

UiO • **Det juridiske fakultet**

Avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens regler om opplysningsplikt

En analyse av regelsettene og deres mellomværende

Kandidatnummer: 573

Leveringsfrist: 25. november 2013

Antall ord: 17.997



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av temaet.....	1
1.2	Behovet for opplysninger.....	3
1.3	Reglenes formål og lovgrunner.....	5
1.4	Risikoen for egne forventninger	6
1.5	Avgrensninger.....	8
1.6	Videre fremstilling.....	9
2	REGLENES KARAKTERISTIKA.....	10
2.1	Reglenes ordlyd og utforming	10
2.1.1	Avtaleloven § 33.....	10
2.1.2	Kontrakslovgivningens regler om opplysningsplikt.....	14
2.2	Reglenes anvendelsesområder	16
2.3	Reglenes fravikelighet	17
2.4	Betydningen av kreditor- og debitorposisjon.....	18
2.5	Reglene tilbyr ulike rettsvirkninger	19
2.5.1	Oversikt	19
2.5.2	Reglenes innvirkning på krav om erstatning	21
2.5.3	Erstatning ved heving	22
2.6	Betydningen av ond tro og forundersøkelse	24
2.6.1	Opplysninger avtaleparten kjente eller måtte kjenne til	24
2.6.2	Virkningene av at forundersøkelse er foretatt	25
2.6.3	Alminnelig plikt til å foreta forundersøkelser?	28

3	UGYLDIGHET OG MISLIGHOLD	32
3.1	Innledning	32
3.2	De objektive inngangsvilkår	33
3.2.1	Kravet til tilbakeholdte opplysninger	33
3.2.2	Relevans i tid	34
3.2.3	Grensen til spekulasjoner	35
3.2.4	Betydningen av tilknytningsforholdet	36
3.3	De subjektive inngangsvilkår	39
3.3.1	Innledende bemerkninger	39
3.3.2	På området av kontraktslovgivningen	40
3.3.3	På området av avtaleloven § 33	43
3.3.4	Utenfor de lovregulerte tilfeller	45
3.3.5	Er den subjektive rekkevidde strukket for langt?	49
3.4	Redelighetskravet	51
3.4.1	Når trigges opplysningsplikten?	51
3.4.2	Samme krav til redelighet?	52
3.4.3	Forventningselementet	53
3.4.4	Innvirkningselementet	58
3.5	Om regelenes anvendelse	59
3.5.1	Reglenes terskler	59
3.5.2	Begrensninger i den berettigedes valgrett?	62
4	KILDER	66
4.1	Norske lover	66
4.2	Modellover og internasjonale instrumenter	66
4.3	Forarbeider	66
4.4	Rettspraksis	67
4.5	Litteratur	67
4.6	Elektroniske dokumenter	69

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

Både avtaleloven § 33 og kontraktslovgivingen¹ inneholder regler om opplysningsplikt ved avtaleinngåelse.

Manglende opplysninger ved avtaleinngåelse kan på den ene siden vurderes som en avtalerettslig tilblivelsesmangel med utgangspunkt i avtaleloven § 33, og dermed anføres som rettslig grunnlag for ugyldighet. På den andre siden kan forholdet samtidig vurderes etter de spredte regler om opplysningsplikt i kontraktslovgivningen, men da som grunnlag for kontraktsbrudd.

Reglenes vilkår og rettsvirkninger er formelt ulike, men reglene har til felles at de etter sin ordlyd beskytter den godtroende medkontrahent fra tilbakeholdte opplysninger² ved avtaleinngåelsen.

I den juridiske teori er regelsettene tradisjonelt fremstilt adskilt,³ slik at reglenes område av overlapp og forhold til hverandre i mindre grad er behandlet. Når regelsettene unntaksvis blir omtalt under ett, er det gjerne likhetstrekkene som omtales.⁴ I denne avhandlingen vil regelsettene bli fremstilt samlet, med det siktemål å bidra til en klargjøring av de spørsmål som reiser seg i forholdet mellom de to regelsettene som grunnlag for opplysningsplikt ved avtaleinngåelse.

¹ Kjøpsloven § 19 (1) b, håndverkertjenesteloven § 19, avhendingslova § 3-7, bustadoppføringslova § 26, husleieloven § 2-4 og forbrukerkjøpsloven § 16.

² Se Rt. 1995 s. 1026 for uttalelse som knytter seg til avtaleloven § 33.

³ For eksempel Arnholm, s. 328, Krüger (1991), s. 127 og Giertsen, s. 175.

⁴ For eksempel Hagstrøm, s. 136 og 142, og Woxholth, s. 321.

Overlappet i reglens nedslagsfelt reiser en rekke spørsmål.

For det første kan vi stille spørsmål ved likheten mellom reglens *vilkår*. Må regelsettene forstås som en anvisning på samme vilkår og vurderingstema, slik de at samme opplysninger omfattes av opplysningsplikten både i misligholdssituasjonen og ugyldighetssituasjonen? I den grad det her påvises ulikheter, hvilken betydning får dette i så fall for reglens nedslagsfelt i forhold til hverandre?

For det andre aktualiseres spørsmålet hvorvidt regelsettene har like *terskler* for anvendelse. Skal det like mye til for å konstatere brudd på opplysningsplikten i begge tilfeller, eller må regelsettens terskler anses å være individuelle? Hvilken betydning har det for eksempel i denne sammenheng at avtaleloven § 33 gir anvisning på ugyldighet, mens kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt gir anvisning på kontraktsbrudd?

Den tredje kategorien av spørsmål vi sitter igjen med, knytter seg til den grad av overlapp mellom regelsettene som vi har kommet frem til etter å ha analysert de overstående spørsmål. Er det lettere å påberope det ene regelsettet enn det andre i en sak for domstolene? Hvilke fordeler kan den berettigede oppnå med hensyn til rettsvirkninger, ved prinsipielt å påberope det ene regelsettet med fortrinn foran det andre? I denne sammenheng reiser også spørsmålet seg om den berettigede alltid har en valgrett eller ikke, gitt et tilfelle som i utgangspunktet faller inn under begge regelsettens nedslagsfelt. Finnes det rettslig grunnlag for å si at valgretten i et slikt tilfelle kan være begrenset?

Underveis i analysen av forholdet mellom avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt vil vi også skille ut til en egen problemstilling hvordan opplysningenes tilknytningsforhold til avtalen er vektlagt i de ulike regelsettene. Hvilken betydning har det for eksempel at de tilbakeholdte opplysningene knytter seg direkte til hovedforpliktelsen under kontrakten, contra biforpliktelser eller omstendigheter

mer generelt knyttet til avtaleforholdet? Foreligger det her ulikheter mellom regelsettene som kan innvirke på mulighetene til å påberope det enkelte regelsett?

Når forholdet mellom de to ulike typer regelsett skal analyseres, forutsetter dette en nærmere fastleggelse av det enkelte regelsettets materielle innhold. En større del av fremstillingen vil derfor nødvendigvis måtte bygge på en analyse av det enkelte regelsett, før disse underveis holdes opp mot hverandre.

Problemstillingene som blir tatt opp i avhandlingen, vil derfor dels gjelde spørsmål knyttet til det enkelte regelsett, og dels forholdet mellom regelsettene.

1.2 Behovet for opplysninger

Ved avtaleinngåelse har partene ofte i varierende grad *kryssende interesser*. Den som for eksempel selger sin bolig ønsker gjerne å kunne vise til et innbydende prospekt for å tiltrekke interessenter og oppnå beste mulige salgspris. På den annen side vil en potensiell boligkjøper ønske å få rede på eventuelle negative sider ved boligkjøpet som kan innvirke på pris, verdi, behov for senere påkostninger og ellers øvrige forhold som kan få betydning for den totale glede og nytte av kjøpet.

Samtidig er det også ofte slik at ikke alle opplysninger som er relevante for avtaleforholdet taler i partens egen favør, forretningsmessig sett. Med dette aktualiseres spørsmålet: hvilke forhold plikter avtaleparten lojalt å fremlegge overfor sin medkontrahent og som ikke kan holdes tilbake uten rettslige konsekvenser?

Avtalepartenes informasjonsbehov vil naturligvis variere fra avtale til avtale, men normalt vil behovet for et *riktig og tilstrekkelig* beslutningsgrunnlag gjelde de fleste avtaleforhold. I

noen tilfeller vil det kunne fremstå som opplagt hvilke opplysninger som må fremlegges, mens det i andre tilfeller kan være tale om vanskelige rettslige grensdragninger.⁵

Er selgeren eksempelvis kjent med at det tidligere er foretatt reparasjon av soppskader på eiendommen, aktualiseres spørsmålet om dette er opplysninger selgeren uten rettslige konsekvenser kan forholde seg taus om, eller om opplysningene pliktig må oppgis overfor kjøperen.⁶

Det er likevel slik at spørsmålet om fremleggelse av opplysninger og informasjon ikke bare kommer på spissen i relasjon til avtalepartens strategiske posisjonering for å oppnå en god avtale. Det er også et spørsmål hvilken informasjon medkontrahenten kan forvente fremlagt. – All informasjon er ikke nødvendigvis like viktig.

I utformingen av reglene om opplysningsplikt har lovgiver måttet foreta en avveining av hensynet til behovet for opplysninger som kan tenkes å ha en viss betydning for avtaleforholdet på den ene siden, holdt opp mot hensynet til nødvendighet og praktisk gjennomførbarhet på den annen side.

Fra et partsperspektiv aktualiseres dermed følgende spørsmål: Hvilke opplysninger skal en avtalepart med henvisning til rettsreglene kunne *forvente* at medkontrahenten lojalt fremlegger ved avtaleslutningen? Deretter, når det viser seg at opplysninger av betydning for avtalen ble tilbakeholdt av medkontrahenten; *hvor viktige eller betydningsfulle* må opplysningene anses å være for at den krenkede avtalepart skal kunne påkalle rettsreglenes beskyttelse?

⁵ Woxholth, s. 323.

⁶ Se f.eks. Rt. 1935 s. 669. I saken hadde selger av eiendom forholdt seg taus om sin kjennskap til tidligere reparasjon grunnet soppskader. Da ekte hussopp etter overdragelse ble avdekket, ble selger funnet erstatningspliktig for kjøpers utgifter til utbedring. Høyesterett bygget på at det forelå misligholdt opplysningsplikt.

Oppsummert kan vi også formulere disse spørsmål som en problemstilling om hvor grensen går for hva som er *lojal opptreden* ved inngåelse av avtaler etter norsk rett.

I denne sammenheng representerer reglene om opplysningsplikt minstekrav til lojalitet ved avtaleinngåelse.⁷

Avgjørende *de lege lata* for den rettslige grensedragningen om hvilke opplysninger som er pliktige å fremlegge, er om opplysningene etter rettsreglene må sies å være underlagt *opplysningsplikt*. Hvor grensen nærmere bestemt går etter avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt, vil anskueliggjøres nærmere i den videre analysen av det enkelte regelsett og forholdet mellom dem.

Alt i alt ser vi at *fremlagte opplysninger*, i tillegg til ellers *synbar informasjon* som ikke er holdt tilbake, vil kunne utgjøre en vesentlig del av en parts beslutningsgrunnlag ved avtaleinngåelse. *Utover dette* står avtaleparten igjen med faktorer som for eksempel egne undersøkelser, kunnskaper, behov, intuisjon og forretningssans. Behovet for opplysninger ved avtaleslutning står med andre ord sentralt – og regler om opplysningsplikt må på dette grunnlag sies å representere et meget viktig tema i relasjon til avtaleinngåelse.

1.3 Reglens formål og lovgrunner

Gjennom det ovenstående kommer sentrale formålsbetraktninger til syne som er felles for både avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt.

For det første skal reglene virke til å *avhjelpe* situasjonen hvor en avtalepart urettmessig er blitt utsatt for tilbakeholdt informasjon. For det andre skal reglene samtidig legge grunnlaget for en *preventiv effekt*: Reglene stimulerer til redelighet og god forretningsskikk ved

⁷ Hagstrøm (2009), s. 233.

avtaleinngåelse⁸ ved at partene etter rettsreglene risikerer å bli møtt med sanksjoner hvis opplysninger av betydning for medkontrahentens beslutningsgrunnlag blir holdt tilbake.

Samlet kan vi si at reglene representerer partenes og samfunnets behov for redelig og lojal oppførsel i kontraheringsfasen, og søker på denne bakgrunn i nødvendig utstrekning å gi den godtroende medkontrahent vern mot at den annen part forholder seg taus om opplysninger av relevant betydning for partens beslutningsgrunnlag. Et viktig formål med reglene er således å få de relevante forhold frem i lyset slik at medkontrahenten selv skal få muligheten til å ta stilling til hvilken betydning opplysningene har i relasjon til en eventuell avtaleinngåelse.⁹

Selv om vi ser at reglene langt på vei kan forklares ut fra sammenfallende hensyn, har reglene et nokså ulikt utgangspunkt: Avtaleloven § 33 knytter seg opp til betingelsene for gyldighet og må derfor også forklares ut fra gyldighetsbetraktninger. Reglene forankret i kontraktslovgivningen forutsetter på sin side at en har med å gjøre en gyldig avtale og knytter seg derfor opp mot læren om mislighold. I den videre analyse vil vi se at dette blant annet fører med seg ulikheter i måten reglene på hvert sitt område tilbyr medkontrahenten beskyttelse mot manglende opplysninger ved avtaleinngåelsen.¹⁰

1.4 Risikoen for egne forventninger

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at partene har risikoen for sine egne forventninger og forutsetninger.¹¹ Den rettslige systematikk tilsier derfor at det som utgangspunkt ikke gjelder noen generell opplysningsplikt ved avtaleinngåelse.¹²

⁸ Ot.prp.nr.63 (1917) s. 75. Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende også for kontraktslovgivningens regler.

⁹ Haaskjold, s. 544.

¹⁰ Se særlig kapittel 2, om reglenes ulike karakteristika.

¹¹ Hagstrøm, s. 141.

¹² Hagstrøm, s. 141. Se på den annen side Woxholth, s. 321, for uttalelser om et mer oppmyknet syn.

Som utgangspunkt må dermed partene sørge for å opptre aktsomt og ta egne forundersøkelser på alvor, for å ivareta sine egne interesser og forutsetninger best mulig. Dette innebærer for eksempel at en selger normalt ikke har opplysningsplikt om forhold som kjøperen selv burde ha oppdaget dersom det er foretatt eller foreligger oppfordring til å foreta forundersøkelser.¹³

De opplysninger som må fremlegges ved avtaleinngåelse gjelder altså først og fremst forhold det ville være uredelig å holde tilbake,¹⁴ typisk fordi det dreier seg om forhold av viss betydning og som ikke enkelt kan oppdages ved vanlig forundersøkelse eller som medkontrahenten for øvrig ikke har mulighet til å kjenne til.¹⁵

Etter Høyesteretts praksis er de rettslige normene som regulerer spørsmålet om opplysningsplikt å betrakte som *utslag av en overordnet risikoavveining*¹⁶ mellom partene på det pre-kontraktuelle stadiet. Vi kan således betrakte både avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt som *regler om risikooverføring* – og dermed regler som statuerer *unntak fra utgangspunktet* om at partene bærer risikoen for egne forventninger og forutsetninger.

Reglene representerer med andre ord grensen for når opplysninger er av en slik størrelse og karakter at det vil være illojalt å holde de tilbake for medkontrahentens egen vurdering. Skulle likevel slike opplysninger vise seg å bli holdt tilbake ved avtaleinngåelsen, skal medkontrahenten ikke behøve å bære risikoen for berettigede forestillinger eller uvitenhet som knytter seg til de tilbakeholdte opplysningene, når disse må sies å ha vært en tilstrekkelig motiverende del av beslutningsgrunnlaget.

¹³ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 62. (Se for eksempel kjøpsloven § 20, annet ledd).

¹⁴ Hagstrøm, s. 141 og Woxholth, s. 323.

¹⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 62.

¹⁶ Se avgjørelsen inntatt i Rt. 1987 s. 442, hvor Høyesterett formulerer dette som et spørsmål om hvem av partene som må bære «... risikoen for denne feiloppfatning...».

En refleksjon over de nevnte risikobetraktninger tilsier at reglenes funksjon kan sies å likne på en slags *culpa-sanksjonering*: Den illojale part må selv være forberedt på å overta risikoen for opplysninger som ved avtaleinngåelsen *kunne og skulle* ha blitt lagt frem for medkontrahenten etter reglene om opplysningsplikt.

En slik betraktning gjenspeiles også på enkelte områder av *tolkningslæren*. Et eksempel på dette er regelen om den ondetroende eller uaktsomme adressats stilling ved meningsforskjell,¹⁷ som også er uttrykt i kjøpsloven § 89 (1) for internasjonale kjøp.

1.5 Avgrensninger

I det følgende vil opplysninger som er lagt frem for medkontrahenten, men som senere viser seg å være *uriktige*, holdes utenfor analysen. Jeg vil derfor ikke tale om *opplysningssvikt* som sådan, fordi dette begrepet tradisjonelt *både omfatter* uriktige fremlagte opplysninger så vel som tilbakeholdte opplysninger.¹⁸ Dette vil også medføre at behandlingen av avtaleloven § 33 utelukkende vil knytte seg til dens område som grunnlag for opplysningsplikt. Jeg vil derfor for eksempel ikke behandle avtaleloven § 33 i relasjon til uriktig oppgitt informasjon eller for eksempel ved utilbørlig utnyttelse og tvang.

Opplysningsplikt ved avtaleinngåelse kan også forankres i andre regler enn de regelsett som er gjenstand for analyse her. Jeg vil derfor for eksempel avgrense fra opplysningsplikt med utgangspunkt i avtaleloven § 36, samt de spesielle regler om opplysningsplikt på kontraktrettens område som for eksempel finansavtaleloven § 59.

Reglene om opplysningsplikt ved avtaleinngåelse har som påpekt også en naturlig side til den alminnelige tolkningslæren og prinsippene for fastleggelse av innholdet i avtalens ret-

¹⁷ Se Rt. 1953 s. 581.

¹⁸ Haaskjold, s. 525.

tigheter og forpliktelser. Tolkingslæren og de tilhørende prinsipper for fastleggelse av kontraktsforpliktelsens innhold faller likevel utenfor oppgavens tema og vil ikke bli behandlet i det følgende.

Regelsettene som er gjenstand for analyse i oppgaven har også en nær side til eventuelle undersøkelsesplikter og virkningene av at forundersøkelse er foretatt. Det vil derfor være naturlig å beskrive noen utgangspunkter og hovedlinjer som gjelder dette forholdet. Dette temaet vil likevel bare bli behandlet i den utstrekning dette er naturlig sett hen til oppgavens størrelse for øvrig. En tilsvarende avgrensning er også påkrevd for behandlingen av reglenes rettsvirkninger.

1.6 Videre fremstilling

I den følgende analyse skal vi først se nærmere på reglenes ulike karakteristika (*kapittel 2*). Her vil vi hovedsaklig ta for oss lovreglenes ordlyd og utforming, deres respektive nedslagsfelt, samt gi en oversikt over reglenes rettsvirkninger. Siktemålet med denne innledende komparative delen er å få frem regelsettene ulike identiteter, samt rettslig relevante forskjeller på et overordnet nivå. Avslutningsvis i denne delen vil vi se nærmere på hvilken betydning regelsettene tillegger ond tro og forundersøkelse.

I den videre analysen går vi så over til å se nærmere på regelsettene vilkår for ugyldighet og mislighold (*kapittel 3*). Hovedspørsmålet i denne delen er hvorvidt regelsettene gir anvisning på samme vilkår og vurderingstema. Underveis vil vi også ta for oss enkelte særlige problemstillinger slik som betydningen av opplysningenes tilknytningsforhold og innholdet i reglenes redelighetskrav.

Avslutningsvis (*punkt 3.5*) skal vi blant annet se nærmere på regelsettene terskler for anvendelse, og hvorvidt den berettigede står fritt til å påberope ugyldighet eller mislighold ut fra subjektive preferanser om hvilke rettsvirkninger som gir størst lønnsomhet.

2 Reglens karakteristika

Avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt har til felles at de etter sin ordlyd beskytter den godtroende medkontrahent fra tilbakeholdte opplysninger ved avtaleinngåelsen. Måten den krenkede avtalepart oppnår beskyttelse etter regelsettene preges av likheter, men også av en rekke distinktive forskjeller. Vi skal her gi en oversikt over *en del overordnede karakteristika* ved regelsettene, slik at vi kan ha disse klart for oss når vi senere analyserer forholdet mellom regelsettene på et detaljnivå.¹⁹

2.1 Reglens ordlyd og utforming

2.1.1 Avtaleloven § 33

Den norske avtaleloven daterer seg tilbake til 31. mai 1918, noe som også gjenspeiles i lovens eldre og ærverdige språkdrakt.²⁰ Lovens utforming er et resultat av nordisk lovsamarbeid, og vi finner av denne grunn store likheter mellom de skandinaviske avtalelover.²¹ Dette betyr også at det undertiden kan være relevant å se hen til de øvrige skandinaviske rettskilder ved fastleggelsen av spørsmål på avtalelovens område.

Siden den tid da Norge fikk sin avtalelov har det naturlig nok skjedd en større utvikling i avtaleretten.²² Meningen var likevel aldri å nedfelle noen uttømmende regulering av avtale-

¹⁹ Kapittel 3, flg.

²⁰ Enkelte unntak finnes her ved den nyere innføringen av avtaleloven §§ 36 og 37.

²¹ Svensk avtalelov fra 1915, den danske fra 1917, den finske fra 1926 og den islandske fra 1936.

²² For eksempel kan det vises til den videreutvikling som har skjedd innenfor tolkningslæren. Et annet nevneverdig eksempel er den stadige større konkretiseringen av det ulovfestede lojalitetsprinsipp, som også gjelder på det prekontraktuelle stadiet, jf. Rt. 1988 s. 1078.

retten i avtaleloven.²³ Den opprinnelige tanken med lovarbeidet var faktisk i sin tid å lage et innledningskapittel til kjøpsloven av 1907.²⁴

Avtaleloven § 33 hører med til lovens tredje kapittel om ugyldige viljeserklæringer. Lovbestemmelsen lyder som følger:

«Selv om en viljeserklæring ellers maatte ansees for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjældende.»

Det sentrale vurderingstema etter avtaleloven § 33 er om det ville *stride mot redelighet* og god tro å gjøre avtalen gjeldende etter sitt innhold. En slik ordlyd medfører at ugyldighetsvurderingen knyttes opp til en meget vid rettslig standard. Vurderingen er likevel ikke helt åpen og fri for avgrensninger: Uredelighetskarakteristikken må bygge på det forhold at løftemottakeren, på avtaletidspunktet, har kunnskap om eller blir identifisert med *visse omstendigheter*, som er holdt tilbake fra medkontrahentens viten.

I tilfellet av misligholdt opplysningsplikt må løftegiveren – den vernede etter bestemmelsen – i praksis ofte ha vært *uvitende* om de aktuelle omstendigheter som anføres som grunnlag for uredelighetskarakteristikken. En slik slutning følger for så vidt ikke direkte av ordlyden. Men ved en nærmere vurdering, ser en at det vanskelig kan finnes i strid med redelighetsstandarden at det forelå “omstendigheter” som løftegiver selv *hadde muligheten til å vurdere betydningen av* ved avtaleinngåelsen på grunn av positiv kunnskap. Er man på den annen side utenfor tilfellet av misligholdt opplysningsplikt, og i stedet for eksempel over på

²³ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 74 “i de almindelige bemerkninger har anført at utkastet ikke tilsigter at være uttømmende.”

²⁴ Hov (2005), note 1.

området av tvang eller utpressing, vil det naturligvis ikke lenger følge som et iboende krav i redelighetsvurderingen at løftegiver var uvitende om disse omstendighetene.

Redelighetsvurderingen og grunnlaget for ugyldighet knyttes etter ordlyden til tiden og forholdene rundt avtalens *tilblivelse*. Det typiske anvendelsesområde for bestemmelsen blir dermed der hvor de nærmere forhold rundt avtalens tilblivelse ikke tåler dagens lys.²⁵ I praksis vil det ofte dreie seg om *misligholdt opplysningsplikt*: Løftemottakeren satt inne med opplysninger av en slik betydning for medkontrahenten, at det ville anses i strid med redelighet om løftemottakeren skulle få utnytte den annens uvitenhet eller villfarelse ved å holde opplysningene for seg selv.

Meningen med innføringen av *avtaleloven* § 33 var å etablere en sikkerhetsventil,²⁶ slik at domstolene hadde et bredere grunnlag for å statuere ugyldighet i de tilfeller som gikk klar av eller befant seg i ransonen av de øvrige og mer spesifikke ugyldighetsregler, som for eksempel forbudet mot svik i *avtaleloven* § 31.²⁷ At det kunne oppstå vansker med å gi de mer spesifikke ugyldighetsregler anvendelse i et konkret tilfelle, skulle således ikke stå i veien for domstolenes adgang til å statuere ugyldighet, når det likevel ville stride mot den alminnelige rettsfølelse om løftet skulle være bindende.²⁸

Slik bestemmelsens ordlyd er utformet, kan den som pretenderer avtalerettslig ugyldighet etter lovregelen unngå å komme med påstander som i større eller mindre grad impliserer at noen faktisk har opptrådt uredelig eller til og med begått en straffbar handling. I stedet kan vedkommende nøye seg med det hypotetiske, nemlig at det «*vilde stride mot redelighet eller god tro*» å gjøre erklæringen gjeldende.²⁹ Forarbeidene understreker de tilsvarende

²⁵ Hagstrøm, s. 136.

²⁶ Hov (2005), note 22.

²⁷ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 74.

²⁸ Woxholth, s. 314.

²⁹ Langfeldt, s. 225.

fordeler et slikt vurderingstema gir domstolene. For eksempel i et spørsmål om svik, innebærer svikbegrepet begrepet i seg selv “en saa massiv fordømmelse av handlingen, at det skal meget til, før det uten anstøt kan brukes” og rettspraksis viser at “domstolene kvier sig for at benytte det”. Bestemmelsen gir dessuten etter sin ordlyd domstolene støtte “naar de lægger den gode og hæderlige forretningsskik til grund for sine domme.”³⁰

Det var for øvrig også viktig å la avtaleloven § 33 få sin plass blant ugyldighetsreglene også for å forhindre at det ble trukket uriktige motsetningsslutninger fra svikregelen i § 30.³¹ Lot man vær å innføre bestemmelsen, ville det kunne “gi indtryk av at ingen uredelighet fra de kontraherende parters side har ugyldighet til følge, med mindre den er fremtraadt paa saadan maate at den kan kaldes svig.”³²

Ulempen med en mer generelt utformet ugyldighetsregel slik som avtaleloven § 33, hvor kravet til *redelighet og god tro* er det sentrale vurderingstema, er at det til en viss grad kan være vanskelig for de kontraherende parter å forutse grensegangene og i hvilke tilfeller domstolene vil komme til å konstatere ugyldighet.³³ Jo mer generelt ordlyden er utformet, desto større vanskeligheter oppstår med hensyn til forutsigbarhet. I utformingen av bestemmelsen var man oppmerksom på dette. Motivene uttaler til og med at det er tale om en lovregel “som den ældre lovgiving ikke har vovet sig i kast med” og at man derfor har måttet være “meget varsom i utformingen av princippet”.³⁴ Samtidig er det nettopp også den nokså generelle utformingen som er grunnen til at avtaleloven § 33 med årene skulle vise seg å bli “den mest sentrale av avtalelovens ugyldighetsregler”.³⁵

³⁰ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 75.

³¹ Woxholth, s. 314.

³² Ot.prp.nr.63 (1917), s. 75.

³³ Woxholth, s. 315.

³⁴ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 75.

³⁵ Hov (2005), note 114.

Til tross for de ulemper og forbehold som motivene til avtaleloven § 33 understreker vedrørende bestemmelsens nokså generelle og vidtrekkende karakter,³⁶ tar sentral norsk juridisk teori til orde for at lovregelen må forstås å kunne komme til anvendelse også i enkelte tilfeller som klart ligger utenfor dens ordlyd.³⁷ Jeg viser her til den nærmere analyse av det subjektive vilkår i avtaleloven § 33, nedenfor.³⁸ På dette området har forståelsen av den tilsvarende regel blant de øvrige skandinaviske lands rettsteori forholdt seg mer konservativ og tro mot den formelle ordlyden.³⁹ I Sverige og Danmark påberopes også bestemmelsen sjeldnere enn i Norge.⁴⁰ På den annen side har disse landene viet større plass for den ulovfestede lære om motivvillfarelse.⁴¹

2.1.2 Kontraktslovgivningens regler om opplysningsplikt

De alminnelige regler om misligholdt opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område bygger alle etter sin ordlyd på den tilsvarende regel i kjøpsloven av 13. mai 1988 som forbilde. Reglene kan dermed betraktes som utformet over samme lest.⁴² Dette fører igjen til betydelige likhetstrekk mellom reglene. Når vi i det følgende skal se nærmere på disse reglene, vil det dermed være naturlig å ta utgangspunkt i den ordlyd som er nedfelt i kjøpsloven § 19 første ledd litra b, som grunnlag for opplysningsplikt i kontraktbruddssituasjonen.

³⁶ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 75 «Heller end man har villet gaa for langt, hvorved man vilde risikere at ramme avtaler som, burde staa, har man villet gi sætningen for snevre grænser for under alle omstendigheter at være paa den sikre side...».

³⁷ Hagstrøm, s. 150, med videre henvisninger.

³⁸ Punkt 3.3.3.

³⁹ Bruserud, s. 23.

⁴⁰ I.c.

⁴¹ Woxholth, s. 314.

⁴² F.eks. Ot.prp.nr.29 (1988-1989) som i bemerkningen til hvtjl. § 19 uttaler at bestemmelsen er utformet «... etter mønster av kjøpsloven §19(1) bokstav (b).» Se også Hagstrøm, s. 135.

Det følger av kjøpsloven § 19 (1) b at opplysningsplikten er brutt når:

«... selgeren ved kjøpet har forsømt å gi opplysning om vesentlige forhold ved tingen eller dens bruk som han måtte kjenne til og som kjøperen hadde grunn til å rekne med å få, såfremt unnlåtelsen kan antas å ha innvirket på kjøpet».

Vel å merke gjelder denne bestemmelsen såkalte “as-is” kjøp.⁴³ Kjøpsloven har altså ingen positiv lovbestemmelse som statuerer opplysningsplikt i de tilfeller det ikke er tatt et alminnelig forbehold. I praksis vil dette likevel ha begrenset betydning. Når den aktuelle lovbestemmelse slår fast at selgers opplysningsplikt på denne måten slår igjennom det alminnelige forbehold, må regelen *enn mer* gjelde i de tilfeller hvor det *ikke er tatt slikt forbehold*.⁴⁴ Det foreligger altså ingen rimelig tvil om at innholdet i regelen, uavhengig av om dette utledes av analogi eller oppstilles som alminnelig prinsipp, også vil gjelde utenfor “as-is” tilfellet.⁴⁵

Kjøpsloven av 1998 bygger i likhet med avtaleloven på nordisk lovsamarbeid.⁴⁶ Lovsamarbeidet i forbindelse med den nye kjøpsloven bygget igjen på de nordiske lands tilslutning til FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp (CISG).⁴⁷

Etter innføringen av kjøpsloven av 1988, har vi i Norge fått tilsvarende regler om alminnelig opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område i håndverkertjenesteloven § 19,

⁴³ Kjøp hvor det er tatt alminnelig forbehold ved at tingen selges “*som den er*” eller tilsvarende.

⁴⁴ NOU-1993-27, s. 124 og Ot.prp.nr.66 (1990-1991), s. 88.

⁴⁵ Det som i stedet kan diskuteres er om pliktsubjektets subjektive identifikasjon med opplysningene skal skjerpes til fordel for realkreditor, som følge av at man er utenfor “as-is” tilfellet, jf. punkt 3.3.4.

⁴⁶ Det samme gjelder også dens forgjenger, kjøpsloven av 24. mai 1907.

⁴⁷ FN-konvensjonen om løsørekjøp ble vedtatt i Wien 11. april 1980. Løsørekonvensjonen ble deretter undertegnet av de nordiske land våren 1981. Etter nordisk utredning og høring ble det i Norge fremmet forslag til ny kjøpslov og lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen, jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987).

avhendingslova § 3-7, bustadoppføringslova § 26, husleieloven § 2-4 og forbrukerkjøpsloven § 16.

Etter sin ordlyd er vurderingstemaet etter disse bestemmelsene tilsynelatende langt mindre tilslørt enn etter avtaleloven § 33. For det første kommer dette av at språket er ikledd en mer moderne språkdrakt. For det andre er tilnærmingen mer direkte, nettopp fordi vilkårene kun dreier seg om opplysningsplikt. Ved utformingen av avtaleloven § 33 måtte lovgiver og det nordiske lovsamarbeid sørge for at vilkårene kunne favne videre etter sin ordlyd hvis intensjonen skulle kunne fyllest om at bestemmelsen skal kunne tjene som sikkerhetsventil for tilfeller også utenfor misligholdt opplysningsplikt. Motstykket er nødvendigvis at man ender opp med en ordlyd som er mer generell enn reglene om opplysningsplikt på kontraktlovgivningens område. Om dette utgjør noen praktisk betydning i forholdet mellom regelsettene er en av de sentrale spørsmål vi her er opptatt av å få svar på.⁴⁸ Det at reglene om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område etter sin ordlyd *direkte* tar for seg spørsmålet *om opplysningsplikten er misligholdt*, innebærer på sin side at man ikke kan påberope eller drøfte temaet med en hypotetisk tilnærming slik som etter avtaleloven § 33, jf. ovenfor.⁴⁹

2.2 Reglenes anvendelsesområder

Et viktig trekk som utgjør en forskjell mellom regelsettene, er reglenes respektive anvendelsesområder. Avtaleloven § 33 er generell i den forstand at lovregelen gjelder for alle avtaleforhold “paa formuerettens omraade”, jf. avtaleloven § 41. Dette betyr at avtaleloven § 33 får et meget vidt nedslagsfelt.

Når det gjelder de enkelte regler om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område, må man her gå til den enkelte lov og undersøke nærmere reglenes anvendelsesområde. For

⁴⁸ Se kapittel 3. flg.

⁴⁹ Punkt 2.1.1.

eksempel vil kjøpsloven § 19 (1) b dermed få den rekkevidde som følger av lovens kapittel 1. Kontraktslovgivingens regler om opplysningsplikt har *enkeltvis* således et betydelig snevrere anvendelsesområde enn avtaleloven § 33. Er man utenfor det lovregulerte område, er man henvist til å foreta en vurdering av om opplysningsplikt kan komme til anvendelse i den aktuelle sak som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp.⁵⁰ Slik vi senere skal se, er fastleggelsen av et slikt prinsipp likevel ikke helt opplagt. Utgangspunktet for konkretiseringen av et slikt prinsipp må antas å måtte bygge på det samme vurderingstema som følger av vilkårene i kjøpsloven § 19 (1) litra b. Dette støttes også av at kjøpsloven i stor grad gir uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.⁵¹ Spørsmålet er hvorvidt det subjektive vilkåret kan opprettholdes utenfor “as-is” tilfellet.⁵²

Holder en dermed rekkevidden av de enkelte regler om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område sammen med et tilsvarende prinsipp utenfor de lovregulerte områder, står man igjen med et vidt nedslagsfelt totalt sett.

2.3 Reglens fravikelighet

Avtaleloven § 33 er preseptorisk i likhet med de øvrige gyldighetsreglene i avtalelovens tredje kapittel.⁵³ Lovregelen viker således ikke for eventuell avvikende avtalebestemmelse, sedvane eller innarbeidet handelspraksis mellom partene. Dette innebærer iallfall en formell ulikhet til de av reglene om misligholdt opplysningsplikt på kontraktslovgivingens

⁵⁰ Hagstrøm, s. 135, legger til grunn at det også utenfor de lovregulerte tilfelle må anses som «... en sikker setning i kontraktsretten at misligholdt opplysningsplikt medfører at ytelsen skal være i samsvar med det kreditor på bakgrunn av realdebitors taushet kunne forvente.»

⁵¹ Rt. 1999 s. 408. I saken uttalte Høyesterett at det ikke hadde så stor praktisk betydning at kjøpsloven ikke direkte kunne komme til anvendelse, fordi kjøpsloven i stor grad er uttrykk for alminnelige prinsipper som også vil gjelde utenfor kontraktslovgivningen.

⁵² Punkt 3.3.4.

⁵³ Unntakene som opplistes i avtl. § 1 gjelder kun lovens første kapittel, jf. ordlyden “i dette kapitel”.

område som er fravikelige,⁵⁴ samt i tilfellene hvor man er utenfor de lovregulerte områder.⁵⁵

2.4 Betydningen av kreditor- og debitorposisjon

En videre viktig forskjell mellom regelsettene er at avtaleloven § 33 ikke spør om den krenkede part innehar en bestemt kreditor- eller debitorposisjon i avtaleforholdet. Lovregelen knytter vurderingstemaet i stedet opp mot det å avgi en “viljeserklæring” i relasjon til avtaleinngåelse. Begrepet *viljeserklæring* må knyttes opp mot det generelle trekk ved prinsippene som gjelder for avtaleinngåelse som går ut på at man må ha utvist en form for vilje til å binde seg. Avtaleloven § 33 dermed generell og kan i prinsippet påberopes av enhver som har bundet seg ved avtale. Bestemmelsens nedslagsfelt er dermed igjen meget vidt.

På dette punktet skiller avtaleloven § 33 seg vesentlig fra kontraktslovgivningens regler om opplysningsplikt. Det er et generelt trekk ved kontraktslovgivningens regler om opplysningsplikt at de kun kan påberopes av *realkreditor*. Etter kjøpsloven er det for eksempel *kjøperen* av en vare som kan påberope seg at selgeren har tilbakeholdt opplysninger som skulle ha vært fremlagt, jf. kjl. § 19 (1) litra b. Dette kommer av at lovlovregelen oppstiller som vilkår at det er “selgeren” som må ha “forsømt å gi opplysning” om de nærmere bestemte forhold. Selgeren kan med andre ord ikke påkalle seg regelen mot en kjøper med henvisning til at denne skal ha holdt opplysninger tilbake. En slik anførsel fra selger må i så fall grunnes i andre regler, slik som for eksempel avtaleloven § 33 som vil gjelde uavhengig kreditor- og debitorposisjon.

⁵⁴ Ulikheten fremkommer på området av kjøpsloven, hvor bestemmelsene er fravikelige i medhold av § 3, på området av avhendingslova *utenfor* forbrukerkjøpstilfeller etter § 1-2, og ved leie av lokale etter husleieloven, jf. § 1-2.

⁵⁵ Avtaleklausuler som går urimelig langt i å frita en part for lojalitetsplikter kan likevel komme i faresonen for lemping eller tilsidesettelse, sml. Krüger, s. 263.

2.5 Reglene tilbyr ulike rettsvirkninger

2.5.1 Oversikt

Ettersom avtaleloven § 33 åpner for at de tilbakeholdte opplysninger kan legges til grunn som en *tilblivelsesmangel* ved avtaleforholdet, gir lovregelen anvisning på ugyldighetsvirkninger. Lovbestemmelsen tilbyr med andre ord den krenkede part en total tilsidesettelse av kontraktsforholdet på grunnlag av ugyldighet. Stikkordsmessig kan vi beskrive et slikt rettsanvendelsesresultat som at det settes en strek over avtaleforholdet⁵⁶ fordi det lider av en svikt i betingelsene for gyldighet, og avtalen kan derfor ikke opprettholdes som rettslig bindende.⁵⁷ Følgelig kan det heller ikke gis dom for oppfyllelse ved ugyldighet.⁵⁸ Dette betyr likevel ikke at det ugyldige avtaleforholdet helt er uten rettsvirkninger. Ugyldighet innebærer i utgangspunktet at det skal skje en total restitusjon av utvekslede ytelser mellom partene.⁵⁹ I tillegg kan det for eksempel være aktuelt for den berettigede å kreve erstatning for økonomiske tapsposter under den negative kontraktsinteresse.⁶⁰

På dette området tilbyr de enkelte regler om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område en mer fleksibel håndtering av rettsbruddet ved at det åpnes for flere mulige sanksjoner. Det åpnes her for krav som retting, prisavslag, omlevering, heving og erstatning. Grunnen til dette er at misligholdt opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område gir anvisning på kontraktsbrudd. Det foreligger med andre ord brudd på vilkår i en bindende avtale eller brudd på plikter som følger av bakgrunnsretten. Kontraktsbruddet danner dermed rettslig grunnlag for at den berettigede etter videre regler⁶¹ kan påberope seg misligholdsbeføyelser som nevnt. – Er for eksempel de nærmere vilkår for prisavslag oppfylt, kan

⁵⁶ Woxholth, s. 284.

⁵⁷ Woxholth, s. 283, når *rettsfakta* betones i beskrivelsen av ugyldighet.

⁵⁸ Woxholth, s. 283, når i stedet *rettsvirkningene* betones i beskrivelsen.

⁵⁹ Woxholth, s. 284.

⁶⁰ Se nedenfor, punkt 2.5.2.

⁶¹ Se f.eks. kjøpsloven § 30, som opplister kjøperens mulige mangelskrav.

den berettigede derved påberope seg en nedjustering av vederlagssummen slik at balansen i kontraktsforholdet gjenoprettes.

I likhet med ugyldighetstilfellet, kan den berettigede som nevnt også i kontraktsbruddssituasjonen kreve erstatning for eventuelle økonomiske tapsposter, men tapspostene må da som hovedregel høre inn under den positive kontraktsinteresse, det som også kalles oppfyllesinteressen.

Tar vi ett steg tilbake og betrakter regelsettens funksjon i sammenheng med rettsvirkningene, finner vi også her en ulikhet mellom regelsettene. I kontraktsbruddssituasjonen innebærer reglene om misligholdt opplysningsplikt at den *berettigedes forventninger*, på nærmere bestemte vilkår, kan virke bestemmende for innholdet i avtalens forpliktelser.⁶²

Har for eksempel en kjøper etter forholdene grunn til å forvente at han inngår kjøp av *nytt* brannvarslingsanlegg på vegne av et borettslag, legger dette føringer på kontraktsforpliktelsens innhold: Er det fra selgers side ikke opplyst om at det aktuelle anlegget tidligere *er brukt og montert* i forbindelse med mislykket installasjon et annet sted, er det ikke opplagt at anlegget møter de krav som følger av avtalens forpliktelser. Selger blir altså i eksemplet på nærmere bestemte vilkår forpliktet etter det *kjøperen hadde grunn til å forvente* om ytelsen, som følge av selgerens egen taushet.⁶³ Vi kan altså betrakte reglene om misligholdt opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område som et *forpliktelsesgrunnlag*.

Forarbeidene til avhendingslova beskriver dette som at brudd på opplysningsplikten “inneber at ein må leggje til grunn” for avtalens forpliktelser “den tilstanden kjøperen hadde grunn til å rekne med på bakgrunn av at seljaren var taus. Avvik frå dette i negativ retning vert dermed ein mangel.”⁶⁴

⁶² Hagstrøm, s. 135.

⁶³ Se Ot.prp. nr. 82 (1997-98) s. 155, kommentarer til husleieloven § 2-4.

⁶⁴ Ot.prp.nr.66 (1990-1991), s. 88

Etter avtaleloven § 33 er regelens funksjon annerledes. I stedet for at den berettigede kan kreve sine berettigede forventninger lagt til grunn som forpliktende for avtalens innhold, kan den berettigede etter de nærmere vilkår i stedet gjøre forventningene og villfarelsen gjeldene som grunnlag for å gjøre eget løfte ved avtaleinngåelsen rettslig uforpliktende,⁶⁵ slik at avtaleforholdet settes til side som ugyldig.

2.5.2 Reglens innvirkning på krav om erstatning

Hvilke økonomiske tapsposter som kan kreves erstattet etter de ulike regelsett, er hovedsakelig knyttet opp mot to forskjellige årsaksperspektiv⁶⁶ som har utviklet seg i rettstradisjonen:⁶⁷ Kreves erstatning for *mislighold*, må tapspostene som utgangspunkt stå i årsakssammenheng til selve kontraktsbruddet.⁶⁸ Kreves erstatning for *ugyldighet*, må tapspostene i stedet stå i forbindelse med at avtalen er kommet i stand.⁶⁹ Tilbake står en igjen med to ulike rettsanvendelsesresultater⁷⁰ betegnet *positiv- og negativ kontraktsinteresse*. Selv om det finnes unntak, er utgangspunktet at det ikke er noen valgrett mellom disse to årsaksbeaktningene.⁷¹

⁶⁵ Jf. ordlydens innledning i avtl. § 33: «Selv om en viljeserklæring ellers maatte anees for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis ...»

⁶⁶ Hagstrøm, s. 522.

⁶⁷ En befinner seg her under vilkåret om faktisk årsakssammenheng. For øvrig må også de øvrige grunnvilkårene for erstatning være oppfylt. Merk også den lovregulerte sontringen mellom direkte og indirekte tap.

⁶⁸ Hagstrøm, s. 221.

⁶⁹ I.c.

⁷⁰ I.c.

⁷¹ Hagstrøm, s. 221 og Hov, s. 194.

Ved *ugyldighet* etter avtaleloven § 33 er det dermed tapspostene under den negative kontraktsinteresse som er aktuelt å kreve erstattet.⁷² Det økonomiske tap må her stå i årsaks-sammenheng med at avtalen *er kommet i stand*. Tapspostene som dekkes under et slikt årsaksperspektiv gjelder dermed forhandlingsutgifter, slutningsutgifter, oppfyllelsesutgifter og disponeringstap.⁷³ Med andre ord dreier det seg om tap som er lidt i tillit til at det ble inngått en gyldig avtale.⁷⁴

Utgangspunktet ved en misligholdt, men *gyldig* avtale, blir således at en i stedet kan kreve erstattet tapspostene under den positive kontraktsinteresse. Hensikten er da å sette den berettigede i samme stilling som om riktig oppfyllelse hadde funnet sted, uten misligholdet.⁷⁵ Kjøpslovens forarbeider eksemplifiserer med at en selger fortier at en bruktbil tidligere har vært kollisjonsskadd.⁷⁶ I vår sammenheng vil det da typisk kunne være aktuelt å få erstattet eventuelle verkstedsutgifter for utbedring av bilen. Årsaksbetraktningen er da at fortielsen har ledet til en mangel ved ytelsen; som igjen leder til de økonomiske utgiftene til utbedring av mangelen ved bilen.

2.5.3 Erstatning ved heving

Krav på heving forutsetter at det foreligger vesentlig mislighold. Sluttet fra det overstående skulle heving kombinert med et erstatningskrav dermed tilsi krav på den positive kontraktsinteresse.⁷⁷ I denne sammenheng har det i utgangspunktet ingen betydning at rettsvirkningene av heving kan sies å ha fellestrekk⁷⁸ med virkningene av ugyldighet.

⁷² Hov, s. 190. Hagstrøm, s. 522: En annen ting er at samme tap unntaksvis kan tenkes å dekkes etter begge utmålingsprinsipper.

⁷³ Hagstrøm, s. 522.

⁷⁴ Fleischer, s. 41.

⁷⁵ Hov, s. 190.

⁷⁶ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 62.

⁷⁷ Hagstrøm, s.445 og Hov, s. 272.

⁷⁸ Nazarian, s. 218.

Spørsmålet blir så hvorvidt det kan tenkes rettslig grunnlag for å kreve erstattet tap og utgifter for den negative kontraktsinteressen i kombinasjon med heving. I Rt. 2002 s. 1110 ble spørsmålet drøftet i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse. I saken hadde selgers representant misligholdt sin opplysningsplikt. Om erstatningsspørsmålet uttalte førstvoterende følgende:

«Spørsmålet er ... om det er grunnlag for å erstatte den negative kontraktsinteresse i kombinasjon med heving av kjøpet. På samme måte som ved ugyldige avtaler, vil det ved heving kunne bli spørsmål om å tilkjenne erstatning for tap og utgifter som er en direkte følge av kontraktsinngåelsen. Det må likevel foreligge et særskilt ansvarsgrunnlag for å statuere erstatning for slikt tap. Det gjør det etter min mening her.»⁷⁹
(s.1121)

I saken fant Høyesterett at ansvarsgrunnlaget var til stede ved at selgers representant hadde opptrådt «klanderverdig»⁸⁰ ved å tilbakeholde vesentlig informasjon om selskapets økonomiske stilling.⁸¹

«Som jeg ... har redegjort for, er det lite trolig at kjøpet hadde kommet i stand om Blyverket hadde gitt Bodum de opplysninger Bodum hadde krav på. Ut fra disse forhold foreligger det etter min mening grunnlag for erstatningskravet.»^(s.1121)

Etter dette tilsier ugyldighet etter avtaleloven § 33 at en kan kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, mens en i misligholdssituasjonen som utgangspunkt er henvist til å kreve erstattet den positive kontraktsinteresse.⁸² Ved heving tilsier likevel saken ovenfor at

⁷⁹ Min kursivering, også i det følgende.

⁸⁰ Dommen, s. 1121.

⁸¹ Hagstrøm, s. 523.

⁸² Hov, s. 272.

den berettigede, når det særskilte ansvarsgrunnlaget og de øvrige erstatningsvilkår er til stede, kan påberope erstatning for tap og utgifter som er en direkte følge av avtaleinngåelsen.

2.6 Betydningen av ond tro og forundersøkelse

2.6.1 Opplysninger avtaleparten kjente eller måtte kjenne til

Det ligger i formålet med opplysningsplikten at den ikke omfatter opplysninger og informasjon som medkontrahenten allerede er kjent med og kjenner betydningen av.⁸³ Reglene beskytter således bare den godtroende medkontrahent.⁸⁴ Etter avtaleloven § 33 følger dette iboende av redelighetsvurderingen: Det er ikke uredelig å gjøre en avtale gjeldende etter sitt innhold når ingen relevante omstendigheter på avtaletidspunktet var tilslørt for medkontrahentens egen vurdering. Avtalen er i så tilfelle inngått med åpne øyne, og det er opp til medkontrahenten om han så seg tjent med avtalen. På kontraktlovgivningens område kommer det samme til uttrykk i for eksempel kjøpsloven § 20, første ledd:

«Kjøperen kan ikke gjøre gjeldende som mangel noe han kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet.»

Tilsvarende regler på kontraktlovgivningens område er også inntatt i forbrukerkjøpsloven § 16 (3), avhendingslova § 3-10 og husleieloven § 2-6. Reglene avskjærer naturligvis likevel ikke realkreditors mangelkrav dersom det var forutsatt mellom partene at realdebitor skulle avhjelpe mangelen etter at avtalen er kommet i stand.⁸⁵

⁸³ Etter prp. kap.5, s. 63 er det lagt til grunn at dersom en med god grunn ikke forstår *betydningen* av opplysninger en tilegner seg, f.eks. etter en forundersøkelse, er dette grunnlag for at en etter omstendighetene likevel kan påberope forholdet som mangel. I slike tilfeller foreligger altså ikke ond tro. Tilsvarende hensyn vil også gjøre seg gjeldende for de øvrige lovregler.

⁸⁴ Rt. 1995 s. 1026.

⁸⁵ Ot.prp.nr.80 (1986-1987), s. 63.

Utover tilfellet av positiv kunnskap og dermed ond tro, fremgår det av bestemmelsene at opplysningsplikten *heller ikke* omfatter forhold medkontrahenten “måtte kjenne til” ved avtaleinngåelsen. Vurderingstema innebærer nærmere bestemt etter forarbeider⁸⁶ og rettspraksis⁸⁷ at medkontrahenten må kunne vise til en *rimelig unnskyldning* for å være uvitende, dersom forholdet ikke skal likestilles med kunnskap og ond tro. Dette innebærer en ytterligere innskrenkning i mulighetene for å påberope mangelsgrunner, og kan etter omstendighetene lede til at realkreditor også *utover* de tilfeller hvor han har positiv kunnskap om opplysningene, blir avskåret fra å kunne påkalle reglene om misligholdt opplysningsplikt når uvitenhet ville anses *grovt uaktsomt*. Det er dette som forstås å ligge i kravet til rimelig unnskyldning.⁸⁸

Også dette, hvilke krav som må stilles til medkontrahentens aktsomme opptreden og kunnskaper som en forutsetning for påkallelse av manglende opplysninger, må etter avtaleloven § 33 bakes inn i redelighetsvurderingen.

2.6.2 Virkningene av at forundersøkelse er foretatt

Etter reglene nevnt ovenfor er det i utgangspunktet ikke tillagt betydning at uvitenhet knyttet til opplysningene ville anses *simpelt uaktsomt*, altså der medkontrahenten “burde” ha kjent til de forholdene som senere blir påberopt som manglende opplysninger. Utgangspunktet i et slikt tilfelle er at reglene om opplysningsplikt gjelder fullt ut: Opplysningsplik-

⁸⁶ Se f.eks. Ot.prp.nr.80 (1986-1987), s. 59 og 63.

⁸⁷ Jf. drøftelsen av tilsvarende ordlyd i Rt. 2002 s. 696 (s. 702).

⁸⁸ Se nedenfor, punkt 3.3.2. Haaskjold, s. 551: «At de nevnte lovbestemmelsene gir anvisning på grov uaktsomhet, finnes det dessuten støtte for i forarbeidene til kjøpsloven...».

ten vil på denne måten slå igjennom en eventuell simpel culpøs uvitenhet fra medkontra-
hentens side.⁸⁹

Det ville gå for langt om et slikt vern skulle gjelde ubetinget, for eksempel i tilfeller hvor medkontra-
henten selv har foretatt nærmere besiktigelser eller er gitt oppfordring av den
annen part til å foreta slike undersøkelser. I kjøpsloven § 20 (2) og de tilsvarende regler på
kontraktslovgivningens område er det således gjort unntak hvor realkreditor har:

*«... undersøkt tingen eller uten rimelig grunn unnlatt å etterkomme selgerens opp-
fordring om å undersøke den...»*

I slike tilfeller kan realdebitor ikke gjøre gjeldende forhold som han:

*«... burde ha oppdaget ved undersøkelsen, med mindre selgeren har handlet grovt
aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro.»*

Det gir dermed mening når forarbeidene til kjøpsloven i relasjon til reglene om opplys-
ningsplikt uttaler at selgeren «vanligvis ikke»⁹⁰ vil ha opplysningsplikt når det gjelder for-
hold som kjøperen etter en alminnelig aktsomhetsvurdering «burde ha oppdaget», forutsatt
at man enten er i det tilfellet hvor forundersøkelse *er foretatt*, eller at slik undersøkelse *uten
rimelig grunn er unnlatt etter den annen parts oppfordring*.

Etter reglene er det likevel tatt forbehold for de tilfeller hvor realdebitor har handlet «grovt
aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro.» Ordlyden trekker en klar parallell
til den illojale opptreden som også kreves etter avtaleloven § 33, og det er antatt at kravet

⁸⁹ Dette følger av at simpel uaktsomhet faller utenfor kjøpsloven § 20 (1) og de tilsvarende regler på
kontraktslovgivningens område. Det er først når man etter kjøpslovens systematikk befinner seg i § 20 (2) at
simpel uaktsomhet kan få betydning for opplysningspliktens rekkevidde.

⁹⁰ Ot.prp.nr.80 (1986-1987), s. 62.

til grov uaktsomhet har liten selvstendig betydning ved siden av redelighetskravet.⁹¹ I slike tilfeller er opplysningsplikten opprettholdt fullt ut, slik at den berettigede kan påkalle manglende opplysninger til tross for egen uaktsomhet. Krüger uttaler i denne sammenheng at selv der utrednings- og undersøkelsesfunksjonen er lagt på medkontrahenten «... kan det ikke aksepteres at opplysningshaveren fortier det han kjenner til under henvisning til at det er den annen part som skal utføre 'detektivarbeidet'...»⁹² Sagt med andre ord vil reglene om opplysningsplikt kunne slå igjennom for unnlatt eller utilstrekkelig utført forundersøkelse når det foreligger kvalifisert skyld eller en form for uredelig opptreden fra realdebitor.⁹³

En noe avvikende lovregulering fra det som er belyst hittil, er foretatt i avhendingslova § 3-10 (3) og husleieloven § 2-6 (3). Det følger av disse særbestemmelsene at de foregående leddene i bestemmelsene som gjelder ond tro og forundersøkelse, ikke er ment å gjøre noen innskrenkning i de respektive regler om manglende opplysninger; med andre ord opplysningspliktens rekkevidde. I forarbeidene til avhendingslova uttales i denne sammenheng følgende:

«Leddet inneber at seljarens opplysningsplikt alltid vil gå framfor kjøparens forundersøkingsplikt. ... Det er ingen direkte parallell til § 3-11 tredje ledd i lausøyrekjøpslova. Reservasjonen i lausøyrekjøpslova § 20 andre ledd siste del ... for tilfelle der « selgeren har handlet grovt uaktsomt og ellers i strid med redelighet og god tro », vil rett nok ofte føre til same resultat...»⁹⁴

⁹¹ Bergem (2005), note 99.

⁹² Krüger, s. 290.

⁹³ Se Rt. 1920 s. 890 som gjaldt tilfelle under kjøpsloven av 1907, som da krevde at selgeren hadde handlet «svigagtig», jf. § 47. Høyesteretts flertall (dissens 5-2) uttalte her: «Leveres der prøve av en anden varesort eller av et surrogat for varen, er det efter min mening likegyldig, om prøven har større eller mindre likhet med den solgte vare, eller om kjøperen ved at undersøke prøven hadde kunnet opdage uoverensstemmelsen eller ikke.» (s. 892).

⁹⁴ Ot.prp.nr.66 (1990-1991), s. 95.

Senere legges det til:

«Har kjøparen på avtaletida faktisk kjent til det omstendet som så vert gjort gjeldande som mangel, er det i og for seg aldri grunn til å la lova hjelpe denne kjøparen. Likevel vil ikkje § 3-11 tredje ledd i seg sjølv utelukke at seljaren må svare for mangel etter § 3-8.»⁹⁵

Reglene om *opplysningsplikt* på kontraktslovgivningens område vil altså i disse særtilfellene som utgangspunkt alltid kunne påberopes, med mindre det er klart at medkontrahenten var i ond tro. Dette innebærer altså et avvik innad blant reglene om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område.

2.6.3 Alminnelig plikt til å foreta forundersøkelser?

Vi har overfor kommet til at positiv kunnskap medkontrahenten allerede har og forstår innholdet av, eller opplysninger som etter nærmere bestemte vilkår kan likestilles med slik kunnskap, er unntatt fra å kunne gjøres gjeldende som mangelsgrunn. Den ellers berettigede er i slike tilfeller avskåret fra å påkalle reglene om misligholdt opplysningsplikt,⁹⁶ og pliktsubjektet kan følgelig heller ikke pålegges opplysningsplikt knyttet til disse opplysningene.

I neste rekke kan det stilles spørsmål til om det gjelder en alminnelig plikt til å foreta undersøkelser *før* avtaletidspunktet?

Spørsmålet er interessant fordi det vil kunne få betydning i forhold til det overstående, nemlig hvilke opplysninger medkontrahenten kjente eller måtte kjenne til ved avtaleinngå-

⁹⁵ Min utheving.

⁹⁶ Se kjøpsloven § 20, forbrukerkjøpsloven § 16 (3), avhendingslova § 3-10 og husleieloven § 2-6.

elsen. Det vil i utgangspunktet ikke være forenlig med en rimelig unnskyldning⁹⁷ for uvi-tenheten at en eventuell undersøkelsesplikt på medkontrahentens hånd er brutt. Dessuten vil etterlevelse av en eventuell plikt til å foreta forundersøkelser aktualisere spørsmålet om hvilke forhold medkontrahenten “burde” kjenne til, etter en alminnelig culpavurdering.⁹⁸

I den juridiske litteratur tas ofte begrepet *undersøkelsesplikt* i bruk som et slags motstykke til opplysningsplikten. Arnholm uttaler eksempelvis at «den ene parts opplysningsplikt kan modifieres ved den annens undersøkelsesplikt».⁹⁹

Som vi skal se nedenfor, bør det i denne sammenheng som utgangspunkt bevisst sondres mellom *forundersøkelser* på den ene side, og *etterfølgende undersøkelsesplikter* på den annen side.

På kontraktlovgivningens område gir både utgangspunktet om at partene bærer risikoen for egne forventninger og forutsetninger, samt positive lovbestemmelser slik som kjøpsloven § 31 om undersøkelse etter levering, uttrykk for at påkallelse av mangel i misligholdstilfellet *forutsetter en viss aktpågivenhet*.¹⁰⁰

Kjøpsloven – i likhet med de øvrige nevnte kontraktslovene – oppstiller likevel ingen alminnelig plikt overfor realkreditor til å foreta forundersøkelser. I kjøpsloven § 20 (2) reguleres bare rettsvirkningene av at kjøperen *har foretatt* slik undersøkelse før avtaletiden eller eventuelt har *unnlatt* å etterkomme selgers oppfordring om å foreta slik undersøkelse.

⁹⁷ Jf. f.eks. kjøpsloven § 20 (1) om “måtte kjenne til”.

⁹⁸ Jf. f.eks. kjøpsloven § 20 (2).

⁹⁹ Arnholm, s. 331. Hagstrøm, s. 147, viser på sin side til Stang og mener forholdet bør beskrives som at «... når tingen selv taler, kan selgeren tie...».

¹⁰⁰ Langfeldt, s. 269.

Det er først *etter* avtaletidspunktet i kjøpsloven, nærmere bestemt etter leveringen, at en nærmere undersøkelsesplikt blir pålagt kjøperen “slik god skikk tilsier”, jf. kjøpsloven § 31. Undersøkelsesplikten som gjelder etter levering må på sin side ses i sammenheng med de hensyn som ligger til grunn for reglene om reklamasjon og reklamasjonsfristene, jf. § 32.

Tilsvarende regulering finner vi også i de tidligere nevnte kontraktslover.¹⁰¹

Når det etter dette ikke kan konstateres større hold i kontraktslovgivningen for plikter relatert til undersøkelser før avtaletiden, kan det betegnes som upresist å tale om en prekontraktuell *undersøkelsesplikt* som et alminnelig krav eller prinsipp. Noe annet er naturligvis at en plikt til å foreta forundersøkelser, eller prekontraktuelle undersøkelsesplikter om man vil, kan følge av avtaleforpliktelse, sedvane og innarbeidet bransjepraksis, eller som utslag av den alminnelige lojalitetsplikten før og under kontraktsforhold.¹⁰²

På avtalelovens område, i relasjon til avtaleloven § 33, følger kravet til partenes opptreden i en mer tilslørt form. Her må kravene til forventet lojal opptreden måtte utledes og fastlegges med utgangspunkt i redelighetsstandarden. Er man på et område hvor slike plikter underliggende følger av positive lovbestemmelser i medhold av bakgrunnsretten, vil dette kunne innvirke på kravet etter redelighetsstandarden, idet lovregulerte aktsomhetskrav raskt vil kunne gi *uttrykk for* eller *innvirke* på hva som må forstås å være forventet redelig og aktsom opptreden. Er en i stedet utenfor kontraktslovgivningens område, står en igjen

¹⁰¹ Merk at rettsvirkninger av *forundersøkelse* er utelatt i håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova, ettersom det i slike tilfeller først er mulig å foreta undersøkelser relatert til ytelsen som skal presteres, *etter* at arbeidet er utført.

¹⁰² Synspunktet deles også i kjøpslovens forarbeider, men da naturligvis som utgangspunkt avgrenset til kjøpslovens anvendelsesområde: «Bestemmelsen pålegger ikke kjøperen noen direkte plikt til på eget initiativ å undersøke tingen før kjøpet. ... Etter departementets mening er det ikke grunnlag for å innføre noen generell plikt til å undersøke tingen før kjøpet. Spesielt i de mange kurante butikkkjøp ville en slikt plikt være lite praktisk...», jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987), s. 63.

med utgangspunktet om at avtalepartene hver for seg har ansvaret for egne forventninger og forutsetninger – og ellers det nærmere krav til forventet aktsomhet og lojal opptreden som måtte følge av en konkret vurdering av redelighetsstandarden i avtaleloven § 33. En slik konkret vurdering kan lede til at det må oppstilles prekontraktuelle undersøkelsesplikter. Uttrykk for nettopp dette følger av Rt. 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank), som gjaldt gyldigheten av en *kausjonserklæring*. Høyesterett uttaler i vår sammenheng følgende:

«Hvilke krav det skal stilles til bankens opplysningsplikt, må vurderes i forhold til de krav som må stilles til Kristoffersens undersøkelsesplikt.»¹⁰³

I saken utledet Høyesterett grunnlag for prekontraktuelle undersøkelsesplikter basert på det rettslige utgangspunktet om at partene selv bærer risikoen for egne forventninger og forutsetninger. Førstvoterende uttaler i denne sammenheng at:

«... det som utgangspunkt må forutsettes at en kausjonist selv må undersøke og vurdere debtors økonomiske situasjon, ...»^{104 105}

Utover det som nevnt må bli fastlagt etter en konkret vurdering, vil det antagelig være store likhetstrekk mellom misligholdssituasjonen og ugyldighetssituasjonen hva gjelder *forholdet mellom* opplysningsplikten og medkontrahentens subjektive kunnskap og forundersøkelse. Særlig gjelder dette når det etter redelighetsstandarden i avtaleloven § 33 vil være relevant å se hen til den underliggende lovregulering og dennes oppstilte krav til partenes aktsomme opptreden. Er en på den annen side utenfor den alminnelige kontraktslovgivningens område, vil vurderingen etter avtaleloven § 33 på dette grunnlag fremstå noe friere, slik at det

¹⁰³ Rt. 1984 s. 28 (s. 35).

¹⁰⁴ I.c.

¹⁰⁵ I den aktuelle saken kom Høyesterett likevel til at bankens opplysningsplikt måtte slå igjennom for kausjonistens egne plikter til å foreta forundersøkelser.

antakelig også noe lettere vil kunne utledes prekontraktuelle undersøkelsesplikter for den som påberoper forsømt opplysningsplikt, forankret i utgangspunktet om at partene selv bærer risikoen for egne forventninger og forutsetninger, jf. også Rt. 1984 s. 28 ovenfor.

Dette sier likevel lite om *gjennomslagskraften* på opplysningsplikten. Den vil på sin side måtte fastlegges konkret i det enkelte tilfellet med utgangspunkt i redelighetsstandarden.

Oppsummert dreier seg om en konkret vurdering som må foretas i det enkelte tilfellet. *Rekkevidden, styrken og forholdet mellom* opplysningsplikten og medkontrahentens svarende plikter vil etter begge regelsett blant annet bero på avtaletypen, partenes stilling, kunnskaper, bransje, og uttalte eller synbare forventninger om veiledning.¹⁰⁶

3 Ugyldighet og mislighold

3.1 Innledning

Vi skal nå se nærmere på de enkelte vilkår for opplysningsplikt etter regelsettene. Reglene om opplysningsplikt består av en kombinasjon av såkalte *objektive* og *subjektive* vilkår. Dette gjelder både for reglene om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område og avtaleloven § 33. Reglenes objektive vilkår gir anvisning på en rettslig vurdering knyttet opp mot sakens faktum i alminnelig forstand, mens de subjektive vilkår spesielt knytter seg til en vurdering av *pliktsubjektets* egne tanker og viten; i første rekke kunnskapstilknytningen relatert til de tilbakeholdt opplysninger.

Her som ellers etter den klare hovedregel i sivilprosessen, er beviskravet for at reglenes vilkår er til stede, oppfylt ved sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Forholdet kommer godt til uttrykk i f.eks. kjøpsloven § 20 (2).

¹⁰⁷ Robberstad, s. 266.

3.2 De objektive inngangsvilkår

3.2.1 Kravet til tilbakeholdte opplysninger

Forutsetningen i både misligholdssituasjonen og ugyldighetstilfellet for at den berettigede kan påberope seg misligholdt opplysningsplikt, er at visse bestemte opplysninger er forsømt opplyst av pliktsubjektet. Som nevnt ovenfor er det et generelt trekk ved kontraktslovgivningens regler at det må være realdebitor som har forhold seg taus om opplysningene. Avtaleloven § 33 har i denne sammenheng et betydelig større nedslagsfelt i og med at bestemmelsen kan påberopes uavhengig kreditor- og debitorposisjon.

På kontraktslovgivningens område varieres ordlyden i vilkåret om tilbakeholdte opplysninger noe, gjennom krav til forsømt fremleggelse av “forhold”, “opplysninger” eller “omstende”. En alminnelig språklig forståelse av ordlydene tilsier at lovgiver her har ment å beskrive det samme: Det dreier seg om et unisont krav til tilbakehold av informasjon som sådan, med en *senere bestemt* relevans og tilknytning overfor avtaleforholdet. At det her ikke er tilsiktet noen innbyrdes forskjeller i variasjonen av ordlydene støttes også av en gjennomgang av lovenes forarbeider og fraværet av slike særskilte bemerkninger.

Etter avtaleloven § 33 oppstilles et tilsvarende krav til forsømmelse av å opplyse om “omstendigheter”. Ut fra ordlyden på dette inngangsvilkåret er det ikke grunn til å oppstille noen forskjeller mellom regelsettene, snarere må det her konstateres sammenfall mellom regelsettenes vilkår: Begrepene er i utgangspunktet ment å favne *alle tenkelige forhold som skal kunne anføres til grunn for misligholdt opplysningsplikt*. Forarbeidene til avhendingslova uttaler til eksempel at:

«Departementet har vald ordet 'omstende' nettopp for å unngå at nokon med urette oppfattar ei meir spesifisert opprekning som ei avgrensing med omsyn til kva for opplysningar seljarens plikt gjeld.»¹⁰⁸

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.66 (1990-1991), s. 88-89.

Det må likevel i denne sammenheng foretas en *avgrensning i to retninger*.¹⁰⁹ For det første; hvilke opplysninger som i tid er relevante for opplysningsplikten. For det andre; hvor sikre eller håndfaste opplysningene må sies å være, for å kunne bli fanget opp av opplysningsplikten.

3.2.2 Relevans i tid

De *omstendigheter* som etter avtaleloven § 33 kan påberopes som grunnlag for uredelighetskarakteristikken, må foreligge på *avtaleinngåelsestidspunktet*. Dette følger av at man er henvist til de omstendigheter «som forelaa, da...» avtalen kom i stand. Tilsvarende vilkår oppstilles også i misligholdstilfellet: Dette følger for det første av det gjennomgående kravet til at tilbakeholdelse av opplysningene må ha virket inn på avtalen.¹¹⁰ For det andre er kravet også enten presisert i ordlyden som at forsømmelsen er skjedd “ved kjøpet” eller “før avtalen ble inngått”.

Etter reglene om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område er det ut fra det foregående uten videre klart at opplysninger som først kommer til eller får betydning *etter* avtaletidspunktet, ikke er relevant for opplysningsplikten.¹¹¹ Det samme tilsier også som utgangspunkt den klare ordlyden i avtaleloven § 33 om opplysninger «som forelaa» ved avtalens tilblivelse. Likevel vil det etter avtaleloven § 39 unntaksvis også være anledning til å kunne påberope og ta i betraktning kunnskap som pliktsubjektet tilegner seg eller blir identifisert med *etter* avtaletidspunktet. En slik adgang foreligger ikke på kontraktslovgivningens område og dette innebærer dermed iallfall en formell ulikhet.

¹⁰⁹ Senere skal vi komme tilbake til de øvrige vilkår, som også kan anses som avgrensninger i opplysningspliktens rekkevidde.

¹¹⁰ Kausalitetskravet, også betegnet innvirkningselementet, er drøftet i punkt 3.4.4. Det forutsettes med andre ord etter ordlyden at opplysninger forelå på avtaletidspunktet som kunne ha blitt lojalt fremlagt.

¹¹¹ Unntak vil her gjelde dersom pliktsubjektet etter reglene sitter inne med positiv kunnskap eller har mistanker *basert på konkretiserbare forhold*, jf. nedenfor. Dette vil i seg selv kunne trigge opplysningsplikt.

3.2.3 Grensen til spekulasjoner

En problemstilling som aktualiserer seg overfor begge regelsett er grensedragningen og sondringen mellom konstaterbare forhold på avtaletiden på den ene side, contra spekulasjoner, hypoteser og antakelser om fremtidige forhold på den annen side.

Etter forarbeidene til avtaleloven § 33 er det presisert at opplysningsplikten i utgangspunktet bare utløses overfor omstendigheter som i seg selv må sies å utgjøre eller bygge på “konkrete omstendigheter”. Er dermed forholdene for skjønnspregede, kan omstendighetene gå klar av opplysningsplikten. Hvor stort innslag av skjønnsavhengighet som i et slikt tilfelle kreves, blir overlatt til en redelighetsvurdering.

Forarbeidene uttaler at omstendigheter ikke omfattes i de tilfeller hvor:

*«... adressaten ikke har **konkrete omstendigheter** at holde sig til, men alene har at falde tilbage paa et skjøn. Har kjøperen av aktier gaat ut fra, at de skulde stige, mens sælgeren aabenbart har gaat ut fra at de skal falde, er selvfølgelig handlen fuldt gyldig uten hensyn til, om aktierne stiger eller falder. Men har sælgeren da kjøpetilbudet kom til hans kundskap, visst, at vedkommende aktieselskap alt hadde indstillet sine betalinger, foreligger en ham bekjendt omstendighet, som aabenbart vilde gjøre det til en uredelighet av ham at akseptere budet eller kræve handlen opfyldt. Har han bare visst at selskapet var i vanskelighet, blir det et konkret spørsmål, om han **redelig** kan akseptere budet uten at underrette sælgeren om forholdet. »^{112 113}*

¹¹² Ot.prp.nr.63 (1917), s. 76.

¹¹³ Min utheving.

Når forarbeidene til sist overlater grensdragningen til en redelighetsvurdering, innebærer denne for eksempel at *mistanker som bygger på* håndfaste forhold¹¹⁴ eller *kjennskap til* negative omstendigheter uten nærmere detaljkunnskaper,¹¹⁵ *i seg selv* kan statuere grunnlag for opplysningsplikt, etter en nærmere vurdering av det konkrete forhold.

Vurderingstemaet blir altså eksempelvis *ikke* i hvilken grad selgeren selv *tror* det er sannsynlig at boligen er befengt med råte eller soppskader. I stedet blir spørsmålet om selgeren overhodet har konkretiserbare indikasjoner i denne retning. I så fall, må det avgjøres etter en redelighetsvurdering om indikasjonene er av en slik art at de lojalt må videreformidles til medkontrahenten. Den tilsvarende avgrensning av hvilke opplysninger som er relevante for opplysningsplikten må også legges til grunn for reglene på kontraktslovgivningens område.¹¹⁶

3.2.4 Betydningen av tilknytningsforholdet

Opplysningsplikten på kontraktlovgivningens område kjennetegnes ved at den *knytter seg nært opp til* avtaleobjektet som ligger til grunn for partenes kontrahering, nemlig realdebitors ytelse. I for eksempel kjøpsloven kommer tilknytningskravet til uttrykk ved at de manglende opplysninger må knytte seg til forhold "*ved tingen eller dens bruk*".

Spørsmålet som aktualiseres er hvilke avgrensninger som ligger i vilkåret og hvilken betydning tilknytningskravet nærmere bestemt får.

Kjøpslovens egen forarbeider omtaler ikke formuleringen nærmere. Forbrukerkjøpslovens forarbeider knytter imidlertid i denne sammenheng interessante bemerkninger til reguleringen av manglende opplysninger ved kjøpet. Uttalelsen gis i forbindelse med en under-

¹¹⁴ Eksempelvis kunnskapen om at boligen tidligere er reparert for soppskader (et håndfast forhold), men at dagens tilstand er uviss/uavklart for selger (spekulasjonspreget forhold).

¹¹⁵ Eksempelvis kunnskapen om at selskapet kan være i vansker, men alvorlighetsgraden er ukjent.

¹¹⁶ Hagstrøm, s. 141.

strekning av at opplysningsplikten etter forbrukerkjøpsloven utover de særlige bemerkninger “for øvrig” må tolkes på samme måte som den svarende bestemmelse i kjøpsloven § 19:

*«Utvalget understreker at opplysningsplikten som er regulert i denne bestemmelsen, er plikten til å opplyse om **forhold ved varen selv**. Mangelfulle opplysninger fra selger **om andre forhold**, f.eks. om generelle rettsregler, tolkningen av kontraktsklausuler eller lignende, vil ikke på samme måte uten videre innebære at det foreligger en mangel. Villedende eller mangelfulle opplysninger av denne art må i første rekke angripes gjennom reglene i markedsføringsloven om kontroll med markedsføring. Det er likevel ikke utelukket at slike forhold også kan innebære en kjøpsrettslig mangel etter en konkret vurdering i forhold til reglene i utkastet § 11.»^{117 118}*

Manglende tilknytning medfører i så fall at forholdet faller utenfor nedslagsfeltet til reglene om misligholdt opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område. Om den nødvendige tilknytning er til stede, må bero på en lovtolkning av den aktuelle lovbestemmelse, holdt opp mot de opplysninger som menes å være forsømt opplyst.

Forarbeidene til avhendingslovas regel eksemplifiserer med at “opplysningar om tilhøvet til naboar eller eit eigarseksjonssameige” vil omfattes. Lest i vår sammenheng vil opplysningene dermed anses for å ha den nødvendige tilknytning til eiendommen. “Det same gjeld opplysningar om offentlegrettslige rådvaldsband og tyngsler.”¹¹⁹ Dette faller også naturlig i og med at opplysningene i så tilfelle faller inn under en alminnelig språklig forståelse av “omstende ved egedomen”.

¹¹⁷ NOU-1993-27, s. 124.

¹¹⁸ Min utheving.

¹¹⁹ Ot.prp.nr.66 (1990-1991).

Praktiske tilfeller som *faller utenfor* opplysningsplikten område vil dermed kunne gjelde medkontrahentens forventninger knyttet til eventuelle sideforpliktelser, slik som eksempelvis oppbevaring, befraktning og levering av en vare i løsørekjøp. Dette følger av at opplysningsplikten i dette tilfellet etter sin ordlyd isolert knyttes til varen selv og dennes bruk. På slike områder blir altså realdebitor ikke forpliktet etter det medkontrahenten med rimelighet kunne forvente som følge av realdebitors taushet,¹²⁰ forankret i reglene om misligholdt opplysningsplikt. En annen ting er at sideforpliktelser eksplisitt kan være regulert i kontrakten eller følge av bakgrunnsretten, enten på lovfestet grunnlag eller utledet av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.¹²¹ Ofte blir den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold anført som grunnlag i denne sammenheng.¹²² Betydningen av at de tilbakeholdte opplysninger *mangler den nødvendige tilknytning* til eksempelvis *varen* i løsørekjøp, blir dermed at man er henvist til å vurdere om forholdet kan angripes etter andre regler og alternative rettsgrunnlag.

En må også være oppmerksom på at tilknytningskravet, *forhold "ved" realdebitors ytelse*, kan vise seg i forskjellige størrelser avhengig av avtaletype: Ytelsens samlede yttergrenser blir raskt mer vidtrekkende når til eksempel bustadoppføringslova under ett knytter opplysningsplikten til "arbeidet, materialene eller eigedomen".

Poenget i misligholdstilfellet er altså at opplysningsplikten må forstås som bundet til realdebitors ytelse og ikke oppfattes som en generell regel om opplysningsplikt overfor alle mulige tenkelige forhold som medkontrahenten ville kunne ha interesse av å bli opplyst om relatert til kontraheringen og avtaleforholdet som sådan. Når vi beveger oss over til avtaleloven § 33 stiller dette seg annerledes.

¹²⁰ Det vises her til det som er skrevet tidligere om reglenes forpliktende funksjon i misligholdstilfellet.

¹²¹ Haaskjold, s. 466.

¹²² Haaskjold, s. 467.

Avtaleloven § 33 er etter sin ordlyd ikke underlagt et tilsvarende krav til opplysningenes tilknytningsforhold. *At den nærmere redelighetsvurdering etter forholdene naturlig nok vil kunne føre med seg begrensninger for hvilke "omstændigheter" som kan påberopes, er likevel en annen sak.* Avtaleloven § 33 får etter sin ordlyd dermed et mer vidtrekkende nedslagsfelt sammenliknet med kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt. At dette er tilfellet, må også ses i sammenheng med hensikten som ligger til grunn for avtaleloven § 33; nemlig at bestemmelsen skal kunne fungere som en sikkerhetsventil med et nødvendigvis tilsvarende bredt mulig anvendelsesområde.

Dette innebærer til eksempel at det etter avtaleloven § 33 *ikke i seg selv* uten videre er noen begrensning at det pretenderes å foreligge forsømt opplysningsplikt relatert til sideforpliktelser eller forhold som eksempelvis i løsørekjøp ligger utenfor varen selv og dennes bruk.

3.3 De subjektive inngangsvilkår

3.3.1 Innledende bemerkninger

Det er ikke tvilsomt at opplysningsplikten er velbegrunnet i de tilfeller pliktsubjektet *har positiv kunnskap* om opplysningene. En er da i kjernen av de tilfeller reglene tar sikte på å regulere.¹²³ Spørsmålet i et slikt tilfelle er om pliktsubjektet forvalter sin kunnskap lojalt overfor sin medkontrahent og videreformidler de opplysninger medkontrahenten har grunn til å rekne med å bli opplyst om.

I det følgende er spørsmålet hvor langt regelsettene hver på sin side går i å holde pliktsubjektet ansvarlig når denne på avtaletidspunktet *ikke* sitter inne med positiv kjennskap til de opplysninger som senere påberopes som grunnlag for midligholdt opplysningsplikt. Kan reglene like fullt komme til anvendelse, og hvor går i så fall grensen?

¹²³ Krüger, s. 278: «Spørsmålet kommer på spissen i tilfelle der parten bevisst unnlater å gi opplysninger...».

Den rettspolitiske begrunnelsen for de subjektive vilkår må forklares ut fra hensynet til at pliktsubjektet ikke bør kunne holdes ansvarlig for alle mulige opplysninger som ellers ville kunne være relevant etter opplysningsplikten, uten å ta i betraktning vedkommendes grad av faktiske *kunnskap* om opplysningene eller eventuelt vedkommendes forutgående *mulighet* til å tilegne seg slik kjennskap.

3.3.2 På området av kontraktslovgivningen

Ettersom *pliktsubjektets subjektive tanker* nødvendigvis unndrar seg direkte iakttagelse for andre enn vedkommende selv, ville et rent krav til konstatering av positiv kunnskap om opplysningene hos pliktsubjektet i praksis føre med seg vanskelige vurderinger for domstolene. Et slikt vilkår ville dessuten kunne føre til en uthuling av reglens formål i det medkontrahentens vern mot tilbakeholdte opplysninger raskt ville kunne bli svekket av beviskravene. For å unngå dette, oppstiller kontraktslovgivningens regler et minstekrav til at pliktsubjektet «måtte kjenne til» opplysningene.

Et unntak fra dette utgangspunktet følger av forbrukerkjøpslovens regel hvor forbrukerhensyn har ført til at det kun kreves at pliktsubjektet «burde» kjenne til de aktuelle opplysningene.¹²⁴ Om vilkåret er oppfylt beror da etter ordlyden på en alminnelig culpavurdering. Sett i forhold til de øvrige reglene om opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område innebærer dette en innstramning av pliktsubjektets orienteringsplikt¹²⁵ og en tilsvarende utvidelse av de opplysninger vedkommende må være forberedt på å svare for etter opplysningsplikten.

Spørsmålet som reiser seg er hvilke nærmere bestemte krav som ligger i vilkåret om at pliktsubjektet «måtte kjenne til» opplysningene.

¹²⁴ Ot.prp.nr.44 (2001-2002) s. 93.

¹²⁵ Begrepet *orienteringsplikt* benyttes i denne analysen for å beskrive nettopp det forhold at pliktsubjektet etter reglene om misligholdt opplysningsplikt må være forberedt på å svare også for forhold som ligger utenfor vedkommendes positive kunnskap når vedkommende ikke har opptrådt tilstrekkelig aktsomt.

I forarbeidene til kjøpsloven er det angitt at vilkåret ikke bare er oppfylt ved kunnskap, men også dersom «... selgeren ikke har noen rimelig unnskyldning for å være uvitende...» om opplysningene.¹²⁶ På den annen side slås det fast at det riktignok ikke er tilstrekkelig at «... selgeren burde vite; det kreves at han måtte vite.»¹²⁷

En mulig slutning er dermed at formuleringen «måtte kjenne til» innebærer et kunnskapskrav med lempet bevisbyrde.¹²⁸ En trenger i så tilfelle ikke å bevise positiv kunnskap fullt ut, men det er tilstrekkelig å bevise at selgeren ikke hadde noen “rimelig unnskyldning for å være uvitende” om opplysningene, jf. uttalelsen i forarbeidene.

På den annen side er det alternativt mulig å betrakte formuleringen som en normativ regel og dermed som et skyldkrav. En slik slutning går klarere frem av ordlyden blant de lovreglene som benytter seg av formuleringen «kjente eller måtte kjenne til». Etersom utvidelsen «måtte kjenne til» her fremstår som et alternativ til et kunnskapskrav, kan en naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsa at opplysningsplikten kan trigges *uavhengig* positiv kunnskap hos pliktsubjektet.¹²⁹ I og med at kjøpslovens forarbeider presiserer at det *ikke* er tilstrekkelig at pliktsubjektet “burde” kjenne til opplysningene etter en alminnelig aktsomhetsvurdering, tilsier dette at det oppstilles et minstekrav til at pliktsubjektets eventuelle uvitenhet overfor opplysningene ville innebære *grov uaktsomhet*.

Problemstillingen ble omtalt av Høyesterett i Rt. 2002 s. 696. I saken uttaler førstvoterende følgende om formuleringen i avhendingslova:

¹²⁶ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 62.

¹²⁷ I.c.

¹²⁸ Hagstrøm, s. 149.

¹²⁹ Det har formodningen mot seg at lovgiver først oppstiller et krav til positiv kunnskap og deretter fremsetter et kunnskapskrav med lempet bevisbyrde som alternativ. Hvis dette skulle være meningen er det en presumpsjon for at lovgiver – også av hensyn til klarhet – heller ville benyttet en formulering liknende den formelle ordlyd i avtaleloven § 33; opplysninger det «*maa antages*» at pliktsubjektet «*kjendte til*».

«Jeg bemerker at jeg oppfatter « måtte kjenne til » som et normativt begrep, og ikke som en bevisregel, slik partene har anført. I forarbeidene ... sies det at « Meiniga er at det ikkje må liggje føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande ». Mangel kan altså foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det.»^(s.702)

Et slikt syn er også senere fulgt opp av Høyesterett i Rt. 2002 s. 1110, denne gangen i tilknytning til den tilsvarende formulering i kjøpsloven § 20 (1) om kjøpers eventuelle onde tro og likestilte tilfeller. I saken konstaterer førstvoterende aller først at kjøpersiden i saken ikke hadde positiv kunnskap og dermed ond tro.¹³⁰ Dersom formuleringen «måtte kjenne til» skulle være å forstå som et kunnskapskrav med lempet bevisbyrde, ville det ikke vært noen grunn for førstvoterende å gå videre til det alternative subjektive vilkår, nettopp fordi positiv kunnskap allerede var avfeiet. Høyesterett går derimot videre i sin drøftelse og kommer til at tilstrekkelig bebreidende forhold ikke var tilstede ut fra en nærmere vurdering av sakens faktum, selv om det ut fra førstvoterendes syn «...riktig nok...» er slik at det «... er vanlig ved denne type transaksjoner å gjennomføre « due diligence », eventuelt ... en mer begrenset gjennomgang av selskapets økonomiske stilling.»¹³¹ Det går således tydelig frem av premissene at Høyesterett også i denne saken tolker vilkåret som et krav til grov uaktsomhet.

Etter dette må altså det subjektive vilkår i kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt – «måtte kjenne til» – forstås som en normativ regel som oppstiller et minstekrav til konstatering av grov uaktsomhet¹³² overfor pliktsubjektets tilknytning til de opplysninger som menes å være forsømt opplyst ved avtaleinngåelsen.

¹³⁰ Dommen, s. 1120.

¹³¹ I.c.

¹³² Haaskjold, s. 550.

Dette innebærer samtidig at pliktsubjektet etter reglene må være forberedt på å svare også for forhold som ligger *utenfor* vedkommendes positive kunnskap når vedkommende ikke har opptrådt tilstrekkelig aktsomt til å være kjent med forholdene. I denne forstand kan de subjektive vilkår i en viss grad anses for å oppstille en *orienteringsplikt* overfor pliktsubjektet. Denne plikten kan igjen betraktes som et utslag av de minstekrav til lojalitet som reglene om opplysningsplikt representerer.

Hvilket *tidspunkt* som er avgjørende for bedømmingen av den subjektive kunnskapstilknytningen fremgår ikke direkte av ordlyden etter reglene på kontraktslovgivningens område. Indirekte etter ordlyden og reglenes systematikk er det likevel klart at det er *avtaletidspunktet* som må legges til grunn for vurderingen av om det subjektive vilkår er oppfylt.¹³³

3.3.3 På området av avtaleloven § 33

Mens det subjektive vilkåret på kontraktslovgivningens område utelukkende knytter seg til pliktsubjektets kunnskapstilknytning overfor opplysningene, krever avtaleloven § 33 *i tillegg* kunnskapstilknytning til løftegivers villfarelse og opplysningens innvirkning på løftegivers disposisjon.¹³⁴ Disse subjektive tilleggsvilkår følger ikke klart av ordlyden i avtaleloven § 33. Ut fra rettspraksis er det likevel klart at det er tilstrekkelig å konstatere simpel uaktsomhet i kunnskapstilknytningen til villfarelsen og kausaliteten.¹³⁵

Motstykket til kontraktslovgivningens subjektive vilkår er i avtaleloven § 33 formulert som omstendigheter det «*maa antages*» at pliktsubjektet «*kjendte til*». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier som utgangspunkt at det oppstilles et kunnskapskrav med lempet bevisbyrde. Som tidligere introdusert er det i juridisk teori lagt til grunn at bestemmelsen på tross av ordlyden også kan komme til anvendelse i tilfeller hvor pliktsubjektet kun har

¹³³ Haaskjold, s. 548.

¹³⁴ Hauge, s. 373.

¹³⁵ Bruserud, s. 38.

forholdt seg simpel uaktsom i kunnskapstilknytningen overfor opplysningene. Dette innebærer at rekkevidden av ugyldighetsbestemmelsen blir stukket klart utover sin formelle ordlyd. En slik tolkning går til dels langt i å tilsidesette de forbehold som er tatt i forarbeidene. For å unngå å ramme avtaler som «...burde staa, ...» uttales det at man har «... villet gi sætningen for snevre grænser for under alle omstendigheter at være paa den sikre side...». ¹³⁶

Det var Stang som i sin tid introduserte læren om at simpel uaktsomhet i kunnskapstilknytningen også må inngå i bestemmelsens nedslagsfelt. ¹³⁷ Hagstrøm uttaler at denne lære i dag «... må anses som hevdvunnen.» ¹³⁸ På sin side mener Woxholth til at det i disse tilfellene langt på vei kan bli «... en smakssak om man sier at man tolker § 33 utvidende eller bygger på alminnelige lojalitetsprinsipper i kontrakt. Mest treffende er kanskje en tredje innfallsvinkel – den at det kan sies å ha vokst frem en uskreven regel ved siden av § 33 som omfatter de nevnte tilfellene.» ¹³⁹

Det er ingen tvil om at læren i dag har gitt bred gjenklang i den juridiske teori. Enkelte har likevel reist det interessante spørsmålet om hvorvidt Høyesterettspraksis i like stor utstrekning gir grunnlag for en så sikker oppfatning. ¹⁴⁰ Det vil likevel her føre for langt å gi seg i kast med en slik analyse. Et poeng som likevel i denne sammenheng er vanskelig å overse, er at det uavhengig graden av støtte i praksis fra Høyesterett, uansett vil være vanskelig – om ikke endog urealistisk – å snu eller modifisere det festnede syn i teorien.

Det er i og for seg ikke noe uoverkommelig problem å utvide det subjektive vilkåret i avtaleloven § 33 i tråd med en særegen norsk forståelse i teorien, slik at parten som hevdes å ha

¹³⁶ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 75.

¹³⁷ Hagstrøm, s. 150.

¹³⁸ I.c.

¹³⁹ Woxholth, s. 319 og 320.

¹⁴⁰ Bruserud, s. 24.

opptrådt illojalt – også må svare for opplysninger vedkommende ikke hadde positiv kunnskap om. Tatt i betraktning ugyldighetsregelens funksjon som en sikkerhetsventil, kan det til og med argumenteres for at dette må anses naturlig. En utvider i så fall den sfære av opplysninger pliktsubjektet må være forbredt på å bli identifisert med som grunnlag for ugyldighet. Resultatet er i første rekke at partens egen orienteringsplikt utvides, og dermed i annen rekke at opplysningsplikten overfor medkontrahenten objektiviseres og skjerpes i større grad enn opprinnelig ment. Slik også motivene tilsier, bør det da til gjengjeld stilles ennå strengere krav til anvendelsen av lovregelen, slik at en ikke rammer avtaler som ellers «...burde staa, ...».¹⁴¹ *De lege ferenda* tilsier dette at når det er aktuelt å ramme simpel uaktsomhet, bør terskelen heves for hva som anses i strid med redelighet og god tro.

Når det gjelder tidspunktet for bedømmelsen av pliktsubjektets grad av kunnskap om opplysningene, er dette ikke regulert i avtaleloven § 33. I stedet går det frem av avtaleloven § 39 at det som hovedregel er tidspunktet da løftet kommer til pliktsubjektets kunnskap som er avgjørende. Så langt er det sammenfall med reglene om misligholdt opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område. Imidlertid gir § 39 annet punktum en utvidet adgang til å også kunne ta i betraktning kunnskapstilknytningen etter avtaletidspunktet. Denne adgangen må imidlertid anses som en snever unntaksregel.¹⁴² Det kreves for det første at det foreligger «særlige grunde» og løftemottakeren må ikke ennå ha «indrettet sig».

3.3.4 Utenfor de lovregulerte tilfeller

Som tidligere nevnt må det også utenfor de lovregulerte tilfelle anses som en sikker setning i kontraktsretten at misligholdt opplysningsplikt medfører at ytelsen skal være i samsvar med det kreditor på bakgrunn av realdebitors taushet kunne forvente.¹⁴³

¹⁴¹ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 75.

¹⁴² Woxholth, s. 320.

¹⁴³ Hagstrøm, (2011), s. 148.

Spørsmålet som reiser seg er hvorvidt det *subjektive vilkår* i den alminnelig oppstilte regel må skjerpes til fordel for realkreditor, som følge av at man er *utenfor* “as-is” tilfellet i kjøpsloven § 19 (1) b. Ettersom det subjektive vilkår i kjøpslovens “as-is”-regel oppstiller et krav til positiv kunnskap eller minimum grov uaktsomhet, jf. formuleringen «måtte kjenne til»,¹⁴⁴ blir spørsmålet om den alminnelige regel i tillegg må anses å ramme tilfellene hvor realdebitor etter omstendighetene *burde* ha kjent til opplysningene, med andre ord et krav til simpel uaktsomhet.

Ser en i første rekke hen til den positive regulering i kontraktslovgivningen, taler lite for å skjerpe det subjektive vilkåret i en alminnelig regel.

Lovgiver har kun strukket det subjektive vilkår til simpel uaktsomhet i forbrukerkjøpsloven. I forarbeidene uttales til dette at utvalget «... *i denne sammenheng...*» mener det bør være «... *tilstrekkelig at selgeren burde ha kjent til forholdet.*»¹⁴⁵ Avviket fra kjøpslovens regel er med andre ord gitt en klar forbrukerrettslig begrunnelse.¹⁴⁶ De forbrukerrettslige hensyn er likevel ikke gitt den samme gjennomslagskraft verken i håndverkertjenesteloven eller bustadoppføringslova. Også i disse tilfellene oppstiller lovgiver et krav til grov uaktsomhet, noe som kan gi uttrykk for hvor langt lovgiver har vurdert at det subjektive vilkår bør strekkes i tilfellene utenfor det klassiske forbrukerkjøp.

Skal en alminnelig regel oppstilles etter deduksjon fra den positive kontraktsrettslige lovgivning, taler således mye for at det subjektive vilkår utenfor lovgivningen kun strekker seg til grov uaktsomhet.¹⁴⁷ Holdt opp mot gjeldende kontraktslovgivning kan det også anføres at en slik regel vil være mer naturlig. Skulle simpel uaktsomhet også rammes, ville det på kjøpslovens område, *utenfor* “as-is” tilfellet, oppstilles et strengere krav til pliktsubjektets

¹⁴⁴ Punkt 3.3.2.

¹⁴⁵ NOU-1993-27 s. 124.

¹⁴⁶ Hagstrøm, s. 151.

¹⁴⁷ l.c.

orienteringsplikt enn hva som oppstilles på området av håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova. Dette gir lite mening å stille realkreditor bedre utenfor forbrukertilfellene. Hertil kommer det at det også ville oppstå en kunstig forskjell til avhendingslova som både i og utenfor forbrukertilfellet kun strekker seg til grov uaktsomhet.

En kan likevel stille spørsmålstegn til hvilken vekt lovgivningen samlet skal tillegges ved fastleggelsen av en alminnelig regel, idet det mangler en klar uttalt *begrunnelse* for det nivået lovgiver har tatt utgangspunkt i ved utformingen av de subjektive vilkår i kontraktslovgivningen som angår misligholdt opplysningsplikt.¹⁴⁸ Hvilken betydning dette skal få for vekten av de holdepunkter kontraktslovgivningen samlet gir uttrykk for, er likevel også et spørsmål om hvilken tyngde som ligger i det *øvrige rettskildebilde* i favør av en alminnelig regel som også må omfatte simpel uaktsomhet.

Et argument som kan utledes av det øvrige rettskildebilde er at avtaleloven § 33, etter hevdvunnen oppfatning innenfor den juridiske teori, også må forstås å kunne komme til anvendelse i tilfeller hvor pliktsubjektet bare har utvist simpel uaktsomhet i kunnskapstilknytningen til de aktuelle opplysningene. En kan på denne bakgrunn argumentere med at en alminnelig regel om misligholdt opplysningsplikt i misligholdssituasjonen også bør omfatte simpel uaktsomhet. Flere forhold svekker likevel tyngden av en slik argumentasjon.

For det første gjelder avtaleloven § 33 ugyldighetssituasjonen. Både den opprinnelige tanke uttrykt gjennom dens formelle ordlyd og forarbeider, men også argumentasjonen som ligger til grunn for læren om at bestemmelsen også må ramme simpel uaktsomhet, knytter seg først og fremst opp mot bestemmelsens formål som en sikkerhetsventil¹⁴⁹ mot uredelighet ved avtaleinngåelsen som tilsier svikt i betingelsene for avtalens gyldighet. Det kan ut fra et slikt perspektiv betraktes som helt naturlig at ugyldighetsregelen av prinsipp også bør kunne ha *mulighet* for å komme til anvendelse også i de tilfeller hvor det kun foreligger simpel

¹⁴⁸ Haaskjold, s. 553.

¹⁴⁹ Punkt 2.1.1.

uaktsomhet overfor pliktsubjektets kunnskapstilknytning til opplysningene. De samme hensyn gjør seg ikke gjeldende på tilsvarende måte i misligholdssituasjonen ettersom den alminnelige regelen om opplysningsplikt ikke skal fungere som noen avtalerettslig sikkerhetsventil.

Et alternativt argument er at rettsvirkningene iallfall formelt sett er mindre inngripende i misligholdssituasjonen enn i ugyldighetssituasjonen, i og med at rettsvirkningene av mislighold primært knyttes opp mot en gjenopprettelse av balansen i kontraktsforholdet. Et slikt syn kunne tilsa at når ugyldighetsregelen kan tenkes å komme til anvendelse ved simpel uaktsomhet, burde en regel i misligholdssituasjonen enn mer kunne komme til anvendelse, fordi rettsvirkningene primært sett kan betraktes som mildere. En slik «fra det mer til det mindre-betraktning» svekkes likevel på tilsvarende måte av at læren om anvendelse av avtaleloven § 33 *utover sin formelle ordlyd* er knyttet opp mot et behov for en utvidet eller supplerende sikkerhetsventil. For det andre må en også ta i betraktning forskjellene mellom regelsettene hva gjelder deres terskler for anvendelse. Flere grunner kan tale i favør av at terskelen for å anvende avtaleloven § 33 skjerpes ytterligere når pliktsubjektet kun «burde» kjent til opplysningene.¹⁵⁰ Etter dette er trolig grunnlaget for spinkelt til å utlede noen avgjørende støtte fra avtaleloven § 33.

Tilbake står en igjen med reelle hensyn og de lege ferenda-betraktninger. En kan argumentere for at en regel som også rammer simpel uaktsomhet er ønskelig fordi det sikrer en høyere grad av lojalitet ved avtaleinngåelsen. På den annen side medfører dette samtidig at en utvider pliktsubjektets orienteringsplikt med det tilsvarende. En slik løsning er neppe opplagt når de hensyn som begrunner opplysningsplikten har sin harde kjerne og utgangspunkt i de tilfeller hvor opplysningene omslutes av positiv kunnskap.¹⁵¹ Hvorvidt simpel uaktsomhet rammes er således ikke opplagt og løsningen må anses uavklart. Derimot er det ingen rimelig tvil om at grov uaktsomhet omfattes, med henvisning til lovgivningen for

¹⁵⁰ Punkt 3.3.3.

¹⁵¹ Punkt 3.3.1.

øvrig, samt bevis hensyn. Det avgjørende i en konkret vurdering bør likevel ikke være den formelle klassifiseringen av skyldkravet, men i stedet de nærmere krav til lojalitet som oppstilles tatt i betraktning partenes stilling, avtalens art og forholdene for øvrig.¹⁵²

3.3.5 Er den subjektive rekkevidde strukket for langt?

Det er vanskelig å argumentere mot at reglene om opplysningsplikt er velbegrunnet i de tilfeller hvor pliktsubjektet *har kunnskap* om opplysninger som må antas å ha betydning for medkontrahenten, men velger å unndra informasjonen ved å forholde seg taus. Slik vi har sett ovenfor kan imidlertid pliktsubjektet etter reglene om opplysningsplikt kunne tenkes å måtte svare for opplysninger som lå *utenfor* dennes positive kunnskap.

I slike tilfeller kan det reises spørsmål om det ikke kreves for mye av pliktsubjektet. Det vil rent faktisk være umulig å opplyse om informasjon en ikke kjenner til. Vil det ikke da også være inkonsekvent pålegge opplysningsplikt i slike tilfeller?

Slik problemstillingen og argumentasjonsmønsteret er lagt opp, vil det kunne betraktes som paradoksalt å stemple det umulige som illojal opptreden.

Dersom det er tale om grensetilfellet hvor pliktsubjektet nærer en *mistanke* om at det kan foreligge opplysninger som medkontrahenten ville ønsket å bli opplyst om, vil problemstillingen ikke komme helt til sin rett. Opplysningsplikten kan da tilsis at vedkommende hadde plikt til å videreformidle *mistanken i seg selv*,¹⁵³ slik at medkontrahenten er oppmerksom på at det foreligger en uavklart mistanke og dermed har oppfordring til selv å foreta nærmere undersøkelser dersom vedkommende ser seg tjent med det.

¹⁵² Haaskjold, s. 553.

¹⁵³ Punkt 3.2.3.

Men dersom pliktsubjektet etter reglene om opplysningsplikt på den annen side *verken* kjenner til opplysningene som kan ha betydning for medkontrahenten og heller ikke har mistanker i så måte, kommer problemstillingen på spissen.

Problemet med en slik argumentasjon mot reglenes rekkevidde, er at innfallsvinkelen som argumentasjonen bygger på er for snever. Elementet av illojalitet knyttes *ikke* til det umulige; nemlig fremleggelse av kunnskap pliktsubjektet ikke har. – I stedet ligger elementet av illojalitet i det at vedkommende på et tidligere tidspunkt ikke har foretatt den *nødvendige* orientering som reglene krever og som ville brakt ham ut av den uvitende og kritikkverdige posisjon, før tidspunktet for kontrahering.¹⁵⁴

Følger opplysningsplikten for eksempel av en positiv lovbestemmelse, må rekkevidden av opplysningsplikten bero på en lovtolkning. Omfattes eksempelvis *grov uaktsomhet* overfor pliktsubjektets tilknytning til opplysningene, må vedkommende være forberedt på å svare for opplysningene innenfor denne rekkevidde når han ikke har opptrådt tilstrekkelig aktsomt til å oppdage eller nære mistanke om opplysningene.

Det er - *de lege ferenda* - en velbegrunnet løsning å la opplysningspliktens rekkevidde *i noen grad være objektivisert*. Pliktsubjektets interesser er på den annen side ivaretatt på følgende måte: er det ikke kritikkverdig etter reglenes vilkår å være uvitende om opplysningene, vil det heller ikke kreves at opplysningene skulle ha vært fremlagt. Reglene om opplysningsplikt krever altså i denne forstand ikke det umulige av pliktsubjektet, men skaper snarere et grunnlag for tillit mellom partene i kontraheringsfasen. I tillegg viser det seg også åpenbare fordeler ved en viss objektivisering knyttet til bevisenssyn og forholdet om

¹⁵⁴ Eventuelt ligger illojalitetsmomentet i at vedkommende ikke har sørget for å kommunisere sin uvitenhet eller sine begrensede kunnskaper tilknyttet avtaleobjektets relevante forhold, når dette ikke ellers er synbart. Et eksempel på dette er videresalg av bruktbil som ikke er prøvekjørt eller nærmere undersøkt av selgeren fordi behovet for bilen falt bort i samme stund som kjøpet.

at pliktsubjektet i denne sammenheng ikke like lett kan komme seg ut av problemstillingen ved å vise til egen uvitenhet.

3.4 Redelighetskravet

3.4.1 Når trigges opplysningsplikten?

Vilkårene som utgjør reglens redelighetskrav, er de vilkår som statuerer den nærmere *grensen* for hvilke opplysninger som lojalt må fremlegges ved avtaleinngåelsen. De øvrige vilkårene i reglene om misligholdt opplysningsplikt som vi har sett nærmere på ovenfor, kan i denne sammenhengen betraktes som *inngangsvilkår*; de kvalifiserer hvilke opplysninger som er relevante for selve *redelighetsvurderingen*.

Etter avtaleloven § 33 kommer redelighetskravet til uttrykk i spørsmålet om det ville «*stride mot redelighet eller god tro*» å gjøre rett gjeldende etter innholdet i avtalen på grunn av opplysningene som er holdt til bake ved avtaleinngåelsen. Vurderingen forankres på denne måten i en vid rettslig standard som følger tidens utvikling av moraloppfatninger og praksis innenfor de forskjellige bransjer, så vel som samfunnet i sin helhet. Dette innebærer samtidig at den *nærmere konkretisering* av hvilke krav som stilles «... maa i hvert enkelt tilfælde avgjøres av dommeren...», slik forarbeidene presiserer.¹⁵⁵

Dette kan for eksempel lede til at det i et tilfelle er tilstrekkelig at forsømmelsen av å fremlegge opplysningene anses kritikkverdig ut fra en streng aktsomhetsvurdering, mens det i en annen sammenheng skal en del til.

I denne sammenheng er det grunn til å minne om at de krav som utledes av *redelighetsvurderingen* i avtaleloven § 33, ikke må sammenblandes med de subjektive vilkår som stilles overfor pliktsubjektet, jf. punkt 3.3.3 ovenfor. Riktignok er det tale om en vurdering av om

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.63 (1917), s. 75.

pliktsubjektet har opptrådt tilstrekkelig aktsomt og lojalt i begge tilfeller, men den nærmere vurdering knytter seg til to ulike perspektiver: Etter de subjektive vilkår vurderes i første rekke pliktsubjektets grad av faktiske *kunnskap* om opplysningene eller eventuelt vedkommendes forutgående *mulighet* til å tilegne seg slik kunnskap.¹⁵⁶ Når en er over i den endelige redelighetsvurdering er *vurderingstemaet* i prinsippet løsrevet¹⁵⁷ fra spørsmålet om pliktsubjektets subjektive kunnskapsgrad og kunnskapstilknytning. Spørsmålet er da om pliktsubjektet har fremlagt de nødvendige opplysninger i overensstemmelse med kravene til forventet aktsom og lojal opptreden på det aktuelle rettsområde.

På kontraktslovgivningens område er vurderingstemaet for redelighetsvurderingen nedfelt på en mer konkretisert måte sammenliknet med avtaleloven § 33. Etter kjøpslovens ordlyd er redelighetskravet formulert som et spørsmål om hvilke opplysninger kjøperen hadde «*grunn til å rekne med å få*» såfremt unnlatsen av å fremlegge opplysningene «*kan antas å ha innvirket på kjøpet*». På kontraktslovgivningens område er det et gjennomgående trekk at redelighetsvurderingen, på samme måte som i kjøpsloven, består av en kombinasjon av et *forventningselement* og et *innvirkningselement*. I neste avsnitt skal vi se nærmere på disse elementene – og hvorvidt de også gjenspeiles i vurderingen etter avtaleloven § 33.

3.4.2 Samme krav til redelighet?

Problemstillingen er følgende: Gir regelsettene i ugyldighetssituasjonen og misligholdssituasjonen anvisning på samme redelighetskrav, slik at det nærmere vurderingstema etter vilkårene i begge tilfeller må anses å være sammenfallende, eller innebærer kravet forskjeller utover den formelle ulikheten mellom regelsettene individuelle ordlyd?

¹⁵⁶ Etter avtaleloven § 33 oppstilles ytterligere to subjektive vilkår: I tillegg til en vurdering av kunnskapstilknytningen til opplysningene, kreves også at pliktsubjektet (minst) har utvist simpel uaktsomhet overfor medkontrahentens *villfarelse* og de manglende opplysninges *innvirkning* på løftegivers disposisjon, jf. punkt 3.3.3.

¹⁵⁷ Den rettssystematiske sammenheng er likevel klar: det er tale om ulike vurderingstema knyttet til ulike vilkår, men brudd på opplysningsplikten forutsetter at samtlige vilkår er oppfylt.

Vi vil holde utenfor dette spørsmålet *hvor mye som skal til* etter regelsettene: Om reglenes *terskler* må anses å ligge på samme nivå eller ikke, skal behandles senere som en egen problemstilling.¹⁵⁸

Ut fra det overnevnte foreligger det åpenbart klare forskjeller i regelsettenes formelle ordlyd. Avtaleloven § 33 viser til en rettslig standard som må fastlegges nærmere i det konkrete tilfellet. Vurderingstemaet slik det er formulert i kontraktlovgivningens bestemmelser fremstår på den annen side mer konkretisert. Men den formelle ordlyden etter regelsettene er ikke nødvendigvis avgjørende for om den *nærmere* vurdering må anses sammenfallende eller ikke.

3.4.3 Forventningselementet

På kontraktslovgivningens område er det positivt angitt etter reglenes ordlyd at det i redelighetsvurderingen skal tas utgangspunkt i spørsmålet om hvilke opplysninger realkreditor hadde «*grunn til å rekne med å få*». Det samme vurderingstema går ikke klart frem av avtaleloven § 33. Etter ordlyden i denne lovreglen er rettsanvenderen i første rekke henvist til å konkretisere kravet til redelighet ved å undersøke nærmere hvilke moraloppfatninger, kutymer eller normer for lojal adferd som gjør seg gjeldende i den aktuelle bransje eller for øvrig for den aktuelle avtaletype. En ser dermed at den nærmere konkretiseringen av redelighetskravet i avtaleloven § 33 vil kunne lede til at *ulike rettslige standarder* gjør seg gjeldende på ulike rettsområder.

Ved vurderingen av kutymer og sedvaner på et bestemt rettsområde har domstolene likevel anledning til å foreta en kvalitetsmessig vurdering av normenes holdbarhet. Tiden kan ha løpt fra gamle festnede handlemåter eller standarden har kanskje aldri holdt mål.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Se punkt 3.5.1.

¹⁵⁹ Hagstrøm (1981), s. 34.

I enkelte tilfeller vil det nærmere krav til redelighet kunne *utledes* eller *påvirkes av* lovfestede bransjestandarder eller bransjekrav, og for eksempel interne bransjeregler fastsatt av bransjen selv. Et eksempel på en *lovfestet bransjestandard* følger av håndverkertjenesteloven § 5, som fastsetter at tjenesteyteren skal utføre tjenesten «fagmessig». Bestemmelsen pålegger også tjenesteyter innenfor håndverkertjenestebransjen å «vareta forbrukerens interesser med tilbørlig omsorg». Et eksempel på *interne bransjeregler* fastsatt av bransjen selv, som også kan bidra til konkretisering, følger av Norske Rørleggerbedrifters Landsforening sine egne bransjeregler – som de tilsluttede medlemmer forutsettes å følge.¹⁶⁰ Et annet eksempel følger av Bransjenorm for markedsføring av bolig, utviklet av bransjen selv, representert blant annet av Advokatforeningens Eiendomsmeglingsgruppe.¹⁶¹

I den nærmere undersøkelse og bevisføring for hvilke krav som kan stilles på et aktuelt rettsområde, vil det kunne være praktisk å se hen til uttalelser fra sakkyndige,¹⁶² noe forarbeidene til avtaleloven § 33 også støtter opp om.¹⁶³

Ved mangel på konkrete holdepunkter for hvilke krav til redelighet som gjør seg gjeldende overfor et aktuelt tilfelle, må rettsanvenderen falle tilbake på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av hvilke krav som kan stilles til redelig opptreden.¹⁶⁴ I praksis vil det her være en glidende overgang til de alminnelige og ulovfestede krav til lojalitet ved avtaleinngåelsen, som også vil kunne betraktes som et alternativt ugyldighetsgrunnlag ved siden av avtaleloven § 33. Det kan her vises til Rt. 1984 s. 28, hvor førstvoterende uttaler følgende:

¹⁶⁰ Rørhåndboka (2012).

¹⁶¹ Bransjenorm for markedsføring av bolig (2008).

Fra 1. jan. 2014: Bransjenorm for markedsføring av bolig (2013).

¹⁶² Hagstrøm (1981), s. 31.

¹⁶³ Ot.prp.nr.63 (1917) s. 75.

¹⁶⁴ Hagstrøm (1981), s. 35: «... ofte må domstolene gjøre seg opp en mening om handlingen uten støtte i objektive rettskildedefaktorer. Da beror det først og fremst på dommerens egne vurderinger om handlingen skal anses rettsstridig.»

«Jeg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.»^(s. 34)

Ved å analysere redelighetskravet i avtaleloven § 33, ser vi at spørsmålet om hva som nærmere bestemt ligger i kravet til redelighet, samtidig er et spørsmål om *hvilke krav som stilles til forventet opptreden* på det aktuelle rettsområde og i det konkrete tilfellet. Sentralt i den nærmere konkretiseringen av redelighetskravet etter avtaleloven § 33, i spørsmålet om misligholdt opplysningsplikt, blir dermed hvilke opplysninger det objektivt må kunne forventes at pliktsubjektet fremlegger. Med andre ord leder dette til at den nærmere konkretiseringen av hva som ligger i redelighetskravet etter avtaleloven § 33, langt på vei vil måtte anses sammenfallende med *forventningselementet* som utgjør det første trinnet i redelighetskravet etter reglene om opplysningsplikt på området av kontraktslovgivningen.

Etter dette må det legges til grunn at både avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens regler innehar et *forventningselement* i sine redelighetskrav.

Spørsmålet blir deretter hva som nærmere bestemt ligger i forventningselementet under reglenes redelighetskrav.

Hvilke opplysninger medkontrahenten har «grunn til å rekne med å få» må både i misligholdssituasjonen og ugyldighetssituasjonen, avgjøres etter en konkret vurdering hvor en rekke momenter vil ha betydning. Det er kun de opplysninger en sitter igjen med etter å ha vurdert de objektive og subjektive *inngangsvilkår* i reglene om opplysningsplikt som er relevante for vurderingen.

Ettersom vurderingen er objektiv, vil det i en stor grad måtte bero på en interesseavveining mellom partene hvorvidt forventningselementet må anses å være til tilstede. På den ene side står hensynet til medkontrahentens egen foranledning og mulighet til å avklare egne subjektive forventninger og forutsetninger. På den annen side står kravene til pliktsubjektets lojale opptreden: På området av avtaleloven § 33 vil de nærmere lojalitetskrav måtte

utledes av redelighetsstandarden, jf. ovenfor. På kontraktslovgivningens område vil grensene for pliktsubjektets lojale opptreden måtte fastlegges som en del av spørsmålet om hvilke opplysninger medkontrahtenten har «grunn til å rekne med å få».

Som et overordnet utgangspunkt tilsier vurderingstemaet etter forventningselementet – *det som i misligholdssituasjonen følger direkte av ordlyden og som i ugyldighetssituasjonen må forstås å ligge i redelighetsstandarden* – at jo viktigere opplysningene er, jo større «grunn» vil også medkontrahtenten i alminnelighet ha til å «rekne med å få» opplysningene. Dersom manglende fremleggelse av opplysninger etter omstendighetene vil anses kritikkverdig, vil også dette etter vurderingstemaets art trekke i retning av at forventningselementet er til stede.

Spørsmålet blir hvilke momenter som er særlig aktuelle å legge vekt på, i den nærmere grensedragnings for hvor langt rettighetssubjektets berettigede forventning etter reglene må anses å strekke seg.

Etter rettspraksis vil det for det første være relevant å se hen til *partenes stilling*. Balanseforholdet mellom avtalepartene som tolkningsmoment går som en rød tråd gjennom hele avtale- og kontraktsretten.¹⁶⁵ Er medkontrahtenten for eksempel profesjonell, har særlig kompetanse eller for øvrig er erfaren på det aktuelle området, vil den nærmere vurdering kunne lede til at det må kreves en større utvist aktsomhet fra denne parten og at det således skal mer til før vedkommende har «grunn til å rekne med å få» opplysninger.

Et eksempel fra rettspraksis som viser at det er relevant å se hen til partenes stilling er Rt. 1983 s. 716, som gjaldt tolkningen og gyldigheten av et garantidokument. I saken ble blant annet avtaleloven § 33 påberopt mot garantierklæringen. Høyesterett kom i saken til at erklæringen måtte opprettholdes som gyldig. Førstvoterende viste til at Johan Reksten måtte betraktes som «... *en erfaren forretningsmann, vel kjent med garantier og ansvarsfor-*

¹⁶⁵ Haaskjold, s. 546.

*hold.»*¹⁶⁶ På denne bakgrunn ble det også i relasjon til gyldighetsspørsmålet lagt til grunn at i sitt yrke som skipsreder har Johan Reksten «... *hatt minst like gode forutsetninger som GI for å vurdere de sjanser og den risiko som her var til stede.»*¹⁶⁷ Forhold knyttet til situasjonen i markedet og for øvrig den risiko som en garantierklæring ville føre med seg, var derfor ikke opplysninger som kunne anses underkommunisert eller tilbakeholdt av pliktsubjektet etter avtaleloven § 33.

For det andre vil det være aktuelt å se hen til *avtaletypen*. Et hovedskille går her mellom forbrukeravtaler på den ene side og øvrige avtaler på den annen side. Skillet gjenspeiles også i lovgivningen på kontraktslovgivningens område og de rettspolitiske hensyn som skillet bygger på. Et stykke på vei vil momentene om partenes stilling og avtaletypen vise seg å være overlappende. Likevel bør momentene som utgangspunkt betraktes som uavhengige. Er det for eksempel tale om et forbrukerkjøp, vil avtaletypen kunne tilsi at kravene til selgers opptreden må anses noe skjerpet, selv om selgeren i det aktuelle tilfellet var ny og uerfaren innenfor bransjen. At det motsatte likevel også kan tenkes å bli resultatet, finner vi uttrykk for i Rt. 1984 s. 356.¹⁶⁸ Saken gjaldt en kjøpers forespeilinger om at den aktuelle traktoren og dens skuffe ville tåle og være egnet for bruk også i grustak. Høyesterett uttalte i denne anledning følgende: «*Heum var selv både en erfaren gårdbruker og maskinentreprenør og burde forstått at det ikke var spørsmål om en maskin som i større utstrekning var egnet for opplesing i grustak. Heums forventninger om at maskinen var egnet for slik bruk, må han selv bære risikoen for.»*¹⁶⁹

For det tredje vil også *forholdene rundt avtalens tilblivelse* være et aktuelt moment å se hen til i vurderingen av forventningselementet. Uttrykk for dette finner vi for eksempel i Rt. 1995 s. 1460. I saken uttalte Høyesterett at ved «... *den nærmere vurdering av Haughoms*

¹⁶⁶ s. 728.

¹⁶⁷ s. 729.

¹⁶⁸ Saken angikk rikignok spørsmålet om uriktige opplysninger.

¹⁶⁹ s. 362.

opplysningsplikt må [det] legges vesentlig vekt på samarbeidet mellom partene og Haughoms posisjon som hovedaksjonær og styremedlem i Temco Engineering.»¹⁷⁰

Momenter som at avtalen bygger på samarbeid mellom partene, eller for eksempel at en avtale er ment å være langsiktig¹⁷¹ kan på denne måten tilsi en skjerpning av opplysningsplikten slik at denne anses mer vidtgående. Dette ble også tilfellet i sistnevnte sak, hvor kravet til aktsom og lojal opptreden måtte anses «strengt».¹⁷² På den annen side kan det tenkes at dersom en avtale mellom profesjonelle parter er kommet i stand i all hast eller under et hardt forhandlingsklima,¹⁷³ kan dette være momenter som taler i favør av en oppmykning av opplysningspliktens rekkevidde og dermed påvirke hvilke opplysninger medkontrahenten har «grunn til å rekne med å få».

3.4.4 Innvirkningselementet

På kontraktlovgivningens område består redelighetsvurderingen også av et *innvirkningselement*, i tillegg til forventningselementet som vi har sett nærmere på ovenfor. I misligholdssituasjonen kommer innvirkningselementet til uttrykk i reglenes vilkår gjennom at unnlåtelsen av å fremlegge opplysningene må kunne «*antas å ha innvirket på kjøpet*». Det oppstilles med andre ord et kausalitetskrav. Vilåret er ikke positivt uttrykt i avtaleloven § 33, men det følger av sikker rett at et tilsvarende krav om kausalitet også må være oppfylt i denne situasjonen. Et eksempel på dette følger av Rt. 1984 s. 28 Tromsø Sparebank, der Høyesterett fant det «... *ikke tvilsomt at Kristoffersen ikke ville undertegnet noen kausjons-erklæring dersom han hadde hatt kjennskap til de faktiske forhold*». Høyesterett konstaterer altså at bankens misligholdte opplysningsplikt må antas å ha virket bestemmende inn på avtalen.

¹⁷⁰ s. 1469.

¹⁷¹ Haaskjold, s. 547.

¹⁷² s. 1469.

¹⁷³ Haaskjold, s. 547.

Kausalitetskravet er likevel ikke så strengt at det kreves at avtalen ikke hadde blitt inngått overhodet dersom pliktsubjektet hadde oppfylt sin opplysningsplikt. Det er tilstrekkelig at det kan antas at medkontrahenten ville inngått avtalen på andre vilkår dersom opplysningene hadde blitt lagt frem, for eksempel at avtalen ville ha blitt inngått med en redusert kjøpesum.¹⁷⁴ Forholdet må altså ha vært motiverende for løftegiver slik at avtalen med andre ord er preget av opplysningsfeilen.¹⁷⁵

Etter dette må det legges til grunn at kravet til kausalitet må anses å være sammenfallende i avtaleloven § 33 og etter kontraktlovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt.¹⁷⁶

Dette resulterer også i at *den nærmere redelighetsvurdering* etter reglene som sådan i store trekk må anses sammenfallende både i ugyldighetssituasjonen og i misligholdssituasjonen ved at redelighetsvurderingen gir i begge tilfeller anvisning på et forventningselement og et innvirkningselement. Dette er - *de lege ferenda* - heller ikke unaturlig i og med at det overordnede vurderingstema i begge tilfeller er om grensen for opplysningsplikten må anses å være brutt. Et annet spørsmål er hva som *skal til* for å konstatere misligholdt opplysningsplikt etter reglene. Dette er et spørsmål om reglenes terskler, jf. neste avsnitt.

3.5 Om regelenes anvendelse

3.5.1 Reglenes terskler

Av den foregående analyse fremgår det at regelsettenes *terskler for anvendelse* først og fremst knytter seg til reglenes *redelighetskrav*. Dette synspunktet følger av at reglenes ob-

¹⁷⁴ Giertsen, s.166.

¹⁷⁵ Hagstrøm, s. 136 og Krüger, s. 266.

¹⁷⁶ I spørsmålet om innvirkningselementet er tilstede vil det - *de lege ferenda* - kunne gi veiledning å se hen til vurderingstemaet i verdipapirhandelloven § 3-2 (3) om «... opplysninger som en fornuftig investor sannsynligvis vil benytte som en del av grunnlaget for sin investorbeslutning.» Er prinsippet i denne bestemmelsen tilstede, trekker dette i retning av at innvirkningselementet også er til stede.

jektive og subjektive inngangsvilkår først og fremst dreier seg om en kvalifisering av hvilke opplysninger som er relevante for selve prøvingen av om grensen for opplysningsplikten etter reglene er overtrådt. Etter avtaleloven § 33 kommer denne grensen til uttrykk i spørsmålet om tilbakeholdelse av opplysningene ville «stride mot redelighet eller god tro»,¹⁷⁷ mens det svarende vurderingstema i misligholdssituasjonen er uttrykt i spørsmålet om det er tale om opplysninger realkreditor har «grunn til å rekne med å få» og at forsømmelsen kan «antas å ha virket inn» på avtalen.

Spørsmålet i det følgende er om vi kan si noe om forholdet mellom nivået på regelsettenes terskler for anvendelse. En problemstilling som reiser seg under dette spørsmålet er hvorvidt tersklene kun følger av reglenes formelle ordlyd og iboende vurderinger, eller om også øvrige forhold kan få betydning for hva som skal til for å påkalle reglenes anvendelse.

Det som i særlig grad aktualiserer denne problemstillingen er at brudd på opplysningsplikten etter avtaleloven § 33, uten videre medfører ugyldighet overfor avtaleforholdet. Ugyldighet følger med andre ord som en direkte rettsvirkning av at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt og gitt anvendelse. Dette stiller seg annerledes i misligholdssituasjonen. Brudd på reglene om opplysningsplikt medfører riktignok kontraktsbrudd, men leder ikke uten videre til at øvrige beføyelser inntreffer, slik som eksempelvis krav på heving. Rettsanvenderen er her overlatt til å foreta en egen vurdering av om vilkårene for de videre beføyelser er oppfylt. Det er også et karakteristisk trekk ved misligholdsbeføyelsene at det etter vilkårene gjerne *skal mer til, jo mer belastende rettsvirkningene er* overfor avtaleforholdet og hensynet til kontraktspartener.¹⁷⁸ Ved for eksempel prisavslag er det på sin side tilstrekkelig at det foreligger verdiminus ved ytelsen, mens det ved heving normalt kreves vesentlig kontraktsbrudd. I denne sammenheng er ugyldighet etter avtaleloven § 33 sammenliknbart med

¹⁷⁷ Woxholth, s. 322: «I realiteten er det derfor grensene for når det er redelig eller uredelig ... å gjøre løftet gjeldende ... som er kjernen i problemstillingen.»

¹⁷⁸ Krav på erstatning kan undertiden betraktes som avvikende i dette mønsteret.

heving i misligholdssituasjonen, idet rettsvirkningene i begge tilfeller innebærer et *unntak fra prinsippet om at avtaler skal holdes*.

Rettsvirkningene kan således tale for at terskelen for anvendelse av avtaleloven § 33, *ved brudd på opplysningsplikten*,¹⁷⁹ som utgangspunkt bør forstås å ligge på et nivå sammenliknbart med hva som kreves for heving i misligholdssituasjonen. Om terskelen i stedet som utgangspunkt betraktes lavere, kunne den berettigede tenkes å kunne påkalle ugyldighet selv om vilkårene for heving ikke er oppfylt. Et slikt rettsanvendelsesresultat tilsier raskt en ubalanse i den indre rettssystematikk mellom regelsettene, i det en slik mulighet kan fremstå som en tilfeldig fordel eller en form for omgåelse. Et slikt synspunkt kan tale for at forhold utover den formelle ordlyd i avtaleloven § 33 bør få betydning for dens terskel for anvendelse, sammenliknet med misligholdssituasjonen.

Spørsmålet blir om det finnes rettslige holdepunkter for et slikt synspunkt, utover rimelighetsvurderinger og rene de lege ferenda-betraktninger.

På den ene siden kan det forhold at avtaleloven § 33 innebærer et unntak fra prinsippet om at avtaler skal holdes, i seg selv tale for at det skal en del til før terskelen for anvendelse er tilstede. En innvending kan på den annen side kan være at lovregelen ikke påvirkes av dette fordi den angår betingelsene for gyldighet og gir adgang til å påberope tilblivelsesmangler ved avtaleforholdet.

Konkret veiledning i terskelspørsmålet synes på sin side å kunne utledes av kjøpsloven § 33 og de tilsvarende regler på kontraktslovgivningens område. Uavhengig hovedreglene om reklamasjon og reklamasjonsfrister, er mangelskravet etter disse reglene i behold dersom selgeren har opptrådt grovt aktløst eller for øvrig «i strid med redelighet og god tro». Lovgiver har her tatt i bruk den samme ordlyd som etter redelighetskravet i avtaleloven

¹⁷⁹ Andre forhold som kan konstituere tilblivelsesmangler, slik som f.eks. svik, holdes utenfor spørsmålet.

§ 33. Reglens utforming og ordlyd tilsier dermed at reglene må forstås å gi anvisning på det samme innhold. Et slik tolkning støttes også av juridisk teori.¹⁸⁰

Ettersom brudd på reglene om opplysningsplikt i denne sammenheng *normalt* må sies å kunne foreligge i misligholdssituasjonen, *utenat reklamasjonsfristene samtidig uten videre er tilsidesatt*, tilsier lovreglens systematikk at terskelen i alminnelighet må betraktes som lavere for mislighold enn for ugyldighet. Følgelig er nødvendigvis også terskelen for ugyldighet etter avtaleloven § 33 normalt høyere enn etter kontraktslovgivningens regler om misligholdt opplysningsplikt. I motsatt fall ville en kunne se for seg at brudd på opplysningsplikten i misligholdssituasjonen ubetinget førte med seg tilsidesettelse av de alminnelige reklamasjonsfristene, samtidig som muligheten for å påberope ugyldighet også ville kunne være tilstede, selv om vilkårene for heving ikke nødvendigvis er oppfylt.

Redelighetsvurderingene innehar dermed langt på vei sammenfallende vurderingstema,¹⁸¹ men kan etter dette i utgangspunktet betraktes for å ha individuelle terskler for anvendelse.

Analysen tilsier således at dersom det foreligger ugyldighet etter avtaleloven § 33, vil også terskelen for mislighold være til stede, men ikke alltid omvendt. Regelsettenes terskler tilsier altså at det som utgangspunkt vil være lettere å nå frem i domstolene med en påstand om mislighold enn ugyldighet som følge av manglende opplysninger ved avtaleinngåelsen.

3.5.2 Begrensninger i den berettigedes valgrett?

Ettersom avtaleloven § 33 og de alminnelige reglene om misligholdt opplysningsplikt på kontraktslovgivningens område i enkelte tilfeller vil ha et overlappende nedslagsfelt, aktualiseres spørsmålet om den berettigede i et slikt tilfelle, ved å påberope det ene regelsettet prinsipielt med fortrinn foran det andre, med dette kan sies å ha en «valgrett».

¹⁸⁰ Bergem, note 174, jf. også note 99.

¹⁸¹ Jf. punkt 3.4.

I mangelstilfellet er det kjent at den berettigede ikke nødvendigvis står fritt til å velge blant misligholdsbeføyelsene. Avhjelp og prisavslag går for eksempel som hovedregel foran krav om heving, dersom dette er adekvate alternativ. I Rt. 1998 s. 1510 forelå spørsmålet om hevningsadgangen etter misligholdt opplysningsplikt knyttet overdragelse av leilighet be-fengt med sopp- og råteskader. Førstvoterende uttaler her at ved «... *helhetsvurderingen må det etter min mening legges vekt på om et prisavslag, som alternativ til heving, vil kunne gjenopprette de økonomiske konsekvensene av kontraktsbruddet og også gi en adekvat re-aksjon mot det kontraktsbruddet som foreligger.*»¹⁸² Synet bygger samtidig på at etterlevelse av prinsippet om at avtaler skal holdes, må favoriseres i rimelig utstrekning, før unntak fra prinsippet er aktuelt.

I spørsmålet om *forholdet mellom* krav på ugyldighet eller kontraktsbruddsvirkninger, er likevel hovedregelen at det foreligger full valgrett.¹⁸³ Dette er også formulert som at det er *begrensningene* i anledningen til å påberope seg ulike grunnlag for et krav som krever en begrunnelse.¹⁸⁴ Utgangspunktet er således at den berettigede står fritt til å påberope seg det rettsgrunnlag som gir de mest prefererte rettsvirkninger for parten selv.

Det kan reises spørsmål om hvorvidt deler av avtaleloven § 33 sitt anvendelsesområde er overført til reglene om opplysningsplikt ved innføringen av den nyere kontraktslovgivning, eller om eventuelt en bør betrakte det slik. Et slikt synspunkt har ikke dekning i den juri-diske teori, men kunne tenkes å utgjøre et premiss i en argumentasjon enkelte forfattere synes å søke etter.¹⁸⁵

¹⁸² s. 1518.

¹⁸³ Krüger (1991), s. 129 og Woxholth (2011), s. 267.

¹⁸⁴ Nazarian, s. 213.

¹⁸⁵ Nazarian, s. 219.

UNIDROIT Principles art. 3.2.4 gir på sin side misligholdsbeføyelsene forrang, mens PECL art. 4:119 holder valget åpent: «*A party ... may pursue either remedy.*» Ved at de aktuelle modellene trekker i hver sin retning, svekkes grunnlaget for å benytte modellovene som et støttemoment for å legitimere bestemte løsninger for eller mot en valgrett.

Det bør – *de lege ferenda* – presiseres i denne sammenheng at også regelsettenes *terskler* for anvendelse etter analysen ovenfor normalt vil utgjøre en begrensning i den berettigedes «valgrett», på lik linje med regelsettenes objektive og subjektive vilkår. Dette vil samtidig *avhjelpe* flere av de betenkelige forhold som ellers ville ha eksistert, slik som eksempelvis en formell valgrett mellom prisavslag og ugyldighet, utenat vilkårene for heving nødvendigvis er tilstede.

I norsk juridisk teori er det for øvrig lagt til grunn at det bør eksistere enkelte *særskilt oppstilte unntak* fra valgretten.

Synspunktet knytter seg til spørsmålet¹⁸⁶ om den berettigede uten begrensninger på bestemte rettsområder – ved å kreve ugyldighet, kan påkalle seg et restitusjonsoppgjør med virkning *ex tunc*. Dette vil særlig kunne fremstå problematisk i kontraktstyper hvor heving på sin side normalt bare har virkning for fremtiden; *ex nunc*. Eksempler på dette er entrepris-kontrakter, tjenestekontrakter og langsiktige kontraktsforhold med løpende leiebetalning.¹⁸⁷ Normalt skal det i slike tilfelle betales for de deler som allerede er oppfylt.

Slike begrensninger følger ikke direkte av avtaleloven § 33 eller avtalelovens regulering for øvrig. Begrensningene må således i første rekke oppstilles med forankring i ulike rimelighetsbetraktninger. Det vern som ellers ligger i at heving er begrenset til *ex nunc* vil rett

¹⁸⁶ For øvrig er det problematisert hvorvidt ugyldighet kan gjøres gjeldende ved siden av arbeidsmiljølovgivningen, på grunn av de særskilte vernehensyn denne lovgivningen representerer. En slik adgang må langt på vei anses begrenset. Hagstrøm, s. 138 og Hauge, s. 154.

¹⁸⁷ Hagstrøm, s. 438.

nok virke «illusorisk»¹⁸⁸ dersom ugyldighet skal kunne påberopes med full restitusjon som resultat.

Når utgangspunktet er at det formelt sett foreligger en *valgrett* mellom å påberope misligholdt opplysningsplikt som grunnlag for ugyldighet eller mislighold, aktualiseres spørsmålet om hvilke rettsvirkninger som lønner seg for den berettigede. Den grunnleggende forutsetning er naturligvis at en vurderer forholdet slik at begge regelsett teoretisk kan komme til anvendelse etter sine vilkår og terskler, slik vi har behandlet tidligere gjennom analysen.

Et fullgodt svar på hvilke krav som kan lønne seg avhenger av en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Blant annet må det foretas en vurdering av om det er ønskelig å holde fast ved avtalen og hvilke økonomiske tap og utgifter som foreligger.

Som et generelt utgangspunkt¹⁸⁹ er det likevel mulig å si at dersom en ville tjent på avtalen, kan det lønne seg å påberope mislighold og herunder erstatning for den positive kontraktsinteresse. Er kontrakten derimot tapsbringende, vil det kunne lønne seg å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse – enten ved ugyldighet eller alternativt ved heving slik behandlet som en egen problemstilling i punkt 2.5.3. Erstatningen i sistnevnte tilfelle vil ofte kunne betraktes som en mellomløsning; en tjener ikke på kontrakten, men en taper heller ikke.¹⁹⁰

Utover spørsmålet om erstatning, fremkommer en klar fordel ved å påberope ugyldighet etter avtaleloven § 33 dersom den krenkede er en selger som har *overgitt* naturalytelsen. Etter kjøpsloven § 54 (4) er nemlig hevningsadgangen i et slikt tilfelle avskåret.¹⁹¹

¹⁸⁸ Hagstrøm, s. 138.

¹⁸⁹ Hov, s.190.

¹⁹⁰ Hov, s.192.

¹⁹¹ Woxholth, s. 287.

4 Kilder

4.1 Norske lover

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai nr. 4
- 1988 Lov om kjøp av 13. mai nr. 27
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere av 16. juni nr. 63
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli nr. 93
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni nr. 43
- 1999 Lov om husleieavtaler av 26. mars nr. 17
- 2002 Lov om forbrukerkjøp av 21. juni nr. 34
- 2007 Lov om verdipapirhandel av 29. juni nr. 75

4.2 Modellover og internasjonale instrumenter

UNIDROIT Principles	<i>Principles of International Commercial Contracts</i>
PECL	<i>The Principles of European Contract Law</i>

4.3 Forarbeider

Til avhendingslova	Ot.prp.nr.66 (1990-1991)
Til avtaleloven	Ot.ptp.nr.63 (1917)
Til bustadoppføringslova	Ot.prp.nr.21 (1996-1997)
Til forbrukerkjøpsloven	NOU-1993-27
	Ot.prp.nr.44 (2001-2002)
Til husleieloven	Ot.prp.nr.82 (1997-1998)
Til kjøpsloven	Ot.prp.nr.80 (1986-1987)

4.4 Rettspraksis

Rt-1920-890

Rt-1935-669

Rt-1953-581

Rt-1983-716

Rt-1984-28

Rt-1984-356

Rt-1987-442

Rt-1988-1078

Rt-1998-1510

Rt-1999-408

Rt-1995-1026

Rt-1995-1460

Rt-2002-696

Rt-2002-1110

4.5 Litteratur

Arnholm

Carl Jacob Arnholm, *Privatrett II Avtaler*. Oslo, 1964.

Bergem

John Egil Bergem, kommentar til kjøpsloven.

I: *Norsk lovkommentar*. B. 2, 2005, s.1800.

Bruserud

Herman Bruserud, *Villfarelse som ugyldighets- og forpliktelsesgrunnlag*. I: *Marlus* 2011 n. 401 s. 1-71.

Fleischer

Carl August Fleischer, *Den negative kontraktsinteresse*. I: *Festskrift til Carl Jacob Arnholm* 1959 s. 41-53.

- Giertsen Johan Giertsen, *Avtaler*. 2. utg. Bergen, 2012.
- Haaskjold Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*. 2. utg. Oslo, 2013.
- Hagstrøm Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*. Oslo, 2002.
- Hagstrøm (2011) Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.
- Hagstrøm (2009) Viggo Hagstrøm, kontraktsretten.
I: *Knophs oversikt over Norges rett*. 13. utg. Oslo, 2009.
- Hagstrøm (1981) Viggo Hagstrøm, *Culpanormen*. 3. utg. Oslo, 1981.
- Hauge Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*. Bergen, 2009.
- Hov Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet – kontraktsrett*. 3. utg. Oslo, 2002.
- Hov (2005) Jo Hov, kommentar til avtaleloven.
I: *Norsk lovkommentar*. B. 1, 2005, s. 331.
- Krüger Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*. Bergen, 1989.
- Krüger (1991) Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*. 3. utg. Bergen, 1991.

- Langfeldt Sverre Faafeng Langfeldt og Tore Bråthen,
Lov og rett for næringslivet. 19. utg. Oslo, 2012.
- Nazarian Henriette Nazarian, *Opplysningssvikt som grunnlag for ugyldighet, mislighold eller lemping*. I: Jussens venner 2007 s. 201-220.
- Robberstad Anne Robberstad, *Sivilprosess*. 2. utg. Oslo, 2012.
- Woxholth Geir Woxholth, *Avtalerett*. 6. utg. Oslo, 2006.
- Woxholth (2011) Geir Woxholth, *Avtalerett*. 8. utg. Oslo, 2011.

4.6 Elektroniske dokumenter

- Bransjeregler *Rørhåndboka* (2012),
<http://www.nrl.no/article.php?articleID=1484&categoryID=467>
[Sisert 12. november 2013]
- Bransjenorm for markedsføring av bolig* (2008),
<http://www.forbrukerombudet.no/asset/3048/1/3048%201.pdf>
[Sisert 12. november 2013]
- Bransjenorm for markedsføring av bolig* (2013),
http://www.forbrukerombudet.no/asset/4855/1/4855_1.pdf
[Sisert 12. november 2013]