliktelser – uten at han forsøker å hindre ham fra å fortsette – kan avtalebundethet inntre, der det er illojalt av ham å ikke gjøre dette.

Etter engelsk rett kan avtalebinding også skje som følge av passivitet, men det er mest praktisk for de typiske tilegneshandlinger. Siden engelsk rett ikke anerkjenner en plikt til lojalitet, vil avtalebinding når det gjelder mer sammensatte avtaleforhold neppe kunne skje på grunnlag av ren passivitet. Imidlertid kan det være aktuelt med et krav om *restitution* for tilfeller der en part passivt mottar en oppfyllelse.

Enighet om hovedvilkår

Etter ordlyden i avtl. § 6 følger det at partene må ha kommet til enighet for at avtale kan anses sluttet. Hva partenes enighet skal dekke, sier bestemmelsen ikke noe om. Høyesterettspraksis og juridisk teori har i stor grad lagt til grunn at avtalebinding kan ha oppstått underveis under forhandlingene der hvor partene har oppnådd enighet om avtalens hovedvilkår²⁹⁰, men uten at

²⁸⁸ Se blant annet Hagstrøm, s. 84.

²⁸⁹ Rt-2001-1288 (særlig på s. 1300).

²⁹⁰ Med hovedvilkår siktes typisk til prisen for varen eller ytelsen, dennes karakter og tidspunktet for rettidig oppfyllelse, se Woxholth, s 155; Hov I, s 118.

det foreligger enighet om alle avtalepunkter.²⁹¹ Også ved kompliserte forhold har Høyesterett kommet til at avtale kan anses å ha kommet i stand slik som beskrevet over.

I den ovennevnte dommen inntatt i Rt-1998-946 uttalte førstvoterende at:

«I de tilfelle partene i skriftlig form har avtalefestet noen hovedvilkår, vil det være nærliggende å anse avtale for inngått når partene har blitt enige om de øvrige vesentlige vilkår. Etter hvert som resultatene av forhandlingene viser seg og enighet oppnås, kan hver av partene ut fra en allmenn forutsetning om gjensidig lojalitet ha grunnlag for å anta at partene er bundet selv om endelig avtale ikke er undertegnet ».

Sammen med fraværet av en plikt til lojalitet på forhandlingsstadiet, er kravene til *completeness* og *certainty* til hinder for en tilsvarende løsning etter engelsk rett.

Begrunnelsen for de ovennevnte løsningene i norsk rett

Ved spørsmålet om avtalerettslig binding er skjedd, forsøker man i norsk rett å finne løsninger som beskytter de berettigede forventninger et utsagn eller handling har skapt hos mottakeren av dette.²⁹² Førstvoterendes uttalelse i Rt-2001-1288 på side 1298 er illustrerende:

«For spørsmålet om kontrakt skal anses sluttet, er det avgjørende om innbyderen har opptrådt på en slik måte at det har gitt anbyderen rimelig grunn til å tro at han har fått oppdraget.»²⁹³

Reglene om avtalebinding ved etterfølgende atferd, passivitet og enighet om hovedvilkår kan ses som utslag av det som i litteraturen er beskrevet som *forventningsprinsippet*.²⁹⁴ Sammen med hensynet til lojalitet i kontraktsforhold synes også hensynet til omsetningslivets sikkerhet²⁹⁵ og fremme av effektiv ressursbruk²⁹⁶ å ligge til grunn for dette prinsippet.

²⁹¹ Rt-1953-581; Rt-1981-595; Rt-1987-1205; Rt-1992-1110.

²⁹² Rt-1987-1205; Rt-2001-1288. Se også Woxholth, s. 31 ff.

²⁹³ Dersom man etter dette kommer til at avtalerettslig binding er skjedd, blir det neste spørsmålet hvilket innhold den inngåtte avtalen har. Denne metodikken anvendte Høyesterett i denne dommen på side 1300. I det følgende vil jeg konsentrere meg om det første spørsmålet, nemlig spørsmålet om avtalerettslig binding er skjedd.

²⁹⁴ Woxholth, s. 31 ff.

²⁹⁵ Hov I, s. 45.

²⁹⁶ Simonsen, s. 5.

Fortsatt uklarhet om hvorvidt bindende avtale er inngått - culpasanksjon

Dersom det etter en tolkning og utfylling fortsatt hersker uklarheter om hvorvidt partene med det som er betegnet som en intensjonsavtale har ment å binde seg, vil uklarheten kunne danne grunnlag for en tolking mot den part som hevder at han ikke hadde til hensikt å binde seg. Uklarheten vil også kunne inngå i en vurdering av hvem som var nærmest til å avklare forholdet og på dette grunnlaget forhindre misforståelser mellom de forhandlende partene.²⁹⁷ I norsk avtalerett gjelder som sagt et generelt tolkningsprinsipp om at uklarhet i en avtalebestemmelse normalt fortolkes mot den som burde uttrykt seg klarere.²⁹⁸ Det er på bakgrunn av dette antatt at man i norsk rett på nokså fritt grunnlag etter en helhetsvurdering av de aktuelle forhold i den enkelte sak kan tre ut av ”forventningsvurderingen”, og gjennom en «delvis ... normativ prosess»²⁹⁹ heller søke den løsningen som gir det rimeligste eller mest formålstjenelige resultatet.³⁰⁰

En typisk situasjon der binding kan inntre som en sanksjon mot uønsket opptreden har vi der en part for eksempel vet at den andre parten har påbegynt oppfyllelsen av sine avtaleforpliktelser, uten at han forsøker å hindre ham fra å fortsette. Sentralt i vurderingen er om det er grunn til å klandre parten for at den annen part med rimelighet kan ha grunn til å tro at det er inngått avtale.³⁰¹ Rt-1994-1222 er et eksempel på at Høyesterett har statuert løftevirkninger ved kritikkverdige forhold i kommersielle forhandlinger.³⁰²

På grunn av engelsk retts manglende krav til lojalitet i forhandlingssituasjonen kjenner ikke engelsk rett en tilsvarende løsning, men også her kan det bli tale om et krav etter læren om *restitution*.

²⁹⁷ Rt-1998-771; Rt-1963-234; Rt-1970-637.

²⁹⁸ Se punkt 4.2.4 over.

²⁹⁹ Simonsen, s. 37.

³⁰⁰ Hagstrøm, s. 85 og Woxholth s. 118 ff.

³⁰¹ Woxholth, s. 118

³⁰² For en kort beskrivelse av dommens faktum, se Hagstrøm, s. 85.

4.5 Prekontraktuelt ansvar

4.5.1 Plikt til lojal opptreden

Engelsk rett anser forhandlende parter for å handle for egen regning og risiko, slik at de som hovedregel ikke kan kreve forhandlingskostnader dekket av den annen part. Etter norsk rett kan en part som hovedregel også fritt bryte ut av forhandlingene og han er heller ikke forpliktet til å angi noen grunn for hvorfor han ikke lenger ønsker å slutte en avtale. Utgangspunktene for spørsmålet om partene kan pådra seg ansvar overfor en forhandlingsmotpart synes med dette temmelig like.

Selv om hovedregelen i norsk rett er at partenes forhandlinger skjer på egen regning og risiko, og at de derfor selv må svare for de kostnadene som forhandlingene eventuelt måtte påføre dem,³⁰³ er ikke prinsippet om kontraktsfrihet absolutt. Simonsen³⁰⁴ viser til at friheten til å bestemme over kontraheringsprosessen ikke medfører at partene er beskyttet mot begrensninger i denne friheten. Som jeg snart vil gjøre rede for under, er plikten til lojal opptreden under forhandlingene en slik begrensning i norsk rett.

Heller ikke i engelsk rett er prinsippet om kontraktsfrihet absolutt, men som vist under kapittel 3 anerkjenner engelsk rett i betydelig mindre grad enn norsk rett en begrensning av partenes kontraktsfrihet. I engelsk rett er det ikke utviklet et generelt krav om lojalitet (good faith and fair dealing),³⁰⁵ og i den prekontraktuelle fasen anerkjennes ikke en tilsvarende plikt til lojalitet slik som den som finnes i norsk rett. Partene kan gi det som vi kjenner som lojalitetsplikten en kontraktuell basis. Forutsetningen for dette er imidlertid at de formelle kravene til avtaleslutning er tilfredsstillende, noe som – jf. avhandlingens punkt 3.3.4 og 3.4.4 – i praksis sterkt

³⁰³ Partene er naturligvis ikke forhindret i å slutte en *avtale* om en avvikende løsning. For avtaleforhold der den ene av forhandlingspartene legger ned klart større kostnader enn den andre – og særlig hvor disse kostnadene er i den annen parts interesse – er det lett å tenke seg at partene finner behov for å avtale en rimelig fordeling av forhandlingskostnadene.

³⁰⁴ Simonsen, s. 74-75.

³⁰⁵ Slik som uttalt i *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes*: «English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle»

begrenser adgangen til å pålegge partene en lojalitetsforpliktelse på det prekontraktuelle stadiet.

Selv om engelsk rett ikke anerkjenner en generell plikt til lojalitet på det prekontraktuelle stadiet, vil andre mekanismer³⁰⁶ – som lærene om *unjust enrichment*, *deceit* og *negligent misrepresentation* – i noen grad kunne bidra til beskyttelse av partenes interesser på dette stadiet. Ved at et berikelseskrav vil kunne utløses etter læren om *unjust enrichment* og ved at erstatning utenfor kontrakt – *tort* – kan skje ved *negligent misrepresentation* og *deceit* kan de sies å avbøte mangelen på et alminnelig lojalitetsprinsipp i engelsk rett.³⁰⁷ Som vist under kapittel 3 skal det imidlertid mye til før disse alternative ansvarsgrunnlagene aktualiseres – i tillegg til at det for læren om *unjust enrichment* kun er et berikelseskrav, ikke et erstatningskrav som aktualiseres.

At det kan oppstå et erstatningsansvar i den prekontraktuelle fasen er anerkjent i norsk rett, men enkelthetene i ansvaret må sies å være usikre.³⁰⁸ Ansvarets grunnlag synes å være basert på den alminnelige plikten til lojalitet i kontraktsforhold³⁰⁹, slik at brudd på denne plikten kan føre til erstatningsansvar, jf. Høyesteretts avgjørelse i Rt-1998-761:

«Hvilken rettslig norm dette hendelsesforløpet her skal vurderes opp mot, er noe uavklart i norsk rett; det er en sparsom rettspraksis og ikke noen helt entydig juridisk teori når det gjelder vilkårene for erstatning

³⁰⁶ Videre i *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes*: «... but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of fairness».

³⁰⁷ Simonsen, s. 143.

³⁰⁸ Hagstrøm, s. 86

³⁰⁹ I teorien står det uklart hvorvidt ansvaret bygger på et eget grunnlag, eller om ansvaret springer ut av læren om *culpa in contrahendo*. Woxholth synes å legge til grunn det første alternativet i Woxholth, s. 209-210 og Woxholth (1995), s. 7: «Erstatning vil i disse tilfellene forutsette at det foreligger *culpa in contrahendo*». Simonsen går i motsatt retning i Simonsen, s. 156: «Prekontraktuell ansvar er i realiteten en helt selvstendig ansvarsform, løsrevet fra de øvrige *culpa in contrahendo*-tilfellene». Jeg anser det ikke hensiktsmessig for mitt formål å gå inn i en nærmere drøftelse av hvorvidt ansvaret bygger på et eget grunnlag eller om det springer ut av læren om *culpa in contrahendo*. Jeg nøyer meg her med å vise til at Høyesterett ikke har brukt begrepet *culpa in contrahendo* i de tilfellene ansvar for brudd på en prekontraktuell norm har vært diskutert, og legger i det følgende til grunn at ansvaret bygger på et eget grunnlag – en plikt til lojalitet i kontraktsforhold.

for negativ kontraktsinteresse. Men *utgangspunktet må være at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene - illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende*. I en nylig utkommet avhandling drøftes også urimelig eller usaklig avbruddsgrunn som et mulig ansvarsgrunnlag, se Lasse Simonsen, Prekontraktuell ansvar, 1997, særlig side 226 flg.»³¹⁰ (min utheving).

I norsk rett er det antatt at det i kontraktsforhold gjelder en alminnelig, gjensidig lojalitetsplikt mellom forhandlingspartene – en plikt med lange tradisjoner.³¹¹ Lojalitetsplikten i norsk rett er ikke lovfestet, men er likevel sikker rett utviklet i rettspraksis.³¹² Ved at plikten til lojalitet anses som et grunnprinsipp i kontraktsretten er den ansett som så sentral at den oppfattes som et generelt supplement eller korrektiv til kontraktsrettens øvrige regler.³¹³ En rekke av kontraktsrettens alminnelige rettsregler anses som et utslag av det alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsprinsipp.³¹⁴ Beskyttelse av kontraktspartenes *berettigede forventninger* står sentralt. Er det skapt *berettigede forventninger*, beskyttes disse av rettsordenen. Lojalitetsplikten understreker således det tillitsforholdet som eksisterer mellom avtalepartene. Det for omsetningslivet viktige behov for tillit som partene oppnår med lojalitetskravet får dessuten en kostnadmessig innvirkning på forhandlingene – ved at partenes behov for å føre kontroll med og vokte hverandre minsker.

Særlig fremtredende når norske rettsteoretikere behandler spørsmålet om lojalitetsplikt på forhandlingsstadiet er Rt-1988-1078 der førstvoterende i en enstemmig Høyesterett i kom med følgende grunnleggende uttalelse om lojalitetsplikt i kontraktsforhold:

”Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består ...” (s. 1084).

³¹⁰ På s. 772. (*Kinahansen*).

³¹¹ Allerede i Rt-1935-122 viser Høyesterett til behovet for «god forretningsskikk». I Rt-1984-28 fant Høyesterett det klart at «ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold» måtte anses å gjelde utenfor avtaleloven § 33.

³¹² se Haaskjold, s. 34.

³¹³ Hov, s. 39.

³¹⁴ For eksempel kjøpsloven § 19 (1)b, finansavtaleloven §§ 15, 46, avtaleloven §§ 4(2) og 6(2). se Hov I, s. 41. Jeg begrenser imidlertid denne fremstillingen til det ulovfestede lojalitetsprinsippet.

Avgjørelsen understreker at lojalitetsplikten er til stede både før, under og etter kontrakt er inngått. Det samme gjør Høyesteretts uttalelse i Rt-1997-199, som dessuten viser at plikten til lojalitet er særlig sterk mellom næringsdrivende som forhandler om å stå i et kontraktsforhold til hverandre:

«Næringsdrivende som står i kontraktsforhold til hverandre, eller har gjort det, eller forhandler om å gjøre det, må vise større hensyn enn den utenforstående. Den som er blitt vist tillit, får en særlig plikt til å vise hensyn» (s. 223).

4.5.2 Lojalitetspliktens innhold på forhandlingsstadiet

Høyesterett har ikke etter i Rt-1998-761 definert de nærmere grensene for ansvarsgrunnlaget. Hagstrøm viser til at grensene er noe uklare.³¹⁵ Jeg vil i det følgende gjøre et forsøk på å definere den, innenfor avhandlingens avgrensninger, prekontraktuelle lojalitetsnormens innhold – med støtte fra spredte avgjørelser i rettspraksis, slik den er fremkommet i teorien. Samtidig vil jeg, slik som for det foregående, knytte kommentarer til likheter og forskjeller med løsningene i engelsk rett.

Skadevoldende handlinger³¹⁶ – uriktige opplysninger

Et sikkert grunnlag for ansvar finnes der det i løpet av forhandlingene gis uriktige opplysninger.³¹⁷ Ansvar for uriktige opplysninger er ikke særegent for den prekontraktuelle fase, men gjelder generelt i kontraktsretten. Når det utveksles informasjon mellom partene under forhandlingene må det forventes at den som mottar informasjonen – så fremt den ikke fremstår som ubestemt eller vag³¹⁸ – vil bygge på dem.³¹⁹ Simonsen deler de typiske skadevoldende handlingene inn i to hovedgrupper: (i) feilinformasjon om den fremtidige kontrakten, som for eksempel «en forskjønnert beskrivelse av kontraktsytelsen»,³²⁰ og (ii) feilinformasjon om sannsynligheten for at avtale vil inntre dersom parten allerede på tidspunktet for inngåelsen av

³¹⁵ Hagstrøm, s. 87.

³¹⁶ Brudd på taushetsplikt som skadevoldende handling behandles ikke her, jf. avhandlingens forutsetning om at partene har inntatt en bestemmelse om konfidensialitet.

³¹⁷ Rt-1970-637, *Skoleskyss*; Simonsen, s. 178.

³¹⁸ Simonsen, s. 182-183.

³¹⁹ Simonsen, s. 181.

³²⁰ Simonsen, s. 184.

intensjonsavtalen ikke hadde til hensikt å slutte noen avtale med den annen part.³²¹ For eksempel der en parts eneste intensjon for å innlate seg på forhandlingene er enten å sondere markedet for en pris eller å prøve den annen parts forhandlingsstyrke, vil det være snakk om ansvarsbetingende handlinger.

Som vist under avhandlingens punkt 3.8 kan det etter engelsk rett oppstå et krav i *tort* for uriktige opplysninger. Imidlertid er skal det mye til før et slikt krav kan føre frem, særlig dersom den uriktige opplysningen var uaktsom, jf. kravet om til at det må foreligge et spesielt forhold som fordrer en særlig omsorgplikt før ansvar for uriktige opplysninger kan pålegges. Dette i motsetning til norsk rett – der det er tilstrekkelig at for lojalitetsplikts inntreden at partene er i en forhandlingssituasjon. Er partene i en slik situasjon som denne avhandlingen har for øyet, anerkjenner ikke engelsk rett at en plikt til erstatning inntreer som følge av uaktsomhet. Er det snakk om rene svikaktige opplysninger er det vanskelig, men ikke umulig, å nå frem med et erstatningskrav.

Formålsrelevant atferd – de genuint prekontraktuelle normer

Et mer omstridt grunnlag for ansvar er der en plikt til lojalitet er begrunnet i partenes forutsetninger om en fremgangsmåte som er fundert i forventningen om slutning av den forestående avtalen.³²² Simonsen oppstiller tre typeforventninger av pliktkategorier: (i) opplysningsplikt om kontraheringsmuligheten, (ii) plikt til lojal medvirkning, og (iii) plikt til at avbrudd i forhandlingene er motivert ut fra saklige hensyn.³²³

Både fraværet av en alminnelig lojalitetsplikt og adgangen for forhandlende parter til å skjule sine intensjoner – slik som uttalt i *Walford v. Miles* – fører til at det her en markant forskjell fra engelsk rett. Med mindre det partene har benyttet den forholdsvis snevre adgangen engelsk rett gir til å gi lojalitetsplikten en kontraktuell basis, er det etter engelsk rett lite som kan tenkes å hjelpe den parten som står skuffet igjen der grunnlaget etter norsk rett er brudd på de - i det følgende nærmere omtalte – rene prekontraktuelle normer.

³²¹ Samme sted.

³²² Simonsen, s. 178-179 og s. 192 ff.

³²³ Samme sted.

(i) Opplysningsplikt om kontraheringsmuligheten

Den svenske avgjørelsen fra Högsta Domstolen i NJA-1990-745 er et eksempel på at det etter omstendighetene vil bedømmes som illojalt å unnlate å underrette om forhold av betydning som truer kontraheringen.³²⁴ Simonsen uttaler at rettspraksis «sikker støtte for en prekontraktuell opplysningsplikt», og viser blant annet til denne avgjørelsen.

De tilfellene der kontraheringsviljen definitivt tapes underveis i forhandlingene, gjelder det en generell plikt til opplysning. Mer usikkert er det når det foreligger omstendigheter som i større eller mindre utstrekning truer kontraheringsviljen. Hvorvidt en opplysningsplikt aktualiseres i det enkelte tilfellet kan ikke besvares generelt, men må ses i sammenheng med de særlige omstendighetene i hvert konkrete tilfelle. Opplysningsplikts styrke vil variere med hvor risikoen for tap av kontraheringsviljen truer fra. En opplysningsplikt vil lettere kunne oppstå der det er interne forhold som truer enn der trusselen kommer utenfra.³²⁵ I tillegg til sannsynligheten for at kontraheringsviljen går tapt, må det også blant annet ses hen til hvor langt forhandlingene er kommet, hvilket tillitsforhold som for øvrig eksisterer mellom partene, arten og omfanget av ressursbruken og partskonstellasjonen.³²⁶ Langt på vei kan en part etter dette stole på at den annen part ikke ”seiler under falskt flagg,” som for eksempel å unnlate å gi informasjon om forhold av stor betydning for mulighetene til at en avtale kommer i stand, eller å unnlate å opplyse om at man ikke har intensjoner om å nå en endelig avtale overhodet.

³²⁴ NJA-1990-745, på s. 759 (*Super-V-pumpen*.)

³²⁵ Simonsen, s. 195 ff.

³²⁶ Simonsen, kapittel 5 (s. 236-251). Se også punkt 4.5.3 under.

(ii) *plikt til lojal medvirkning*

Rettspraksis synes å legge til grunn at det foreligger en plikt for partene til lojalt medvirkning i forhandlingene mot den forestående kontraheringen.³²⁷ I Rt-1995-543 er det, med klar henvisning til Rt-1992-1110, uttalt at det «kan i det enkelte tilfelle være forhold som gjør at partene ikke fritt kan trekke seg ut av forholdet» (side 552).

Gjennom intensjonsavtalen skjer en formalisering av partenes tilknytning til hverandre – noe som igjen synes å kunne føre til strengere krav til lojal opptreden under forhandlingene. En intensjonsavtale er i alminnelighet verken en opsjon eller annen forkontrakt, som gir en eller begge partene en rett til – eventuelt under visse nærmere betingelser – til å kreve at avgiveren inngår den intenderte kontrakten.³²⁸ Imidlertid kan det hende at det er skapt en forpliktelse som er mindre vidtgående enn en kontraheringsplikt. I Rt-1992-1110 ble følgende uttalt om dette:

«Det jeg nå har sagt, innebærer ikke at jeg mener at OBOS sto helt fritt til å kunne avslå pristilbud fra Stiansens side. Oktoberavtalen må innebære en forutsetning om at OBOS *lojalt vurderer de pristilbud som Stiansens fremsetter*, og eventuelt gjennom forhandlinger *medvirker til en løsning av uløste spørsmål*. Et brudd på disse forutsetninger ville etter omstendighetene kunne ha medført at OBOS ble erstatningsansvarlig overfor Stiansens for tapte omkostninger til prosjektering m.v. Stiansens hadde imidlertid her satt seg i en vanskelig posisjon ved at han allerede før endelig kontrakt var inngått, hadde påbegynt byggearbeidet, og valgte ikke å stoppe prosjektet etter OBOS' brev 19 januar 1988. Et slikt erstatningskrav - etter synspunktene om negativ kontraktsinteresse - ble ikke fremsatt. Det er derfor ikke foranledning for meg til å vurdere om et slikt krav kunne ha ført frem»³²⁹ (mine uthevninger)

Høyesterett kom her til at det ikke forelå en rettslig bindende avtale, men fremholdt samtidig at den uforbindende ”oktoberavtalen” likevel kunne pålegge OBOS en plikt til lojalt å vurdere de pristilbud som ble fremsatt, og eventuelt gjennom forhandlinger medvirke til en løsning av uløste spørsmål. Et brudd på disse forutsetningene kunne etter omstendighetene føre til erstatningsansvar for tapte omkostninger til prosjektering og annet etter synspunktene om negativ kontraktsinteresse. At det foreligger en intensjonsavtale, kan etter dette antas å være en

³²⁷ Der partene har avtalt en plikt gjennom en prekontraktuell avtale som for eksempel «partene skal sammen søke å komme frem til en ny avtale» (eksempelet er hentet fra Simonsen s. 207) vil denne kunne håndheves slik at et brudd på plikten kan medføre ansvar.

³²⁸ Gomard, s. 301.

³²⁹ s. 1115-1116 (*Stiansen-OBOS*)

omstendighet som vil bidra til å styrke partenes forventninger om kontraktsinngåelse – slik at det foreligger en medvirkningsplikt til å lojalt vurdere motpartens utspill, å arbeide aktivt for en løsning, og fortsette forhandlingene.³³⁰ Slik som for plikten til å opplyse om kontraheringsviljen er pliktens inntreden avhengig av de særlige omstendighetene i hvert konkrete tilfelle. Det konkrete innholdet av plikten må også her vurderes ut fra blant annet hvor langt forhandlingene er kommet, hvilket tillitsforhold som for øvrig eksisterer mellom partene, arten og omfanget av ressursbruken og partskonstellasjonen – i tillegg til at det må tas i betraktning at medvirkningsplikten ikke stenger for å forfølge egeninteressen.³³¹

Etter engelsk rett er det bare der hvor partene har klart å gi lojalitetsplikten en kontraktuell basis med en bestemmelse om *best* eller *reasonable endeavour* at en lignende plikt kan statueres.

(iii) plikt til at avbrudd i forhandlingene er motivert ut fra saklige hensyn

Simonsen uttaler at spørsmålet om «lojalitetskravet setter skranker for partenes adgang til å bryte ut av kontraheringsforsøket, er et meget omtvistet spørsmål».³³² Hvilke forhold som legitimt kan anføres for å bryte ut av et kontraheringsforsøk, vil mest trolig bli vurdert av domstolene ut fra lojalitetsprinsippet.³³³ Kan det påvises at det er lagt avgjørende vekt på ”usaklige hensyn” i form av enten ”ulovlige hensyn” (i betydningen rettsstridige hensyn) eller ”utenforliggende hensyn” (i betydningen stridende mot relevante hensyn) vil det foreligge et ansvarsgrunnlag.³³⁴ Dersom partene ved avbruddet har lagt vekt på relevante hensyn, skal det trolig her mye til før domstolene stiller krav til rimelighet og lojalitet i vektleggingen av hensynene.³³⁵ Dersom den parten som trekker seg fra forhandlingene underveis kommer til at

³³⁰ Simonsen s. 211ff. Medvirkningsplikten kan også under gitte omstendigheter medføre en plikt til ikke å føre parallelle forhandlinger. Dette behandles imidlertid ikke her, jf. forutsetningen om at partene har avtalt en plikt til å ikke føre parallelle forhandlinger.

³³¹ Simonsen, s. 207.

³³² Simonsen, s. 226.

³³³ Simonsen, punkt 4.3.2, s. 227 ff.

³³⁴ Simonsen, s. 226 ff.

³³⁵ Simonsen, s. 234.

det foreligger vektige hensyn mot å inngå den intenderte avtalen på grunn av forhandlingsobjektets kvalitet eller stand, den annen parts forretningsmetoder eller økonomi – og dette er kommet for dagen *etter* at intensjonsavtalen kom i stand – ligger dette klart innenfor de forhold som kan begrunne ansvarsfri tilbaketreden fra forhandlingene. På den annen side ligger der en part vektlegger disse motforestillingene på en måte som er klart urimelig eller har «islett av misbruk».³³⁶

Slik som for en avtalt plikt til å forhandle lojalt eller utvise *best endeavours* for å bidra til å nå en endelig avtale, vil trolig også en avtale som angir hvilke grunner som godtas som avbruddsgrunner i kontraktsforhandlingene kunne godtas i engelsk rett. Som for andre delavtaler må det i så fall kreves at de formelle kravene til avtaleslutning er tilfredsstillt. Uten en slik delavtale, anerkjenner engelsk rett ikke en plikt til at avbrudd er motivert ut fra saklige hensyn – idet en generell plikt til lojalitet på det prekontraktuelle stadiet ikke eksisterer i engelsk rett.

4.5.3 Den konkrete lojalitetsvurderingen

Begrepet lojalitetsplikt gir uttrykk for en rettslig standard.³³⁷ Dette innebærer at regelen viser til en vurderingsnorm utenfor regelen selv.³³⁸ Kravet til *certainty* og *completeness* er til hinder for en slik standard i engelsk rett. Hva som til enhver tid ligger i beskyttelsen plikten til lojalitet gir, varierer slik med samfunnsforholdene og har den fordel at den derved er meget smidig. Ulempen ved denne elastisiteten er imidlertid at den kan skape en viss usikkerhet angående hva regelen faktisk rammer³³⁹ og dermed hvilken norm avtalepartene må rette seg etter. En vanlig måte å beskrive kravet til lojalitet på, er som en plikt som påligger hver av kontraktspartene til å ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser.³⁴⁰ Hva som er rimelig må baseres på en konkret bedømmelse av de tillitskapende omstendighetene i det enkelte tilfellet. Typiske omstendigheter er, som tidligere nevnt, sannsynligheten for kontrahering, hvorvidt parts-

³³⁶ Samme sted.

³³⁷ Falkanger Thorsen, s.36, Knoph, s. 10.

³³⁸ Hov I, s. 182.

³³⁹ Hov I, s. 183.

³⁴⁰ Hov I, s. 41.

relasjonene er formalisert (slik som gjennom en intensjonsavtale), om partenes forretningsforhold er nært (slik som at partene har et løpende forretningsforhold), og partenes aktivitet i forhandlingene.³⁴¹ I tillegg legges det vekt på rimelighetshensyn.³⁴² Det er særlig de over omtalte ”genuint prekontraktuelle normer” som påvirkes av de konkrete omstendighetene – i motsetning til ansvaret for de rent skadevoldende handlingene (uriktige opplysninger og brudd på taushetsplikt), som gjelder helt generelt og uavhengig av tillitsbånd mellom partene.³⁴³

4.5.4 Skyldkravet

Lojalitetsplikten forutsetter tilstedeværelsen av skyld hos den som forbryter seg på det, og er således sammenfallende med den alminnelige culpanormen i norsk erstatningsrett.³⁴⁴ Hvorvidt en parts atferd er å betrakte som culpøs, tar utgangspunkt i de forventninger som den naturlig er egnet til å frembringe. Har partene opprettet en intensjonsavtale, må denne i slike tilfeller antas å gi støtte til vurderingen av om det er opptrådt uaktsomt i kontraheringen. Dette vil i noen grad måtte knyttes opp til kravet om lojalitet. Simonsen har uttalt det slik:

«Generelt gjelder at jo sterkere den begrunnede forventningen om kontraktsinngåelse er, desto tettere lojalitetsbånd knyttes mellom partene.»³⁴⁵

Når engelsk rett unntaksvis åpner for et prekontraktuelt ansvar, er skyldkravet forskjellig avhengig av hvilken lære det er snakk om. For læren om *restitution* synes det som om det kreves forsett når en ser på den nevnte kommentaren Goff og Jones gir til avgjørelsen i *William Lacey*:

«In our view, *William Lacey* is best explained as an illustration of the principle of free acceptance: the defendant had not only benefited at the plaintiff's expense but had requested the performance of the services with the knowledge that the plaintiff did not intend to render the services gratuitously.»

I *tort* er skyldkravet uaktsomhet der det foreligger en *duty of care*. Der det ikke foreligger en slik *duty of care*, kreves det forsett for at uriktige opplysninger kan føre til erstatningsansvar.

³⁴¹ Simonsen, s. 241-246.

³⁴² Se Simonsens eksemplifisering, s. 246-251.

³⁴³ Simonsen, s. 241.

³⁴⁴ Simonsen, s. 164.

³⁴⁵ Simonsen, s. 38.

5 Hvilken betydning har *subject to contract* for spørsmålet om avtalebinding der partene har inngått en intensjonsavtale under norsk rett?

5.1 Innledning

Spørsmålene som *subject to contract-klausulen* reiser kan med fordel deles inn i to hovedgrupper; regulering av hvorvidt avtale er kommet stand og regulering av spørsmålet om ansvar for avbrutte forhandlinger. Det er det første spørsmålet som behandles i dette kapittelet. Under kapittel 7 behandles det andre spørsmålet.

Dersom en kommer til at intensjonsavtalen binder partene, kan en parts tilbaketreden fra forhandlingene representere et kontraktsbrudd³⁴⁶, slik at eventuelle erstatningskrav reguleres av kontraktuelle regler, som normalt forbedrer den skaldelidendes muligheter til å få erstatning,³⁴⁷ sammenlignet med der det ikke foreligger brudd på noen kontrakt.³⁴⁸ På denne bakgrunn er det viktig å avgjøre om – og eventuelt i hvilken grad – *subject to contract-klausulen* er egnet til å forhindre at partene har kommet til en avtale.

5.1.1 Avtalebinding der partene har inngått en intensjonsavtale

Spørsmålet om avtalebinding der partene har inngått en intensjonsavtale er ikke direkte regulert i norsk formell avtalerett. Det generelle utgangspunktet for spørsmålet om avtalebundethet er jf. avtl. §§ 1, 5 – 6 gjensidig enighet mellom partene om avtaleslutning på nærmere bestemte vilkår. I mange tilfeller – og da særlig ved kommersielle forhandlinger – passer avtalelovens system med statiske regler for bundethet ikke spesielt godt. Avtaleloven er imidlertid deklarasjonsmessig, jf. avtl. § 1, hvilket innebærer at partene kan tilsidesette avtalelovens regler. Det

³⁴⁶ Det samme gjelder dersom man kommer til at det foreligger brudd på en spesifikt bindende klausul, som for eksempel en bestemmelse om konfidensialitet eller eksklusivitet - selv om hovedinnholdet i intensjonsavtalen ikke er bindende.

³⁴⁷ Simonsen, s 25.

³⁴⁸ Dersom et erstatningskrav reguleres av kontraktuelle regler, kan den skuffede part normalt kreve den positive kontraktsinteresse erstattet – erstatning for den fortjeneste på kontrakten som de har gått glipp av. Som jeg kommer til under kapittel 6 er ikke den skuffede part helt uten muligheter for erstatning selv om kontrakt ikke er inngått, fordi brudd på prekontraktuelle normer vil kunne representere grunnlag for et erstatningskrav.

er ofte fordi partene ønsker å komme seg utenom avtalelovens system at de har benytter seg av presumptivt ikke-bindende overenskomster som for eksempel en intensjonsavtale. Grunnen til at de ønsker dette er blant annet at det er vanskelig å avgjøre hva som representer et tilbud eller en aksept ettersom partene fortløpende kommer med utspill til hverandre.³⁴⁹

Ved behandlingen av spørsmålet om når partene under en intensjonsavtale har kommet til bindende enighet, legger jeg i det følgende til grunn at en må falle tilbake på de alminnelige avtalerettslige prinsipper³⁵⁰ og at det må ses hen til omstendighetene i det enkelte tilfellet før man kan svare på spørsmålet om hvorvidt avtalebinding er skjedd.³⁵¹ Dermed kan en intensjonsavtale gå fra å ikke pålegge partene noen forpliktelser overhodet, til å være en fullt ut bindende avtale. Man må med andre ord foreta en fortolkning av dokumentet og de ledsagende omstendigheter for å undersøke om partene har passert forhandlingsstadiet og blitt enige om en forpliktende avtale.

5.1.2 Partenes begrunnelse for å kontraktsregulere tidspunktet for når kontrakten skal anses å være sluttet – og motforestillinger til en slik regulering

Som vist over i punkt 4.4, kan det hende at forhandlingspartene under en intensjonsavtale blir kontraktsbundet før de selv faktisk ønsker at binding skal inntre. Dette gjelder særlig når det legges til grunn at det i alminnelighet ikke kreves at partene nedfeller en skriftlig bekreftelse på at avtalebinding er skjedd. Ved komplekse kommersielle forhold vil muligheten for å kontraktsregulere tidspunktet for når kontraktsslutning inntre kunne være avgjørende for om partene i det hele tatt vil starte forhandlinger. Når partene bruker intensjonsavtaleformen, er dette ofte fordi de ønsker å legge bak seg de forhold det allerede hersker enighet om, slik at de uhindret kan fortsette forhandlingene. Den praktiske tilnærmingen blir da ofte å nedfelle et dokument, som partene venter at medfører at de ikke er bundet av det som står i dokumentet. Med det ovennevnte prinsippet om objektiv fortolknings særlige styrke i avtaler mellom

³⁴⁹ Det finnes også en rekke andre grunner til at partene bruker intensjonsavtaleformen. Gomard omtaler på side 252 tre faktorer som motiverer bruk av intensjonsavtaler: tidsnød, kontraktens omfattende og kompliserte karakter, og nødvendigheten av å iverksette tiltak før en bindende avtale kan inngås. Se også Woxholth, s. 164

³⁵⁰ Woxholth, s 165.

³⁵¹ Woxholth, s. 129; Gomard (1996), s. 86.

næringsdrivende, skal det også en del til for at de subjektive fortolkningsmomentene skal kunne føre til fravikelse av intensjonsavtalens ordlyd. Dersom det – etter en tolkning av dokumentet og øvrige tolkningsmomenter – likevel viser seg at partene til tross for bruken av en intensjonsavtale likevel er bundet, kan det hende at en eller begge parter får en ublid overraskelse.

Det er i teorien hevdet at avtalebinding gjennom forhandlinger passer dårlig ved komplekse kommersielle avtaler.³⁵² I slike tilfeller vil det ofte mangle bakgrunnsrett til utfylling av avtalen på punkter hvor partene enda ikke har kommet til enighet ved tidspunktet der avtaleslutning ellers inntreffer. Partenes behov for å kunne se det ferdige forhandlingsresultatet som helhet, for dermed å kunne vurdere om en eventuell avtale vil være lønnsom kan også være en begrunnelse for et ønske om et forbehold om en endelig avtale – som med klausulen *subject to contract*.

Partenes behov for forutberegnelighet med hensyn til hvilke plikter og rettigheter de har pådratt seg, kan være enda en begrunnelse for å søke å unngå bundethet på et tidlig stadium med en *subject to contract-klausul*. Dersom bundethet inntreffer på et tidlig tidspunkt, vil dette kunne ha virkning for forhandlinger om kommersielle kontrakter generelt, ved at partene ser seg nødt til å søke bistand fra advokater eller andre konsulenter i forhandlingssituasjonen. Dette vil igjen kunne føre til uønsket og unødig fordyrelse av forhandlingsprosessen. I tillegg kommer at innhenting av utenforstående tredjemenn kan føre til forstyrrelser i forhandlingsklimaet mellom partene.

På den annen side av disse hensynene står hensynet til lojalitet mellom forhandlende parter og den alminnelige læren om avtaleslutning sentralt. *Subject to contract-klausulen* kan tenkes å virke som en felle for forhandlingsparter som er vant til at avtaleslutningen følger de alminnelige reglene. Selv om avtalen er inngått *subject to contract* kan det derfor likevel tenkes at en av partene på et tidspunkt vil mene at tidspunktet for avtalebinding likevel har inntruffet på grunn av de alminnelige reglene om lojalitet, avtaleslutning og avtaletolkning, mens den

³⁵² Hagstrøm (1995).

annen part vil kunne lene seg tilbake på klausulen og hevde at den bestemmer at ingen avtale er kommet i stand.

Dersom partene ikke på noe tidspunkt er uenig om hvorvidt bindende avtale er inngått eller ikke, oppstår ikke noe problem – og heller ikke noe behov for en nærmere kontraktsregulering av når endelig avtale anses inngått. Når problemet ligger i at partene ofte har uoverensstemmende syn på bindingsspørsmålet, kan løsningen tenkes å være en *subject to contract-klausul*. Dersom partene etter å ha tatt ovennevnte i betraktning velger å ta i bruk *subject to contract*, oppstår spørsmålet om hvilke rettsvirkninger klausulen får når den virker i norsk rett. Det er dette spørsmålet som i det følgende søkes besvart.

5.1.3 Utgangspunkt og hovedregel – det er opp til partene selv å kontraktsdefinere når avtalebinding inntre

Det følger av prinsippet om kontraktsfrihet³⁵³ og avtalelovens deklarasjonelle karakter at partene i utgangspunktet står fritt til å regulere når kontraktsbinding inntre. Dette utgangspunktet nyanseres imidlertid av den vekt som tillegges bakgrunnsrettens løsninger og hensynet til rimelighet og lojalitet i norsk kontraktsrett. Selv om det i første omgang synes som om partene har adgang til å inngå en avtale i strid med den deklarasjonelle bakgrunnsretten, er avvikende løsninger i forhold til det som følger av den ikke uten videre uproblematisk i norsk kontraktsrett.³⁵⁴

5.2 Subject to contract

5.2.1 Tolkning av klausulen i forhold til spørsmålet om avtalebinding

Av hensyn til avhandlingens omfang vil jeg *kun* ta for meg tolkningen av klausulen for spørsmålet om avtalebinding der hvor partene har inngått en intensjonsavtale under norsk rett i sin reneste form – «*subject to contract*» – som også ofte tas inn ved mer komplekse forhold.

³⁵³ Se punkt 4.3.

³⁵⁴ Hov I, s. 172; Hagstrøm s. 623 ff.

Subject to contract-klausulens ordlyd – dens objektive meningsinnhold

Som sagt over er utgangspunktet etter alminnelig norsk tolkningslære den naturlige forståelsen av ordlyden.³⁵⁵ Klausulen *subject to contract* er i form og ordlyd temmelig knapp. Det engelske uttrykket *subject to* kan oversettes med «under forutsetning av», «avhengig av» eller «med forbehold om».³⁵⁶ Og *contract* betyr ganske enkelt «kontrakt» eller «avtale». Sammensatt til en meningsfull oversettelse: «med forbehold om avtale». Etter mitt skjønn står det som temmelig klart at den normale språklige forståelsen av ordlyden er at partene med *subject to contract* uttrykker at avtale ikke er inngått, slik at det gjenstår noe før partene er bundet.

Det neste spørsmålet som oppstår er dermed hva dette *noe* er. Klausulen selv gir ikke et uttrykkelig svar. Det kan tenkes en rekke anførsler og spørsmål knyttet til klausulens rettvirkninger i norsk rett. For det første kan det tenkes anført at klausulen må ses på som et forbehold om godkjenning fra kompetent organ – forbehold om styregodkjenning. For det andre kan det tenkes anført at klausulen krever skriftlighet (for eksempel en endelig skriftlig avtale eller en erklæring om at forbeholdet frafalles) for at binding inntreffer. Dersom skriftlighet ikke er påkrevd, oppstår spørsmålet om hva som skal til for at partene er bundet. Endelig kan det tenkes anførsler om hvor langt frem forbeholdet strekker seg i tid.

Sett med norske øyne, der *subject to contract* – i motsetning til i engelsk rett – ikke har et allerede fastlagt rettslig innhold, står rettsanvenderen igjen med flere spørsmål enn svar etter å ha foretatt en objektiv fortolkning av ordlyden. Den praktiske konsekvensen av at ordlyden til *subject to contract-klausulen* er knapp og ikke gir noe klart svar på dens rettsvirkninger, er at bakgrunnsrettens løsninger og reelle hensyn får stor betydning ved tolkingen av klausulen.

Et forbehold om styresamtykke?

Ofte er det slik at den eller de som forhandler på vegne av en part mangler kompetanse til å inngå den bindende avtalen som forhandlingene sikter mot. I et aksjeselskap faller for eks-

³⁵⁵ Punkt 4.2.3.

³⁵⁶ Jf. kunnskapsforlagets ordbok på nett, www.ordnett.no
<http://www.ordnett.no/ordbok.html?search=subject+&publications=5&publications=21> (tilgang 10.november 2005)

empel mange avgjørelser utenfor daglig leders kompetanseområde etter aksjeloven,³⁵⁷ noe som kan føre til spørsmål knyttet til kompetanse og legitimasjon.³⁵⁸ På denne bakgrunn er det en vanlig fremgangsmåte at partene forhandler seg frem til enighet, men at man har forbeholdt seg at avtalen ikke skal kunne anses gyldig eller virksom før godkjenning av forhandlerne respektive overordnede, styrer eller generalforsamling. Etter dette kan det tenkes at en part vil hevde at *subject to contract* må forstås slik at det med klausulen er tatt et forbehold (betingelse) om godkjenning fra styret. Grunnlaget for en slik forståelse kan være at «kontrakt» må tolkes innskrenkende, når det er snakk om et forhold som ellers krever styresamtykke. Kan klausulen forstås som et styresamtykke, må et samtykke som utgangspunkt gis for at avtalen mellom partene skal være bindende³⁵⁹, med mindre det må settes til side som følge av at det vil stride mot kravet til lojalitet i kontraktsforhold å gjøre det gjeldende.³⁶⁰

Etter sin ordlyd sier ikke klausulen noe om at bundethet er betinget av samtykke fra styret. Dette taler med styrke mot at klausulen fortolkes som et forbehold om styresamtykke. Et annet forhold som taler mot å tillegge klausulen betydning som et forbehold om styresamtykke, er at et slikt forbehold vanligvis tas ved en uttrykkelig henvisning til at det kreves samtykke fra styret for binding. Hensyn til klarhet og forutberegnelighet taler derfor mot at *subject to contract* alene ikke er tilstrekkelig for å kreve styresamtykke før binding inntreffer. Etter dette konkluderes det her med at klausulen ikke kan forstås som et forbehold om styresamtykke.

Kreves skriftlighet før binding inntreffer?

Det er klart at forhandlingspartene i prinsippet kan avtale noe som virker som en hindring for at avtalebinding mellom dem skjer før det signaliseres uttrykkelig – gjennom en skriftlig og undertegnet erklæring – at en endelig avtale er kommet i stand. Etter sin ordlyd sier ikke klausulen noe om hvilken form et avkall på *subject to contract-begrensningen* eller en endelig avtale må ha for at det skal binde partene. Dette tilsier – sammen med prinsippet om formfrihet – at *subject to contract-klausulen* ikke krever at partene gir avkall på dens virkninger skriftlig.

³⁵⁷ Lov 13 juni 1997 nr 44 om aksjeselskaper, aksjeloven (asl.) § 6-14.

³⁵⁸ Spørsmål knyttet til kompetanse og legitimasjon behandles ikke, slik som forutsatt i punkt 1.2.

³⁵⁹ Hagstrøm (1995), s. 603.

³⁶⁰ Woxholth, s. 152-153.

Det kan imidlertid spørres om *subject to contract-klausulen* kan sies å *forutsette* at det kreves skriftlighet mellom partene for at avtale er kommet i stand, jf. den over siterte uttalelsen i Rt-1998-946 om at forhandlingssituasjonen kan føre til at partene «gjensidig forutsetter et endelig utkast og undertegning før de blir bundet». Etter mitt skjønn er imidlertid ikke *subject to contract-klausulen* tilstrekkelig klar for å kunne hevde at partene alene ved å innta den *generelt* forutsetter skriftlighet dersom det som er passert mellom partene for øvrig viser en definitiv disposisjon, jf. både minimumsregelen og uklarhetsregelen. Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhandlinger taler etter mitt skjønn også mot at en part ikke skal kunne bindes før partene skriftlig enten uttrykker at *subject to contract-klausulen* er bortfalt eller at de har kommet til endelig avtale. Hvis en part alltid kan hevde seg ubundet så lenge det ikke har kommet til et skriftlig uttrykk, vil dette kunne medføre en risiko for uredelighet fra en av partenes side som er vanskelig å avdekke på grunn av anførsler om hva som i det enkelte tilfelle må anses forretningsmessig og rimelig. Dersom det ubetinget skal kreves skriftlighet mellom partene for at avtalebinding skal skje, må det derfor bero på at det er konkrete forhold i den enkelte forhandlingssituasjonen som taler for nettopp dette – slik som for eksempel sedvane mellom partene, bransjepraksis eller lignende.

Ved å innta en *subject to contract-klausul* i intensjonsavtalen vil imidlertid forhandlingene nok vanskeligere kunne anses for å ha ledet frem til en bindende avtale før partenes avtaleintensjon kommer skriftlig til uttrykk gjennom en et eget avtaledokument eller en erklæring om at *subject to contract-klausulen* bortfaller. Dersom det som er passert mellom partene for øvrig ikke viser en definitiv disposisjon, er det derfor sannsynlig at terskelen for at en domstol vil statuere bundethet høynes betraktelig, slik at binding i slike tilfeller kun unntaksvis inntreffer. Dette har sammenheng med forbeholdets virkning for lojalitetsplikten mellom partene, ved at forhandlingene vanskeligere vil danne grunnlag for beskyttelsesverdige forventninger om at avtale er eller vil bli sluttet med mindre *subject to contract-forbeholdet* uttrykkelig frafalles.

Kan klausulen tolkes som en forutsetning om definitiv enighet om samtlige avtalevilkår?

En annen tenkelig virkning av *subject to contract-klausulen* er at partene med den forutsetter at avtalebinding først skjer ved definitiv enighet om samtlige avtalevilkår,³⁶¹ slik at avtalebinding som følge av enighet om hovedvilkår ikke inntre. Selv om det foreligger enighet om vesentlige vilkår i en større forretningsavtale, vil avtalebinding ikke inntre dersom partene hadde som forutsetning at det først skulle skje en endelig vurdering av bindingsspørsmålet «når alle spørsmål var avklart.»³⁶² Etter sin ordlyd utelukker ikke *subject to contract-klausulen* at binding kan inntre der det foreligger enighet om hovedvilkår – uten at enighet om samtlige avtalevilkår foreligger. Slik som for spørsmålet om skriftlighet over, vil imidlertid det at klausulen er inntatt være av betydning for hvilke forventninger om avtaleslutningen partene kan hevde beskyttelse for. Særlig der det er snakk om komplekse avtaler, er det nærliggende å anta at klausulen er egnet til å oppstille en forutsetning om enighet om samtlige avtalevilkår. Når partene har inntatt *subject to contract-klausulen* skal det trolig mye til før partene ut fra en «allmenn forutsetning om gjensidig lojalitet»³⁶³ har «grunnlag for å anta» at enighet om hovedvilkår alene fører til at partene er bundet.

Klausulens gjennomslagskraft overfor spørsmålet om avtalebinding som følge partenes atferd og passivitet

Som vist over under kapittel 6.3, kan det hende at en intensjonsavtale som i seg selv ikke anses å ha noen bindende virkning, kombinert med en parts (partenes) atferd eller passivitet fører til at avtalebinding likevel oppstår. Forutsatt at klausulen ikke fører til at det kreves skriftlighet før binding inntre, er det grunn til å spørre om hvilken gjennomslagskraft klausulen har i denne sammenheng. Det kan tenkes flere løsninger på klausulens virkninger i forholdet til partenes atferd og passivitet. For det første kan det tenkes at klausulen fører til at avtalebinding på grunn av en parts atferd eller passivitet er utelukket. For det andre kan det tenkes at klausulen fører til at terskelen for avtalebinding i slike tilfeller heves. En tredje mulighet er at klausulen ikke har noen virkning når partenes atferd eller passivitet er av en slik karakter at avtalebinding ville ha oppstått uten klausulen.

³⁶¹ Huser, s. 243.

³⁶² Rt-1984-624 (s. 627).

³⁶³ Rt-1998-946 (s.958).

Spørsmålet om *subject to contract-klausulen* fører til at avtalebinding som følge av handling eller passivitet er *utelukket* å inntre, må etter mitt skjønn besvares benektende. Det er ikke vanskelig å tenke seg at en ubetinget adgang til å hevde at bindende avtale ikke er inngått som følge av *subject to contract-klausulen*, uansett hva det passerte mellom partene ellers måtte tilsi etter alminnelige fortolkningsprinsipper, kan være i strid med lojalitetsnormen i kontraktsforhold og åpne for det som med norske øyne ses på som et urimelig resultat (som vist under del I er heller ikke dette løsningen etter engelsk rett). Bakgrunnsrettens løsninger og generelle rimelighetsbetraktningers sterke rolle i norsk kontraktsrett, taler også for at klausulen ikke utelukker binding som følge av partenes atferd eller passivitet.

Etter norsk rett gjelder dessuten et krav til at partenes forbehold må fremstå som temmelig klart og utvetydig³⁶⁴ utformet for at det skal knyttes rettsvirkninger til det. Dersom en av partene ønsker å stå helt fritt til å forkaste eller å godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler, bør et så vesentlig forbehold som *subject to contract* tar sikte på å dekke komme klarere frem enn bare med klausulen alene. Dessuten må det komme til uttrykk tidlig under forhandlingene dersom det skal kunne hindre at den andre parten skal kunne danne feilaktige forventninger rundt forhandlingenes karakter, de handlingene som foretas og uttalelser som avgis i denne sammenheng.³⁶⁵ Dette må sees i sammenheng med kravet til pålitelighet under lojalitetsnormen, ettersom mangelen på slik informasjon kan bidra til at den andre parten danner feilaktige forventninger til forhandlingenes rettsstiftende karakter og utsiktene til å nå frem til endelig avtale.

Med utgangspunkt i at avtalebinding som følge av partenes atferd ikke er utelukket i og med *subject to contract-klausulen*, må det spørres om klausulen fører til at terskelen for avtalebinding heves. Dersom en eller begge parter aktivt begynner å oppfylle sine forpliktelser etter den tiltenkte avtalen kan det spørres om den parten (partene) som aktivt handler etter at oppfyllelshandlingene har funnet sted kan, eventuelt i hvilken grad, påberope seg *subject to*

³⁶⁴ Rt-1994-1222 (s. 1235); Rt-2001-1288 (s. 1298).

³⁶⁵ Rt-1998- 946 (s. 958).

contract-klausulen. På samme måte kan det spørres om den parten som forholder seg passiv der den annen part foretar oppfyllelshandlinger kan påberope seg klausulen. Spørsmålet gjelder særlig dersom den parten som har foretatt oppfyllelshandlingen var i var i god tro med hensyn til spørsmålet om avtalebinding hadde skjedd, og det ikke var noen oppfordring til å foreta undersøkelser for å avdekke om det faktisk forelå binding. Dersom en part har handlet eller forholdt seg passiv på en måte som har vært egnet til å skape forventninger om at intensjonsavtalen har gått over til å bli en bindende avtale, kan retten til å påberope seg *subject to contract-klausulen* ha bortfalt i og med handlingen eller passiviteten. Særlig dersom oppfyllelshandlingen har pågått over noen tid, kan hensynet til lojalitet og forutberegnelighet i kontraktsforhold tale for at bindende avtale anses inngått – også der intensjonsavtalen er påheftet *subject to contract-klausulen*.

På den annen side kan det argumenteres med at den annen parts forventninger ikke i like høy grad som ellers er beskyttelsesverdige – i og med at *subject to contract-klausulen* er inntatt. Klausulen fastsetter at binding først vil inntre når det foreligger en endelig avtale. En løsning hvor det at binding ikke er skjedd går ut over den som hadde foranledning til å forsikre seg om at så var tilfelle, kan også underbygges av den alminnelige lojalitetsplikten mellom partene.

Operasjons- og formålsbetraktninger³⁶⁶ kan også tale for at klausulen tillegges virkning mellom partene, slik at det skal mer til før partene er bundet enn det som ellers følger av bakgrunnsretten. En effekt av klausulen oppstår først der den gis en fortolkning som gir andre løsninger mellom partene enn dem som følger av bakgrunnsretten, slik som at terskelen for avtalebinding som følge av passivitet eller atferd heves.

Etter dette vil jeg konkludere med at *subject to contract-klausulen* er egnet til å heve terskelen for avtalebinding – dog slik at lojalitetsnormen setter en grense for partenes adgang til å påberope seg klausulen. Det er vanskelig å angi presist hvor terskelen for avtalebinding ligger.

³⁶⁶ Det er i rettspraksis og teori uttalt at en avtale som helhet – og helst hver enkelt klausul bør tolkes slik at den påvirker rettsforholdet mellom partene, og fremmer et hypotetisk felles formål der en felles partsoppfatning ikke kan legges til grunn. Se her Huser s. 509-515.

I hvert enkelt tilfelle må foretas en konkret vurdering av omstendighetene rundt forhandlingene og om det på bakgrunn av disse er skapt beskyttelsesverdige forventninger hos partene.

Klausulens gjennomslagskraft overfor regelen om avtalebinding som ”culpasanksjon”

Der avtalebinding er statuert som følge av culpasanksjon, er dette som sagt normalt begrunnet i *forventningsprinsippet* – tilfeller der det er grunn til å klandre parten for at den annen part med rimelighet kan ha grunn til å tro at det er inngått avtale. Slik som for spørsmålet om avtalebinding som følge av atferd eller passivitet kan det hevdes at når et forbehold om avtale inntas, er det signalisert klart at det skal mer til enn ellers for at binding inntre. En part som skal til å påbegynne oppfyllelsen av sine avtaleforpliktelser vil dermed ha en klar oppfordring til – dersom han er i tvil – å undersøke hvorvidt bindende avtale er skjedd. Dersom han ikke følger den oppfordringen som ligger i klausulen til å klarlegge bindingsspørsmålet, taler dette mot binding som sanksjon. Slik kan også sanksjonsmomentet trekke i retning at binding ikke foreligger.³⁶⁷

På den annen side bør det at *subject to contract-klausulen* er inntatt ikke medføre at binding med grunnlag i sanksjonssynspunkter er utelukket. Det kan tenkes konkrete forhold som taler for binding. Dersom for eksempel den ene parten i god tro begynner å oppfylle avtalen, og den annen part er klar over at den parten som oppfyller er i aktsom god tro med hensyn til at en avtale er inngått, taler den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold for at binding kan inntre. Etter dette er det nærliggende å konkludere med at *subject to contract-klausulen* også for regelen om avtalebinding som culpasanksjon er egnet til å heve terskelen for når binding inntre. Binding er imidlertid heller ikke her utelukket.

Hvor langt strekker forbeholdet seg i tid?

Ordlyden gir ikke noe svar på hvor langt frem i tid forbeholdet rekker, slik at det prinsipielt sett kan tenkes at det kun er på tidspunktet for tilføyelsen av bestemmelsen den virker. Imidlertid bør operasjons- og formålsbetraktninger også her tilsi at klausulen stekker seg ut gjennom

³⁶⁷ Rt-1998-761 kan illustrere sanksjonsmomentets side mot at binding ikke foreligger. På side 772 i dommen falt følgende uttalelse: «Etter mitt syn har bankens representant ikke ment å binde seg i dette møtet, og hvis Hansen har oppfattet det slik, måtte det anses som uaktsomt av ham». Se og Krüger, s. 37; Woxholth, s. 120.

forhandlingene, inntil endelig avtale kommer i stand eller forhandlingene avbrytes. Når endelig avtale er kommet i stand er det klart at forbeholdet faller bort. Dersom forhandlingene avbrytes bør også forbeholdet som hovedregel falle bort, selv om partene på et senere stadium skulle finne på å ta opp de samme forhandlingene, på samme måte som at forbeholdet ikke gjelder for det tilfelle der partene tar opp *nye* forhandlinger om en annen potensiell kontrakt mellom dem.

5.2.2 Sensur av klausulen

Etter tolkningen av klausulen – der både hensynet til lojalitet og rimelighet³⁶⁸ er tillagt vekt anser jeg det ikke som nødvendig å innlate meg på en vurdering av lemping i medhold av avtl. § 36. Rettspraksis viser at resultatet etter avtl. § 36, vil gjerne sammenfalle med det som allerede følger av en lojalitetsbasert tolkning og rimelighetsvurdering med vekt på bakgrunnsrettens løsninger.³⁶⁹ Særlig gjelder dette i forhold til *subject to contract-klausulen*, siden den etter sin ordlyd ikke gir noe klart svar med hensyn til dens rettsfølger overlater det meste opp til tolkningen.

I tillegg kommer at i kommersielle kontraktsforhold er avtl. § 36 en ren sikkerhetsventil³⁷⁰ som kun helt unntaksvis kan brukes hvor man ikke kommer frem via tolking og det foreligger markert urimelighet. I Rt. 2003 s. 1132 ble følgende uttalt i denne forbindelse:

«Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter, jf.eksempelvis Rt-1999-922 flertallet på side 932 og Rt-2000-806 på side 816» (premiss 46)

³⁶⁸ Avtl. § 36 kan karakteriseres som en tolkingsregel ettersom den oppfattes som et «klart direktiv om å søke rimelighet», se Hagstrøm s. 44

³⁶⁹ Se Rt-1992-295 og Rt-1991-220.

³⁷⁰ I Rt-1990-284 uttalte flertallet (9-8) at «denne generelle bestemmelse er forutsatt brukt med varsomhet» (s.296)

6 Hvilken betydning har *subject to contract*-klausulen for spørsmålet om prekontraktuelt ansvar etter norsk rett?

6.1 Innledning

En intensjonsavtale som ikke medfører noen juridisk avtalebindende virkning, kan etter norsk rett likevel gi opphav til en plikt for forhandlingspartene til å opptre lojalt mot hverandre. Som vist under punkt 4.5 kan et brudd på denne plikten medføre en plikt til å svare erstatning overfor den parten som står skuffet igjen. Etter engelsk rett fører *subject to contract*-klausulen i høy grad til at partene ikke kan pålegges ansvar for sin atferd under forhandlingene. Av denne grunn er det av interesse å se på hvilken betydning *subject to contract*-klausulen har for spørsmålet om ansvar for avbrutte forhandlinger etter norsk rett. Kan partene med klausulen fraskrive seg ansvaret som følger den prekontraktuelle lojalitetsplikten?

For å kunne besvare dette spørsmålet må det spørres generelt om norske domstoler vil håndheve *subject to contract*-klausulen i den utstrekning den kan anses som en avtale om frihet fra lojalitetsplikten og det ansvaret som følger med brudd på den. Dette kan også ses på som et spørsmål om lojalitetsprinsippet og det prekontraktuelle ansvarets preseptivitet. Dersom lojalitetsplikten og det ansvaret som følger plikten er preseptorisk, medfører dette at *subject to contract*-klausulen ikke kan tillegges rettsvirkninger i norsk rett i den utstrekning den må anses å bryte mot denne preseptiviteten. Klausulen må i så fall sensureres.

Etter å ha sett på dette spørsmålet må klausulen tolkes for å avdekke hvorvidt den er en avtale om frihet fra lojalitetsplikten, innen de rammer norsk rett måtte åpne for å håndheve en slik avtale. Spørsmålet er hvilken om – eventuelt i hvilken grad – *subject to contract*-klausulen kan sies å fritta en part fra å etterleve de prekontraktuelle lojalitetsforpliktelsene, og dermed også ansvaret et brudd på forpliktelsene medfører, i den utstrekning en slik frihet fra forpliktelsen godtas i norsk rett.

6.1.1 Partenes begrunnelse for å fraskrive seg prekontraktuell ansvar

Det er vanskelig å se for seg hvilke(n) god begrunnelse en part kan føre for hvorfor han ønsker å fraskrive seg det prekontraktuelle ansvaret i sin helhet – gjennom en ren ansvarsfraskrivelses-klausul. Det er imidlertid lettere å se for seg at en part kan ha legitime grunner for å fraskrive seg en enkelt ”ren” prekontraktuell lojalitetsplikt – som for eksempel en bestemmelse om at han ikke er forpliktet til å avstå fra parallelle forhandlinger, dersom han ellers ville ha hatt en plikt til dette.³⁷¹

6.1.2 Utgangspunkt og hovedregel – partene kan fritt kontraktsregulere spørsmålet om ansvar

Norsk rett anerkjenner i stor utstrekning en adgang for partene til å fraskrive seg ansvar, både i og utenfor kontrakt.³⁷² Prinsippet om avtalefrihet og hensynet til partsautonomien gjelder som utgangspunkt også her. Ansvarsfraskrivelsen forutsetter at det foreligger en bindende avtale – slik at den skadelidte i «ord eller handling»³⁷³ har *vedtatt* å gi avkall på den erstatningsrettslige posisjonen han ville ha hatt uten fraskrivelsen. Ansvarsfraskrivelsen er således en slags forhåndsavtale om at mellom skadelidte og skadevolderen om at skadelidte ikke skal kreve erstatning dersom skade voldes. Alene det at det foreligger en ansvarsfraskrivelse som partene har vedtatt betyr ikke automatisk at den kan gjøres gjeldende. For det første må den i tillegg dekke det aktuelle skadetilfellet, og det må dessuten undersøkes om den må settes til side ved sensur.³⁷⁴

6.2 Vil norske domstoler håndheve subject to contract-klausulen i den utstrekning den kan anses som en avtalt frihet fra lojalitetsplikten?

Dette spørsmålet kan, som sagt, ses på som et spørsmål om – og eventuelt i hvor stor grad – den prekontraktuelle lojalitetsplikten og det medfølgende ansvar er av preseptorisk karakter, slik at klausulen må sensureres.

³⁷¹ Simonsen, s. 223 om når denne plikten unntaksvis kan inntre.

³⁷² Hagstrøm (1996); Lødrup, s. 144.

³⁷³ Simonsen, s. 415

³⁷⁴ Nygaard (2000), s. 305 ff.

Så vidt jeg har kunnet finne, foreligger det ingen uttalelse i rettspraksis som direkte uttaler noe om hvorvidt lojalitetsplikten er preseptorisk. Dette er imidlertid ikke så underlig, idet kontraktspartene som opererer i norsk rett formodentlig anser lojalitetsprinsippet som et rimelig og balansert prinsipp. Den parten som presenterer overfor den annen part et forslag om å fravike lojalitetsprinsippet i sin helhet vil trolig bli møtt med en undrende og avvisende holdning.

Spørsmålet om lojalitetsprinsippets preseptivitet er imidlertid behandlet i teorien, blant annet av Simonsen.³⁷⁵ Etter å ha vist til at «det alminnelige lojalitetskravet [er] gjort ufravikelig» i UNIDROIT Principles og Principles of European Contract Law³⁷⁶, uttaler han at:

«[p]rinsippets preseptivitet samsvarer godt med utfallet av en urimelighetsvurdering etter avtl. § 36. En avtale som tilsidesetter kravet til lojal opptreden, vil regelmessig måtte betraktes som urimelig.»³⁷⁷

I og med at avtl. § 36 er en generalklausul som etter sin natur er preseptorisk³⁷⁸ vil lojalitetsprinsippet så lenge det faller inn under avtl. § 36 med hensyn til sensur av avvik fra det, kunne sies å uttrykke en preseptorisk regel.³⁷⁹

Under sin behandling av ulovfestede allmenne preseptoriske rettsregler hevder også Nygaard at:

«*Lojalitetskrav* i kontrakts- eller tilsetjingshøve må reknast som ulovfeste preseptoriske rettsgrunnsetningar. For kontraktshøve er *Sæbø* s. 343 inne på at slike rettsgrunnsetningar I hovudsak vil falla saman med standarden i avtl. § 36 ».³⁸⁰

Uttalelsen Nygaard viser til hos *Sæbø*³⁸¹ er følgende:

«Dersom avtl. § 36 er uanvendelig fordi det ikke ville virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende, kan vel heller ikke løfte mottager anses å opptre illojalt.»

³⁷⁵ Simonsen, s. 420-421. Se også Simonsen, petitavsnittet på s. 157-158.

³⁷⁶ UNIDROIT Principles, art 1.7 og PECL art. 1.106 (2).

³⁷⁷ Simonsen, s. 421

³⁷⁸ Jf. Ot.prp. nr.5 for 1982-83, s.40, punkt 8.1.

³⁷⁹ Noen ytterligere sensurdøftelse enn den som av spørsmålet om lojalitetsprinsippets preseptivitet anses etter dette ikke hensiktsmessig i dette kapittelet.

³⁸⁰ Nygaard, s. 363.

³⁸¹ Se *Sæbø*.

Etter dette er man nær en konklusjon hva angår lojalitetspliktens preseptivitet, slik at *subject to contract-klausulen* ikke kan tillegges rettsvirkninger i norsk rett i den utstrekning den må anses å bryte mot denne preseptiviteten. Før det foretas en endelig konklusjon kan det imidlertid være grunn til å rette blikket mot Simonsens uttalelse om at «visse nyanseforskjeller er det kanskje likevel plass for».³⁸² Han fortsetter kort etter:

«Hvorvidt det alltid vil være urimelig å fraskrive seg ansvar for uaktsomme overskridelser av lojalitetsplikten (objektivt sett), klan drøftes. Etter den eldre synsmåten skulle det være adgang til å foreta en slik fraskrivelse. Det kan dessuten diskuteres om samtlige av de mer presise utledninger av det alminnelige lojalitetsprinsippet besitter immunitet mot ansvarsreguleringer».

Det klart at man i norsk rett ikke kan håndheve en fraskrivelse som erklærer at lojalitetsplikten generelt er fraveket, men det kan altså tenkes at det er en åpning for at lojalitetsplikten og det medfølgende ansvaret i enkelte deler av plikten kan fraskrives. Dersom dette er tilfellet, vil man kunne si at prinsippet i noen grad har deklarasjonstrekk.

Det må være klart at det ikke kan fraskrives ansvar for forsettlig brudd på lojalitetsplikten. En slik fraskrivelse vil rammes av NL 5-1-2, fordi den er «imod ...Ærbarhed». Det samme er antatt å gjelde for grov uaktsomhet.³⁸³ Denne begrensningen vil rekke vidt, idet de «typiske prekontraktuelle rettsbrudd består av en forsettlig handling».³⁸⁴ For eksempel vil en unnlattelse av å opplyse om at kontraheringsviljen definitivt er tapt underveis i forhandlingene, generelt være forsettlig og så og si aldri unnskyldelig. Imidlertid kan det tenkes at det kan være slik at en ansvarsfraskrivelse for uaktsomme brudd på lojalitetsplikten kan håndheves. For eksempel bør fraskrivelse av uaktsom feilinformasjon om den fremtidige kontrakten kunne godtas, slik at terskelen for når den lojalitetspliktbaserte opplysningsplikten anses brutt derved heves.

³⁸² Simonsen, s. 421

³⁸³ Simonsen, s. 419-420; Nygaard, s. 307.

³⁸⁴ Simonsen, s. 420.

Dersom det inntas fraskrivelse om at «partene fritt kan trekke seg ut av forhandlingene uten at ansvar kan gjøres gjeldende»³⁸⁵ vil dette ifølge Simonsen kunne være en bestemmelse som er egnet til påvirke terskelen for når avbrudd i forhandlingene godtas å være motivert ut fra saklige hensyn. Både en slik fraskrivelse og også en mer generell fraskrivelse³⁸⁶ er egnet til å gi uttrykk for at sannsynligheten for kontrahering er lavere enn ellers, noe som vil kunne ha innvirkning på partenes «berettigede forventning», og således de lojalitetspliktene som er grunnnet i denne. Særlig også plikten til lojal medvirkning vil kunne lett kunne påvirkes av partenes berettigede forventninger.

Endelig vil en fraskrivelse kunne ha direkte virkning på den konkrete lojalitetsvurderingen.³⁸⁷ Som vist over baseres hva som er rimelig hensyn til medkontrahentens interesser på en konkret bedømmelse av de tillitskapende omstendighetene i det enkelte tilfellet, noe som en ansvarsfraskrivelse er egnet til å påvirke.

Etter dette blir den endelige konklusjonen her at lojalitetsplikten og det medfølgende ansvar både har preseptoriske og deklarasjonelle trekk. Hovedsynspunktet er at lojalitetsplikten har en betydelig stor ”kjerne” som ikke kan fraskrives. Imidlertid, siden partene gjennom en ansvarsfraskrivelse kan trekke opp rammene for hvilken atferd som er innenfor den berettigede forventning, kan lojalitetsplikten, eller i det minste dens inntreden reguleres.

6.3 Tolkning av subject to contract-klausulen – dens betydning for lojalitetsplikten

6.3.1 Er subject to contract-klausulen en ren ansvarsfraskrivelse for det prekontraktuelle ansvar?

Påberopes det at partene med *klausulen* har fraskrevet seg hele det prekontraktuelle erstatningsansvar, må det først gjennom en tolkning avklares hva partene med den har avtalt. Som vist

³⁸⁵ Simonsen, s. 421.

³⁸⁶ Simonsens eksempel er «without liability», s.421.

³⁸⁷ Se punkt 5.6.3 over.

over kan ikke en slik avtale håndheves etter sitt innhold. Imidlertid kan det som sagt være at den får betydning for terskelen for når illojalitet statueres.

Subject to contract-klausulens ordlyd – oversatt til «med forbehold om avtale» – har ingen henvisning til det prekontraktuelle ansvaret. Ved å tillegge *subject to contract* en betydning om at partene med den fris fra ansvar de ellers måtte pådra seg i forhandlingssituasjonen gis klausulen er meget vid forståelse, som etter mitt skjønn ikke harmonerer med dens ordlyd. Etter en naturlig forståelse av ordlyden viser klausulen til at det er viktig for partene å ikke umiddelbart binde seg til en endelig avtale. Dersom partene hadde ment å fri seg fra ansvar eller å avtale noe om hvordan utgiftsfordelingen i den prekontraktuelle fasen skulle være, ville det være naturlig for dem å innta en egen bestemmelse om dette. Simonsen gir som eksempel på en ren ansvarsfrihetsklausul denne: «forhandlingene skjer for egen regning og risiko, og uten at noe ansvar kan gjøres gjeldende overfor den annen part». I motsetning til en bestemmelse om at det tas forbehold om avtale, er det her tatt inn en uttrykkelig henvisning til at ansvar ikke skal kunne gjøres gjeldende. Konklusjonen min her blir etter dette at *subject to contract-klausulen* ikke kan ses på som en ren ansvarsfraskrivelsesklausul.

Spørsmålet om *subject to contract-klausulen* kan sies å være myntet på det prekontraktuelle ansvaret behandles også av Storme i artikkelen *Walfords chances under Belgian Law*.³⁸⁸ Han uttaler at «The clause does not free the negotiating parties from any liability». Min konklusjon med hensyn til hvorvidt klausulen kan ses på som en ren fraskrivelse av det prekontraktuelle ansvaret etter norsk rett formodes å være overensstemmelse med Stormes utlegninger om klausulen virkninger, da riktignok under belgisk rett.³⁸⁹

6.3.2 En avtale om helt eller delvis pliktfrihet?

Dersom klausulen kan ses på en avtale om helt eller delvis pliktfrihet – til å ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser, vil dette som sagt få betydning for spørsmålet om

³⁸⁸ Storme, s. 319 (punkt 6.)

³⁸⁹ Simonsen viser også til Storme i sin behandling av ansvarsfraskrivelser og uttaler om Stormes behandling av spørsmålet at «synspunktene han [Storme] fremmer må ha generell bærekraft». Jeg forstår Simonsen dit hen at han mener Stormes synspunkter ville kunne vært fremmet tilsvarende under norsk rett.

prekontraktuelt ansvar. Etter sin ordlyd sier klausulen ikke noe om hvilken grad av lojalitet partene plikter å utvise under forhandlingene. Den sier heller ikke noe om tilsidesettelse av de prekontraktuelle pliktreglene. Uten holdepunkter for annet vil derfor ikke klausulen kunne ses på som en alminnelig fraskrivelse for partenes prekontraktuelle lojalitetsplikter. En direkte fraskrivelse av lojalitetsplikten skjer dermed ikke med klausulen. Siden det over ble konkludert med at klausulen ikke kunne ses på som en ren ansvarsfraskrivelse, er det interessant å se om den likevel *indirekte* kan føre til helt eller delvis ansvarsfrihet.

6.3.3 Klausulens betydning for den konkrete lojalitetsvurderingen

Imidlertid kan den omstendighet at det tas forbehold for avtale likevel være av betydning for lojalitetsplikten. Som vist over i punkt 4.5.3, gir lojalitetsplikten uttrykk for en rettslig standard der plikten som påligger hver av kontraktspartene er å ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser, der hva som er rimelig må baseres på en konkret helhetsbedømmelse av de tillitskapende omstendighetene i det enkelte tilfellet. *Subject to contract-klausulen* kan tenkes å gi næring til den konkrete lojalitetsvurderingen ved at den uttrykker en usikkerhetsfaktor med hensyn til om bindende avtale kommer i stand, og er med det egnet til å senke partenes forventning om en endelig kontraktsslutning. Som sagt over er det særlig de ”genuint prekontraktuelle normene” som påvirkes av denne vurderingen. For de rent skadevoldende handlingene (uriktige opplysninger og brudd på taushetsplikt), som gjelder helt generelt og uavhengig av tillitsbånd mellom partene, må det slik jeg ser det kreves en klar ansvarsfraskrivelse – noe som *subject to contract-klausulen* som sagt ikke kan anses å være.

Ved at klausulen kan være av betydning for de rene prekontraktuelle normene, kan det være nyttig å undersøke hvilke normer klausulen mer konkret kan få betydning for. Alene det at partene har formalisert partsrelasjonen gjennom en intensjonsavtale er, som sagt, et forhold som vil kunne senke terskelen for den illojale opptreden³⁹⁰ – selv om intensjonsavtalen ikke fastlegger særlige plikter for partene.³⁹¹ Der *subject to contract-klausulen* er inntatt i intensjonsavtalen kan denne tenkes å heve denne terskelen igjen. Når partene med klausulen sier at de tar forbehold for avtale, kan det ses på som et uttrykk for at sannsynligheten for kontrahering er

³⁹⁰ Se punkt 4.5.2.

³⁹¹ Simonsen, s. 244, med videre henvisning til litteratur som understreker dette i note 174.

lavere enn ellers, noe som vil kunne ha innvirkning på partenes prekontraktuelle lojalitetsforpliktelser. For eksempel kan det tenkes at klausulens gjennomslagskraft overfor en plikt til å lojalt forsette forhandlingene kan være av betydning.

Plikten til å opplyse om tap av kontraheringsviljen er basert på tanken om at partene skal ivareta hverandres interesser i en viss utstrekning underveis i forhandlingene. Selv om det ikke er adgang til å fraskrive seg lojalitetsansvaret fullt ut, vil *subject to contract-klausulen* kunne heve terskelen for når denne lojalitetsplikten anses brutt. Ved at klausulen er egnet til å senke partenes forventning om kontraktsslutning, kan terskelen for hvor høy sannsynligheten for at kontraheringsviljen går tapt må være før det anses illojal å ikke ha opplyst om faren for at kontraheringsviljen helt tapes.

I den grad det oppstår en plikt for at avbrudd i forhandlingene motiveres ut fra saklige hensyn, vil klausulen kunne være egnet til å gi uttrykk for at sannsynligheten for kontrahering er lavere enn ellers, noe som vil kunne ha innvirkning på partenes «berettigede forventning», og således de lojalitetspliktene som er grunnet i denne.

7 Avsluttende synspunkter

Avhandlingen har søkt å kartlegge hvorvidt en *subject to contract-klausul* medfører at partene kan unngå bundethet eller ekskludere ansvar for sin atferd under kontraktsforhandlinger ved å ta inn klausulen i en intensjonsavtale etter henholdsvis engelsk og norsk rett.

Etter engelsk rett har klausulen en reell og viktig funksjon, men da mest for forhandlings-situasjoner der partene ikke har tatt i bruk intensjonsavtaleformen. Grunnen til dette er at der en kommersiell avtale for øvrig tilfredsstillende engelsk retts krav til gyldig avtaleinngåelse, vil en engelsk domstol generelt presumere at kravet til *contractual intent* er oppfylt. Har partene først formalisert forhandlingssituasjonen gjennom en intensjonsavtale vil dette rent faktisk normalt være tilstrekkelig til unngå avtalebinding, idet engelske domstoler er tilbakeholdne med å håndheve dokumenter betegnet *Letter of Intent* som rettslig bindende mellom partene. Unntaksvis, dersom intensjonsavtalen er detaljert, og partenes handlinger er så klare at de uttrykker enighet omkring alle, også de underforståtte vilkår, kan imidlertid klausulen ha en effekt også for intensjonsavtaler.

Fremstillingen har vist at klausulen stort sett er overflødig med hensyn til spørsmålet om hvorvidt kommersielle parter kan påføres ansvar under forhandlingene etter engelsk rett. Så lenge engelsk rett ikke anerkjenner en implisitt plikt til å forhandle lojalt/i god tro eller utvise *best endeavours* for å nå en avtale, har imidlertid ikke *subject to contract-klausulen* noen betydning for partenes rettsstilling med hensyn til lojalitetsforpliktelser på forhandlingsstadiet slik vi kjenner de i norsk rett. Hovedregelen om at forhandlingspartene bærer sine egne tap står således meget sterkt i engelsk rett. Engelsk rett anerkjenner bare i liten utstrekning unntak fra denne hovedregelen gjennom læren om restitusjon av uberettiget berikelse, og reglene om ansvar utenfor kontrakt (*tort*). I den utstrekning et erstatningsansvar kan ilegges etter disse lærene, er *subject to contract-klausulen* kun for læren om restitusjon for uberettiget berikelses vedkommende anvendelig til å forhindre et ansvar. Imidlertid er klausulen av meget liten faktisk betydning, idet ansvar etter dette grunnlaget sjeldent er aktuelt å pålegges i den pre-kontraktuelle fasen. For ansvar i *tort* er det verken behov for (hva angår læren om *negligent misrepresentation under a duty of care*) – eller mulig (hva angår ansvar for *deceit*) å innta

klausulen for å unngå et ansvar. Heller ikke vil *subject to contract-klausulen* ha noen virkning der partene unntaksvis har inntatt en håndhevbar bestemmelse om å utvise *good faith* under forhandlingene eller *best endeavours* for å nå en avtale (eller lignende). I og med at det er sjelden at partene evner å avtale en håndhevbar, er heller ikke dette av stor faktisk betydning.

Når det gjelder klausulens betydning for om avtalebinding inntreffer, er jeg kommet til at klausulens virkninger *i forholdet til de respektive rettssystemers løsninger uten klausulen* er meget like i norsk og engelsk rett. Ved å innta en *subject to contract-klausul* i intensjonsavtalen vil terskelen for at forhandlingene går over i en bindende avtale generelt heves. Hvor mye denne terskelen heves kan ikke besvares i alminnelighet, men det vil trolig – slik som for engelsk rett – være snakk om et relativt spesielt tilfelle der det statueres avtalebinding mellom forhandlende parter under en intensjonsavtale der de har tatt i bruk *subject to contract-klausulen*. Dette gjelder særlig for spørsmålet om skriftlighet kreves. Fremstillingen har også vist at de engelske og norske løsningene for spørsmålet om klausulens tidsmessige varighet er like. Dessuten synes ikke klausulen å få *andre* virkninger for spørsmålet om binding – som for eksempel ved at den anses som et forbehold om styresamtykke – i norsk rett sammenlignet med engelsk rett. Ingen av de to rettssystemene ser på klausulen som et slikt forbehold. Etter dette mener at jeg klausulen både er *nødvendig* i norsk rett for å nå dens intenderte rettsvirkninger, og at det i norsk rett i stor grad er *mulig* å oppnå klausulens intenderte rettsvirkning – å unngå avtalebinding. Etter mitt skjønn *dekker* den i de fleste tilfeller den intenderte rettsvirkning. Både for norsk og engelsk rett vil det være et spesielt tilfelle der klausulen ikke lar de intenderte rettsvirkningene inntre.

Behandlingen av klausulen for spørsmålet om dens virkninger overfor den prekontraktuelle lojalitetsplikten og dens medfølgende ansvar har vist at lojalitetspliktens preseptivitet i stor grad forhindrer at partene kan operere ansvarsfritt i den prekontraktuelle fase. Klausulen er imidlertid ikke helt uten innvirkning på det prekontraktuelle ansvaret. Ved å innta den vil den kunne påvirke partenes berettigede forventninger – noe som igjen får betydning for den konkrete lojalitetsnormen – da særlig de rene prekontraktuelle pliktene. I og med at det i den prekontraktuelle situasjonen «i utpreget grad» er snakk om «minstemål for akseptabel atferd

hvor ansvarsreglens funksjon er å ramme misbruket»³⁹² kan det likevel også for norsk rett sies å rent faktisk være av mindre betydning om *subject to contract-klausulen* er inntatt eller ikke. På denne måten blir klausulens rettsvirkninger *i forholdet til* den norske bakgrunnsretten, av temmelig like liten betydning som i engelsk rett. Det er klart at det er *nødvendig* etter norsk rett, dersom man skulle ønske å komme bort fra det prekontraktuelle lojalitetsansvaret, å innta en bestemmelse om fraskrivelse av slikt ansvar. Som vist over er lojalitetsansvarets preseptivitet imidlertid en skranke for *muligheten* til å fraskrive seg dette ansvaret. De forhold som det ikke er *mulig* å – gjennom en ansvarsfraskrivelse – påvirke er ansvar for forsettlig brudd på lojalitetsplikten, som for eksempel unnlatelse av å opplyse om at kontraheringsviljen definitivt er tapt. Klausulen kan dermed ikke sies å dekke *hele* den intenderte rettsvirkningen – å unngå prekontraktuell ansvar. Det er temmelig klart at lojalitetsplikten for øvrig har en stor ”kjerne” som ikke kan fraskrives, men det er som sagt *mulig* gjennom en ansvarsfraskrivelse å trekke opp rammene for når en atferd, eller minst dens inntreden, er innenfor den berettigede forventning. Etter mitt skjønn *dekker* klausulen heller ikke alt det som det i prinsippet er mulig å fraskrive seg ansvar for. For eksempel bør det nok kreves at der en part ønsker å fraskrive seg ansvar for en plikt til eksklusive forhandlinger, må dette skje uttrykkelig. Klausulen er imidlertid egnet til å heve terskelen for når en atferd anses illojal, både for en plikt slik som den sistnevnte, og de øvrige ”rene” prekontraktuelle normer som særlig påvirkes av den konkrete lojalitetsvurderingen.

³⁹² Simonsen, s. 239.

Litteraturliste, lover, domsregister og forkortelser

Litteraturliste

- Allen D.K. Allen: *Precontractual Liability – Reports to the XIIIth Congress International academy of comparative law. Montreal Canada 18-24 august 1990 – England.* s. 125-144.
Hondius, Ewoud H. (red.) Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer, 1991.
- Andenæs Mads Henry Andenæs: *Kontraktsvilkår*, Sjørettsfondet, Oslo 1989.
- Anderson Mark Anderson: *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Butterworths, London 1998.
- Anson Jack Beatson: *Anson's Law of Contract*, 28th edition, Oxford University Press, 2002.
- Arnholm Carl Jacob Arnholm: *Lærebok i Avtalerett*, Forlagt av Johan Grundt Tanum, 1969.
- Beatson, Friedmann Jack Beatson, Daniel Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press Oxford 2002.
- Blacks *Black's Law Dictionary*, second pocket edition, Byan A. Garner (red.) West Publishing Co. (2001)

- Bryde Andersen Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, 2. udgave, Gads Forlag, København.2002
- Chitty Joseph Chitty: *Chitty on Contracts*, 29th edition, Sweet & Maxwell, Oxford 2004.
- Christou Richard Christou: *Boilerplate: Practical Clauses*, 4th edition, Sweet & Maxwell, Oxford 2005.
- Clerk & Lindsell Anthony M. Dugdale (red.): *Clerk & Lindsell On Torts*, 18th edition, Sweet & Maxwell, London 2000.
- Cohen Nili Cohen: *Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate. I: Good Faith and Fault in Contract Law*, Jack Beatson og Daniel Friedmann (red.) Claredon Press, Oxford (1995). s. 25-56.
- Corbin Arthur Linton Corbin: *Corbin on Contracts – A Comprehensive Treatise on The Working Rules of Contract Law*, West Publishing Co., 1963
- Eckhoff Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*, 5. udgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, Oslo 2001.
- Falkanger (1969) Thor Falkanger: *Engelsk og norsk kontraktsfortolkning*, AfS (Arkiv for Sjørett) 9.537 ff. (1969).
- Falkanger Thorsen Arne Falkanger Thorsen: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold. I: Jussens Venner. Årg: 28 (1993), s. 36-54*

- Farnsworth E. Allan Farnsworth: *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, Columbia Law Review, Volume 87, March 1987 no.2, s. 217- 294.
- Fontaine, De Ly Marcel Fontaine, Filip De Ly: *Drafting International Contracts – An Analysis of Contract Clauses*, Transnational Publishers, Inc., New York, 2006
- Furmston Michael Furmston, with specialist editors: *The Law of Contract*, 2nd edition, Lexis Nexis 2003.
- Furmston, Norisada, Poole Furmston, Norisada, Poole: *Contract Formation and Letters of Intent*, John Wiley&Sons 1998.
- Giliker Paula Giliker: *Pre-contractual Liability in English and French Law*. Kluwer Law International. London, 2002.
- Goff & Jones Jones (red).: *Goff & Jones. The Law of Restitution*, 6th edition, Sweet and Maxwell. London, 2002.
- Gomard (1996) Bernhard Gomard: *Almindelig kontraktret*, 2. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1996
- Gomard Bernhard Gomard: «*Letters of intent*» (*hensigtserklæringer*), 30. Nordiske Juristmøte 1984, s. 245-312.
- Hagstrøm Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, Universitetsforlaget, 2003.

- Hagstrøm (1995) Viggo Hagstrøm: *Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold*, LoR 1995, s. 595-606.
- Hagstrøm (1996) Viggo Hagstrøm: *Om grenesene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*, TfR 1996, s. 421- 518
- Hagstrøm(1999) Viggo Hagstrøm: ”Due Diligence” ved virksomhetsoverdragelser. I: Tff. (1999 - 5), s. 391-399
- Halvorsen Christine Halvorsen: *Erstatningsansvar for avbrutte kontraktsforhandlinger etter engelsk rett*, Avhandling tilknyttet Prosjektet.
- Hiscock Mary E. Hiscock: *The keeper of the flame: good faith and fair dealing in international trade*, 29 Loyola of Los Angeles Law Review 1059 s. 1070 (1996).
- Hov I Jo Hov: *Avtaleslutning og Ugyldighet – Kontraktsrett 1*, 3. utgave, Papinian, Oslo 2002.
- Huser Christian Huser: *Avtaletolkning*, Universitetsforlaget, Bergen 1983.
- Høgberg Alf Petter Høgberg: *Kontraktstolkning*, Universitetsforlaget, Oslo 2006.
- Haaskjold Erlend Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2002.
- Knoph Ragnar Knoph: *Rettslige standarder*, Det juridiske fakultets lovsamlingsfond, Oslo 1948

- Krüger Kai Krüger: *Norsk Kontraktsrett*, Alma Mater Forlag, Bergen 1989.
- Lake, Draetta Ralph B. Lake, Ugo Draetta: *Letters of Intent and Other Precontractual Documents Comparative Analysis and Forms*, 2nd edition, Butterworth Legal Publishers, 1994.
- Lødrup Peter Lødrup: *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave, Gyldendal, Oslo 2005.
- Markesinis, Deakin, Johnston Basil Markesinis, Simon Deakin, Angus Johnston: *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th edition, Clarendon Press, Oxford 2003
- McKendrick Ewan McKendrick: *Contract Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2005.
- McKendrick (1995) Ewan McKendrick: *Negotiations subject to contract and the law of restitution*. I: *Restitution Law Review* 3 (2005) s. 100
- Moss (2007) Giuditta Cordero Moss: *The Function of Letters of Intent and their Recognition in Modern Legal Systems*, i Schulze, R. (red.), *New Features in Contract Law, kommende utgivelse*
- Nygaard Nils Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 2004.
- Nygaard (2000) Nils Nygaard: *Skade og ansvar*, 5. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 2000.

- O'Connor J.F. O'Connor: *Good faith in English law*, Aldershot, Dartmouth 1990
- Peel Ed Peel: *Standard Terms*, Guidance notes for the Anglo-American Project
- Sandsbraaten Tor Sandsbraaten: *Begrepe "conditions", "warranties", "representations" og "covenants"*, Avhandling tilknyttet Prosjektet.
- Selvig Erling Selvig: *Kjøpsrett til studiebruk*, Universitetsforlaget AS, Oslo 1999.
- Selvig/Hagstrøm I Erling Selvig og Viggo Hagstrøm: *Kontraktsrett til studiebruk* hefte I, Oslo 1997.
- Selvig/Hagstrøm III Erling Selvig og Viggo Hagstrøm: *Kontraktsrett til studiebruk* hefte III, Oslo 1998.
- Selvig, Knophs oversikt Erling Selvig: *Knophs oversikt over Norges rett*, s. 298-693, 10. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1993
- Selvig (1986) Erling Selvig: *Tolkning etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk*, TfR (Tidsskrift for Rettsvitenskap) 1986, s. 1 - 26.
- Simonsen Lasse Simonsen: *Prekontraktuelt Ansvar*, Universitetsforlaget AS, Oslo 1997.

- Skoghøy Jens Edvin A. Skoghøy: *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse*, publisert i Nybrott og odling - festskrift til Nils Nygaard, Fagbokforlaget 2002, s 323.
- Steyn Johan Steyn: *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, Law Quarterly Review 1997, 113 (JUL), 433-442.
- Storme Matthias E. Storme, *Walfords chances under Belgian law*, European Review of Private Law, 1994, s. 315-327.
- Sæbø Rune Sæbø: *Innsidehandel med verdipapir*, Fagbokforlaget, Bergen 1995.
- Treitel Sir Guenter Treitel: *The Law Of Contract*, 11. utgave, Sweet & Maxwell, London 2003.
- Virgo Graham Virgo: *The Principles of the Law of Restitution*, 2nd edition, Oxford University Press, 2006.
- Ward, Wragg Richard Ward, Amanda Wragg: *Walker & Walker's English Legal System*, 9th edition, Oxford University Press, 2005.
- Woxholth Geir Woxholth: *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, 6. utgave, Gyldendal Akademisk AS, Oslo 2006.
- Woxholth (1996) Geir Woxholth: *Erstatning hvis avtale ikke kommer i stand*, Tidsskrift for Forretningsjus, 1996, s. 45-51.
- Woxhoth (1995) Geir Woxholth: *Intensjonsavtaler – noen grunnriss*, Tff, 1995, s. 2 – 7.

Zweigert/Kötz

Konrad Zweigert og Hein Kötz: *Introduction to Comparative Law*, 3. utgave, Clarendon Press, Oxford 1998.

Lover

Norske lover:

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
av 31. mai 1918 nr. 4
- 1988 Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere av 16. juni 1989 nr. 63
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93
- 1997 Lov 13 juni 1997 nr 44 om aksjeselskaper
- 1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999
nr. 46

Engelske lover:

- 1925 Law of Property Act 1925
- 1967 Misrepresentation Act 1967

Rettspraksis

Norske Rettsavgjørelser

Høyesterett

HR-2006-02061-A		Rt-1981-595	
Rt-2006-999		Rt-1975-478	
Rt-2005-1112		Rt-1970-637	<i>Bergen Boat</i>
Rt-2005-268		Rt-1963-234	
Rt-2004-1256		Rt-1957-778	
Rt-2003-1232		Rt-1953-581	
Rt-2001-1288		Rt-1952-1217	
Rt-2001-1112		Rt-1951-371	
Rt-1998-1584		Rt-1935-122	
Rt-1998-946	<i>Vinagentur</i>		
Rt-1998-761	<i>Kina-Hansen</i>		
Rt-1997-160			
Rt-1996-415			
Rt-1995-543			
Rt-1994-1222	<i>Sjøen-dommen</i>		
Rt-1992-1110	<i>Stiansen-OBOS</i>		
Rt-1992-1105			
Rt-1992-295			
Rt-1991-220			
Rt-1990-284			
Rt-1987-1239			
Rt-1987-1205			
Rt-1987-1034			
Rt-1984-785			
Rt-1984-624	<i>Tromsø Kjøøl</i>		
Rt-1984-28	<i>Tromsø Sparebank</i>		

Svenske Rettsavgjørelser

Högsta Domstolen (?)

NJA-1990-745

Engelske rettsavgjørelser

House of Lords:

[1999] AC 221	<i>Banque Financiere de la Cite v. Pare (Battersea) Ltd.</i>
[1992] AC 128	<i>Walford v. Miles</i>
[1991] 2 AC 548	<i>Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.</i>
[1978] AC 95	<i>Orakpo v. Manson Investments Ltd.</i>
[1964] A.C. 465	<i>Hedley Burne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd</i>

Court of Appeal:

[2006] 1 Lloyd's Rep 121	<i>Petromec v. Petroleo Brasileiro</i>
[2002] EWCA Civ 355	<i>London & Regional Investments Ltd. v. TBI Plc, Belfast International Airport Ltd.</i>
[2002] EWCA Civ 128	<i>Stinnes Logistics AG v. Palgrave Brown.</i>
[1997] CLC 329	<i>Phillips Petroleum Co. UK Ltd. & Ors v. Enron Europe Ltd..</i>
[1995] CLC 164	<i>Little v. Courage Ltd.</i>
[1989] Q.B. 433	<i>Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.</i>
[1987] BTLC 20	<i>Bunker-Smith v. Freeza Meats Ltd.</i>
[1982] 2 All E.R. 97	<i>Cohen v. Nessdale Ltd.</i>
[1980] FSR 335	<i>IBM United Kingdom Ltd. v. Rockware Glass Ltd.</i>
[1969] 1 W.L.R. 1077	<i>Wood Preservation Ltd v. Prior</i>
[1976] 1 W.L.R. 649	<i>Munton v. Greater London Council</i>
[1975] 1 W.L.R. 297	<i>Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd. and Another</i>
[1975] Ch.146	<i>Tiverton Estates Ltd v. Wearwell Ltd.</i>
[1952] 2 All ER 497	<i>Brauer & Co. (Great Britain) v. James Clark (Brush Materials)</i>
[1951] 2 K.B. 164	<i>Chandler v. Crane, Christmas & Co</i>
[1924] 1 Ch 97	<i>Chillingworth v. Esche</i>
[1885] 29 Ch.D.459	<i>Edgington v. Fitzmaurice</i>

High Court, CHD:

- 2003 WL 21162436 *Beta Investment S.A. v. Transmedia Europe Inc.*
[2003] EWHC 1274 *Confetti Records v. Warner Music UK Ltd.*
[1995] 1 W.L.R. 212 *Regalian Properties Plc. and Another v. London Docklands
Development Corporation*
[1975] 3All E.R. 416 *Michael Richards Properties Ltd v. Corp. of Wardens of St
Savior's*

High Court, QBD/KBD

- [2006] EWHC 1341 *Multiplex Constructions (UK) Limited v. Cleveland Bridge UK
Ltd., Cleveland Bridge*
[2005] EWHC 70 *The Rugby Group Ltd v. Proforce Recruit Ltd..*
2000 WL 989503 *Abballe (t/a GFA) v. Alstom UK Ltd*
[1986] 1 Lloyd's Rep. 378 *Wilson Smithett & Cape (Sugar) Ltd. v. Bangladesh Sugar and
Food Industries Corporation*
[1984] All ER 504 *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge & Engineering
Company*
[1957] 1 W.L.R. 932 *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*
T.L.R., March 9, 1984 *Donwin Productions Ltd. v. E.M.I. Films Ltd.*
[1934] 2 K.B. 17 *May & Butcher v. The King,*
(1873-74) L.R. 9 Q.B. 34 *Richardson v. Silvester*

High Court, DC

- [1988] 39 E.G. 82 *Henderson Group p.l.c Superabbey Ltd*

Forarbeider

Ot.prp. nr.5 for 1982-83	Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)
NOU 1976: 61	Formuerettslig Lempningsregel

Konvensjoner

CISG:	FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) 1980, inntatt i Norges Lov 13. mai nr. 426 1988
-------	--

Forkortelser

Engelske rettsinstanser:

HL = House of Lords.

CA = Court of Appeal.

QBD = Queen's Bench Division – High Court*.

KBD = King's Bench Division – High Court*.

CHD = Chancery Division – High Court.

*) "Queens Bench Division" og "Kings Bench Division" er to betegnelser på samme avdeling i den engelske High Court. Betegnelsen er avhengig av om det er en dronning eller konge som er monark.

Andre forkortelser:

LoR Lov og Rett

L.J. Lord Justice (= dommer i Court of Appeal)

NL 5-1-2 Kong Christian den Femtes Norske Lov 16de april 1687, artikkel 5-1-2

Rt. Norsk Retstidende, Christiania/Oslo 1836-

STC subject to contract

TfF Tidsskrift for Forretningsjuss

TfR Tidsskrift for Rettsvitenskap