

UiO : Det juridiske fakultet

Om rekkevidden av ansvarsfraskrivelser i kommersielle avtaler, særlig tilrettelegging- og rådgivningsavtale

Kandidatnummer: 598 & 583

Leveringsfrist: 25.11.2014 kl. 12:00

Antall ord: 23 335



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Generelt om ansvarsfraskrivelser.....	1
1.3	Erstatningsansvar.....	4
1.4	Begrepsavklaringer.....	5
1.4.1	Rekkevidde.....	5
1.4.2	Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrensning.....	5
1.4.3	Typetilfelle.....	6
1.5	Avgrensninger.....	6
1.5.1	Kommersielle avtaleforhold.....	6
1.5.2	Internasjonal og mellomstatlig rett.....	6
1.6	Metode og rettskildesituasjonen.....	6
1.6.1	Metode.....	6
1.6.2	Lover med forarbeider.....	6
1.6.3	Rettspraksis.....	7
1.6.4	Privat praksis.....	7
1.6.5	Bruk av utenlandske kilder.....	8
1.7	Den videre fremstillingen.....	9
2	RETTLIG UTGANGSPUNKT - AVTALEFRIHET.....	10
2.1	Avtalerett.....	10
2.2	Nærmere om grov uaktsomhet.....	13
2.3	Lojalitet i kontraktsforhold.....	15
3	AVTALEOBJEKTET - TYPETILFELLENE.....	17
3.1	Innledning.....	17
3.2	Tilretteleggeravtale.....	17
3.2.1	Kontraktstypen.....	17
3.2.2	Kontraktobjektet.....	18
3.2.3	Partsbildet.....	18
3.2.4	Tolkning.....	18
3.2.5	Rettskildebildet.....	19
3.2.6	Ansvarsregulering.....	20
3.3	NF/NTK 05.....	21
3.3.1	Kontraktstypen.....	21
3.3.2	Kontraktobjektet.....	21

3.3.3	Partsbildet	22
3.3.4	Tolkning.....	22
3.3.5	Rettskildebildet.....	22
3.3.6	Ansvarsregulering.....	23
3.4	Kjøp og salg av virksomhet	24
3.4.1	Kontraktstypen.....	24
3.4.2	Kontraktobjektet.....	25
3.4.3	Partsbildet	25
3.4.4	Tolkning.....	25
3.4.5	Ansvarsregulering.....	26
3.5	Oppsummering.....	27
4	REKKEVIDDEN AV ANSVARFRASKRIVELSER I KOMMERSIELLE AVTALER, SÆRLIG TILRETTELEGGING- OG RÅDGIVERAVTALE	28
4.1	Gjeldende rett.....	28
4.2	Nyere praksis.....	31
4.2.1	Innledning	31
4.2.2	Kort resyme av Pareto-dommen	31
4.2.3	Kort resyme av Unilabs- og rådgiver-dommen	33
4.3	Vedtakelse	34
4.4	Tolkning	38
4.4.1	Innledning	38
4.4.2	Lojalitetsbasert tolkning	42
4.4.3	Forutsetningsbasert tolkning.....	43
4.4.4	Betydning av integrasjonsklausuler.....	45
4.5	Sensur.....	48
4.5.1	Avtaleloven 36.....	48
4.5.2	Lojalitet.....	54
4.5.3	Rimelig risikofordeling.....	55
4.5.4	Oppsummering	57
5	KONKLUSJON.....	58
5.1	Liten harmoni med gjeldende rett	58
5.2	Typetilfellene	60
5.3	Faktorene.....	60
5.4	Hovedregelen	61
6	LITTERATURLISTE	63
6.1	Juridisk litteratur	63

6.1.1	Bøker	63
6.1.2	Artikler.....	63
6.2	Norske lover	64
6.3	Forarbeider	64
6.3.1	Norske forarbeider	64
6.3.2	Utenlandske forarbeider	64
6.4	Rettspraksis	65
6.4.1	Publiserte dommer	65
6.4.2	Publiserte Underrettsdommer	65
6.4.3	Utenlandske dommer	65
6.5	Annet/WEB	66

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er rekkevidden av ansvarsfraskrivelser i kommersielle avtaler, særlig tilrettelegging- og rådgivningsavtale.

Oppgaven tar for seg ulike problemstillinger som oppstår for ansvarsfraskrivelser når kontraktsrettens alminnelige utgangspunkt om avtalefrihet holdes opp mot de rettslige skrankene på rettsfeltet. Hvor langt en ansvarsfraskrivelse rekker etter norsk rett, er normalt og forenklet et spørsmål om hvorvidt ansvarsfraskrivelsen er vedtatt, om den skal tolkes innskrenkende eller om den blir gjenstand for sensur. Problemstillingen oppstår typisk når en part anser seg skadelidt og den annen mener at forholdet er avskåret ved ansvarsfraskrivelse.

På et stort rettsfelt som kontraktsretten, er det svært mange forhold som er av betydning for om en ansvarsfraskrivelse kan opprettholdes. Dette gjelder selv når problemstillingene som reises i hovedsak omhandler avtaler for tilrettelegging og rådgivning.

Hovedproblemstillingen er følgelig hvilke hensyn som gjør seg gjeldende og hvordan de ulike rettslige skrankene beskjerer rekkevidden av ansvarsfraskrivelser særlig i tilrettelegger- og rådgiverforhold.

Nyere underrettspraksis bringer aktualitet ved at sensur, som den skarpeste formen for beskjer, har blitt benyttet for å tilsidesette ansvarsfraskrivelser i sin helhet. Dette i tilfeller hvor selve ansvarsfraskrivelsen for øvrig synes å være et utslag av alminnelig bransjepraksis. Ett ytterligere og viktig spørsmål som oppgaven derfor vil belyse er hva som kreves prosessuelt og materielt for at en skadevolder reelt kan lene seg på en fraskrivelse.

Kjernen i problemstillingen er i hvilken grad en kontraktspart/aktør kan fraskrive seg ansvar han etter de erstatningsrettslige prinsipper ellers må bære, og herunder hvilke faktorer som særlig gjør seg gjeldende i avtaleforhold om tilrettelegging og rådgivning.

1.2 Generelt om ansvarsfraskrivelser

Ansvarsfraskrivelse eller ansvarsbegrensning er en klausul som har til hensikt å fraskrive eller begrense ansvaret for en ellers mangelfull ytelse. I praksis handler det om hvorvidt realdebitor har fraskrevet seg sitt erstatningsansvar, og at realkreditor eller tredjemann har gitt avkall på erstatningskrav. Intern partes i kontrakt, mens det overfor tredjemann gjerne handler om

rekkevidden av mer eller mindre ensidige erklæringer.¹ Tradisjonelt er det et spørsmål om hvorvidt en kjøper (i oppgaven realkreditor eller tredjemann) har akseptert fraskrivelsen eller begrensningen.² Hvis så, kan spørsmålet forflyttes til hvorvidt ansvarsfraskrivelsen likevel må tåle innskrenkende tolkning eller sensur.

Beskjæring av en ansvarsfraskrivelse eller ansvarsbegrensning avhenger av kontraktsforholdets art holdt opp mot den konkrete omstendighet som prøves. Både kontraktsforholdets art og det konkrete forholdet som prøves kan variere fra det svært enkle og oversiktlige til det ekstremt komplekse. Av samme grunn kan ansvarsfraskrivelser være mer eller mindre enkle i form og mer eller mindre enkle å tolke rekkevidden av. Tillagt et høyt kontraktsvolum og mange aktører, innebærer denne kompleksiteten at både forhandlingssituasjonen og utformingen av kontrakten blir stadig mer profesjonalisert. Og med det mekanismene mer sofistikerte.³

Fraskrivelse eller begrensning av ansvar er imidlertid en naturlig og sentral kontraktsmekanisme, og bare én av flere mekanismer som har til hensikt å fordele risiko i avtaleforhold. Risikobildet er normalt reflektert i kontraktens kommersielle balanse. Balansen som beror på at partene har vært jevnbyrdige - at de er opplyste og ser rekkevidden av de vilkårene avtalen inngås på, og at de forstår ordbruken i avtalen på samme måte.

Oppgaven er etter dette også praktisk innrettet, da avtaler om rådgivning og tilrettelegging inngås i stort antall i alle deler av næringslivet. Et nærliggende og aktuelt bruksområde er i sammenheng med aksjeemisjoner. Markedet for utstedelse av aksjer i forbindelse med emisjoner/kapitalforhøyelse er en næring med et stort volum av avtaler og profesjonsutøvere. Avtalene bærer mer eller mindre uten unntak i seg en eller annen form av ansvarsfraskrivelse.⁴ Ett eksempel kan være;

«Informasjonen i Prospektet er utarbeidet etter beste skjønn, men [Selskapet AS] («**Selskapet**») påtar seg intet ansvar for at informasjonen er riktig eller fullstendig. Selskapet fraskriver seg ethvert ansvar for tap som følge av misvisende, feilaktige eller ufullstendige opplysninger i Prospektet, og for tap som på annen måte oppstår som følge av investeringen.»⁵

¹ Perland (2013) s. 641.

² Gisle (2007) *Jusleksikon*.

³ Christoffersen (2008) s. 34.

⁴ Perland (2013) s. 947.

⁵ Utdrag fra en standard tegningsblankett, tilsvarende som Perland (2013) viser til s. 947.

Klausulen er hentet fra Selskapets standard avtale/tegningsblankett som ble utstedt i forbindelse med «Selskap utsteder ASAs» emisjon for tegning av aksjer i 2010. Klausulen adresserer i oppgavens sammenheng rekkevidden av en generell og skyldnøytral fraskrivelse av tilretteleggeransvaret, og er et eksempel på en svært omfattende ansvarsfraskrivelse. Slike klausuler har et utvalg tilsatt av den svenske regjeringen nå for øvrig foreslått forbund mot.⁶ Hensynene bak prospektansvaret etter verdipapirlovgivningen berører kjernen i oppgaven, og det svenske forarbeidet til dette forslaget og dets relevans for norsk rett kommer oppgaven tilbake til.

På tross av et stort omfang omfattende og generelle ansvarsfraskrivelser, er de kommersielle næringene som gjør bruk av tilrettelegger- og rådgiveravtaler, preget av få rettslige tvister. Dette gjelder særlig sammenliknet med hyppigheten av slike tvister der hvor meglere, revisorer, inspektører, takstmenn eller advokater er profesjonsutøveren.⁷ Årsakene til dette kan være mange. En nærliggende årsak kan være at det er snakk om partsbilder av næringsdrivende som gjerne løser slike saker ved utenomrettslig forhandling. Alternativt, og for de vanskeligste sakene, at sakene løses ved voldgift som ikke offentliggjøres.

Avtaler er en fundamental og bærende del av næringslivet, og en avtale skal holdes. At *avtaler skal* holdes er et prinsipp som forvaltes med strenghet særlig i næringslivet, såkalt *rigor commercialis*.⁸ Dette skyldes blant annet at kravet til forutberegnelighet og tillit til at en avtale holdes, er avgjørende for at kommersielle mekanismer skal kunne fungere etter sin hensikt. I tillegg kommer at profesjonelle parter i større grad enn forbrukere må bære risikoen ved at egne forutsetninger svikter. Ikke desto mindre vil alle avtaler måtte tåle innskrenkende fortolkning eller sensur dersom norsk rett ikke tillater fraskrivelsen slik skadevolder har ment den.

Oppgaven vil sondre rundt tre ulike typetilfeller av avtale- og partsforhold; Norsk Fabrikasjonskontrakt (NF)/Norsk Totalkontrakt (NTK) (samlet NF), avtale for kjøp og salg av virksomhet (virksomhetskontrakt), og avtale som kommer til bruk ved tilrettelegging- og rådgivningsoppdrag. Sistnevnte benevnes tilretteleggeravtale der hvor begge forholdene uten videre kan sammenfattes, og begge deler der det er riktig. Tilrettelegger- og rådgiveravtale vil være oppgavens hovedtypetilfelle. Nærmere gjennomgang av karakteristikkene ved disse avtale- og partsforholdene følger under i kapittel tre.

⁶ DS 2013:16 s. 90 flg.

⁷ Perland (2013) s. 20.

⁸ Haaskjold (2013) s. 334.

Temaet anses interessant ut fra både et rettskildeperspektiv og bransjepraksis. Til det siste er oppgavens påstand at *ulike bransjeaktører utformer og bruker ansvarsfraskrivelser som i mange tilfeller ikke vil stå seg*. Årsaken til dette er at ansvarsfraskrivelsene ofte går lengre i å frita aktørene for ansvar enn hva norsk rett synes å tillate.

1.3 Erstatningsansvar

Erstatningsretten er som utgangspunkt ulovfestet, men de alminnelige prinsipper er i dag formulert i en rekke spesiallover, samt i skadeserstatningsloven. For oppgavens del følger erstatningsansvaret både av at ansvar kan gjøres gjeldende utenfor eller i kontraktsforhold i form av culpa-regelen. *Utenfor* kontrakt er det snakk om såkalt deliktansvar og *i* kontraktsforhold et alminnelig kontraktsansvar som følger av kontraktsculpa. I likhet med det ordinære culpaansvaret som følger utenfor kontrakt, vil vurderingen i kontraktsforhold være om debitor kunne og skulle ha handlet annerledes enn han har gjort.⁹ Oppgaven tar derfor for seg det subjektive ansvarsgrunnlaget hva gjelder ansvar både i og utenfor kontraktsforhold.

For oppgavens hovedtypetilfelle er det særlig aktuelt å sondre mellom ansvar i og utenfor kontrakt, ettersom begge deler er aktuelt i vurderingen av ansvarsgrunnlag. Som kapittel tre vil gå nærmere inn i, er tilretteleggeravtalen i mange tilfeller preget av en trepartskonstellasjon, hvor særlig tredjemann som skadelidt må bygge sitt krav på ansvar utenfor kontrakt. Ansvarsvurderingene er i stor grad den samme i og utenfor kontrakt, men blant annet ulike legislative hensyn kan gjøre at vurderingene etter den konkrete omstendighet kan falle noe ulikt ut. Hva gjelder ansvar *i* kontraktsforhold er skillet enda mer teoretisk ettersom den skadelidte kan velge hvilket ansvarsgrunnlag et krav skal bygge på, alt etter hva som vil føre best frem.¹⁰

Både i og utenfor kontraktsforhold er profesjonsansvaret det vesentligste ansvarsgrunnlaget for oppgavens behandling av ansvarsfraskrivelser. Det havner således i en form for mellomstilling mellom ansvar i og utenfor kontrakt, og ansvarsgrunnlaget rammer både den enkelte fysiske profesjonsutøver og virksomheter.¹¹ Til dette kommer også at den enkelte fysiske utøver av en profesjon skal vurderes etter profesjonsnormen som foretaket vurderes etter, og denne foretaksnormen skal forstås slik at også samvirket mellom flere medarbeidere til sammen i sum kan danne grunnlag for ansvar. Såkalte kumulative anonyme feil.¹²

⁹ Hagstrøm (2009) s. 452.

¹⁰ Rt. 2007 s. 1665.

¹¹ Hagstrøm (2009) s. 450.

¹² Perland (2013) s. 89.

Erstatningsretten vil i oppgavens sammenheng ikke drøftes særskilt ut over det subjektive ansvarsgrunnlaget som nødvendighet for at det skal være relevant å i det videre drøfte rekkevidden av ansvarsfraskrivelsen. Det legges derfor uten videre til grunn at skaden (det eventuelle kontraktsbruddet) er erstatningsmessig og at det er adekvat årsakssammenheng mellom det ansvarsbetingende forholdet og skaden.

Oppgavene vil ikke gå inn på problemstillinger knyttet til arbeidsgivers objektive ansvar som følger av skadeserstatningsloven § 2-1. Det videre om innholdet i de ulike rettslige standardene til grunn for ulike ansvarsgrunnlag og kvalifisering av skyldgrad med betydning for temaet, behandles i hovedsak i oppgavens kapittel to og fire.

1.4 Begrepsavklaringer

1.4.1 Rekkevidde

Med *rekkevidde* menes hvor langt norsk rett tillater at ansvar fraskrives for forhold som ellers etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper gir ansvar. Oppgaven vil behandle spørsmålet generelt etter gjeldende rett og konkret for typetilfellene.

1.4.2 Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrensning

En mekanisme for fraskrivelse eller begrensning av ansvar kan ha svært forskjellig materielt innhold – ulik detaljering og grad av ansvarsfraskrivelse. Graden av ansvarsfraskrivelse kan variere fra at en aktør fraskriver seg alt-, til bare deler av ansvaret. Oppgaven benytter *fraskrivelse* og *begrensning* om hverandre da forskjellen ofte kan være diffus og bero på tolkning. Oppgavens påstand om at aktører i mange tilfeller ikke kan lene seg på fraskrivelsen, bygger på at ansvaret ofte er søkt fraskrevet i sin helhet ved generelle og skyldnøytrale fraskrivelser. I slik sammenheng vil *ansvarsfraskrivelse* være mest dekkende.

Begrepsbruken kan videre være i form av en *spesifisert fraskrivelse* eller en *generell* fraskrivelse. *Spesifisert* skjer ved at fraskrivelsen retter seg mot et konkret element av ytelsen som skal gis, mens en *generell* fraskrivelse omfatter ethvert ansvarsforhold som ellers ville kunne gjøres gjeldende.¹³ I oppgavens sammenheng, som behandler rekkevidden, har alle variantene det til felles er at fraskrivelsen er i høy grad, og ment fra realdebitors side slik at ansvar i enhver form i den aktuelle omstendigheten er avskåret.

¹³ Det kan også tenkes andre distinksjoner som beløpmessig, grad av culpa, tidsmessig begrensning (reklamasjonsfrist og foreldelse), jf. NJA 2007 s. 962.

1.4.3 Typetilfelle

Hvor vidt en ansvarsfraskrivelse vil stå seg eller ikke, vil alltid bero på en konkret helhetsvurdering av det aktuelle kontraktsforholdet og omstendighetene rundt dette. Oppgaven tar derfor for seg tre ulike typetilfeller av kontrakter for å synliggjøre hvordan vurderinger faller ulikt ut avhengig av kontraktsforholdets art. I analysen og som del av etablering av relevante argumenter, er metoden å se for seg glideskalaer knyttet til styrken av hensyn, og gjerne tenkt fra det ene til det andre typetilfellet.

1.5 Avgrensninger

1.5.1 Kommersielle avtaleforhold

Oppgaven vil ha kommersielle aktører og deres avtaleforhold som tema. Selv om oppgaven også tar for seg grad av profesjonalitet og hvilken virkning det skal ha for vekt av ulike hensyn, vil ikke forbrukerforhold være tema annet enn for å eksemplifisere ulikhet i hvordan hensyn vektet.¹⁴

1.5.2 Internasjonal og mellomstatlig rett

Oppgaven vil ikke ta for seg internasjonal eller mellomstatlig rett for annet formål enn som kilde til norsk rett. Se for øvrig oppgavens pkt. 1.6.5.

1.6 Metode og rettskildesituasjonen

1.6.1 Metode

Oppgaven har alminnelig rettsdogmatisk metode som utgangspunkt. Rettsdogmatikken handler om å «samle, bearbeide, systematisere og presentere rettsstoff».¹⁵ Oppgaven vil beskrive og fortolke de kildene som er relevante for å trekke frem endrede eller nye argumenter til grunn for gjeldende rett og rettslig utvikling av skrankene for ansvarsfraskrivelser. Som Christoffersen (2008) påpeker er rettsdogmatisme for øvrig ikke et entydig begrep.¹⁶ I likhet med henne vil oppgaven ikke gå nærmere inn i den diskusjonen, men som utgangspunkt legge til grunn en tradisjonell forståelse av rettskildedefaktorene.¹⁷ Oppgaven vil kort fremstille de rettskildedefaktorene som anses mest relevant for oppgavens tema og problemstillinger.

1.6.2 Lover med forarbeider

På avtale- og erstatningsrettens område er det både preseptorisk og deklarasjonslovgivning å se hen til. I oppgavens sammenheng vil avtaleloven, kjøpsloven og verdipapirhandeloven

¹⁴ Forbruker/forbrukerforhold skal forstås i samsvar med forbrukerkjøpsloven § 1 tredje ledd.

¹⁵ Andresen (2011); Forelesning.

¹⁶ Christoffersen (2008) s. 121.

¹⁷ Eckhoff (2005) s. 22 flg.

sammen med ulik ulovfestet rett være utgangspunktet. I mange tilfeller ved direkte regulerende relevans, og for tilfeller som relevant bakgrunnsrett som gir støtte til vurderinger og argumenter.

1.6.3 Rettspraksis

Det er beskjedent med Høyesterettspraksis som konkret retter seg mot ansvarsfraskrivelser. Dette skyldes at for alle oppgavens typetilfeller, er det normalt regulert andre mekanismer enn ordinær rettslig prosess som endelig løsning av tvister som oppstår mellom partene. Viktigst er voldgift, hvor få avgjørelser publiseres. Det som eksisterer av høyesterettspraksis innen kontrakts- og erstatningsretten er på den annen side nokså oversiktlig og danner grunnlag for relevante slutninger fra det generelle til det spesielle.

Oppgaven vil gjøre bruk av underrett- og voldgiftspraksis. Underrettspraksis har begrensinger som rettskildefaktor. Slik praksis har lavere autoritet enn høyesterettspraksis som følge av faktorer som at dommene kan være noe tilfeldig bekjentgjort, de kan være påvirket en for avgrenset rettsstilstand (sak eller geografi), og ikke minst er de avsagt av en domstol som i alminnelighet har lavere kompetanse.¹⁸ For voldgiftspraksis kan mange av de samme argumentene trekkes opp som grunnlag for manglende vekt, og delvis i enda sterkere grad. Felles for både underrett- og voldgiftspraksis er at manglende generell vekt kan repareres, styrkes eller ha relevans på et begrenset område.

Underrettspraksis er relevant ved at domstolen kan være særlig kvalifisert innen en avgrenset område, på samme måte som dommeren også kan være særlig kyndig innen de aktuelle problemstillingene. At dommer senere refereres i teoretiske avhandlinger eller blir påberopt og vist til i annen praksis, er også tegn på at argumenter og premisser er kvalifiserte også i større sammenhenger.¹⁹ For oppgavens del er det vurdert at både det faktum at dommene er avsagt av særlig kyndige dommere, samt at to voldgiftsdommer det vises til har saksforhold med klare paralleller og resultat, gir styrket vekt til denne praksis. På denne bakgrunn har oppgaven funnet det relevant å bruke underrett- og voldgiftspraksis ettersom praksisen for øvrig gis vekt etter en alminnelig rettskildevurdering.

1.6.4 Privat praksis

For oppgavens tema kan også rettskildefaktorene *privat praksis* og *reelle hensyn* være av noe større betydning/vekt enn for andre typetilfeller av praksis.²⁰ Dette skyldes at en eventuell ensartet avtalepraksis skaper regler som domstolene må forholde seg til, og gir opphav til

¹⁸ Eckhoff (2005) s. 162.

¹⁹ Eckhoff (2005) s. 162.

²⁰ Eckhoff (2005) s. 244 flg.

spørsmål som må besvares. Eckhoff (2005) peker i sin behandling av rettskildelæren på at slik praksis, særlig innen den kommersielle avtaleretten, stadig har skapt rettsregler. Ansvarsbegrensingsregler innen selskapsretten og regler knyttet til finansiell leasing er eksempler på dette. Det er særskilt behovene for sikre og forutsigbare finansieringsmekanismer som har skapt grunnlag for en slik utvikling. Ansvarsbegrensninger og ansvarsfraskrivelser kan også bli gjenstand for slik utvikling og det er dette oppgaven i enkelte sammenhenger tar for seg, og da hvilke hensyn og argumenter som er sterke nok til at slik rettslig utvikling kan skje. Tilsvarende prinsipp er formulert i eksempelvis kjøpsloven § 3 om avtale og handelsbruk.

Reelle hensyn er tidvis omtalt som den minst vektige, men mest prosederte rettskildefaktoren. Fra teoretiske fremstillinger fremkommer praksisanalyser som viser at retten i søken etter et godt resultat går langt i å eksplisitt eller mellom linjene gi atskillig vekt til reelle hensyn. Rettskildefaktoren *reelle hensyn* har i rettsvitenskapelig sammenheng ikke større vekt enn hva kvaliteten av vurderingen tilsier, og dette bygger også oppgaven på.²¹

1.6.5 Bruk av utenlandske kilder

Kontraksretten er et rettsfelt som i stor grad er grenseoverskridende, noe som i alminnelighet påvirker dannelsen av både nasjonal og mellomstatlig rett. Utenlandske og mellomstatlige kilder har dermed opplagt betydning også for norsk rett, men da vurdert etter alminnelige kildeprinsipper. I oppgavens sammenheng vil særlig nordiske kilder, mellomstatlig rett som er forpliktet inntatt i norsk rett, samt internasjonal kontraktsrettslig utvikling være av betydning.

Nordisk teori og praksis har i særstilling vekt som rettskildefaktor.²² De nordiske landene har mange historiske elementer forut for rettsdannelse som er likeartet. De mest sentrale resultatene av dette er avtaleloven og kjøpsloven som er mer eller mindre likt kodifisert.²³ I relasjon til norsk rett må det legges betydelig vekt på forarbeidet til den svenske avtaleloven § 36 som tilsvarende bestemmelse i den norske avtaleloven i stor grad hviler på.

EØS-loven regulerer inkorporeringen av EU-rett og EU-direktiver i norsk rett. I oppgavens sammenheng er det relevant at både kjøpsloven og verdipapirlovgivningen er utslag av slik inkorporering.²⁴ Dette er lover som er preget av internasjonal rettsutvikling, og de er kodifisering av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Tolkningsbildet vil derfor være preget av kilder fra både norsk og internasjonal rett.

²¹ Eckhoff (2005) s. 366 flg.

²² Hagstrøm (1996) s. 432.

²³ Christoffersen (2008) s. 128.

²⁴ Se kjl. og vphl.

Av annen internasjonal rett nevnes også angloamerikansk rett, men da som følge av bransjepraksis og mekanismer for ansvarsfraskrivelse som har sitt opphav fra England og USA.²⁵ Fast og ensartet bruk av slike mekanismer vil i realiteten tilsi vekt til formål og tolkningsprinsipper fra annet enn norsk rettsdannelse. Oppgaven legger imidlertid til grunn at angloamerikansk rett ikke øver innflytelse ut over hva norsk tolkningspraksis tillater med hensyn til vekt av argumenter.

Det gir ikke samme mening å snakke om en europeisk kontraktsrett på samme måte som for nordisk. CISG-basert (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) lovgivning er imidlertid også av relevans i kontraktsretten. CISG er det nærmeste man kommer en felles europeisk kjøpsrett ved at den er ratifisert av en rekke europeiske land.²⁶ CISG sammen med andre sentrale regelsett som UNIDROIT Principles of International commercial Contracts (UNIDROIT Principles) og Principles of European Contract Law (PECL) er alle sentrale regelsett på kontraktsrettens område. Alle er blitt til som forsøk på å harmonisere europeisk kontraktsrett og gir *«uttrykk for veloverveide løsninger i internasjonale forretningsforhold.»*²⁷

Dette er kilder som vil ha relevans ut fra hva kvaliteten i kilden og vekten av de rettslige argumentene tilsier. I den grad norske kontraktsrettslige prinsipper samsvarer med slike kilder, inngår de også naturlig som støtteargument for balanserte og rimelige løsninger.²⁸

1.7 Den videre fremstillingen

Det rettslige utgangspunktet for rekkevidden av ansvarsfraskrivelser er den alminnelig avtalefriheten og prinsippet om at avtaler skal holdes. På denne bakgrunn gjennomgås avtalerettslige grunnprinsipper, sammen med en nærmere gjennomgang av skyldgradens alminnelige betydning for oppgavens tema. I kapittel tre gjennomgås typetilfellene nærmere. Disse er ment for å oppstille eksempler på hvordan ansvarsfraskrivelser tradisjonelt er angitt og brukt, og spesielt for også å danne praktiske referansepunkter særlig for tilretteleggeravtaler. Kapittel fire tar for seg en kort oppsummering av gjeldende rettstilstand for så å gjennomgå de ulike skrankene som kan beskjære ansvarsfraskrivelsene. Skrankene vedtakelse, tolkning og sensur danner hovedstrukturen ved at de ulike typetilfellene holdes opp mot disse. Avslutningsvis oppsummeres gjeldende rett særlig for tilrettelegger- og

²⁵ Hagstrøm (1996) s. 444 flg.

²⁶ Rt. 1995 s. 486.

²⁷ Christoffersen (2008) s. 130.

²⁸ Christoffersen (2008) s. 130.

rådgiveravtalen i form av noen overordnede rettslige hensyn og argumenter, samt viktige faktorer som praktisk kan an vise rekkevidden av en ansvarsfraskrivelse.

2 Rettslig utgangspunkt - avtalefrihet

2.1 Avtalerett

For å sette konteksten for de rettslige vurderinger som domstolen gjør seg i forhold til ansvarsfraskrivelse, skal oppgaven gi en kort fremstilling av avtaleretten. Det er en rekke rettslige standarder og vurderinger som er utviklet og brukes i avtaleretten. Disse vil i stor grad være sammenfallende med de vurderinger som gjøres for om ansvarsfraskrivelse står seg eller ikke.

Utgangspunktet i Norge er avtalefrihet og selve fundamentet i systemet er at avtaler skal holdes («pacta sunt servanda»). Avtaleretten består både av lovfestet og ulovfestet rett. Avtaler er et av de viktigste grunnlag for å etablere rettigheter og plikter, samt regulere deres innhold. Forutsetningen for et velfungerende kommersielt marked er prisgitt at prinsippene om bindende avtaler og avtalefrihet er tilstede.²⁹ Det er i dagens marked svært vanlig å ta inn klausuler i kommersielle kontrakter som utelukker risiko og ansvar for mangler, også kalt ansvarsfraskrivelse. Selv om det er avtalefrihet og det i utgangspunktet fritt kan avtales svært omfattende ansvarsfraskrivelse, vil det imidlertid være visse skranker for denne adgangen. Enkelte avtaler eller avtaleklausuler vil derfor på dette grunnlag og etter omstendighetene likevel kunne kjennes ugyldig eller være gjenstand for revisjon.³⁰

Det har i norsk rett lenge vært en oppfatning om en hovedregel som sier at det er adgang til å fraskrive seg ethvert ansvar, bare ikke ansvaret for sin egen grovt uaktsomme eller forsettlig skadeforvoldelse.³¹ Utgangspunktet i dag kan ikke sies å være det samme, da ulike momenter som skal vurderes og en samlet vurdering avgjør hvorvidt en fraskrivelse står seg eller ikke.³² Hvor langt avtalefriheten går og herunder hvor omfattende ansvarsfraskrivelse som kan avtales uten at revisjon vil finne sted er grunnleggende forankret i NL 5-1-2 (ærbarhetsregelen).³³

²⁹ Giertsen (2011) s. 4-14.

³⁰ Christoffersen (2008) s. 393-395.

³¹ Hagstrøm (1996) s. 465.

³² Perland (2013) s. 714-716.

³³ Woxholth (2006) s. 334-335.

I norsk rett er det først og fremst partene selv som er ansvarlig for å ivareta sine egne interesser og har risikoen for sine egne forutsetninger. Det er med andre ord i utgangspunktet helt opp til partene selv å avtale de ansvarsfraskrivelser som partene måtte ønske. Domstolene kan imidlertid tilsidesette urimelige ansvarsfraskrivelser både gjennom tolkning og sensur. Et annet praktisk scenario er hvor vidt vedtakelsen er gjort på en slik måte at fraskrivelsen eller begrensingen kan anses vedtatt mellom partene. Om en ansvarsfraskrivelse står seg eller ikke vil være basert på et rettsskjønn der urimelighetsvurderingen står sentralt. Både avtaleloven (avtl.) §§ 33 og 36, NL 5-1-2, samt de ulovfestede lojalitets- og tolkningsprinsippene gjør at domstolene har gode virkemidler for å kunne kontrollere og korrigere urimelige avtaler og ansvarsfraskrivelser.³⁴ Som en regel kan det sies at det er tre vilkår som må oppfylles for at en ansvarsfraskrivelse skal stå seg. For det første må den være vedtatt og inkorporert i avtalen. For det andre må klausulens ordlyd være dekkende for det ansvaret som har oppstått og for det tredje kan den ikke stride mot preseptorisk bakgrunnsrett.³⁵ For å kunne gjøre en kvalifisert vurdering av om en ansvarsfraskrivelse strider mot den preseptoriske bakgrunnsretten vil det være sentralt å kjenne til de rettslige standardene i avtl. §§ 33 og 36 som det vil bli redegjort for i det følgende.

Avtaleloven § 33 fastslår at et løfte er ugyldig dersom det vil stride mot redelighet eller god tro å gjøre løftet gjeldende på grunn av "omstendigheter som forelå" da løftemottaker ble kjent med løftet.³⁶ Redelighetsbedømmelsen skal skje objektivt og rettighetskravet er en rettslig standard som er i utvikling. Denne bestemmelsen rammer i første omgang uredelighet og er særlig aktuell ved opplysningssvikt under avtaleinngåelsen. Læren om opplysningsplikt og avtl. § 33 står sentralt i norsk kontraktsrett, til tross for at den ikke har vist store gjennomslag i rettspraksis. Det foreligger få høyesterettsavgjørelser der § 33 har vært anvendt som eneste grunnlag. I så tilfeller har det gjerne vært sterkt ulikevektige parter eller vesentlige brudd på opplysningsplikten. I andre tilfeller som et supplement til andre ugyldighetsregler i avtaleretten.³⁷ Likefult gir redelighetsstandarder i § 33 klare indikasjoner på når en må kunne forvente at avtalen vil være gjenstand for revisjon. Ansvarsfraskrivelser som er inntatt i en kontrakt og strider mot rimelighetsstandarder i § 33 vil være gjenstand for slik revisjon. Foruten avtl. § 33 er den mest sentrale lovregelen i forhold til vurderingen om en ansvarsfraskrivelse vil stå seg eller ikke lovens § 36.

Det følger av avtl. § 36 første ledd at en avtale «helt eller delvis kan settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den

³⁴ Nazarian (2007) s. 204-206.

³⁵ Perland (2013) s. 720 flg.

³⁶ Avtaleloven § 33.

³⁷ Hagstrøm (2009) s. 139-140.

gjeldende». Ved avgjørelsen skal det etter annet ledd tas hensyn «ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig».³⁸ Lovregelen er preseptorisk og gjelder både muntlige og skriftlige avtaler. Bakgrunnen for § 36 var et behov for forbrukervern og det fremgår av forarbeidene at det er «å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts misbruk av avtalefriheten som er hovedbegrunnelsen for en generalklausul».³⁹ Selv om det primære formål var beskyttelse i forholdet mellom næringsdrivende og forbruker, har den også relevans i rene kommersielle kontraktsforhold. Dette fremkommer også klart i de svenske forarbeidene som loven som nevnt bygger på.⁴⁰

Avtaleloven § 36 er en generalklausul og åpner for sensur ved fullstendig eller delvis tilsidesettelse eller endring av avtaler, som det etter rimelighetsbetraktninger ikke vil være riktig å gjøre gjeldene. Bestemmelsen er i likhet med NL 5-1-2 en rettslig standard uten klare avgrensninger for anvendelsen. Det fremkommer imidlertid både i teori og rettspraksis at vurderingen skal bero på en konkret og samlet helhetsvurdering. Avtaleloven § 36 kan beskrives som en fortolkningsregel der domstolene søker et rimelig resultat når innholdet i en avtale skal tolkes.⁴¹ Dersom domstolen skulle finne en avtale å være urimelig kan den etter avtl. § 36 utøve skjønn i forhold til valg av rettsvirkning.

Innføringen av avtaleloven § 36 har på en rekke områder gitt grunnlag for en betydelig rettsutvikling. Den er ment som et virkemiddel for å avskjære urimelig avtaler og avtalevilkår, men ordlyden i § 36 gir ingen konkrete veiledning for urimelighetsvurderingen.⁴² Rimelighetsvurderingen i § 36 har spesiell interesse da den setter klare føringer for hvilke ansvarsbegrensning som vil stå seg og hvilke som vil være gjenstand for sensur. Som et utgangspunkt skal det være en rimelig streng vurdering av urimelighetskriteriet. Et avtalevilkår «må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger».⁴³ Siden bestemmelsen er relativt ny er det begrenset med rettspraksis knyttet til rimelighetsvurderingen og lovens forarbeider er heller ikke veldig utdypende, så svarene må i stor grad søkes andre steder.⁴⁴ Et naturlig sted å begynne er de nevnte svenske forarbeidene, noe også Hagstrøm (1996) klart underbygger; «at

³⁸ Avtaleloven § 36.

³⁹ NOU 1979:32 s.39, Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11.

⁴⁰ (Den svenske) Regjeringens proposition 1975/76:81 s. 29.

⁴¹ Haaskjold (2013) s. 297 flg.

⁴² Hagstrøm (1996) s. 459.

⁴³ Rt. 2013 s. 388 (avs. 53).

⁴⁴ NOU 1979:32 og Ot.prp.nr.5 (1982-1983).

svensk og dansk rettsmateriale om avtalelovens § 36 har betydning for tolkningen av den norske lov, må således være klart.»⁴⁵

Ved vurderingen av om avtalerevisjon skal finne sted vil ulike hensyn gjøre seg gjeldende i større eller mindre grad. Også forhold som forutberegnelighet og at den ene part har påtatt seg en kalkulert risiko er relevant, men da slik at dette taler mot at lemping finner sted.⁴⁶ I avtaler betegnet som «agreed documents» (gjensidig forhandlede avtaler mellom likeverdige profesjonelle) skal det igjen vesentlig mer til for å sette avtalen tilside enn for avtaler eller avtalebegrensninger som er ensidig utarbeidet.⁴⁷

Hovedregelen er imidlertid at kontrakter skal holdes og at det skal mye til for at domstolene benytter seg av kontraktsrevisjon,⁴⁸ noe også Hagstrøm (2009) understreker ved at skjevheten eller ubalansen må være så stor at det alle forhold tatt i betraktning er riktig å rette på den.⁴⁹

2.2 Nærmere om grov uaktsomhet

En hovedregel i norsk rett var lenge at det er adgang til å fraskrive seg ethvert ansvar, bare ikke ansvaret for egen forsettlig eller grove uaktsomhet.⁵⁰ Dette kan ikke sies å være gjeldende rett i dag. Det er likevel interessant å definere begrepet nærmere, da det fortsatt er av betydning for hvor grensen for ansvarsfraskrivelse går. Eget forsett er det hevet over enhver tvil at en ikke kan fraskrive seg ansvaret for, og av den grunn er ikke forsett og de grovere skyldformene behandlet i oppgaven.⁵¹ At oppgaven gjør en så kategorisk avgrensning innebærer for øvrig at en problematisering av grensen for organansvaret faller utenfor oppgavens ramme.

Uaktsomhetsbegrepet har sin bakgrunn fra- og er utviklet i strafferetten.⁵² Dette medfører at begrepet ikke direkte lar seg overføre til kontraktsretten da det er noen prinsipielle forskjeller mellom disse rettsområdene, men det gir likevel en god indikasjon på hvordan begrepet skal forstås. Det er eksempelvis slik at når en binder seg til en kontrakt medfører det et sett med forpliktelser som en har et særlig ansvar for å oppfylle og i dette følger et økt krav til aktsomhet.⁵³

⁴⁵ Hagstrøm (1996) s. 461.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29-30.

⁴⁷ Rt. 1994 s. 626 (630), Kaasen (2006) s. 603.

⁴⁸ Rt. 2012 s. 1537 (avs. 46).

⁴⁹ Hagstrøm (2009) s. 247.

⁵⁰ Hagstrøm (1996) s. 465.

⁵¹ Hagstrøm (1996).

⁵² Hagstrøm (2009) s. 462.

⁵³ Hov (2007) s. 204.

Grov uaktsomhet er definert ved at «[d]et må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet».⁵⁴

Dette er generelle formuleringer og gir bare en veiledning om hvordan begrepet skal forstås. Om forholdet skal karakteriseres som grovt uaktsomt beror på en konkret vurdering basert på en rekke faktorer ved kontraktsforholdet. Hellner underbygger også denne påstanden: «[d]et står klart att ingen enhetlig bestämning kan göras, utan att begreppets innebörd måste vara olika beroende på i vilken regel och i vilket sammanhang det förekommer».⁵⁵ En kan imidlertid finne visse retningslinjer fra dagens rettspraksis for hvordan begrepet skal forstås.

Det første som er viktig å merke seg er at grov uaktsomhet ikke er forbeholdt de forsettslignende hendelsene, men skal ha en videre anvendelse.⁵⁶ Ved en vurdering av om forholdet kan klassifiseres som grovt uaktsomt vil det blant annet måtte avgjøres om kontrakten er kommet til mellom likeverdige parter eller om det er stor styrkeforskjell. I rent profesjonelle forhold vil terskelen for grovt uaktsomt være høyere enn ved forbruker vs profesjonell.⁵⁷ Tendensen i rettspraksis i forhold til profesjonsansvaret underbygger dette, der eksempelvis faglig svikt hos en advokat eller finansrådgiver vil kunne anses som grovt uaktsomt.⁵⁸ Rt. 2000 s. 679 underbygger dette: «Vurderingen av hvilke krav som må stilles til aktsomheten ved DNBs rådgivning, må ta sitt utgangspunkt i at norsk rett bygger på et strengt ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere.»

Et annet moment av betydning er om avtalen er en avtalt standard (agreed document) som er fremforhandlet over tid mellom profesjonelle aktører. Disse kontraktene er ofte kommet til gjennom lange forhandlinger og vil ofte fremstå som balanserte der begge parter har måttet ta og gi. Slike kontrakter står i stor kontrast til ubalanserte kontrakter der det kun er den ene part som har noe å vinne og ofte ikke noe å tape. Eksempelvis kontrakter der det bare er ensidige ansvarsfraskrivelser. Terskelen for grovt uaktsomt ligger normalt høyere ved avtalte standarder enn i ubalanserte kontrakter.⁵⁹ Dette er momenter oppgaven vil drøfte i lys av typetilfellene.

⁵⁴ Rt. 1989 s. 1318.

⁵⁵ Hellner (2006) s. 149.

⁵⁶ Rt. 1995 s. 486.

⁵⁷ Hagstrøm (2009) s. 88-291.

⁵⁸ Rt. 1989 s. 1318.

⁵⁹ Kaasen (2012) s. 758-759.

Det er domstolen som i siste instans ved en konkret vurdering avgjør om forholdet er å betrakte som grovt uaktsomt/forsett eller ikke, og herunder om en fraskrivelse vil stå seg eller ikke i relasjon til denne type handlinger. For kontraktspartene er det derfor viktig å forstå begrepene og kjenne til hvilke forhold som påvirker denne rettens vurdering.

2.3 Lojalitet i kontraktsforhold

Lojalitetsplikt er beskrevet av Erling Selvig som «kravet om at hver av partene skal ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesse – i hvert fall når det kan gjøres uten omkostning eller ulempe av betydning».⁶⁰ Denne plikten stiller krav til at «... aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består, og det må gjelde selv om kausjonen er gitt etter anmodning fra hoveddebitor.».⁶¹ Lojalitetsplikt i et kontraktsforhold er et generelt prinsipp sammenliknbart med avtalefrihet og at avtaler skal holdes. Prinsippet kan kort forklares med at partene plikter å opptre lojalt i forhold til hverandre og skal ta hensyn til den annens interesser i kontraktsforholdet. Dette innebærer at avtaler skal tolkes slik at en part drar omsorg for motpartens interesser.⁶² Denne plikten gjelder både før, under og etter kontraktsforholdet.⁶³

Lojalitetsplikten kommer til uttrykk i lov, herunder avtaleloven §§ 33 og 36, samt gjennom en ulovfestet lojalitetsplikt. Den ulovfestede lojalitetsplikten har sitt utspring i rettspraksis og er utviklet over tid i domstolene. Høyesterett i Norge vektlegger nå i større grad en tidligere lojalitetsplikten og denne tendensen ser vi også internasjonalt.⁶⁴

Lojalitetsbetraktninger vil være en konkret vurdering av det enkelte kontraktsforhold basert på samme rimelighetsstandard vi finner i avtl. § 36.⁶⁵ Gjennom lojalitetsbetraktninger er også «god tro-standard» utviklet. Dette innebærer at den som forstod, måtte eller burde forstått at den annen part oppfattet kontrakten på en annen måte må bære risikoen.⁶⁶ I utgangspunktet er det avtalefrihet i Norge og enhver kan disponere denne retten til å underskrive den kontrakten vedkommende måtte ønske. Det vil likevel være en grense for hvor mye den ene part kan «utnytte» den andre kontraktsparten, altså en minstestandard for forvente lojalitet fra partene, og dersom disse grensene brytes vil det kunne føre til kontraktsrevisjon. Hvor grensen for

⁶⁰ Nazarian (2007) s. 29.

⁶¹ Rt. 1988 s. 1078 (1084).

⁶² Christoffersen (2008) s. 73.

⁶³ Rt. 2010 s. 1478 (avs. 30), Rt. 1988 s. 1078 (1084).

⁶⁴ Nazarian (2007) s. 33, Hagstrøm (2009) s. 73, Rt. 2005 s. 268 (avs. 55).

⁶⁵ Hagstrøm (2009) s. 74.

⁶⁶ Haaskjold (2002) s. 104-105.

illojalitet går avhenger av en rekke forhold, herunder partenes forutsetninger og beskyttelsesverdige forventninger.⁶⁷ Høyesterett uttaler i Rt. 1988 s 1078 at «kravene til kreditors opptreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten».⁶⁸

Mislighold av lojalitetsplikten vil kunne være straffbar,⁶⁹ og kan møtes med ulike misligholdsbeføyelser som erstatning og heving. Hva gjelder heving er det etter alminnelige prinsipper krav om at lojalitetsbruddet må kunne sies å utgjøre et «vesentlig mislighold» basert på en konkret vurdering. Eksempelvis vil mislighold av opplysningsplikten normalt betraktes som illojalt og noe som vil kunne føre til kontraktsrevisjon.⁷⁰ Av disse grunnene kunne en kanskje prøve å avtale seg bort fra lojalitetsplikten, men det er antatt at det ikke er mulig å fraskrive seg dette ansvaret på generelt grunnlag, slik at en slik klausul vil være uten rettsvirkning.⁷¹

Den første dommen som bygger på rene lojalitetshensyn som ugyldighetsgrunnlag er Haughom-dommen fra 1995. Høyesterett fant at en avtale var ugyldig med henvisning til de krav som stilles til «aktsom og lojal opptreden» i et kontraktsforhold og uttalte at «selv om han ikke anså denne opplysning for å være av avgjørende betydning for kjøpet, burde han likevel ha sagt fra til kjøperen om patentet».⁷² Det er på mange måter denne dommen som la grunnlaget for fremveksten av det alminnelige lojalitetskravet i norsk rett og det liten tvil om at dette kravet legger klare premisser også for når en ansvarsfraskrivelse vil være gjenstand for revisjon eller ikke. Dersom det kan påvises at en av partene har handlet i strid med det alminnelige lojalitetskravet vil en avtalt ansvarsfraskrivelse kunne bortfalle. I mye av den rettspraksis som foreligger pr i dag benyttes imidlertid lojalitetsbetraktningene i kombinasjon med andre ugyldighetsgrunnlag som avtl. §§ 33 og 36.⁷³ Som eksempel kan det vises til Rt. 1984 s. 28 hvor høyesterett uttaler at «[j]eg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold».⁷⁴

⁶⁷ Nazarian (2007) s. 137.

⁶⁸ Rt. 1988 s. 1078 (1084).

⁶⁹ Straffeloven § 294.

⁷⁰ Woxholt (2009) s. 324-325.

⁷¹ Christoffersen (2008) s. 379 og s. 391.

⁷² Rt. 2004 s. 1256.

⁷³ Bruserud (2011) s. 44-45.

⁷⁴ Rt. 1984 s. 28 (avs. 34), Woxholt (2009) s. 403.

3 Avtaleobjektet - typetilfellene

3.1 Innledning

Oppgavens hovedtypetilfelle er avtale om tilrettelegging eller rådgivning utført av en profesjonell. Som referansepunkter for de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av ansvarsfraskrivelsens rekkevidde, tar oppgaven for seg NF-standarden samt en virksomhetskontrakt. Også andre typetilfeller kunne vært valgt som referansepunkter. NF-standarden som et ytterpunkt hva gjelder høy terskel for fraskrivelse, og virksomhetskontrakten tilknytning til almene opplysnings- og undersøkelsesplikter gjør imidlertid disse til relevante referanser. Til sammen favner typetilfellene de fleste problemstillinger i det kommersielle næringsliv ettersom spennet i hvert av dem er vidt - fra det enkle og oversiktlige til det svært komplekse. Det blir av denne grunn viet noe plass til å skissere kontraktsforholdets art for det tre typetilfellene.

Det som er felles for typetilfellene er at de i større eller mindre grad inneholder ansvarsfraskrivelser. Oppgavene tar først for seg utgangspunktet som er tilretteleggeravtalen, dernest kjøp og salg, og så til sist NF/NTK-standarden.

3.2 Tilretteleggeravtale

3.2.1 Kontraktstypen

Tilrettelegger- og rådgiverkontrakter er knyttet til den profesjonelle utøvers ansvar direkte mellom kontraktens parter eller indirekte overfor tredjemann. Selve kontrakten kan være i form av en såkalt mandatavtale hvor det avtales et rom for tilretteleggers oppdrag. Dette skjer normalt i form av at kontrakten beskriver et mandat og dermed en mer eller mindre konkret skisse for hvor omfattende oppdraget er. Avtaletypen er mangeartet og varierer fra det svært enkle i formen, til det omfattende.⁷⁵ Selve kontraktsformularet varierer også ved at vilkår kan være standardiserte og angitt i selve den signerte avtalen, eller vedlagt. I begge tilfeller gjerne som alminnelige forretningsvilkår. Det avgjørende i oppgavens sammenheng er at ytelse ikke kan gis en uttømmende beskrivelse, og at enkeltheter vil bedømmes og avgjøres med realdebitors skjønn.⁷⁶

⁷⁵ Perland (2012) s. 31.

⁷⁶ Haaskjold (2013) s. 510.

3.2.2 Kontraksobjektet

Kontraksobjektet er kvalifisert bistand i form av tilrettelegging eller rådgivning. Tilretteleggingen kan bestå i blant annet prosessledelse, gi råd, formidle informasjon, drive markedsføring, samt effektuere selve forpliktelsen mellom to parter i for eksempel en aksjetegning. Tilrettelegging og rådgivning vil i mange tilfeller gå ut på det samme. Rådgivningen er imidlertid i større grad avgrenset til inter partes mellom rådgiver og mandatutsteder, mens tilrettelegger møter ansvaret også mot tredjemenn i form av deliktansvar.

Felles for tilrettelegger- og rådgivningsavtale er at prestasjonen som ytes måles mot en rettslig standard. Standarden er gjerne profesjonsansvaret ved at realdebitor er en profesjonsutøver. Med profesjonsansvaret følger et uaktsomhetsansvar som sett mot alminnelig uaktsomhetsansvar (gjerne målt mot standarden *bonus pater familias*) betraktes som strengt.

3.2.3 Partsbildet

Partsbildet i denne typen kontrakter vil variere og det er derfor ikke mulig å oppstille et entydig bilde av dette. Kontraktene etableres direkte mellom to parter eller en trepartskonsetellasjon. Inter partes er begge profesjonelle næringsdrivende, mens tredjemann kan være amatør. Oppgaven legger videre til grunn at tilrettelegger er en profesjonell utøver og derfor også vurdert etter en såkalt streng aktsomhetsnorm.

3.2.4 Tolkning

Tolkningsrommet for tilretteleggerkontrakter kan være mer eller mindre avgrenset i kontrakten. Avgrensningen kan være eksplisitt ved at tolkningsprinsipper og tolkningsgrunnlaget er angitt, det kan være vist til deklarasjonsgrunnlag for tolkning, eller det kan følge av preseptorisk rett og prinsipper dersom avtalen må utfylles. Som allerede vist til i oppgavens kapittel én, er disse avtalene preget av betydelige ansvarsfraskrivelser. Slike ansvarsfraskrivelser er et element som er mer kjent i angloamerikanske rett enn i norsk og nordisk rett. Regulert ved norske domstoler vil fraskrivelsene likevel bli tolket i samsvar med norske kontraktsrettslige prinsipper, og fremmed retts tolkning vil kunne være til støtte i vurderingen og på vanlig måte kunne underbygge hva partene har ment.⁷⁷

Der hvor verdipapirhandelloven kommer til anvendelse vil lovens preseptoriske regler skulle anvendes i tolkningen av kontrakten. Det nærmeste og mest sentrale eksemplet er reglene om *god forretningsskikk* slik disse fremkommer i § 10-11. Hva som regnes som «god forretningsskikk» er imidlertid også styrt av normene og normdannelsen i bransjen. Inntil den nye verdipapirhandelloven av 2007 ble innført var det lite konkrete holdepunkter i forhold til

⁷⁷ Perland (2013) s. 41 flg.

hva kravet til god forretningsskikk var og vurderingen ble gjort skjønnsmessig. Etter innføringen av loven i 2007 er den rettslige standarden om god forretningsskikk beskrevet mer detaljert. Fremdeles har loven tydelige anvisninger til skjønn og bransjepraksis, se særlig § 10-11 første ledd «kundenes interesser og markedets integritet ivaretas på beste måte». Dette er elastiske standarder som utvikles i takt med bransjeutviklingen for øvrig, slik at det til enhver tid vil være en vekselvirkning av deduktiv og induktiv metode når tolkning gjøres.

Et annet sentralt tolkningsgrunnlag er det ulovfestede⁷⁸ (preseptoriske) profesjonsansvaret som selve kontrakten ikke uten videre kan avgrense effektivt mot. Også profesjonsansvaret representerer en konkret standard som lar seg beskrive. Det nøyaktige innholdet må imidlertid vurderes konkret ut fra kravene til den aktuelle profesjonen holdt opp mot foreliggende konkrete omstendigheter. Profesjonsansvaret er også en elastisk standard og tolkning av avtaleforholdet vil derfor «suppleres med bakgrunnsstoff» ut fra de til enhver tid gjeldende normer på området.⁷⁹ Nærmere om profesjonsansvaret vil beskrives i kapittel fire.

Oppsummert vil tolkningen av tilrettelegger- og rådgiveravtale underlegges vurderinger holdt opp mot standarder som i stor grad er i utvikling, men som til enhver tid vil ha et konkret innhold det etter omstendighetene ikke kan avgrenses mot når det skal avgjøres hvilke kvalitetskrav som stilles til den kontraktsmessige prestasjonen.

3.2.5 Rettskildebildet

Det er beskjedent med høyesterettspraksis som konkret har tatt for seg typetilfellet tilrettelegger- og rådgiveravtale. Oppgavens avgrensning av typetilfellet gjør imidlertid at det er mulig å søke veiledning i sentral rettspraksis som blant annet tar for seg innholdet i profesjonsansvaret, og gir god veiledning til hvilke hensyn som er sentrale.

I sammenheng med at verdipapirhandellovens regler, hermed også forarbeid og tilknyttet rettspraksis, er en relevant kilde, vil også EU-rett måtte ses til. Ved tolkning av kravet til god forretningsskikk er MiFID (EUs direktiv 2004/39/EF og 2006/73/EF om markeder for finansielle instrumenter artikkel 19) sentralt. Verdipapirhandelloven § 10-11 gjennomfører MiFID artikkel 19.⁸⁰ Det skal normalt en del til for at det blir motstrid mellom verdipapirhandelloven og MiFID direktivene,⁸¹ men for tilfellet skal EU-direktivet legges til grunn.⁸²

⁷⁸ Rt. 1995 s. 1350.

⁷⁹ Rt. 2000 s. 679, Haaskjold (2013) s. 510.

⁸⁰ Ot.prp.nr.34 (2006-2007) kapittel 33.

⁸¹ Hymer (2008).

⁸² EØS-loven § 2.

Oppgavens hoveddel benytter også i stor grad både underrett- og voldgiftspraksis. Vekten og relevansen av disse er det redegjort for i punkt 1.6 ovenfor. Det er uten videre klart at oppgaven bruker denne praksisen som uttrykk for relevant bransjepraksis. Denne slutningen er metodemessig underbygget også i oppgavens kjernelitteratur som for dette typetilfellet er Perland (2013) og hans gjennomgang av tilretteleggeransvaret.⁸³

Som omhandlet overfor er bransjestandarder og normdannelser relevante kilder. Hvilken vekt bransjepraksis skal gis, underlegges en alminnelig rettkildemessig vurdering.

3.2.6 Ansvarsregulering

For dette typetilfellet er det vanlig med til dels svært omfattende ansvarsfraskrivelser, herunder fraskrive seg ansvaret for feilinformasjon og det økonomiske tap eller skade som måtte følge av investeringen, såkalte generelle ansvarsfraskrivelser.⁸⁴ Ønske om forutberegnelighet i det kommersielle forretningsliv er bakgrunnen for denne type fraskrivelser.

Oppgaven innleder med en avtaleklausul fra en investeringsavtale som ble benyttet i forbindelse med en emisjon for tegning av aksjer i 2010. Klausulen danner en ramme for oppgaven ved at den anses å være en praktisk klausul som med mer eller mindre likt materielt innhold benyttes i slike tilretteleggeravtaler.

I rådgiversammenhengen tar oppgaven som utgangspunkt at klausulene ikke er like ensartet, men innholdsmessig er det vesentlige at rådgiver fraskriver eller begrenser sitt ansvar på mer eller mindre lik måte. Altså ved at rådgiver ikke skal ha ansvar egne for feil eller mangler som måtte ramme kontraktspartene.

Overfor tredjemann er situasjonen en noe annen. Der eksisterer det ikke et kontraktsforhold, og ansvarsgrunnlaget vil måtte konstateres på annet grunnlag enn kontrakt. Det er i denne sammenheng at profesjonsansvaret er særlig aktuelt. Profesjonsansvaret er et erstsatsningsrettslig ansvarsgrunnlag som en profesjonsutøver ikke kan fri seg fra, og heller ikke gjemme seg bak realkreditor. Dette fremkommer blant annet i Rt. 2005 side 870 hvor Høyesterett kommer frem til at megler svarer solidarisk med selger (realkreditor).⁸⁵ For tilfellet hvilet det etter dette et deliktansvar på megleren også overfor tredjemann dersom det ellers er grunnlag for det i form av eksempelvis profesjonsansvaret.

⁸³ Perland (2013).

⁸⁴ Perland (2013) s. 948 - Vedlegg 2.

⁸⁵ Rt. 2005 s. 870.

3.3 NF/NTK 05

3.3.1 Kontraktstypen

NF/NTK 05 kontrakter (henholdsvis *Norsk Fabrikasjonskontrakt* (NF) og *Norsk Totalkontrakt* (NTK)) (felles NF) er standardkontraktene (agreed document) for fabrikasjon av større komponenter til petroleumssektoren på norsk kontinentalsokkel. De to kontraktene er tilpasset henholdsvis fabrikasjon uten- og med betydelig innslag av prosjektering.⁸⁶ For den delen av kontrakten som er relevant i oppgavens sammenheng, art. 29 – 31, så er disse i det vesentlige like i begge standardkontraktene, derav felles omtalt NF.⁸⁷ Kaasens (2012) behandling av kontraktene gjelder 2005 versjonen av denne kontrakten. Etter dette er det imidlertid kommet NF og NTK 2007. For oppgavens tema er 2005 og 2007 sammenfallende.

Etter norsk kontraktspraksis er NF et nokså omfattende dokument. Dette kjennes ved at kontrakten har detaljerte bestemmelser, stor vekt på kontraktsadministrative forhold, samt omfattende bruk av definisjoner og krysshenvisninger. En oppbygning som har fellestrekk med angloamerikansk kontraktstradisjon.⁸⁸ Kontrakten er videre preget av terminologi og systematikk med opphav i norsk rett, noe som kjennes ved mer norsk språkføring enn hva som er vanlig, samt at vilkårene i kontrakten støtter seg mer på bakgrunnsrett enn bransjepraksis.⁸⁹

Dette skyldes at det er en norsk forhandlet kontrakt, av norske parter, ment for norsk jurisdiksjon og det autorative språket er norsk. Kontrakten har imidlertid av sterke praktiske hensyn også en forhandlet engelsk språkdrakt som avsnitt for avsnitt angis i parallell med den norske versjonen.⁹⁰

3.3.2 Kontraksobjektet

Som det allerede fremkommer er kontraksobjektet installasjoner til offshoreindustrien. Installasjonene er av svært kompleks og teknisk spesifisert art. Av denne grunn er standardkontraktene et overgripende kontraktsdokument som er betinget av et stort antall underliggende kontrakter og dokumentasjoner. For oppgavens ramme holder det imidlertid å konkludere med at objektet er komplekst, og ytterligere nyanser gis der det er relevant.

⁸⁶ Kaasen (2012) s. 19 flg.

⁸⁷ Dette er systematikken til Kaasen (2012) i hans gjennomgang og analyse av kontraktene.

⁸⁸ Kaasen (2012) s. 19 flg.

⁸⁹ IBID, Se også pkt. 3.3.4 om tolkning og kontraktens artikkel 37.1.

⁹⁰ IBID.

3.3.3 Partsbildet

Den typiske partsbildet i NF-kontrakter er utelukkende og fullt ut profesjonelle parter. Kontraktene er forhandlet frem mellom Norsk Hydro og Statoil på den ene siden, og Norsk Industri på den andre. Norsk Industri er bransjeforeningen underlagt NHO, og organiserer de langt fleste virksomhetene i offshorebransjen.⁹¹ Partsbildet er ett av flere sentralt forhold som gjør kontrakten til en standardkontrakt.

3.3.4 Tolkning

NF-standarden er av praktiske hensyn ofte inngått på engelsk, men skal tolkes i samsvar med norsk rett, jf. art. 37.1 som angir at «[d]enne Kontrakt skal være undergitt og fortolkes i samsvar med norsk rett».

Ut fra et sterkt internasjonalt preg i bransjen er det ikke et vanlig grep å klart stadfeste en for så vidt vid tolkningsramme som tilfellet er for NF/NTK kontrakter. Artikkelen reflekterer de kravene som utvinningskonsesjonene på norsk sokkel gir anvisning på. Der heter det blant annet at all aktivitet hjemlet i konsesjonene skal reguleres av den til enhver tid norske lovgivningen og baseres på norsk kontraktstradisjon.⁹² Standardkontraktene har ingen egne tolkningsregler eller prinsipper ved seg, men baseres nettopp på ordinære kontraktsrettslige prinsipper. Særlig karakteristikker og tradisjon/tilblivelse er elementer som skal vektes i tolkningen.

3.3.5 Rettskildebildet

For typetilfellet NF/NTK kontrakter er det svært beskjedent med rettspraksis, og få ekspertavgjørelser. Sistnevnte med unntak av såkalte *omtvistede endringsordrer*, som det etter hvert er et visst antall av.⁹³ I denne sammenheng skal nevnes Hagstrøms (1996) artikkel *Om ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. Artikkelen er frittstående, men ble til i form av et oppdrag gitt av forsikringsgiverne i anledning deres regressøksmål i forbindelse med Sleipner-havariet i 1991. For øvrig den eneste av flere betenkninger som ble offentliggjort, og søksmålet ble betegnende nok forliket før hovedforhandling i første instans.⁹⁴

Gjennom tilblivelsen av NF/NTK kontraktene er det imidlertid skrevet ulike artikler, bøker og annen kortere teoretisk analyse, eksempelvis Knut Kaasen (2012) *Petroleumskontrakter*. Boken er en ren analyse og gjennomgang av det som kan tenkes å være gjeldende rett for NF-standarden.

⁹¹ www.norskindustri.no.

⁹² Kaasen (2006) s. 871.

⁹³ Kaasen (2012) s. 58.

⁹⁴ Kaasen (2012) s. 249.

3.3.6 Ansvarsregulering

Av relevans for oppgaven er det NF/NTK-kontraktens artikkel 30 som er av størst interesse. Kontraktene inneholder også andre ansvarsbegrensninger knyttet til eksempelvis forsinkelse (art. 24), mangels- og garantiansvar (art. 25), leverandørens ansvar for tap eller skade på kontraktsgjenstanden (art. 29) og begge parter eget ansvar for selv å bære evt. indirekte tap (art. 32). Oppgaven avgrensner mot disse bestemmelsene som følge av oppgavens ramme, samt at ulike hensyn og argumenter kommer tilstrekkelig frem i behandlingen av artikkel 30.

NF 05 artikkel 30.1:

NF 05 art. 30.1 [Leverandørens ansvar for skade på leverandørgruppen]

30.1 Leverandøren skal holde Selskapsgruppen skadesløs for ethvert krav som knytter seg til:

- a) personskade eller tap av menneskeliv blant ansatte hos Leverandørgruppen,*
- b) tap av eller skade på eiendom som tilhører Leverandørgruppen, som måtte oppstå i forbindelse med Arbeidet eller som er voldt av Kontraktsgjenstanden i dens levetid. Dette skal gjelde **uten hensyn til ansvarsbetingende forhold i noen form** (vår utheving) fra Selskapsgruppens side.*

Leverandøren skal så langt praktisk mulig sørge for at andre selskaper i Leverandørgruppen fraskriver seg retten å gjøre gjeldende krav som omfattes av Leverandørens plikt etter bestemmelsene i art. 30.1.

Konkret er det i hovedsak tre ulike ansvarsforhold som fraskrives og er gjenstand for skadeløsholdelse; (i) personskade og tap av menneskeliv, (ii) tingskade og (iii) skade på tredjemenn. Og ansvarsfraskrivelsen(e) skal «gjelde uten hensyn til ansvarsbetingende forhold i noen form fra Selskapsgruppens side», jf. art. 30.1 b) siste punktum.

Gjennom artikkel 30.1 reguleres de ordinære erstatningsrettslige reglene bort, ved at Selskapsgruppen skal holdes «skadesløs for ethvert krav» og at «[d]ette skal gjelde uten hensyn til ansvarsbetingende forhold i noen form fra Selskapsgruppens side», jf. art. 30.1 første ledd, a og b. Denne reguleringen er gjort for å skape forutberegnelighet i avtalen. De erstatningsrettslige reglene vil skape betydelig mindre forutberegnelighet ved at en evt. rettslig prosess i de vanskeligste sakene vil skulle prøves bevismessig om hvor tapet/skaden erstatningsmessig hører hjemme. Dette unngås ved å kontraktsregulere ansvaret, og den friheten dette gir «kan tenkes brukt til å skape kalkulerbare risikoer».⁹⁵

⁹⁵ Kaasen (2006) s. 740.

I stedet for de ordinære erstatningsrettslige regler bygger NF-standarden på som Kaasen (2012) beskriver det, på «ett enkelt og objektivt konstaterbart kriterium, nemlig hvem som er skadelidt», også omtalt som *knock for knock-prinsippet*.⁹⁶

Artikkelen regulerer også selskapets plikt til å sørge for tegning av forsikring i tråd med kontraktens øvrige reguleringer og mekanismer. Som viktigst nevnes at «[i] polisene skal det nevnes at Selskapsgruppen og Leverandørgruppen er medforsikret, og assurandørene skal fraskrive seg enhver regressrett overfor Leverandørgruppen.», jf. art. 31.1 tredje ledd. Dette betyr at det primært tegnes én forsikring - normalt det som i bransjen heter en Construction All Risk (CAR) forsikring.⁹⁷ Forsikringsordningen er forpliktet på denne måten slik at ikke kontraktens øvrige regulering skal bli uten realitet.

3.4 Kjøp og salg av virksomhet

3.4.1 Kontraktstypen

Kjøp og salg av virksomhet preger norsk og internasjonalt næringsliv – sterke og fundamentale økonomiske drivere avhenger av at virksomheter bytter hender når forholdene tilsier det. I modningsprosessene av ethvert marked vil det derfor skje at virksomheter kjøpes og selges. Motivene for kjøp og salg er ulike avhengig av marked og aktører, men det er uten videre klart at slike kjøp og salg er viktige for verdiskapningen i samfunnet.⁹⁸ Følgelig må det også være en ansvarlig rettslig kontroll av dette kommersielle (samfunns)området.

Det underliggende motivet for et virksomhetskjøp er normalt en forventning om fremtidig avkastning. Kontrakten er preget av virksomhets selgers opplysning om ulike forhold ved virksomheten, og normalt kjøpers erkjente undersøkelse av de samme forholdene. Risiko for det ukjente eller det uavklarte prissettes normalt slik at dette er reflektert i vederlaget som avtales, normalt en kjøpesum. Ett motstykke til dette er selgers garantier for forhold som er kjent, evt. også for ukjente forhold eller forhold som forutsettes å være av en bestemt karakter.⁹⁹ Mislighold eller ugyldighet kommer oftest opp som et del av hvorvidt selger har lagt frem all vesentlig informasjon eller ikke. De senere årene er mekanismene for risiko- og ansvarsfordelingen blitt mer og mer sofistikerte.¹⁰⁰

⁹⁶ Kaasen (2006) s. 742.

⁹⁷ Kaasen (2006) s. 807.

⁹⁸ Christoffersen (2009) s. 33.

⁹⁹ IBID.

¹⁰⁰ Christoffersen (2009) s. 23 flg.

3.4.2 Kontraksobjektet

Begrepet virksomhet er ikke legaldefinert, men rettslig sett et begrep som i mange sammenhenger krever en avgrensning. I oppgavens sammenheng er imidlertid ikke en mer eller mindre skarp avgrensning relevant, og virksomhet skal forstås som et «sammensatt formueskompleks».¹⁰¹ Definisjonen kan kompliseres betydelig, men i forhold til tema og problemstilling holder det å konstatere at virksomhet skal forstås som en alminnelige kommersielt selskap. Det vesentlige er at for kontraktspartene er kjennskapen/informasjonen om virksomheten asymmetrisk. Dette slik at alminnelige regler om opplysnings- og undersøkelsesplikt er relevant å se til.

3.4.3 Partsbildet

Hvem partene rent faktisk er i en virksomhetskjøpeprosess varierer betydelig. Fra et stort industrielt konsern til en privatperson, og nærmest et utall variasjoner innenfor dette. Ut over hvem partene formelt må konstateres å være, skilles det gjerne også mellom den passive og den aktive eieren på selgersiden, noe oppgaven også vil gå nærmere inn i. Særlig er det fremvekst av private investeringsfond (Private Equity-fond – PE fond) som både kjøper og selger av virksomheter, såkalte passive strategiske eiere. I motsatt ende er den enslige aktive virksomhetseieren med ulike motiver for både kjøp og salg, og som gjerne har inngående kunnskap om alle forhold i virksomheten.¹⁰²

3.4.4 Tolkning

Med mindre kjøpslovens regler er fraveket vil loven regulere kjøp og salg av virksomhet.¹⁰³ Oppgaven legger uansett kjøpsloven til grunn som relevant bakgrunnsrett.

Virksomhetsselgers viktigste prekontraktuelle forpliktelser fremkommer i kjl. §§ 17 og 19. Bestemmelsene omfatter selgers plikt til å gi konkrete og relevante opplysninger om virksomheten som selges – samlet betegnet som selgers *opplysningsplikt*. Etter reglene i kjøpsloven må feilaktige eller tilbakeholdte opplysningene være av en viss betydning, og det må fremstå som ureddelig, eller illojalt å holde dem tilbake.¹⁰⁴

Virksomhetsselger plikter videre å overdra virksomheten samsvar med det som «følger av avtalen», jf. kjl. § 17 første ledd. Bestemmelsene må ses i sammenheng med

¹⁰¹ Christoffersen (2009) s. 25.

¹⁰² Christoffersen (2009) s. 32.

¹⁰³ Det er ikke uvanlig at loven er fraveket da den er en utpreget deklarasjonslov, hvilket også er eksplisitt forutsatt i lovens første kapittel.

¹⁰⁴ Christoffersen (2009) s. 40.

virksomhetskjøpers undersøkelsesplikt som følger av kjøpsloven § 20. Kjøpers undersøkelsesplikt er etter gjeldende rett å forstå som en aktsomhetsnorm.¹⁰⁵ Med dette menes at muligheten for å konstatere mangel eller avtalebrudd kan etter denne aktsomhetsnormen bli avskåret dersom ikke kjøper på eget tiltak gjør en form for undersøkelse. Dette er nært knyttet til den alminnelige lojalitetsplikt som binder begge partene, jf. kapittel to.

Det vil måtte vurderes konkret for den enkelte virksomhetskontrakt om- og på hvilken måte kjøpslovens bestemmelser kommer til anvendelse. Skulle loven ikke komme til anvendelse, er det være øvrige tolkningsprinsipper og preseptoriske regler som trer inn. Regler som i praksis vil være vanskelig å adskille fra kjøpsloven ettersom loven i stor grad er en kodifisering av preseptoriske kontraktsrettslige regler.

3.4.5 Ansvarsregulering

På grunn av kontraktsforholdets art er det sjelden praktisk å eksplisitt formulere klausuler som fraskriver ansvar for mangel eller avtalebrudd på en slik måte at det skal «*gjelde uten hensyn til ansvarsbetingende forhold i noen form fra [parten]*», slik vi kjenner det i NF 05 art. 30. En ikke uvanlig klausul som gjelder ansvarsfraskrivelse i typetilfellet kjøp og salg av virksomhet er eksempelvis:

«Kjøper kan ikke fremme krav mot selger basert på andre forhold enn de som er omhandlet i garantikatalogen i klausul X og på andre vilkår enn de som følger av klausul Y.»¹⁰⁶

Klausulen er en mer eller mindre standard klausul som normalt følger som del i en ellers omfattende garantikatalog. Klausulen er følgelig et eksempel på en garanti og en kontraktsmekanisme som regulerer selgers og kjøpers risiko og ansvar for virksomhetens egenskaper, hvorpå brudd gir grunnlag for sanksjon. Brudd på en slik bestemmelse er gjerne som følge av tilbakehold eller uriktig informasjon. Som referansepunkt til hovedtypetilfellet er dette det sentrale; at kontrakten er forhandlet individuelt og regulering av risiko gjennom en garantikatalogreelt tar høyde for om- og hvor gode undersøkelser og opplysning som er foretatt prekontraktuelt. Refererte klausul viser at partene har ment at mangelsgrunnlaget/grensen for kontraktsbrudd er uttømmende regulert i kontrakten,¹⁰⁷ noe som er vanlig for denne type klausuler.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Christoffersen (2009) s. 150-151.

¹⁰⁶ Christoffersen (2009) s. 381.

¹⁰⁷ Christoffersen (2009) s. 381.

¹⁰⁸ Christoffersen (2009) s. 213.

3.5 Oppsummering

Kjernen i NF-standardens og virksomhetskontraktens relevans som referansepunkt for tilrettelegging- og rådgiveravtalen er ikke uten videre tydelig, men ut fra gjennomgangen kan NF-standardens relevans synes nokså praktisk og tilgjengelig. Dette er en standard som i stor grad synliggjør ytterpunktene for ulike faktorer av betydning for fraskrivelsers rekkevidde.

Virksomhetskontraktens relevans er noe mindre tilgjengelig. Relevansen har utgangspunkt i de alminnelige lojalitetshensyn som kommer til uttrykk blant annet ved selgers plikt til opplysning og kjøpers plikt til en aktsom undersøkelse. Dette har oppgaven tidligere uttrykt som at partene må dra omsorg også for motpartens interesse.¹⁰⁹ Ramberg (2010) uttrykker at konsulentens opplysningsplikt blant annet fremkommer ved et omfattende metodeansvar, og videre at informasjon må fremlegges pedagogisk.¹¹⁰ I dette fremkommer tydelige krav til lojalitet og forståelse av motpartens interesse, samt tydelige paralleller til kjøpsavtalen og kjøpsretten hvor positiv rett angir en streng opplysningsplikt. Opplysningsplikten kan begrenses ved å redegjøre for brister eller mangler, eller ved ansvarsbegrensninger.¹¹¹ I virksomhetskontrakter kommer også prinsippene om selgers opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt godt til syne. Opplysningsplikt bygger på selgers mer eller mindre strenge ansvar for at ytelsen (varen) er i henhold til kjøpers forventninger (kjl. §§ 17 og 19). På den annen side er kjøpers undersøkelsesplikt kodifisert i lovens § 20. Også § 20 er i praksis en aktsomhetsnorm med bakgrunn i at partene i større eller mindre grad bærer ansvaret for egne forutsetninger. Det ville være en lite rimelig løsning om kjøper kunne forholde seg helt passivt, også uttrykt som «caveat emptor-prinsippet». Innholdet i prinsippet begrunnes med at kjøper ikke kan ha berettigede forventinger om å bli opplyst om det som fremstår opplagt. Sagt på en annen måte, «når tingen taler selv, kan selger tie».¹¹²

I relasjon til virksomhetskontrakten (og tilretteleggerkontrakten) må dette utgangspunktet forstås som at det mindre reell mulighet en kjøper (reakreditor eller tredjemann) har for egne undersøkelser, det mer asymmetrisk blir informasjonen. Dette er da en ubalanse som pålegger tilretteleggeren en utstrakt opplysningsplikt. Parallellene kan også trekkes til verdipapirhandelens detaljerte regler om prospektplikt og innholdskravene til dette for å sikre at en kjøper blir tilstrekkelig opplyst.¹¹³ Det er vanskelig å se at ikke disse reglene og

¹⁰⁹ Christoffersen (2008) s. 73.

¹¹⁰ Ramberg (2010).

¹¹¹ IBID.

¹¹² Haaskjold (2013) s. 563, sitat; Stang i Haaskjold (2013) s. 563.

¹¹³ Vphl. kapittel 7.

denne forståelsen i all hovedsak har gode grunner for seg, noe som for svensk rett kommer til uttrykk ved forslag om å forby ansvarsfraskrivelse i prospekter etter verdipapirhandelloven.¹¹⁴

Der hvor NF-standarden som referansepunkt har noe mindre styrke som følge av at begge partene bevisst velger skyldnøytrale løsninger, kan virksomhetskontrakten i disse tilfellene tjene som eksempel og en forståelig ramme for hva som kreves for at partene har opptrådt lojalt i form av opplysning og undersøkelse. Disse utslagene av hvordan alminnelige rettslige prinsipper kodifiseres i ulike kontraktsstandarder blir i kapittel fire holdt opp mot nyere praksis og de rettslige skrankene.

4 Rekkevidden av ansvarsfraskrivelser i kommersielle avtaler, særlig tilrettelegging- og rådgiveravtale

4.1 Gjeldende rett

Det er beskjedent med rettspraksis som omhandler ansvarsfraskrivelser i kommersielle forhold, og litteraturen på området er i stor grad begrenset til å være del av andre og større temaer. Dette på tross av at bruken av ansvarsfraskrivelser er svært utstrakt og opphav til mange tvister som følge av mekanismens karakter; den avgrenser et ansvar som etter alminnelige prinsipper ellers skulle medført at en skadelidt fikk sitt tap reparert. Ansvarsfraskrivelser kunne derfor egnet seg for større selvstendige vitenskapelige gjennomganger.¹¹⁵ Én vesentlig artikkel som er mye henvist i rettslitteraturen og rettspraksis er Viggo Hagstrøms (1996) *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. Oppgavens hoveddelen skal belyse gjeldende rett på rettsområdet for ansvarsfraskrivelser generelt og for typetilfellet tilrettelegging- og rådgiveravtale spesielt. Hoveddelen innledes med en kort oppsummering av Hagstrøms artikkel som i stor grad oppsummerer rettstilstanden frem til 1996.

Artikkelen *om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*, forsøkte å besvare to spørsmål. For det første om det er grunnlag for en hovedregel som angir at det er fri adgang til å fraskrive seg ethvert ansvar, bare ikke følgene av egne forsettlige eller grovt uaktsomme handlinger. For det andre om den tradisjonelle tolkningen av ærbarhetsregelen i NL 5-1-2 markerer den ytterste grensen for adgangen til ansvarsfraskrivelse, eller om det kan tenkes visse tilfeller hvor grensen er videre, eksempelvis i kommersielle forhold. Spørsmålene går over i hverandre, men dersom ærbarhetsreglen ikke markerer yttergrensene kan dette gi rom

¹¹⁴ DS 2013:16 s. 90 flg.

¹¹⁵ Perland (2013) s. 23.

for ansvarsfraskrivelser ut over hva som ellers oppfattes som en grense. Hagstrøms kontekst er som nevnt i kapittel 3 NF-standarden, uten at hans behandling begrenser seg til bare denne kontraktsstandarden.

Til det første konkluderer Hagstrøms artikkel at norsk teori ikke bærer en slik hovedregel i seg. Det «beror på et bredt skjønn med forankring i urimelighetskriteriet som nå er nedfelt i avtalelovens § 36», om en ansvarsfraskrivelse står seg. Prinsippene om grov egenskyld slik de kjennes i NL 5-1-2 er i så måte bare én blant flere ugyldighetskategorier for ansvarsfraskrivelser.¹¹⁶

Til det andre oppsummerer Hagstrøm at spesiallitteraturen om fabrikkasjonskontrakter legger til grunn at ansvarsfraskrivelser ikke står seg når det er utvist grov egenskyld. Grov egenskyld vil stride mot *ærbarhet* og kan dermed ikke aksepteres av rettsordenen.¹¹⁷ Med andre ord at ærbarhetsregelen i praksis markerer en yttergrense. Rettsordenens underkjennelse av begrensingsklausulen omtales videre som et mulig slag i luften ettersom assurandøren kan tenkes å respektere den, hvilket omtales som «å ikke være en akseptabel løsning».¹¹⁸ Løsningen er problematisk både ut fra at den er i strid med preseptoriske regler som rettsordenen har satt opp, og de hensyn som er ment vernet. Dette kan blant annet dreie seg om den problematiske tilstanden det kan gi at et stort antall yrkesutøvere kjenner til at deres egen grove uaktsomhet ikke er ansvarsbetingende.

Oppgaven vil i det senere ta for seg både grunnlaget for disse konklusjonene. Av interesse skal nevnes at Hagstrøms oppsummering også baserer seg på Knut Kaasens kommentarer til NF/NTK 92. Kaasen har i sine kommentarer til NF/NTK 05, etter omstendelige drøftelser, kommet til det (endrede) standpunkt at ansvarsfraskrivelsene vil stå seg også mot selskapets egen grove uaktsomhet.¹¹⁹ Hva som konkret ligger til grunn for en slik endring fremkommer ikke i tydelighet, men det er grunn til å tro at dette skyldes at enkelte hensyn har styrket seg som følge av ytterligere konsistent praksis.¹²⁰

Hagstrøm går så videre til å drøfte kvalifiseringen av *grov uaktsomhet*. Også grov uaktsomhet må avgjøres konkret, men rettspraksis har trukket opp noen retningslinjer til støtte i vurderingen. For det første er ikke grov uaktsomhet forbeholdt de forsettslignende tilfellene. For det andre, og i forhold til de profesjonelles ansvar, må en betydningsfull faglig svikt anses

¹¹⁶ Hagstrøm (1996) s. 431.

¹¹⁷ Hagstrøm (1996) s. 486.

¹¹⁸ IBID.

¹¹⁹ Kaasen (2012) s. 759.

¹²⁰ Eckhoff (2005) s. 244 flg.

som grovt uaktsom. For det tredje vil brudd på sentrale sikkerhetsregler og rutiner lettere kvalifiseres som grovt uaktsomt, og til sist at betydningsfulle svikt i kontraktsoppfyllelsen kan indikere grov uaktsomhet bevismessig.¹²¹

Hagstrøm artikkel gir et godt grunnlag for den generelle beskrivelsen av gjeldende rett og spesielt i forhold til NF-standarden som artikkelen særlig skulle gi noen svar til. Oppsummert trekker artikkelen opp to rettslige linjer det er interessant å forfølge videre sett fra et kommersielt avtalerettslig ståsted, og som begge har relevans i forhold til grensene for ansvarsfraskrivelse, og da særlig i tilrettelegger og rådgiverforhold. Den ene er den helhetlige rimelighetsvurderingen med forankring i avtaleloven § 36. Den andre er muligheten for å fraskrive seg ansvaret for egen grov uaktsomhet. Herunder også kvalifiseringen av grov uaktsomhet. Med andre ord to farbare veier til underkjennelse av en kontrakts ansvarsbegrensning.

Basert på kommersielle aktørers praksis hva gjelder formulering og bruk av ansvarsfraskrivelse, og oppgavens påstand om at det gjøres bruk av ansvarsfraskrivelse aktørene egentlig ikke kan lene seg på, må det spørres om hvorfor det evt. er slik. Et svar kan være at aktører av rene kommersielle og taktiske vurderinger gjør bruk av generelle og skyldnøytrale fraskrivelse med den tanke at fraskrivelsen får «stå sin prøve» i håp om at den rekker så langt som mulig. En slik tilnærming kan tenkes. I motsatt fall må det spørres om gjeldende rett har utviklet seg slik at ansvarsfraskrivelse kan tenkes å rekke lenger enn hva eksempelvis nyere underrettspraksis tyder på.

Til det første scenarioet skal imidlertid sies at bildet ikke er entydig i retning av at fraskrivelse er absolutt generell og skyldnøytral. Eksempelvis har ett av Norges tre største revisjonsforetak, som også tilbyr rådgivning innen kjøp og salg av virksomheter, inntatt klausuler som kan synes som et forsøk på en mer nyansert og detaljert ansvarsfraskrivelse. I foretakets alminnelige forretningsvilkår for granskningsoppdrag (såkalte *due diligence*-undersøkelser) er det inntatt en generell og skyldnøytral ansvarsfraskrivelse for ethvert forhold som beløper seg til mer enn tre ganger honoraret, men da med den presisering at ansvarsfraskrivelsen ikke skal rekke lenger enn hva som vil følge av gjeldende norsk rett.¹²² Ut over at beløpsgrensen for foretakets ansvar etter omstendighetene kan være en rimelig risikofordeling, kan fraskrivelsens materielle karakter og forsøk på å definere rekkevidden synes som en konstatering av det ellers selvsagte rettslige utgangspunktet. Om slike

¹²¹ Hagstrøm (1996) s. 508.

¹²² Foretakets alminnelig forretningsvilkår for granskning og rådgivning, såkalt finansiell due diligence. Mottatt per mail 21. november 2014, men ikke avklart til bruk i oppgaven.

presiseringer gjør at rekkevidden kan tenkes å bli lengre, drøfter oppgaven under skranken *sensur* som følger under.

Til det andre scenarioet skal oppgaven nå ta for seg nyere praksis for å undersøke om denne kan sies å være uttrykk for gjeldende rett, eller om bransjens bruk av ansvarsfraskrivelser kan tenkes å rekke lenger enn hva både Hagstrøm og da nyere underrettspraksis gir anvisning på. Oppgaven går derfor videre til å behandle hovedtypetilfellet holdt opp mot nyere praksis, det rettslige utgangspunktet og skrankene vedtakelse, tolkning og sensur som kan gi beskjæring.

4.2 Nyere praksis

4.2.1 Innledning

Christoffersen (2008) og Perland (2012) underbygger utstrakt bruk av ansvarsfraskrivelser samt en betydelig økning i antall kontraktsforhold generelt. Begge har gått kvantitativt metodisk til verks for å kartlegge et hundretalls kontrakter hver. Perland viser også til tilretteleggerkontraktens økte betydning ettersom dens virkeområde knytter seg mot et samfunnsområde i sterk vekst siden 2000-tallet og fremover.¹²³ Med bakgrunn i oppgavens påstand, og i mangel av nyere høyesterettspraksis på området, tar oppgaven som utgangspunkt nyere underretts- og voldgiftspraksis. Dette kan være illustrerende nok ettersom oppgaven søker rettslige linjer og argumenter, og ikke allerede definerte regler. Den såkalte «Pareto-dommen» (Oslo tingrett 2012) kan illustrere både den rettslige linjen som peker mot aktørers grove uaktsomhet og den helhetlige rimelighetsvurderingen som grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Videre vil voldgiftspraksis fra både Norge og Sverige benyttes for å i hovedsak illustrere linjen som peker mot rimelighetsvurderingen, men herunder også grunnlag for å vike problemstillinger knyttet til å konstatere grov egenskyld. Heretter henholdsvis «Unilabs-dommen» (Unilabs Norge AS /. [Anonymisert], voldgiftsretten, Oslo 2013) og «rådgiver-dommen» (Profilgruppen AB /. KPMG Bohllins AB, svensk voldgiftsdom, Stockholm 2010, offentliggjort gjennom søksmål (klander) i Svea Hovrätt T1085-11). Dommene handler til forveksling om svært like saksforhold, noe som kan styrke deres rettslige relevans og vekt.¹²⁴

4.2.2 Kort resyme av Pareto-dommen¹²⁵

Saken gjaldt tre investorers krav om erstatning etter at en investering i et konvertibelt obligasjonslån viste seg å bli verdiløs. Investeringen var formidlet av Pareto (en av Norges

¹²³ Christoffersen (2008) s. 126, Perland (2012) kapittel 1 og hans *prospektgjennomgang* s. 948 flg.

¹²⁴ Se for øvrig pkt. 1.6.3.

¹²⁵ www.pareto.no.

største aktører innen finansielle tjenester). I Investorpresentasjonen/prospektet var det inntatt en meget omfattende ansvarsfraskrivelse. Ansvarsgrunnlaget var profesjonsansvar og rettslig standard «god forretningsskikk» slik denne er formulert i verdipapirhandelloven § 10-11. Tingretten fant at Pareto, ved sine meglere, hadde opptrådt uaktsomt og at enkelte forhold hadde klare elementer av grov uaktsomhet. Ansvarsfraskrivelsen i sin helhet ble satt til side blant annet på dette grunnlag. Tilsidesettelsen ble for det første hjemlet i at fraskrivelsen ikke relaterte seg til verdipapirhandellovens regler om god forretningsskikk. For det andre at fraskrivelsen slik den fremkom her var et fremmedelement i norsk rett. For det tredje, det at fraskrivelsen ikke var en del av forhandlingen, var et brudd med alminnelig norsk obligasjonsrett. For det fjerde og femte at det var i strid med avtaleloven § 33 (det ville stride mot redelighet og god tro å gjøre fraskrivelsen gjeldende) og avtaleloven § 36 (urimelig å gjøre den gjeldende).¹²⁶

Det er ikke uten videre tydelig eller presist hvilke grunnlag for tilsidesettelse de ulike premissene bygger på, men det kan se ut til at retten legger til grunn både preseptoriske krav til selve forhandlingen (vedtakelsen), lojalitet i kontraktsforhold som selvstendig grunnlag, i tillegg til de mer tydelige som hjemles i avtaleloven.¹²⁷

Resultatet retten kom frem til vitner om en nærmest total brist fra Paretos side. Slik sett bør det problematiseres hvor representativ den er. På den annen side, dersom Paretos praksis bare i noen grad er uttrykk for både arbeidsmetode(r) og hvordan bransjen søker å dekke eget ansvar (noe også oppgavens innledende eksempel på ansvarsfraskrivelse kan gi anvisning på), og dersom rettens premisser er uttrykk for gjeldende rett, bringer dette relevans og aktualitet til en gjennomgang av gjeldende grenser for ansvarsfraskrivelser i kommersielle avtaler.

I dommen fremkommer blant annet at «[t]il tross for at det vises til norsk lov, har denne delen av presentasjonen mer preg av at klausulene er hentet fra utenlandsk rett». Retten uttaler også at «[v]idere er den juridiske rekkevidden av slike klausuler begrenset. Om ansvarsfraskrivelser skal opprettholdes, beror etter norsk rett på et bredt skjønn der urimelighetskriteriet står sentralt.»¹²⁸ Dette er ikke kontroversielle uttalelser i seg selv, men styrken og tydeligheten i rettens standpunkter stemmer godt overens med oppgavens påstand, og gir anvisning på drøftelser av vedtakelsesfasen, tolkning og sensur.

¹²⁶ Paretodommen (2011) s. 18.

¹²⁷ Se dommen side 18 som oppsummerer, og henviser til Hagstrøm for nærmere om obligasjonsrettslige prinsipper knyttet til ansvarsfraskrivelser.

¹²⁸ Paretodommen (2011) s. 11 – 12.

4.2.3 Kort resyme av Unilabs- og rådgiver-dommen

Begge sakene gjaldt krav om erstatning etter mangelfullt utført kontraktsmessig oppdrag i forbindelse med gjennomgang/due diligence som del av kjøpers undersøkelser i forbindelse med et oppkjøp. I begge mandatbrevene/oppdragskontraktene er det inntatt omfattende ansvarsfraskrivelser for skade eller mangel som beløper seg til mer enn henholdsvis én og to ganger honoraret for oppdraget. Ansvarsgrunnlaget er uaktsomhet vurdert mot profesjonsansvaret. Voldgiftsretten fant i begge tilfeller at det vil være urimelig å gjøre ansvarsfraskrivelsen gjeldende, og satte denne til side med hjemmel i både den norske (Unilabs-dommen) og svenske (rådgiverdommen) avtaleloven § 36.¹²⁹

Begge sakene oppstår som følge av mangelfullt utført oppdrag, men komplisert ved at det er inntatt en egen ansvarserklæring i henholdsvis prospekt og mandat/oppdragsavtalen. Som nevnt er det lite praksis og litteratur knyttet til tilretteleggers ansvar, og de spesielle slutningen må derfor ofte ta utgangspunkt i profesjonsansvaret generelt. Prinsippene knyttet til profesjonsansvaret er da i disse tilfellene dekkende for både megleransvaret og rådgiverens ansvar.

Med støtte i teorien,¹³⁰ må dommene etter dette anses som relevante og eksemplifiserende uttrykk for bransjens praksis. Pareto-dommen som et uttrykk for ansvarsfraskrivelse i tilretteleggerforhold og Unilabs- og rådgiver-dommen som uttrykk for ansvarsfraskrivelse i rådgiverforhold. Rettslige drøftelser og resultat i disse dommene vil for øvrig bli underlagt alminnelig rettslig analyse for å begrunne mer eller mindre samsvar med de rettslige linjene i gjeldende rett og oppgavens typetilfeller.

I drøftelsen av omtvistede ansvarsfraskrivelse oppstår tre rettslige problemstillinger i rekkefølge. Det første er hvor vidt ansvarsfraskrivelsen er *vedtatt* av den skadelidte part. Er den vedtatt må det ved *tolkning* avklares om fraskrivelsen dekker det aktuelle forholdet. Dersom fraskrivelsen er dekkende vil det til sist måtte avklares om den er gyldig, eller om den ved *sensur* blir å sette til side helt eller delvis. Prinsipielt er dette tre ulike spørsmål, men vurderingene som knytter seg til hvert av dem er i stor grad sammenfallende. Med fare for gjentakelser behandler oppgavene disse spørsmålene i tur, men slik at vurderinger og drøftelser i hovedsak søkes sentrert der de i lys av oppgavens problemstilling har mest for seg.

¹²⁹ Unilabs-dommen og rådgiver-dommen.

¹³⁰ Gjennomgangen til særlig Perland (2012) og Christoffersen (2008).

4.3 Vedtakelse

En tvist oppstår gjerne når en part mener seg skadelidt og videre mener å ha grunnlag for et krav mot den annen part. I oppgavens sammenheng materialiserer dette seg ved at det er uenighet om hvordan en fraskrivelse skal tolkes, at den helt eller delvis må settes til side, eller at det allerede ved starten av kontraktsforholdet er brister ved forutsetningene. Dette siste kan forstås som at det er skranker ved selve vedtakelsen som kan få rettslig betydning.

I obligasjonsretten er det et alminnelig prinsipp at hver part må bære risikoen for egne forutsetninger. I dette ligger at man blant annet må forstå kontrakten man signerer og vilkårene denne inngås på. Eksempelvis er det slik at når en ansvarsfraskrivelse er inntatt i signert avtaledokument, vil den normalt antas å være vedtatt.¹³¹ Tvilen kan oppstå der hvor de prekontraktuelle handlingene er mer eller mindre tydelig utført. Særlig kan dette komme på spissen hvor den skadelidte part hevdes å være bundet av standardvilkår, såkalte alminnelige forretningsvilkår. For at slike alminnelige forretningsvilkår skal anses vedtatt, må dette være klart mellom partene gjennom tydelighet i selve avtaledokumentet, eller klare henvisninger dersom de bare følger ved. Spørsmålet om hvorvidt vilkårene er vedtatt eller ikke kan bli det samme som følge av en mer eller mindre tydelig henvisning.¹³² Avhengig av kontraktsforholdets art, kan det imidlertid også oppstå tvil i nærmest enhver mellomstilling mellom den rene og utvetydige standardkontrakten og den individuelt forhandlede kontrakten hvor det heller ikke er tvil om vilkårene som evt. følger som vedlegg.

I vurderingen knyttet til standardavtaler og standardvilkår legger teorien forenklet til grunn at som del av en konkret vurdering er det av betydning når i prosessen vilkårene har blitt presentert. For det andre hvilken type vilkår det er snakk om og utbredelsen - om de er ensidig utarbeidet eller følger av et agreed document (standardavtale). Herved om partene kyndig og åpent har inngått på de. Og for det tredje vilkårenes materielle innhold. I denne siste vurderingen er det av betydning nettopp om resultatet av vilkåret er rimelig og rettferdig overfor motparten.¹³³

Virkingen av at standardvilkårene ikke anses vedtatt er at kontrakten (som i det øvrige anses inngått) må utfylles av bakgrunnsretten. Vi kan her se konturene av alminnelige obligasjonsrettslig lære som innebærer at partene er jevnbyrdige, at kontraktsforholdet er balansert og at begge parter forventinger dermed er søkt opplyst, konsipert og vedtatt på forsvarlig måte.

¹³¹ Perland (2012) s. 722.

¹³² Haaskjold (2013) s. 386.

¹³³ Haaskjold (2013) s. 389 flg.

Også vedtakelsen er gjenstand for en sammensatt vurdering,¹³⁴ noe som gir rom for mellomstillinger i vurderingen av om vilkår er vedtatt eller ikke. En konkret vurdering må derfor avgjøre hvilke hensyn som til sist blir avgjørende.

For NF-kontrakten er det ikke tvilsomt for noen av partene at man har inngått på standard vilkår om omfattende ansvarsfraskrivelser. For denne standarden bør man til og med kunne legge til grunn at partene med viten inngår en kontrakt hvor det fra rettsordenens side langt fra er avklart at ansvarsfraskrivelsen kan stå seg. For tilfelle av forsett (som ordlyden i artikkel 30 også dekker), er det ikke tvilsomt at fraskrivelsen vil falle.

Når kontrakten likevel anses kommersielt godt balansert er det nettopp på grunn av en omfattende og opplyst tilblivelse mellom fullt ut profesjonelle parter, og senere årelang bruk av de samme vilkårene i form av standardisering. NF er derfor ved konsistent og opplyst tilblivelse et eksempel på at selve vedtakelsen i liten grad kan bli gjenstand for rettslig tvil så lenge kontrakten for øvrig er signert og at dette har skjedd i kontrollerte og opplyste former. NF-standardens kan videre være et eksempel til opplysning av hva som kreves for at kontraktsforholdets art i seg selv kan danne grunnlag for rettsregler. For NF er det i praksis gitt en nokså kvalifisert ramme for forståelsen av kontrakten både subjektivt og objektivt. Den er videre over tid benyttet på et saklig sett rimelig velavgrenset område, og det kan sies å være i ferd med å danne seg en egen juss for denne type offshorekontrakter.¹³⁵ Metodisk kan man derfor konstatere spesielle regler som får generell virkning i avgjørelsen av rettsspørsmål knyttet til standarden (eller for så vidt også andre kontraktsforhold dersom analogien er relevant). Slike regler må i neste fall anvendes etter alminnelige rettskildevurderinger. Kontrakten og kontraktsforholdets art i NF kan på denne måten være et referansepunkt for andre typetilfeller. Eksempelvis i vurderingen av hva som kreves for at standardiserte ansvarsfraskrivelser i tilrettelegger- og rådgivningsavtaler har vært gjenstand for en vedtakelsesprosedyre som er tilstrekkelig konsistent til at det kan skapes regler og argumenter av rettslig relevans.

Dersom tilretteleggerkontrakten holdes opp mot NF-standardens, kan dette danne en nokså konkret og forståelig ramme. De ulike vilkårene for at standardvilkår anses vedtatt kan derfor ses på som én samlet eller flere glideskalaer. Det nærmere vilkårene hver for seg eller samlet kommer NF, det klarere indikasjon vil man ha for at vedtakelsen er tilstrekkelig til å gjøre ansvarsfraskrivelsen gjeldende. Mer eller mindre klarhet i en slik tenkning, kan på den annen

¹³⁴ Rt. 1995 s. 635.

¹³⁵ Kaasen (2012) s. 53.

side indikere enten klare holdepunkter for det motsatte resultat, eller en mellomstilling som gir anvisning på mer marginal og tvilsom tolkning.

Tilrettelegger- og rådgiverkontrakter er ikke standardavtaler i betydningen av at de er forhandlet frem i fellesskap, men de bærer ofte ved seg standard forretningsvilkår ettersom det enten er tilrettelegging på vegne av en utsteder rettet mot tredjemann, eller tjenester som tilbys av realdebitor og ytes i mer eller mindre samme form overfor ulike tjenestekjøpere. De har derfor preg av mer eller mindre ensidig utarbeidede vilkår, som avhengig av vedtakelsesprosessen er mer eller mindre godt opplyst også overfor kjøper. Sett mot NF, vil man som et utgangspunkt måtte legge til en øvrig tydelig vedtakelsesprosess ettersom det har formodningen mot seg at motparten uten videre inngår på eksempelvis generelle og skyldnøytrale ansvarsfraskrivelser.

Når i prosessen vilkårene legges frem er i en slik sammenheng ikke uvesentlig, og det kan her tenkes at dersom vilkårene presenteres som del av de innledende forhandlingene kommer det ikke bare tydelig frem, men det er fra starten av med på å påvirke risikobildet og dermed øvrige vilkår. Utslag av dette fremkom i Unilabs-dommen hvor saksøker nettopp hadde som prinsippal påstand i forhold til gyldigheten av ansvarsfraskrivelsen, at de alminnelige forretningsvilkårene aldri hadde blitt akseptert da de ikke ble tilsendt som del av oppdraget for øvrig.¹³⁶ Dette ble saksøker ikke hørt med, da voldgiftsretten fant det klart nok at vilkårene var akseptert ved senere konkludente handlinger, og da i kraft av alminnelige avtaleslutningsregler. At vilkår for øvrig, i dette tilfellet alminnelige forretningsvilkår, ikke trenger være del av det signerte avtaledokumentet, er det klar støtte for også i ulik høyesterettspraksis.¹³⁷

I Pareto-dommen kommer problematikken som tvilen kan skape enda tydeligere til uttrykk. Her uttaler tingretten at det er brudd med alminnelig norsk obligasjonsrett at ansvarsfraskrivelsen ikke er gjort til del av forhandlingene,¹³⁸ og da i praksis ment slik at den blant annet ikke er fremlagt tidlig nok i prosessen. De konkrete omstendighetene leder da til at bevisbyrden i praksis snus til at den som påstår at spesielle vilkår er vedtatt, må godtgjøre dette. En såkalt minimumsregel, som er en variant av den omvendte bevisbyrde.¹³⁹ Dette adresserer det som gjennomgående, også i forhold til tolkning og sensur, er en skranke ved bruken av generelle og skyldnøytrale ansvarsfraskrivelser. Enten i form av en klart snudd

¹³⁶ Unilabs-dommen (2013) s. 4.

¹³⁷ Haaskjold (2012) s. 389 flg.

¹³⁸ Pareto-dommen (2011) s. 18.

¹³⁹ Haaskjold (2012) s. 322.

bevisbyrderregel, eller et utslag av uklarhetsregelen ved mer tvil. En regel som for forbrukerforhold nå er inntatt i avtaleloven § 37 tredje ledd.¹⁴⁰ Avtaleloven § 37 er for øvrig en bestemmelse som i forbrukerforhold kodifiserer at det for en forbruker skal ha formodningen, og dermed resultatet, mot seg at forbruker inngår på ufordelaktige vilkår når disse ikke har fremkommet ved individuell forhandling. Bestemmelsen kan ses som et utslag av mer eller mindre alminnelige prinsipper knyttet til skranker ved vedtakelsen, og kan dermed utgjøre relevant bakgrunnsrett til støtte for rimelige løsninger på rettslige spørsmål.

I forhold til hvilken type vilkår og vilkårenes utbredelse kommer dette også med all klarhet frem i rettssetninger fra Pareto-dommen. Som allerede nevnt uttrykker tingretten at vilkårene er et *fremmedelement* i norsk rett. I begge de rettslige tilfellene som her kommer opp er det ikke tvil om at vilkårene er ensidig utarbeidet. I tilretteleggeravtalen er ansvarsbegrensningen aldri egentlig lagt frem for investorene, selv om nok dette er ment fra gjort fra Paretos side. Det er imidlertid grunn til å tro at det ikke er praksis for å gjennomgå disse som del av forhandlingen, da det kan spørres om en tilrettelegger ser seg tjent med det. Dette siste poenget kommer oppgaven tilbake til avslutningsvis. I rådgiveravtalen har det mer alminnelighet med seg at slike forretningsvilkår ikke er del av selve forhandlingen. Særlig en næringslivsaktør som motpart er da også forventet å skulle kunne orientere seg og dermed være kjent med vilkårene.¹⁴¹ Dette betyr imidlertid ikke at vilkårenes materielle urimelighet nødvendigvis har noe lettere vei for å anses vedtatt. På ny vil bevisbyrden snus fra det alminnelige som gjelder når en part hevder at en klausul ikke skal forstås etter sin ordlyd.

I likhet med teorien gir også tingretten anvisning på at utbredelsen er en skranke som må passeres. At ansvarsfraskrivelsen omtales som et *fremmedelement* er ment for å understreke at det dermed har formodninger mot seg. Det kan tenktes at retten viser til at det i slike tilfeller påhviler tilretteleggeren å være særlig aktsom og derfor også opplyse godt om slike vilkår og ta særlig initiativ til gjennomgang. Dette gjenkjennes da godt fra alminnelige lojalitetshensyn som tilsier at partene også skal ta omsorg for hverandres interesser. Som næringsdrivende har man imidlertid risikoen for egne forutsetninger, herunder også egen rettslige villfarelse. Disse argumentene kan ses som et utslag av at det ved en vedtakelsesprosess, hvor det er snakk om klausuler som ikke kjennes godt i norsk rett, så senkes den skadelidtes ansvar for egne forutsetninger. At klausulene har et materielt innhold som i tillegg kan oppfattes å være til klar fordel for bare den ene part, styrker oppfordringene dette burde gi tilretteleggeren.

¹⁴⁰ «Ved tvil om tolkningen av et avtalevilkår, skal vilkåret tolkes til fordel for forbrukeren.», jf. avtl. § 37 tredje ledd.

¹⁴¹ Haaskjold (2012) s. 389 flg.

Dette er også hensyn som i alminnelighet gjerne kommer til uttrykk ved forhandling av virksomhetskontakten. Etablering og gjennomgang av såkalte garantikataloger, forutsetter at en gjennomgang som tar inn over seg de konkrete omstendighetene. Herunder at klausulformuleringer er i tråd med begge parter oppfatning av hva som er opplyst og undersøkt, og dermed hvilket materielt innhold en ansvarsfraskrivelse eller begrensning skal ha. Typetilfellet vil imidlertid også kunne komme i en mellomstilling ved at kontraktene normalt er individuelt forhandlet, men at ansvarsfraskrivelsen gjerne er del av en mer eller mindre omfattende garantikatalog som i sterkere og sterkere grad følger med som en standard del av kontrakten.¹⁴² Med ansvarsfraskrivelse som en eksplisitt del av den til sist signerte kontrakten, og med praksis for konkrete forhandlinger om selve garantikatalogen, skal det for øvrig mye til for at en ansvarsfraskrivelse ikke anses vedtatt mellom partene som opptrer i næringsforhold. At slike garantikataloger etter hver har preg av å være standardklausuler, gjør imidlertid at dette er noe å være oppmerksom på i den videre rettslige utviklingen. På den ene siden har man parter som har en beskyttelsesverdig interesse i generelle og skyldnøytrale ansvarsfraskrivelse. Ett eksempel kan være PE-fond (som en distansert finansiell eier) som av hensyn til finansiering og dermed nye oppkjøp har behov for at avsluttede investeringer reelt er avsluttet. På den annen side kan man ha sterkt asymmetriske parter hvor en rask og lite opplyst forhandlingsprosess kunne tenkes å sette i tvil vedtakelsen av standard garantiklausuler, selv i et signert dokument.

Avslutningsvis i denne delen er det verdt å markere to mer eller mindre oppsummerende slutninger. På den ene siden avtalefriheten som tillater mange former på avtaleinngåelsen, og på den andre siden at rene ansvarsfraskrivelse forutsetter at det er inngått en dispositiv avtale.¹⁴³ Mellom disse to er det som vist i gjennomgangen rom for mye tvil og dermed ulike tolkninger.

4.4 Tolkning

4.4.1 Innledning

Når en kontrakt er gyldig inngått oppstår spørsmålet om hva den innebærer for partene eller sagt på en annen måte hvilke rettsvirkninger den har. I de fleste tilfeller er dette klart og partene er enige om hva kontrakten innebærer. Likevel kan det hende at det oppstår spørsmål som partene ikke tenkte på når de inngikk kontrakten eller at kontrakten ikke entydig forteller hva partene har ment. I slike tilfeller må kontrakten tolkes for å få klarlagt hvilke rettsvirkninger kontrakten egentlig har. Kontraktstolkning kan derfor sies å være det å

¹⁴² Christoffersen (2008) s. 209 flg.

¹⁴³ Perland (2013) s. 646.

fastlegge innholdet i en avtale og fastslå hvilke rettsvirkninger avtalen har etablert mellom partene.¹⁴⁴

Det er partenes felles forståelse på kontraktsinngåelsen som ved fortolkning av kontrakten skal gå foran andre mulig tolkninger av den, og dette er det enighet om i både teori og praksis.¹⁴⁵ I Rt. 1993 s.564 uttalte førstvoterende: «Det primære formål ved all kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment.»¹⁴⁶ Videre er bred enighet om at det er en objektiv tolkningsteori som skal legges til grunn ved tolkning av kontrakter og særlig i forholdet mellom næringsdrivende.¹⁴⁷ Dette innebærer at det er ordenes alminnelige mening etter vanlig språkbruk som gjelder i kontrakten som tolkningsmoment.¹⁴⁸ Et viktig prinsipp er også at kontraktsvilkår skal tolkes slik at det tilstrebes å finne et resultat som fremstår som rimelig og fornuftig. I norsk rett skal det imidlertid påpekes at det viktigste og mest sentrale tolkningsmoment er kontraktens ordlyd og det skal gode grunner til for å fravike fra den.¹⁴⁹ Disse klare hovedreglene er det verdt å understreke i det oppgaven i hovedsak tar for seg tvilstilfellene som kan gi antydning om at rettsregler har en mer porøs kjerne enn hva som er tilfelle rettslig sett.

Dersom gode grunner taler for å sette ordlyden i en kontrakt eller ansvarsfraskrivelse tilside, kan domstolene gjøre dette gjennom sensur eller innskrenkende tolkning. Innskrenkende tolkning er beskrevet som «å gi en bestemmelse snevrere anvendelsesområdet eller rekkevidde enn ordlyden tilsier».¹⁵⁰ En tilsidesettelse av ordlyden i en kontrakt kan typisk gjøres fordi det ut fra rimelighetsbetraktninger bare blir det resultatet partene har ment, dersom ordlyden ikke legges til grunn. Haaskjold (2002) har beskrevet at «[d]et karakteristiske ved innskrenkende eller korrigerende tolkning er at man anser det resultat kontrakten gir anvisning på, for å være så lite heldig eller rimelig, at man forsøker å «bortfortolke» de uheldige eller urimelige elementer i avtalen.»¹⁵¹ Innskrenkende tolkning er også beskrevet i teorien som en skjult kontroll med avtalen fordi det uønskede resultat tolkes bort.¹⁵²

¹⁴⁴ Haaskjold (2002) s. 94.

¹⁴⁵ Høgberg (2006).

¹⁴⁶ Rt. 1993 s. 564 (avs. 569).

¹⁴⁷ Rt. 2012 s. 1729.

¹⁴⁸ Høgberg (2006), Woxholt (2009) s. 408.

¹⁴⁹ Hagstrøm (2009) s. 43.

¹⁵⁰ Høgberg (2006) s. 67-68.

¹⁵¹ Haaskjold (2002) s.162.

¹⁵² Høgberg (2006).

Innskrenkende tolkning for å tilside sette ordlyden i en ansvarsfraskrivelse har vært og er en etablert rettspraksis i Norge. Særlig gjør dette seg gjeldende der et vesentlig kontraktsbrudd ikke vil få virkninger dersom ansvarsfraskrivelsen skal opprettholdes. Metodene domstolene da bruker varierer, men undertiden benyttes restriktiv tolkning for å underkjenne særlig allment avfattede fraskrivelse.¹⁵³ Det er for øvrig flere faktorer som påvirker terskelen for når retten anvender innskrenkede tolkning og disse vil bli drøftet i det følgende.

Partsbilde vil være en faktor som er bestemmende for hvor terskelen legges for når en kontrakt vil korrigeres ved innskrenkende tolkning. I rene kommersielle forhold mellom profesjonelle parter skal det vesentlig mer til for at kontrakter korrigeres gjennom tolkning, enn i forholdet mellom en profesjonell og en forbruker.¹⁵⁴ Terskelen for gjennomslag mellom likeverdige profesjonelle parter er høy. Likeverdige profesjonelle parter kan gi avkall på og fraskrive seg mye ansvar i kommersielle kontrakter uten at innskrenkende tolkning vil finne sted. I profesjonelle forhold forventes det at partene selv kan ivareta sine interesser og forstår hvilke rettsvirkninger kontrakten gir. Kravet til forutberegnelighet og strenghet (rigor commercialis) i forretningslivet er en forutsetning for et velfungerende marked og derfor er også terskelen for at avtalekorreksjon skal finne sted høy.¹⁵⁵

I NF-kontrakter er det utelukkende profesjonelle som er partene i kontraktsforholdet og de forutsettes å ivareta sine egne interesser. Profesjonelle parter er i større grad klar over hvilken risiko de påtar seg og hvilke rettsvirkninger de ansvarsfraskrivelsene som er vedtatt har.¹⁵⁶ I denne type kontraktsforhold skal det derfor generelt mer til for at ansvarsfraskrivelsen settes til side gjennom bruk av innskrenkende tolkning enn eksempelvis i tilretteleggerkontrakter der partsbildet varierer i større grad. Dette gjør at tolkningsspørsmålet i forhold til partsbildet i tilretteleggerkontrakter ikke blir like ensartet som i NF-kontrakter.¹⁵⁷ Der partsbildet trolig variere mest er i virksomhetskontrakter, der partenes profesjonalitet vil spenne fra den ene ytterligheten til den andre.¹⁵⁸

Det som skiller partsbildet i tilretteleggerkontrakter fra virksomhetskontrakter, er at det i de fleste tilfeller må legges til grunn en streng aktsomhetsnorm i tilretteleggerkontrakter. For en profesjonsutøver er det sik at en ansvarsfraskrivelse generelt vil ha noe mindre rekkevidde enn i et «vanlig» kontraktsforhold. Variasjoner i partsbildet i tilretteleggerkontrakter vil av

¹⁵³ Hagstrøm (1996).

¹⁵⁴ Hagstrøm (2009) s. 44, Woxholt (2009) s. 409, Rt. 2000 s. 806.

¹⁵⁵ Haaskjold (2002) s. 147, Rt. 1994 s. 626, Woxholt (2009) s. 409.

¹⁵⁶ Kaasen (2012) s. 93-100.

¹⁵⁷ Perland (2013) s. 694-696.

¹⁵⁸ Christoffersen (2008) s.197-200.

denne grunn tillegges noe mindre vekt i tolkningsspørsmålet, da det i utgangspunktet hviler en streng aktsomhetsnorm på tilretteleggeren. Dette synet underbygges av uttalelsen i Pareto-dommen ved at «[k]ravet til Paretos aktsomhet reduseres ikke av at målgruppen er profesjonelle investorer».¹⁵⁹ Her stadfestes at det i tolkningen ikke skal tillegges vekt om partene har vært profesjonelle eller ikke-profesjonell som følge av den strenge aktsomhetsnorm Pareto som tilrettelegger er underlagt. Perland (2013) understreker også at en fraskrivelse av profesjonsansvaret vil være en av det mest sentrale argumentene for en innskrenkende tolkning. En slik type ansvarsfraskrivelse vil «... i realitetene innebærer en betydelig uthuling av tilretteleggers plikter».¹⁶⁰

Kontraktstype er en annen faktor som vil ha betydning for når avtalekorreksjon vil finne sted gjennom tolkning. Det er stor forskjell på en ensidig utarbeidet kontrakt og en spesielt tilpasset entreprisekontrakt (standardkontrakt). I entrepriskontrakter er avtalegrunnlaget gjerne fremforhandlet mellom profesjonelle parter over tid, slik at alle parter er innforstått med dens rettsvirkninger. Terskelen for gjennomslag vil derfor normalt være lavere for ensidig utarbeidede kontrakter, enn kontrakter som er et resultat av en gjensidig forhandling.¹⁶¹ I NF-kontrakter skal det derfor vesentlig mer til for at kontrakten korrigeres gjennom tolkning, enn i kontraktsforhold der en part ensidig har utarbeidet kontrakten.¹⁶² Det kan formuleres slik at det mer gjennomarbeidet og diskutert kontrakten er av begge parter, det mer skal det til før innskrenkende tolkning finner sted. Det er ikke unaturlig å se dette i sammenheng med vedtakelsen, der en godt gjennomarbeidet og drøftet kontrakt også i større grad vil være vedtatt og herunder vil terskelen for innskrenkende tolkning ligge høyere.¹⁶³

Ansvarsbegrensningens innhold og omfang er også av betydning i forhold til terskelen for innskrenkende tolkning. Det er slik at desto mer generell ansvarsfraskrivelsen er desto lettere er den gjenstand for innskrenkende tolkning. Og den vil derfor ha en høyere terskel for innskrenkende tolkning dersom den er rettet mot et konkret og avgrenset området.¹⁶⁴ I en tilretteleggerkontrakt vil eksempelvis det å fraskrive seg ansvaret for kjerneytelsen i oppdraget eller ansvaret for en god og forsvarlig bistand være en meget omfattende og generell fraskrivelse, men dette er langt fra unormalt at gjøres. Denne type fraskrivelse vil åpenbart være gjenstand for innskrenkende tolkning og det kan stilles spørsmålstegn til om en

¹⁵⁹ Pareto-dommen (2011) s. 18.

¹⁶⁰ Perland (2013) s. 727.

¹⁶¹ Hagstrøm (1996).

¹⁶² Kaasen (2012) s. 758.

¹⁶³ Perland (2013) s. 667-668.

¹⁶⁴ Perland (2013) s. 697-702, slik og tingretten i Pareto-dommen s. 18 legger til grunn.

slik fraskrivelse i det hele tatt har noen rettslige virkninger.¹⁶⁵ Gitt den begrensede rettsvirkning slike generelle ansvarsfraskrivelser har i tilretteleggerkontrakter er det oppsiktsvekkende at bruken av disse er meget omfattende.¹⁶⁶ I NF-kontrakter er fraskrivelsene også generelle og svært omfattende, men i denne type kontrakter er det andre faktorer som gjør at fraskrivelsene likevel har en høy terskel for innskrenkende tolkning.¹⁶⁷ NF-kontrakten er å betegne som en avtalt standard, kravet til forutsigbarhet er høyt og det er profesjonelle parter som er involvert.¹⁶⁸

Skyldgraden i den handlingen som er utført vil også påvirke terskelen for innskrenkende tolkning. Generelt er det slik at en skyldnøytral fraskrivelse ikke omfatter egen grov uaktsomhet eller forsettlige handling. Det er kanskje nærliggende å spørre seg hvorfor en da eksplisitt ikke bare fraskriver seg ansvaret for sin egen forsettlige eller grovt uaktsomme handling, men en slik fraskrivelse vil ikke stå seg i gjeldende rett. Denne fraskrivelsen vil enten tolkes innskrenkende eller så vil den trolig være gjenstand for sensur. Det kan uttrykkes slik at jo høyere skyldgraden er desto lavere vil terskelen for innskrenkende tolkning være.¹⁶⁹ I Pareto-dommen er også skyldgradens betydning understreket og tingretten uttaler at «... det ikke bare var i strid med god forretningsskikk, men deler av det hadde klare elementer av grov uaktsomhet».¹⁷⁰

Utover de tolkningsmomentene som nå er nevnt skal det gjøres en nærmere beskrivelse av lojalitetsbasert- og forutsetningsbasert tolkning, samt betydningen integrasjonsklausuler har for tolkning av ansvarsfraskrivelser.

4.4.2 Lojalitetsbasert tolkning

Den rettsutvikling som har vært på lojalitetsområdet har resultert i at avtaler skal tolkes i samsvar med det alminnelige lojalitetskravet. I relasjon til ansvarsfraskrivelser gir lojalitetsbetraktninger et selvstendig grunnlag for revisjon og herunder mulig fravikelse av ordlyden gjennom innskrenkende tolkning. Tendensen i rettspraksis ser også ut til å være at lojalitetsplikten i større grad enn tidligere vektlegges ved tolkning av kontrakter. Dette innebærer at kontrakter skal tolkes slik at den ene part drar omsorg for motpartens interesser, til tross for om dette innebærer at den objektive forståelsen av ordlyden må settes tilside.¹⁷¹

¹⁶⁵ Pareto-dommen (2011) s.18.

¹⁶⁶ Perland (2013) s. 947–954.

¹⁶⁷ Kaasen (2012) s. 819-826.

¹⁶⁸ Kaasen (2012) s. 758-759.

¹⁶⁹ Perland (2013) s. 683-693.

¹⁷⁰ Pareto-dommen (2011) s. 18.

¹⁷¹ Christoffersen (2008) s. 37 og s. 393.

Lojalitetsplikten har betydning og gjelder for alle type avtaler og det er ikke mulige å avtale seg bort fra denne plikten.¹⁷² Hvilken vekt lojalitetshensyn skal tillegges vil variere. Det typiske er der det er asymmetri i informasjon og der det er sentralt at partene må kunne ha tillit til hverandre, at lojalitetsbetraktninger vil ha størst relevans.¹⁷³ I tilretteleggerkontrakter vil det kunne være asymmetri i forhold til informasjon ettersom undersøkelse og besittelse av informasjon er kjernen i oppdraget tilretteleggeren forvalter. Dette medfører at kravet til lojalitet generelt vil veie tungt i denne type kontrakter.¹⁷⁴

I tilretteleggerkontrakter er lojalitetsplikten både ulovfestet og regulert i lov. I verdipapirhandelloven er lojalitetsplikten kodifisert i form av eksempelvis både informasjons- og opplysningsplikten.¹⁷⁵ Det fremkommer blant annet klart i MiFID at verdipapirforetaket skal opptre «ærlige, redelig og profesjonelt, og at opplysninger som gis til potensielle investorer skal være korrekte, klare og ikke villedende.»¹⁷⁶ Informasjonsplikten i tilretteleggingsavtaler vil normalt bedømmes strengt da det vil være et tungtveiende hensyn at den som tegner avtalen skal kunne ha tillit til den profesjonelle. Profesjonsansvaret som en tilrettelegger har, skaper berettigede forventninger hos den annen part og herunder også kravet til lojal opptreden. Dersom lojalitetsplikten ikke er overholdt i en tilretteleggerkontrakt vil det være en lav terskel for å tolke innskrenkende.¹⁷⁷

Pareto-dommen underbygger at kravet til lojalitet i tilretteleggerkontrakter generelt er høyt. I dommen ble det blant annet presisert at aktsomhetsnormen ikke ble redusert som følge av hvilken målgruppe informasjonen skulle gis til, altså uavhengig av partenes profesjonalitet. Det ble også kritisert at ansvarsfraskrivelsene ikke ble kommunisert på en tilfredsstillende måte og at informasjonen om obligasjonslånet i større grad skulle vært tilpasset partene.¹⁷⁸

4.4.3 Forutsetningsbasert tolkning

Det er mange forhold som etter kontraktsinngåelsen kan påvirke en parts mulighet og evne til å innfri sine forpliktelser eller lønnsomheten i kontrakten. Forutsetningslæren representerer et normsett som i enkelte situasjoner kan føre til revisjon eller sensur av kontraktsforpliktelser på bakgrunn av en irregulær utvikling av kontraktsforholdet. Etter at andre norm- og regelsett

¹⁷² Christoffersen (2008) s. 379 og s. 391.

¹⁷³ Christoffersen (2008) s. 555-556.

¹⁷⁴ Perland (2013) s. 262.

¹⁷⁵ Verdipapirhandelloven § 10-11.

¹⁷⁶ Pareto-dommen (2011) s. 16.

¹⁷⁷ Perland (2013) s. 260-265.

¹⁷⁸ Pareto-dommen (2011) sidene. 12, 16 og 18.

har kommet til, skal det nevnes at forutsetningslæren i alminnelighet kan uttrykkes å ha blitt sekundær. Altså at det først er i mangel av andre relevante lovregler at denne læren får sin anvendelsen. Dette kommer klart frem blant annet i NJA 1996 s. 410:

«Av bl a dessa rättsfall kan dras den slutsatsen at ogiltighet av ett avtal enligt reglerna i en allmän förutsetningslära kommer i fråga först om för en bedömning relevanta villkor, uttryckliga eller tolkningsvis fastsällda, säskilda regler beträffande avtalstypen eller i övrigt tillämpliga lagbestämmelser saknas. Förutsättningsläran kan med andra ord ses som ett komplement till främst avtalstolkning och ogiltighetsgrunderna i avtalslagen.»¹⁷⁹

Uavhengig av kontraktsutviklingen er utgangspunktet at kontrakten skal anvendes i den aktuelle konteksten. En part skal altså innfri sine forpliktelser selv om utviklingen har gått i en annen retning enn forutsatt og dette eksempelvis har ført til at avtalen er blitt svært ugunstig. At omstendighetene i et kontraktsforhold kan endre seg etter avtaleinngåelse er noe partene forutsettes å ha vurdert risikoen for og tatt høyde for i kontrakten,¹⁸⁰ og hovedregelen er at enhver bærer risikoen for sine egne forutsetninger. En part kan derfor normalt ikke hevde seg ubundet fordi en forutsetning var uriktig. Skal en ha sikkerhet for at en forutsetning kan gjøres gjeldene må dette inntas som en klausul i kontrakten.¹⁸¹

På tross av dette vil både normene og reglene uttrykt i forutsetningslæren være relevant momenter for det tilfelle at andre regler primært skal være avgjørende. En forutsetningsbasert tolkning baserer seg på at avtalen skal tolkes i lys av forutsetningen ved avtalen.¹⁸² I utgangspunktet er det lite rom for forutsetningsbasert tolkning i kommersielle avtaler, da ordlyden må tillegges særlig vekt. Dette er påpekt i Rt. 1994 s. 581 hvor Høyesterett uttaler at «[a]vtalen er en forretningsmessig avtale utformet av personer med stor profesjonell kompetanse i slike forhold. Det ville etter mitt syn åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkningen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet».¹⁸³

Det skal imidlertid påpekes at forutsetningsbasert tolkning i enkelte tilfeller får gjennomslag selv i kontrakter der ordlyden er klar, men i disse tilfellene legges det ofte til grunn at ordlyden ikke var uttømmende for det aktuelle tilfelle. Andre momenter som er avgjørende

¹⁷⁹ NJA 1996 s. 410.

¹⁸⁰ Høgberg (2006) s. 245-252.

¹⁸¹ Giertsen (2011) s. 23.

¹⁸² Hagstrøm (2009) s. 248-249.

¹⁸³ Rt. 1994 s. 581 (avs. 587).

for om det er tilgang til å innfortolke en forutsetning som ligger utenfor ordlyden er følgende for det første detaljgraden og omfang. Herunder om at det mer uttømmende en klausul virker å være, det lenger rekkevidde vil den ha som følge av at det blir mindre tvil om forutsetningene den er inngått på.¹⁸⁴ Dette er momenter som kjennes godt også fra læren om innskrenkende tolkning generelt, og som allerede nevnt del av de regler som er utviklet sørlig i kraft av avtaleloven § 36. Disse reglene blir nærmere behandlet også i pkt. 4.5. Reglene fra forutsetningslæren kan etter dette gi anvisning på at nettopp ansvars klausuler kan tenkes å rekke lenger det mer spesifisert de er, eller det klarere det kommer frem at partene reelt er opplyst om avtalens vilkår. Særlig aktuelt blir dette når, og som oppgaven har vært inne på, formodningen mot gjør at bevisbyrden snus fra det alminnelige utgangspunkt for den som hevder seg skadelidt i et kontraktsforhold. At også et sekundært regelsett bærer i seg normer samsvarende med de primære, kan om ikke annet være et tydelig signal om hva som er den rettslige linjen. I dette tilfellet uttrykt som at det mer spesifisert og klar en ansvarsfraskrivelse eller begrensning er, det lenger vil den rekke.

4.4.4 Betydning av integrasjonsklausuler

En integrasjonsklausul er en kontraktsklausul som stadfester at kontrakten eller deler av den som sådan uttømmende regulerer forholdet mellom partene.¹⁸⁵ Dette innebærer at kontraktens bestemmelser ikke er utsatt for konkurrerende reguleringer og at andre tolkningsdata enn selve kontraktsdokument ikke skal tillegges betydning.¹⁸⁶ En streng tolkning av en klausul som stadfester at kontrakten som sådan uttømmende regulerer forholdet mellom parten vil eksempelvis bety at alle tolkningsmomenter i forhold til kontraktsinngåelsen vil være irrelevant for tolkning av kontrakten.

En slik tolkning vil imidlertid stride med det grunnleggende tolkningsprinsipp om å vurdere hele avtalesituasjonen og derfor må integrasjonsklausulen tolkes i den konkrete sammenhengen og den aktuelle kontrakten den er benyttet i.¹⁸⁷ Hvilken virkning en integrasjonsklausul får for tolkningen av kontrakten og hvor mye dette påvirker de deklatoriske tolkningsprinsippene i norsk rett beror på flere faktorer, men det skal gode grunner til før de norske tolkningsprinsippene fravikes. Til dette skal nevnes at også denne mekanismen har oppgave i fremmede rett, nærmere bestemt den anglo-amerikanske. I anglo-amerikansk rett korresponderer denne mekanismen med «The Parol Evidence Rule», som er en bevisavskjæringsregel i kontrakt.¹⁸⁸ Noe liknende har vi ikke i norsk rett, men brukt på

¹⁸⁴ Høgberg (2006) s. 263-265.

¹⁸⁵ Haaskjold (2002) s. 108

¹⁸⁶ Høgberg (2006) s. 56.

¹⁸⁷ Høgberg (2006) s. 155-156, Christoffersen (2008) s. 375-377.

¹⁸⁸ Hagstrøm (2009) s. 127.

riktig måte kan mekanismen stå seg også etter norske tolkningsregler. Mekanismen vil da ha den kjerne at særlig muntlige utsagn, men også annen korrespondanse mellom partene som ikke tydelig kommer frem som del av avtaledokumentet, ikke skal gjøres gjeldende i tolkningen.

Rettslig sett, og i forholdet til ansvarsbegrensninger, er det særlig to problemstillinger som kan reises. Den ene er betydningen av en integrasjonsklausul som i seg selv får reell virkning av å være en ansvarsbegrensning eller ansvarsfraskrivelse. Den andre er den akkumulerte betydningen av både ansvarsbegrensningsklausul i en eller annen grad, sammen med også en integrasjonsklausul i ett og samme avtaleforhold. Etter norsk rett er det ikke noe entydig svar å gi, men så langt svar kan gis er det mer eller mindre sammenfallende uavhengig av hvilken av problemstillingene man står overfor.

Hvorvidt partene har vedtatt integrasjonsklausulen vil være av betydning for hvor stor virkning den vil få. Dersom partene har signert en avtale der integrasjonsklausulen har vært en del av en kontraktssmal vil den legges mindre vekt på enn der den helt bevisst er tatt inn i kontrakten.¹⁸⁹ En integrasjonsklausul kan forsøke å avskjære bakgrunnsretten som tolkningsmoment ved at det ikke skal tas hensyn til forhandlinger forut for kontraktssignering. Normalt er det en rekke momenter ved forhandlingene som kan være vesentlige for den etterfølgende tolkningen av kontrakten, slik at det er ikke helt uproblematisk å avtale seg bort fra dette ved å innta en integrasjonsklausul. Dette er også grunnen til at en slik klausul ikke alltid vil stå seg, men at retten til tross for en slik klausul likevel vektlegger forhandlinger som tolkningsmoment der det er sikre kilder som referat eller andre dokumenter fra forhandlingene.

At det inntas integrasjonsklausuler i kommersielle kontrakter er trolig et utslag av at en ønsker bedre forutberegnelighet i avtalen og at «veien» til gjennombrudd skal være lengre. Ved å innta en slik klausul har en i større grad akseptert risiko, og dette er et moment det i seg selv ikke kan ses vekk fra.¹⁹⁰ Ingen klausul er ment uten virkning og partene har ved integrasjonsklausuler gitt uttrykk for at de ansvarsfraskrivelsene som er inntatt i kontrakten skal stå seg og at tolkningsrommet skal begrenses.

Det første som må gjøres med enhver integrasjonsklausul er at den må tolkes for å klargjøre hvilke virkninger den skal få. Uten at klausulen er tolket kan den altså ikke tillegges noe

¹⁸⁹ Christoffersen (2008) s. 378-379.

¹⁹⁰ Christoffersen (2008) s. 109-112.

virkning da en ikke vet hvilken virkningen den vil få.¹⁹¹ Bare ved dette åpnes det for tolkning som det ellers kunne tenkes at skulle være avskåret. I Rt. 1992 s. 796 var det inntatt en integrasjonsklausul som gikk ut på at det bare skulle tas hensyn til det som var avtalt i den endelige skriftlige kontrakten. Denne klausulen fikk imidlertid ikke noe avgjørende betydning for resultatet av dommen og Høyesterett uttalte at «[b]åde etter norsk og etter amerikansk rett er det adgang til å utfylle en kontrakt når utfyllingen skjer ut fra en helhetsvurdering av kontrakten og gir den aktuelle bestemmelse et fornuftig innhold ut fra dens formål».¹⁹² I sum virker det som om Høyesterett i dette tilfellet mer eller mindre ser bort fra integrasjonsklausulen og tillegger den lite virkning. Høgberg har derimot argumentert med at integrasjonsklausuler vil tillegges virkning og at domstolene vil legge ekstra vekt på å finne en løsning i kontraktens ordlyd der slik klausuler er benyttet.¹⁹³ Dette synet underbygges også i noen grad av Haaskjold (2002) som uttaler at «[v]ed behov for utfylling vil en slik klausul normalt innebære at utfylling først og fremst må skje ut fra en helhetsvurdering av selve kontrakten».¹⁹⁴

Dersom kontrakten inneholder en integrasjonsklausul som sier at kontraktsdokument er uttømmende og ingen forutsetninger kommer til uttrykk i kontrakten, skulle en tro at dette innebærer at en forutsetningsbasert tolkning ikke ville komme til anvendelse. Det må imidlertid skilles mellom tilfeller der ordlyden er klar og til der ordlyden er uklar/taus i forhold til tolkningsspørsmålet, herunder også integrasjonsklausuler.¹⁹⁵ Der hvor ordlyden er uklar eller ikke sier noe i det hele tatt, trekker integrasjonsklausul i retning av at alle relevante forutsetninger er tatt inn i kontraktsdokument. Som utgangspunkt skal det da heller ikke legges vekt på de forutsetningen som ikke er nevnt i kontrakten.

Det er imidlertid vanskelig å dra noen klar konklusjon på integrasjonsklausulers virkning i norsk rett. Høyesterett har behandlet saker der kontrakten har inneholdt integrasjonsklausuler uten å tillegge dem noen vekt av betydning. Disse klausulen må derfor sies å ha liten innvirkning og vil trolig heller ikke være utslagsgivende i forhold til domstolenes adgangen til å avvike ordlyden.¹⁹⁶ At integrasjonsklausuler gis liten rettsvirkning kan trolig også skyldes at slike klausuler til en viss grad er ett «fremmedelement» i norsk rett eller i alle fall har sin opprinnelse fra fremmed rett. En av grunnene til at retten satte ansvarsfraskrivelse tilside i Pareto-dommen var nettopp.

¹⁹¹ Høgberg (2006) s. 154-156.

¹⁹² Rt. 1992 s. 796 (803).

¹⁹³ Høgberg (2006) s. 163.

¹⁹⁴ Haaskjold (2002) s. 109.

¹⁹⁵ Høgberg (2006) s. 156.

¹⁹⁶ Rt. 1992 s. 796, Rt. 2012 s. 1779.

Det som imidlertid er felles for alle kontraktstypene er at det er de samme tolkningsreglene som gjelder ved alle type kontrakter og partsforhold. Det er eksempelvis ikke slik at det er egne tolkningsregler for entrepriskontrakter, men gjennom å være et «agreed document» er terskelen høyere for at revisjon finner sted gjennom tolkning.¹⁹⁷ Det skal også understrekes at den klare hovedregelen igjen er at kontrakter skal holdes og det skal i utgangspunktet mye til for at domstolene reviderer en gyldig inngått kontrakt.¹⁹⁸ Hagstrøm understreker også at tolkningen har sine grenser. Dersom kontrakten har en klar ordlyd som ikke er til å misforstå, kan ikke domstolene tolke i strid med denne ordlyden dersom den ikke fører til urimelig resultater.¹⁹⁹ I Rt. 2000 s. 806 ble det uttalt at «[m]itt utgangspunkt er at avtalens prisbestemmelse er klar, og at det må kreves sterke grunner for å sette den til side - enten dette betegnes som resultat av generelle tolkningsprinsipper eller av avtalerevisjon».²⁰⁰ I forhold til typetilfellenes evt. bruk at integrasjonsklausuler i tillegg til annen ansvarsbegrensning kan det synes å være grunnlag for å si at det i seg selv ikke gir noen sterke beskyttelse mot beskjæring, men at veien til beskjæring etter omstendighetene kan være noen lenger.

4.5 **Sensur**

4.5.1 **Avtaleloven 36**

Om en ansvarsfraskrivelse står seg forhold til sensur er nært knytt opp mot de skjønnsmessige vurderingen i rimelighetskriteriet og standarden om god forretningsskikk som er forankret i NL 5-1-2 og avtl. § 36. Av disse to er det mest naturlig å ta utgangspunkt i avtl. § 36 som har et videre virkeområde.²⁰¹

En avtale og herunder en ansvarsfraskrivelse vil i kraft av avtaleloven § 36 «helt eller delvis kunne settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». Det er viktig å merke seg at «... den selvstendige betydningen av det siste kriteriet ved siden av urimelighetskriteriet «neppe er stor». Det som er i strid med god forretningsskikk, vil i regelen også være urimelig.»²⁰² Ved avgjørelsen om vilkårene er tilstede skal det tas hensyn «ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene

¹⁹⁷ Kaasen (2012) s. 872.

¹⁹⁸ Rt. 2012 s. 1537 (avs. 46).

¹⁹⁹ Hagstrøm (2009) s. 45.

²⁰⁰ Rt. 2000 s. 806.

²⁰¹ Perland (2013) s. 667-670.

²⁰² Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 31.

for øvrig». Loven er å betegne som en generalklausul, der det i stor grad både teori og rettspraksis fremhever at vurderingen beror på en konkret og samlet helhetsvurdering.²⁰³

Det er ikke mulig å sette opp helt bestemte retningslinjer for hva som vil være rimelig og hva som ikke vil være det, da avtl. § 36 er en avveiningsnorm. Det er altså ikke mulig å oppstille noen «enkel» hovedregel om hvilke ansvarsbegrensninger som er rimelig og hvilke som er urimelig.²⁰⁴ Oppgaven skal imidlertid i det følgende gjøre en nærmere gjennomgang av de hovedkriteriene som er avgjørende for rimelighetsvurderingen i avtalelovens § 36.

1. Avtalens innhold

Utgangspunktet ved rimelighetsvurderingen er avtalens uttrykkelige (objektive) innhold og dette er også det kriteriet som tillegges størst vekt. Fra dette utgangspunkt er det rettens konkrete helhetsvurdering som avgjør om en avtale eller avtalevilkår er urimelig eller ikke.²⁰⁵ Det er slik at «[g]eneralklausulen bør kunne anvendes overfor vilkår som på en urimelig måte legger avgjørelser i anledning avtaleforholdet i den ene parts hånd».²⁰⁶ Dette betyr at i avtaler der det eksempelvis er ansvarsfraskrivelse som bare går en vei og utelukkende er til fordel for den ene part, vil disse trolig ha en lavere terskel for sensur. Slike type ensidige fraskrivelse skaper en ubalanse i kontraktsforholdet der en part bærer mye eller hele risikoen. Ansvarsfraskrivelse som skaper en klar ubalanse i kontraktsforholdet vil være en tungtveiende faktor for de vil være gjenstand for sensur.²⁰⁷ I rådgiverdommen er også ubalansen i risikofordelingen mellom partene vurdert som et sentralt kriterium for at ansvarsfraskrivelse måtte tåle sensur.²⁰⁸ I NF-kontraktene er det derimot en veldig balansert risikofordeling mellom partene til tross for omfattende fraskrivelse. Dette skyldes blant annet at de begge er dekket av felles omfattende forsikringer. En god risikobalanse er også en av de sentrale årsakene til at disse avtalene har en høy terskelen for sensur.²⁰⁹

2. Partenes stilling

Partsforholdet har som for både tolkning og vedtakelse stor betydning for terskelen for sensur. Det er generelt først og fremst balansen i partsforholdet med tanke på profesjonalitet som gir utslag på terskelen for sensur. Mellom likeverdige profesjonelle parter er terskelen høy for

²⁰³ Haaskjold (2002) s. 196

²⁰⁴ Hagstrøm (2009) s. 288.

²⁰⁵ Hagstrøm (2009) s. 640-641.

²⁰⁶ NOU 1979:32 s. 52.

²⁰⁷ Woxholth (2009) s. 305-306.

²⁰⁸ Rådgiverdommen (2011).

²⁰⁹ Kaasen (2012) s. 758-759.

sensur, mens den mellom profesjonell og ikke profesjonell generelt vil være lav.²¹⁰ Partsforholdet har trolig mindre betydning i NF-kontrakter der det stort sett er tale om likeverdige profesjonelle parter. I denne type kontrakter skal det tungtveiende grunner til for sensur etter avtl. § 36. I virksomhetskontrakter og tilretteleggerkontrakter vil partsbildet variere mer og domstolen har i ubalanserte partsforhold ikke har vært tilbakeholden med sensur.²¹¹ Christoffersen (2008) beskriver det som at «[j]o større kyndighet, erfaring og bransjekunnskap virksomhetskjøper har, desto strengere krav kan stilles til hans årvåkenhet».²¹²

Tilretteleggerkontrakten er i oppgavens sammenheng alltid påvirket av profesjonsansvaret. Et moment av betydning som skiller tilretteleggerkontrakter fra virksomhetskontrakter er at den profesjonelle aktsomhetsnorm i større grad må legges til grunn i de vurderinger som gjøres i forhold til terskelen for sensur. Den profesjonelle aktsomhetsnorm vil generelt påvirke terskelen for sensur slik at den vil være lavere enn ellers, uavhengig av partsbildet i kontraktsforholdet. Det er likevel grunn til å understreke at terskelen vil være noe lavere der partsforholdet er ubalansert, da særlige hensyn gjør seg gjeldende.²¹³ Noe som eksempelvis er understreket i Røeggen-dommen:

«Banken burde, som profesjonell part, i større grad ha fremhevet at en fortsatt ubrutt og sterk vekst i aksjemarkedet var et usikkert scenario, og ikke nøydt seg med å bemerke dette i liten skrift i prospektet. Dessuten burde banken - ved markedsføring av kompliserte produkter som dette - ha forklart risikoen ved produktene og konsekvensene av lånefinansiering på en måte som var tilpasset ikke-profesjonelle investorer.»²¹⁴

Denne dommen understreker at forbrukervernet står sterkt i gjeldene rett og ansvaret som påhviler en profesjonell ikke skal undervurderes. Det er imidlertid viktig å påpeke at selv om det gjelder en profesjonell aktsomhetsnorm i tilretteleggerkontrakter, kan ikke den ene part forholde seg passivt og stole blindt på den profesjonelle aktøren. Enten du er profesjonell eller ikke-profesjonell investor er det underliggende en forventning om at du også er kjent med den risiko som er forbundet med investeringer. Det forventes med andre ord et visst minimum av kompetanse i forhold til å sette seg inn i og forstå den informasjonen som presenteres, noe som må ses som et utslag av at partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Som uttalt av

²¹⁰ Perland (2013) s. 694-696.

²¹¹ Hagstrøm (2009) s. 288-289.

²¹² Christoffersen (2008) s. 198.

²¹³ Rt. 2003 s. 400, Rt. 1995 s. 1350, Rt. 2000 s. 679.

²¹⁴ Rt. 2013 s. 388 (avs. 128).

Henrik Garman og Eirik Vinje i advokatfirmaet Mitchell & Co Advokatfirma DA, «[f]or Norges store antall uprofesjonelle investorer er Høyesteretts klare budskap gjennom tre saker at domstolene ikke tar på seg rollen som deres barnevakt».²¹⁵ Til dette skal for øvrig tillegges at i Pareto-dommen ble erstatningsbeløpet til de profesjonelle aktørene halvert, mens den ikke-profesjonelle fikk full erstatning.²¹⁶

3. Forholdene ved avtalens inngåelse

Hva gjelder forhold ved kontraktens inngåelse vil blant annet partenes opptreden ha betydning for sensur etter avtl. § 36. En illojal eller klanderverdig handling av en part i forbindelse med inngåelsen av kontrakten vil senke terskelen for sensur.²¹⁷ I Pareto-dommen ble atferden knytte til innsalget til partene sterkt kritisert, der det eksempelvis ble gitt ukorrekt informasjon for å selge inn obligasjonslånet og det hadde elementer av forhandlingspress i seg da tegningen måtte skje meget raskt. Dette var ett av mange momenter som var utslagsgivende for at ansvarsfraskrivelsene ble sensurert i denne saken.²¹⁸

Er derimot avtalegrunnlaget kommet frem gjennom gjensidige forhandlinger er dette et forhold som øker terskelen for sensur. NF-kontrakter er gode eksempler på kontrakter som er et resultat av gjensidige forhandlinger eller en såkalt avtalt standard (agreed document). Parten forutsettes derfor i mye større grad å være innforstått med de rettsvirkninger kontraktsinnholdet har og det er derfor en høy terskel for sensur av en NF-kontrakt spesielt eller et «agreed document» generelt. Det skal rett og slett vesentlig mer til før kontrakter kan sies å være urimelig.²¹⁹ Dette underbygges ytterligere av det faktum at Kaasen (2012) har kommet til det standpunkt at denne standardens ansvarsfraskrivelse står seg også overfor skadevolderens egne grove uaktsomhet.²²⁰

I noen typer tilretteleggerkontrakter kan det være lite rom for reelle forhandlinger, da kontraktsgrunnlaget ofte er diktert av tilretteleggeren. De eventuelle ansvarsfraskrivelsene som ligger i kontrakten er parten «tvunget» til å godta om vedkommende ønsker å investere. Slike ansvarsfraskrivelse er det grunn til å tro har en lavere terskel for sensur enn der partene har en reel forhandlingsmakt. Det vil også være av mindre betydning at slike vilkår kan være uttrykk for alminnelige forretningsvilkår og slik sett utbredt. Begrunnelsen for dette er at

²¹⁵ Garmann, Henrik og Eirik Vinje (2013).

²¹⁶ Pareto-dommen (2011) s. 19-20.

²¹⁷ Hagstrøm (2009) s. 292-294.

²¹⁸ Pareto-dommen (2011) s. 17.

²¹⁹ Kaasen (2012) s. 758-759.

²²⁰ Kaasen (2012) s. 759.

vilkårene ikke er uttrykk for bakgrunnsrett,²²¹ snarere tvert om. Også på denne måten kommer uklarhetsregelen til uttrykk ved at det lengre man er fra bakgrunnsretten, det mer formodning har det mot seg ansvarsfraskrivelsen har vært ment eksempelvis generell og skyldnøytral. På den annen side kan stor utbredelse også gi anvisning på at standarden er uttrykk for praksis som skaper reelle og like forventinger hos begge parter. For slikt tilfelle kan det være slik at den «vanlige løsningen» skal legges til ut fra en forutsetning om at partene har ment å inngå på samme vilkår som ellers blir lagt til grunn.²²²

4. Senere inntrådte forhold

Det skal også tas hensyn til senere inntrådte forhold ved rimelighetsvurderingen og spesielt gjelder dette forhold som var helt «umulig» for partene å forutse. Dersom det vil være urimelig å gjøre fraskrivelsene gjeldende på grunn av avtaleforholdets utviklingen vil de være gjenstand for sensur. Det mer uforutsigbart hendelsesforløpet har vært, det lavere vil terskelen for sensur generelt være.²²³ I kommersielle forhold skal det imidlertid mye til for at avtaler lempes på grunn av endrede forhold grunnet kravet til forutberegnelighet i næringslivet.²²⁴

5. Omstendighetene for øvrig, herunder skyldgraden

Skyldgraden i handlingen som er utført vil være av sentral betydning i forhold til terskelen for sensur. Tradisjonelt har det vært et syn om at selv en absolutt utformet ansvarsfraskrivelse ikke vil stå seg mot skadevolderens egen grove uaktsomme eller forsettlig handling. En hovedregel om at det er mulig å fraskrive seg ethvert ansvar, bare ikke følgende for eget forsett eller grove uaktsomhet, er det imidlertid ikke grunnlag for å hevde og i alle fall ikke etter innføringen av avtl. § 36. Det er likevel interessant å belyse faktorer som beveger terskelen for hva som vil regnes som grovt uaktsomt, da det skal mye til for at en ansvarsfraskrivelse står seg i forhold til grov uaktsomhet. Hvor terskelen for grov uaktsomhet går vil avhenge av blant annet partsbildet og kontraktstypen.²²⁵

²²¹ Haaskjold (2013) s. 398.

²²² Rt. 1973 s. 967.

²²³ Hagstrøm (2009) s. 301-302.

²²⁴ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29-30.

²²⁵ Hagstrøm (2009) s. 632-649.

I tilretteleggerkontrakter der det gjelder en streng aktsomhetsnorm som følge av profesjonsansvaret vil terskelen i forhold til hva som er å betegne som grovt uaktsomt generelt være lavere enn i avtaler der det ikke gjelder en streng aktsomhetsnorm. Det er imidlertid viktig å påpeke at det uansett bare er de kvalifisert klanderverdige tilfellene som regnes som grovt uaktsomme.²²⁶

Skyldgraden er opplagt ikke ubetydelig, og vil som et minimum komme til som et moment i en ellers rimelighetsbetraktning vurdert mot de ulike sensurgrunnlagene. Som allerede referert er dette tilfellet i Pareto-dommen. Både i Unilabs- og rådgiver-dommen er det fra saksøkers side påstand om grov uaktsomhet fra rådgivernes side. Voldgiftsrettene nøyter seg med å konstatere uaktsomhet som ansvarsgrunnlag og går så videre til en konkret rimelighetsvurdering av selve fraskrivelsen og begrensingene av ansvar. Ut fra Hagstrøms (1996) oppsummering av hvordan grov uaktsomhet gjerne kan kvalifiseres, ville det ikke vært overraskende om det ble konstatert grov uaktsomhet vurdert mot profesjonsansvarsnormen. Dette særlig ut fra at det i begge tilfellene er snakk om «*betydelig faglig svikt*» ettersom det er i relasjon til kjerneytelsen at mangelen oppstår.²²⁷ Slik også Ramberg (2011) er inne på, må kjerneytelsen videre vurderes mot innholdet i sluttrapporten. Man kan vanskelig vinne frem med å begrense den faktiske ytelsen til noe mindre enn hva sluttrapporten tilkjenne gir. Dette vil igjen kunne oppfattes å være et vesentlig brudd med kontrakten, noe som bevismessig kan være en indikasjon på at det foreligger grov uaktsomhet.²²⁸ Sammenholdt med hva som allerede er gjennomgått i forhold til både vedtakelse og tolkning, herunder blant annet hvordan skyldgraden er av betydning for bevisbyrden, er det liten grunn til å tro at ikke skyldgraden og grovheten i de ansvarsbetingende forhold vektes inn i alle faser. I denne sammenheng «omstendighetene for øvrig», jf. avtl. § 36 andre ledd siste alternativ.

I NF-kontrakter har Kaasen (2012) kommet til at en ansvarsfraskrivelse vil stå seg (her fremstilt noe kort og forenklet) selv om det er utvist grov uaktsomhet og at det kun er eget forsett som etter normalordningen i denne standarden vil føre til sensur av fraskrivelsen. Dette baseres på at denne type kontrakter har profesjonelle parter som har fremforhandlet en avtalt standard som alle forstår rettsvirkningene av. Fraskrivelsene er også balanserte i den forstand at de er gjensidig og det er fastsatt gode forsikringsordninger for partene. Dette er forsikringer som partene i tillegg i stor grad har diktert klausulene for.²²⁹

²²⁶ Perland (2013) s. 686-687.

²²⁷ Hagstrøm (1996) s. 46.

²²⁸ Ramberg (2011) s. 919, Hagstrøm (1996) s. 46.

²²⁹ Kaasen (2012) s. 758-759.

I ut fra hva som kan antydes å bli de toneangivende vurderingene i forhold til ansvarsfraskrivelser, kan det spørres hvor relevant sonderingen mellom grov uaktsomhet og simpel uaktsomhet er. Dette forsterkes også noe ved at også simpel uaktsomhet etter avtl. § 36 vil kunne være gjenstand for sensur. Strengt talt er det i mange tilfeller ikke nødvendig for domstolene å ta stilling til om handlingen kvalifiserer til grov uaktsomhet eller ikke, men det er liten tvil om at skyldgraden i handlingen vil være relevant for skjønnsvurderingene i avtl. § 36.²³⁰ Dette synet underbygges godt i Pareto-dommen der retten flere ganger er inne på at misligholdet hadde elementer av grov uaktsomhet: «Retten finner at det salgsarbeidet som skjedde om kvelden den 28. april 2008 overfor de tre investorene var av en slik karakter at det ikke bare var i strid med god forretningsskikk, men deler av det hadde klare elementer av grov uaktsomhet.»²³¹ «Skyldgraden» i strid med god forretningsskikk kan altså synes å inntreffe før den grove uaktsomhet. I Pareto-dommen virker det som retten bruker argumentasjonen om at det er elementer av grov uaktsomhet for å understreke at det ikke er tvil om at kriteriet god forretningsskikk er brutt. Sensuren av fraskrivelsene er blant annet begrunnet med at det ville vært i strid med god forretningsskikk å gjøre de gjeldende og ikke at det er den grovt uaktsomme handlingen som gjør at fraskrivelsene faller.²³² Dette kan være et utslag av at retten velger den løsningen der «gjerdet er lavest».

4.5.2 Lojalitet

Dersom en part har opptrådt illojalt i et kontraktsforhold vil dette være grunnlag for å sensur av avtalen. Hvorvidt en part har opptrådt lojalt eller illojalt vil baseres på en konkret helhetsvurdering ut fra hvilken type kontrakt det er og partsbildet i kontraktsforholdet.²³³ Der hvor partsbildet er i ubalanse vil det påhvile en streng lojalitetsplikt på den styrkemessige mest profesjonelle part, samtidig som den sterkeste parten også i større grad må ivareta sine egne interesser.²³⁴ De senere år har hensynet til lojalitet i kontraktsforhold blitt tillagt større vekt, slik at en misligholdelse av denne plikten vil kunne føre til sensur.²³⁵

I tilretteleggerkontrakter vil både den ulovfestede og lovfestede lojalitetsplikten gjelde, samt at det gjelder et streng aktsomhetsnorm basert på profesjonsansvaret. Dette betyr trolig at i denne type kontrakter gjelder en generelt høyere lojalitetsplikt enn i eksempelvis NF-kontrakter. Dette synet kan man finne en viss støtte for i Pareto-dommen der det fremheves at Paretos aktsomhet ikke reduseres som følge av partenes profesjonalitet, da alle parter etter

²³⁰ Perland (2013) s. 687.

²³¹ Pareto-dommen (2011) s. 17.

²³² Pareto-dommen (2011) s. 18.

²³³ Nazarian (2007) s. 35.

²³⁴ Nazarian (2007) s. 284.

²³⁵ Rt. 2005 s. 268 (avs. 55).

verdipapirhandelloven har krav på riktig og tydelig informasjon.²³⁶ I vphl. § 10-11 er det nå gitt klare føringer for hvilke krav som stilles til den informasjonen som gis kundene. Denne informasjon skal tilpasses den enkelte kunde basert på flere faktorer som eksempelvis kundens profesjonalitet, kompetanse og hvilken type investering det er. Det vil være stor forskjell på den informasjon som kan gis til en profesjonell investor og den som kan gis til en ikke-profesjonell.²³⁷ Dette underbygges også i Rt. 2003 s. 400 hvor retten uttaler:

«Om Fearnleys handlemåte kan betegnes som erstatningsbetingende uaktsom, avhenger da blant annet av hvilket initiativ som ble tatt fra hver av sidene, hvilken innsikt Fearnley kunne legge til grunn at tunnelselskapet hadde, og i hvilken grad Fearnley ga informasjon og råd til tunnelselskapet som var tilpasset selskapets kompetanse.»²³⁸

I virksomhetskontrakter der det ofte foreligger asymmetri i informasjon om kontraktsgjenstanden vil det være et strengt krav til lojal opptreden, og mislighold vil kunne føre til sensur.²³⁹ Dette er regler som kan sies å være utslag alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. I relasjon til virksomhetskontrakten, hvis bakgrunnslovgiving blant annet er kjøpsloven, er det disse hensynene og vurderinger som er bygget inn i lovens §§ 17 og 19, *selgers opplysningsplikt*. Dette kommer oppgaven tilbake til i avslutningen av kapittel fire. e

4.5.3 Rimelig risikofordeling

Hvorvidt en ansvarsfraskrivelse vil være gjenstand for sensur eller ikke, er av Christina Ramberg (2011), i hennes analyse av rådgiver-dommen, uttalt at skal bedømmes basert på hva som etter alle forhold tatt i betraktning fremstår som en rimelig risikofordeling. Kriteriet ligger tett opp mot den allerede nevnte alminnelige rimelighetsvurderingen, men trekker inn og markerer en konkret vurdering av hvor balansert risikoen er i kontraktsforholdet. I vurderingen av dette skal det blant annet legges vekt på:

1. Om risikoreduksjon kan oppnås gjennom annet enn en beløpsmessig ansvarsbegrensning ved eksempelvis en mer detaljert beskrivelse av oppdraget, dets betingelser og begrensinger.
2. Konsulentens (her sammenfallende med tilrettelegger og rådgiver) legitime interesse i å beskytte seg mot krav ved forsikringsdekning til en kostnad som er rimelig proporsjonal til det normale omfanget av virksomheten.

²³⁶ Pareto-dommen (2011) s. 18.

²³⁷ Verdipapirhandelloven 2007.

²³⁸ Rt. 2003 s. 400 (avs. 42).

²³⁹ Christoffersen (2008) s.536.

3. Om konsulenten har brutt mot kjernen i forpliktelsen ved oppdraget eller bare mot en forpliktelse til lojalitet av perifer karakter.
4. Kundens mulighet til å beskytte seg selv ved for eksempel forsikring.²⁴⁰

Ramberg's analyse er basert på et inter partes rådgiverforhold, men oppgaven legger til grunn at paralleller også kan trekkes til deliktansvar utenfor kontrakt. Å vurdere om en ansvarsfraskrivelse står seg eller ikke basert på en rimelig risikofordeling fremfor skyldgraden virker også å ha gode grunner for. Etter å ha sett nærmere på de ulike vurderingskriteriene vil oppgave ta for seg *rimelig risikofordeling* i en mer helhetlig ramme.

Dersom en reduksjon i risiko kan oppnås uten store oppofrelser ved eksempelvis å beskrive eller avgrense oppdraget vil dette heve terskelen for revisjon. Dette synet støttes også av Perland (2013) som understreker at det er bedre å avgrense oppdraget og formidle dette enn det er å fraskrive seg ansvaret for noe en har påtatt seg. Det mer saklig og nødvendig fraskrivelsen er jo høyere vil terskelen for revisjon være.²⁴¹ På den annen side må realdebitor kunne fraskrive seg ansvar for å eksistere og det er alltid en grense for hvor detaljert en kan, eller i alle fall *bør* beskrive et oppdrag/ansvarsfraskrivelse.

Dersom ansvarsfraskrivelsen gjelder kjernen i selve oppdraget vil terskelen for sensur gjennomgående være lav. Hagstrøm (2009) understøtter dette synet ved at «det ikke kan aksepteres noen alminnelig adgang til å fraskrive ansvaret for feil ved fagkyndig bistand som ytes mot vederlag».²⁴² I Unilabs-dommen er det også fremhevet at en fraskrivelse i forhold til «svikt i utføringa av den heilt sentrale oppgåva i denne delen av oppdraget» ikke kan tillegges vekt. Det må da stilles spørsmålsteget for hva som egentlig står igjen av kontrakten dersom en misligholdelse av kjerneytelsen ikke skal få noen konsekvenser.²⁴³ Denne type fraskrivelse vil forrykke risikofordelingen i kontraktsforholdet og dette er det grunn til å tillegge vekt ved en vurderingen av om fraskrivelsene må tåle sensur eller ikke.

Det at muligheten for å kunne forsikre seg mot risiko vil påvirke terskelen for sensur av en ansvarsfraskrivelse gjelder generelt i alle kontraktsforhold. En forsikring vil jo nettopp bidra til at det blir en fornuftig risikofordeling i kontraktsforholdet.²⁴⁴ I NF-kontrakter har Kaasen (2012) fremhevet gode forsikringsordninger som et sentralt element for at disse kontraktene

²⁴⁰ Ramberg (2010).

²⁴¹ Perland (2013) s. 666 og s. 713-714.

²⁴² Hagstrøm (2009) s. 642.

²⁴³ Unilabs-dommen (2013) s.14.

²⁴⁴ Perland (2013) s. 704-705.

har en høy terskel for sensur.²⁴⁵ Forsikringene i disse kontraktene er til overmål i praksis etablert som en «solidarisk» dekning slik at det har liten betydning hvem som er skadevolder ettersom NF-kontrakten setter krav til at den annen part skal være medforsikret samt regressordninger.²⁴⁶ I forhold til styrken av dette argumentet særlig i forhold til om ansvarsfraskrivelsen kan stå seg på egen grov uaktsomhet, skal nevnes at også vilkårene i denne forsikringsordningen har vært utviklet gjennom år og i takt med kontraktsstandarden for øvrig. Med andre ord at man har mer eller mindre diktert vilkårene overfor assurandørene, som så har satt pris på selve dekningen.

Å vurdere om en ansvarsfraskrivelse står seg eller ikke basert på rimelig risikofordeling vil altså ha mange gode grunner for seg. I forhold til å bedømme ansvarsfraskrivelsen utfra skyldgraden og da gjerne sonderingen opp mot om handlingen har vært grovt uaktsom eller ikke, vil en slik måte å bedømme fraskrivelsen gjøre at en unngår det Ramberg (2010) formulerer som det «binære problem». Effekten er at en også får større harmonisering mot avtl. § 36.²⁴⁷ I det «binære problem» ligger at dersom det konstateres grov uaktsomhet så gis det «full jackpot» i forhold til skadesansvar, mens dersom det ikke foreligger grov uaktsomhet blir det ingenting. Avtl. § 36 åpner for at en avtale helt eller delvis kan settes tilside dersom det vil være urimelig å gjøre gjeldende. Ved å betrakte helheten i risikofordelingen mellom partene for å bedømme om fraskrivelsene er rimelig eller ikke, vil en også helt eller delvis kunne sette fraskrivelsen til side. Resultatet kan sies å få en viss symmetri med formålet til generalklausulen. I Unilabs-dommen er retten også inne på at en delvis tilsidesettelse kan være en løsning som bedre harmonere med interessene hos alle parter og herunder også avtl. § 36.²⁴⁸

4.5.4 Oppsummering

Hvor høy eller lav terskelen for sensur av en ansvarsfraskrivelse settes, må ses i sammenheng med en rekke faktorer, og det er ikke noe enkel konklusjon på dette spørsmålet. Det kan imidlertid virke som om retten i mange tilfeller behandler hver faktor for seg og ikke nødvendigvis ser den samlede effekten av at eksempelvis flere faktorer peker i samme retning. Dette underbygges også av Kaasen i sin behandling av NF-standarden.²⁴⁹ En nærliggende konklusjon i den forbindelse er at dersom alle faktorer peker i samme retningen er det grunnlag for å si at terskelen for avtalerevisjon gjennomgående vil være høyere eller lavere, enn dersom en bare summerer hver enkelt faktor isolert.

²⁴⁵ Kaasen (2012) s. 758-759.

²⁴⁶ Kaasen (2012) s. 742 flg.

²⁴⁷ Ramberg (2010).

²⁴⁸ Unilabs-dommen (2013) s.15.

²⁴⁹ Kaasen (2012) s.758-759.

Uavhengig av terskelen for sensur er det en utstrakt bruk av ansvarsfraskrivelser. Tatt i betraktning de forhold som vil påvirke terskelen for sensur er det interessant å se på undersøkelsene som Perland (2012) har gjort i forbindelse med sin doktoravhandling. Perland viser til at de fleste ansvarsfraskrivelsene er generelle, de er skyldnøytrale og det er ikke lagt til rette for en uttrykkelig aksept av fraskrivelsen.²⁵⁰ I sum vil disse momentene alene senke terskelen for sensur betydelig og ved å også ta hensyn til at det er en streng aktsomhetsnorm som gjelder i tilretteleggerkontrakter, kan en spørre seg hvor mye disse fraskrivelsene egentlig er «verdt». Det kan synes lite tvilsomt at det fremstår risikabelt for realdebitor å lene seg på dem.

5 Konklusjon

5.1 Liten harmoni med gjeldende rett

Som oppgaven har gjennomgått, er det utstrakt bruk av ansvarsfraskrivelser i kommersielle kontrakter generelt, og i tilrettelegging- og rådgivningskontrakter spesielt. Fraskrivelsene er i all hovedsak generelle og skyldnøytralt formulert, og selv i sin skarpeste form er de i mange tilfeller ikke uttrykkelig vedtatt.

Mangler ved vedtakelse og generell skyldnøytral formulering, er faktorer som generelt vil senke terskelen for innskrenkende tolkning og sensur. Hvilken reell rettslig virkning slike fraskrivelser egentlig har og hvilket motiv mange aktører har for å bruke disse må det derfor spørres om. Fraskrivelsene vil bare være et lite hinder på veien for å konstatere et eventuelt ansvar, dersom en ikke uttrykkelig har vedtatt dem. Aktører synes imidlertid å operere som om de vil ha virkning etter sin ordlyd, og da på tross av at både rettspraksis og teori viser at det ofte ikke er grunnlag for å lene seg på denne type fraskrivelser.

Det kan etter dette virke som at enkelte aktører i bransjen ikke har tatt inn over seg den kontraktrettslige utvikling som har vært og derfor ikke opererer i harmoni med gjeldene rett. Det kan være en kost/nytte-betraktning i forhold til hvor mange «tiltak» en som tilrettelegger skal gjennomføre for å heve terskelen for at en fraskrivelse skal kunne bli gjenstand for sensur. Det kan derfor tenkes at aktørene bevisst vurderer at tempo og kontraktsteknikk blir viktige faktorer for i det hele å få sluttet avtaler, og at dette veier opp for mulig risiko også for realdebitor. At tempo og kontraktsteknikk kan være praktiske relevante hensyn som brukes, er noe også Brækhus bemerker.²⁵¹

²⁵⁰ Perland (2013) s. 947-954.

²⁵¹ Brækhus i Haaskjold (2013) s. 392.

Mot dette står imidlertid den mulighet at aktører med viten ønsker tydelige, generelle og skyldnøytrale ansvarsfraskrivelser. Dette kan være tilfellet selv om aktøren vet at de ikke vil tåle rettslig prøving. Rasjonale kan være at klausulen har en avskrekkende effekt, eller man håper at den skal ha det. Med andre ord at man håper eller går ut fra at mange motparter vil avstå fra angrep fordi de ikke vet at det er mulig at fraskrivelsen kan bli tolket innskrenkende eller sensurert. En klart formulert fraskrivelse vil kunne styrke et slikt bilde, og tidvis også vise seg riktig særlig overfor kommersielle aktører. Det kan slik sett tross alt være i tilretteleggerens eller rådgiverens interesse å ha slike fraskrivelser.

Dette sagt, kan det også tenkes at disse kategoriske innfallene til aktørenes rasjonale kan brytes opp ytterligere. Aktørene er som kjent mange og uensartet. Fra den svært profesjonelle til den som er mer amatørpreget. Det er lite trolig at de store aktørene, eksempelvis Pareto eller de store revisjonsforetakene, ikke har kunnskap om det som synes å være gjeldende rett. Disse må derfor tenkes å se seg tjent med en slik fremgangsmåte, særlig hensyntatt at de ofte er dekket av forsikring ved alminnelig uaktsomhet, og dermed beredt til å tåle konsekvensen som måtte følge. Også Brækhus har trukket den slutning at profesjonsutøvere (i hans tilfelle meglere) nok ikke ser seg tjent med full opplysning da det må skje i «utvetydige ordlag».²⁵²

For mindre aktører kan det nok i større grad forventes at en slik villfarelse som det her kan være snakk om, skyldes uvitenhet eller udyktighet. Skulle så være tilfelle, kan det være god grunn til opplysning av bransjen, særlig ettersom dette vil kunne være kategorier av aktører som ikke nødvendigvis er dekket ved forsikring. Ut fra resultatene i underrettsdommene oppgaven har vist til, kan villfarelsen bli unødvendig kostbar.

Som oppgaven også gjennomgår er det mulig å gjøre enkle grep for å komme gjeldende rett i møte, og dermed heve terskelen for sensur da de faktorene som påvirker dette er velkjente. Det ville eksempelvis «koste» lite å tidlig i en prosess for avtaleinngåelse være tydelig i formidlingen av at det er tatt ansvarsfraskrivelser, samt informere godt om hvilke rettslig virkning de er ment å ha. Dette vil det være lite eller ingenting å tape på, bortsett fra at noen kunder kanskje vil trekke seg fra kontrakten. På den annen side må dette være bedre da det kan tenkes å «koste» mer og operere med falsk trygghet slik det kan synes som om flere tilretteleggere gjør i dag.

I en videre behandling av oppgavens tematikk kunne det vært naturlig å undersøke om underrettsdommenes beregning av det endelige erstatningsmessig resultatet kan sies å være

²⁵² Brækhus (1946) s. 275.

uttrykk for gjeldende rett. Det er verdt å merke seg at det at summen av alle forhold som taler mot å opprettholde fraskrivelsene, herunder at taket for realdebitors ansvar er satt svært lavt, gjør at fraskrivelsen i sin helhet settes tilside. Dette får det utslag at skadelidt får det som etter forholdene synes som en høy erstatning, gitt at man kan forvente at også skadelidt er kjent med noe risiko i kommersielle transaksjoner. Dommene gir liten veiledning på hvordan erstatningsbeløpet fastsettes. Ramberg (2010) som har analysert rådgiver-dommen, går heller ikke særlig inn i denne materien, men uttrykker at «[f]ör min egen del känns den av skiljenämnden angivna nivån bra i magen men jag kan inte förklara varför».²⁵³ Dette er kanskje en forståelig slutning, men den reflekterer en betydelig usikkerhet for aktørene, og «magefølelse» for et resultat er neppe en akseptabel rettstilstand.

5.2 Typetilfellene

Det er vanskelig å gi noen generelle retningslinjer for hva som skal til for at en ansvarsfraskrivelse skal stå seg eller ikke, da det som vist ovenfor vil være avhengig av en rekke faktorer. I en tilrettelegging- og rådgiveravtale er det derfor heller ikke mulig å si noe generelt om hvor terskelen for sensur eller innskrenkende tolkning vil ligge. De faktorene som påvirker terskelen for sensur vil kunne variere fra det ene ytterpunkt til det andre. Kanskje ikke i like stor grad som i virksomhetskontrakter, men det vil likevel være store variasjoner. I noen tilfeller vil det være nokså klart at fraskrivelsen ikke vil stå seg, mens det i andre tilfeller vil være atskillig vanskeligere å bedømme. I NF-kontrakter kan det imidlertid hevdes at terskelen for korreksjon er høy. I denne type kontrakter virker de faktorene som påvirker terskelen for sensur i samme retning og alle virker i retningen høy terskel for sensur. Dette er årsaken til at Kaasen (2012) hevder at det i denne type kontrakter sågar bør være rom for også å fraskrive seg ansvaret for egen grov uaktsomhet.

5.3 Faktorene

Selv om det vanskelig kan settes opp noen generelle retningslinjer for hvor terskelen settes i forhold til sensur av ansvarsfraskrivelse, er det vesentlig enklere å peke på de faktorer som vil påvirke de ulike hensynene som i regel gjelder for det rettslige utgangspunktet. De viktigste faktorene som påvirker terskelen for beskjæring av ansvarsfraskrivelse i avtale om tilrettelegging og rådgivning spesielt, og kommersielle avtaler generelt, vil bli beskrevet kort i det følgende (sensur er fellesbetegnelse for enhver form for beskjæring):

1. Vedtakelsen av ansvarsfraskrivelsen

En ansvarsfraskrivelse som er klart og tydelig vedtatt av begge parter vil heve terskelen for

²⁵³ Ramberg (2010) s. 930.

sensur.

2. Skyldgraden i handlingen eller unnlåtelsen

Jo grovere skyldgrad, jo lavere terskel for sensur.

3. Profesjonsansvaret til en tilrettelegger eller rådgiver

Tilrettelegger har en streng aktsomhetsnorm som generelt gjør at det forventes noe mer av denne parten, særlig i forhold til lojalitetsplikten.

4. Profesjonaliteten hos partene

Desto mer profesjonell partene er, desto høyere vil terskelen for sensur være.

5. Lojalitetsplikten hos partene

Særlig gjeldende med tanke på opplysningsplikt og aktsom undersøkelse. Asymmetrisk informasjon og lite lojal eller illojal opptreden i forhold til dette, vil føre til en lav terskel for sensur.

6. Er ansvarsfraskrivelsen saklig og nødvendig

Det mer saklig og nødvendig, det høyere terskel for sensur. En fraskrivelse av kjerneytelsen i oppdraget skal ikke være nødvendig.

7. Er ansvarsfraskrivelsen godt spesifisert eller generell

Desto mere generell, desto lavere terskel for sensur.

8. Risikofordeling i avtaleforholdet

Det skjevere risikoen er fordelt, det lavere er terskelen for sensur. Gode forsikringsordninger hos partene kan fordele risiko.

5.4 Hovedregelen

Oppgaven kan anført av Hagstrøm (1996) konstatere at «den gamle» hovedregelen om at ethvert ansvar, bare ikke ansvaret for eget forsett/egen grove uaktsomhet, fremdeles ikke kan betraktes som noen regel. Både praksis og teori om ansvarsfraskrivelser tegner et klart bilde av gjeldende rett. Skyldgraden var sentral i vurderingen av om en fraskrivelse kunne gjøres gjeldende etter den «gamle» hovedregelen. Oppgavens gjennomgang viser at hvorvidt en ansvarsfraskrivelse står seg eller ikke, kan for det første baseres på annet enn skyldgraden, og for det andre kan lavere skyldgrader enn eget forsett/egen grove uaktsomhet, også være

gjenstand for innskrenkende tolkning eller sensur.

Både generell og spesiell praksis har de senere årene styrket de rettslige linjene som peker på den etter omstendighetene konkrete rimelighetsvurderingen. Rettsfeltet er som nevnt innledningsvis stort, og utslaget av en slik vurdering i det enkelte forhold er ikke nødvendigvis lett tilgjengelig. Et sterkt fokus på skyldgraden for å konstatere om en fraskrivelse står seg eller ikke leder til et binært svar, enten står fraskrivelsen seg helt ut eller så kommer den ikke til anvendelse. Det er få holdepunkter for at aktører følger dette rimelighetssporet i kvalifiseringen av egne fraskrivelses- eller begrensingsmekanismer. Aktørenes praksis kan tvert om tyde på at man bevisst eller ubevisst lener seg på fraskrivelser som i mange tilfeller ikke står seg. For noen omstendigheter vil denne konklusjonen kunne trekkes raskt, for andre vil den være gjenstand for mer tvil.

En konklusjon som bør kunne trekkes er at en den prekontraktuelle prosessen er viktig, og da i forhold til tydelighet på hvor inngripende forberedelser og avstemminger det er tid til. Dermed også avklarte forventninger til hvilket materielt innhold fraskrivelser bør få. Et liknende «binært» problem, som det for grov egenskyld, kan være resultatet av å ikke ta hensyn til den kunnskapen på rettsfeltet som tross alt er tilgjengelig. Å benytte denne kunnskapen vil skape løsninger som er symmetrisk og i harmoni med avtl. § 36. En praktisk tilnærming kan eksempelvis foretas ved å basere den materielle fraskrivelsen på en helhetlig risikovurdering av det konkrete kontraktsforhold.

Som i ethvert rettslig utgangspunkt, er det også innen kontraktsretten lite som verner den aktøren som etter omstendighetene ikke gjør sitt beste eller opptre lojalt. Slik sett viser oppgaven også i relasjon til ansvarsfraskrivelser at det er vanskelig å unngå beskjæring der hvor culpa-normen ikke er overholdt. På enkelte områder er overordnede samfunnsmessige hensyn sterkt fremtredende, og dermed reguleringen strengere. Ut fra at norsk rett har tradisjon for å følge opp annen nordisk rettsdannelse, kan det tenkes at en strengere regulering av fraskrivelser i prospekter også er nært forestående i norsk rett. Dette kan tenkes å gi analoge virkninger ut over bare verdipapirlovgivningen. Oppgaven kan være et bidrag til kunnskap for de kontraktene som faller et sted imellom de forholdene som alltid vil bli beskåret, og de som er gjenstand for utvetydig regulering.

6 Litteraturliste

6.1 Juridisk litteratur

6.1.1 Bøker

Aabø-Evensen, Ole Kristian. *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet*. 1. utg. Oslo, 2011.

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8. utg. Oslo, 1998.

Brækhus, Sjur. *Meglerens rettslige stilling*. Oslo, 1946.

Christoffersen, Margrethe Buskerud. *Kjøp og salg av virksomhet: risiko og ansvar for manglet*. 1. utg. Oslo, 2008.

Bergem, John Egil, Stein Rognlien og Berte-Elen R. Konow. *Kjøpsloven: 1988 og FN-konvensjonen, 1980 om internasjonale løsekjøp*. 3. utg. Oslo, 2008

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg ved Jan E. Helgensen. Oslo, 2001.

Giertsen, Johan. *Avtaler*. 4. utg. Oslo, 2011.

Haaskjold, Erlend. *Kontaktsforpliktelser*. 1. utg. Oslo, 2002.

Haaskjold, Erlend. *Kontaktsforpliktelser*. 2. utg. Oslo, 2013.

Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Aarbakke, Magnus. *Obligasjonsrett*. 5. utg. Oslo, 2009.

Hellner, Jan. *Skadeståndsrätt*. 7. utg. Stockholm 2006

Hov, Jo. *Avtalebrudd og Partsskifte: Kontraktsrett II*. 3. utg. Oslo, 2007.

Høgberg, Alf Petter. *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. 1. utg. Oslo, 2006.

Jusleksikon. Jon Gisle ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2007.

Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter: med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. 2. utg. Oslo, 2012.

Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. 1. utg. Oslo, 2007.

Perland, Olav Fr. *Tilretteleggeransvar: Verdipapirforetakets erstatningsansvar ved tilrettelegging av aksjeemisjoner*. 1. utg. Oslo, 2013.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 6. utg. Oslo, 2006.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 7. utg. Oslo, 2009.

6.1.2 Artikler

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

Hagstrøm, Viggo. *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1996 ss.421-518

Hymer, Knut-A. *Verdipapirforetakets informasjons- og rådgivningsplikt etter verdipapirhandelloven § 10-11 om god forretningsskikk*. Tidsskrift for forretningsjus 2008 nr. 3, s. 183 flg.

Høgberg, Alf Petter. *Tolkningsstiler ved kontraktstolkning - en introduksjon*.

Nazarian, Henriette. *Opplysningssvikt som grunnlag for ugyldighet, mislighold eller lemping*. **Jussens Venner** 2007 ss.201-220
Jussens Venner 2006 ss.61-108
Ramberg, Christina. *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegrænsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*. Särtryck ur juridisk tidskrift 2010-11 NR4 ss.918-933

6.2 Norske lover

1678 Lov 15. april: Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov)
1902 Lov 22. mai nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)
1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
1969 Lov 13. juni nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
1988 Lov 13. mai nr. 27 Lov om kjøp (kjøpsloven)
1992 Lov 27.november nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
2002 Lov 21. juni nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)
2004 Lov 14. mai nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven)
2007 Lov 29. juni nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)

Forskrift 25. september 2006 nr. 1317 om opplysningsplikt ved tilbud om kjøp av sammensatte produkter

Forskrift 29. juni 2007 nr. 876 om lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) og lov om regulerte markeder (børsloven)

6.3 Forarbeider

6.3.1 Norske forarbeider

NOU 1979:32 *Formuesrettslig lempningsregel*

Ot.prp.nr. 5 (1982-83). *Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)*

Ot.prp.nr.34 (2006-2007). *Om lov om verdipapirhandel og lov om regulerte markeder*

6.3.2 Utenlandske forarbeider

Ds 2013:16 *Prospektansvar*

Prop. 1975/76:81 *Regeringens proposition (1975/76:81) med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m.*

6.4 Rettspraksis

6.4.1 Publiserte dommer

Rt. 1973 s. 967

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1989 s. 1318

Rt. 1992 s. 796

Rt. 1993 s. 564

Rt. 1994 s. 581

Rt. 1994 s. 626

Rt. 1995 s. 486

Rt. 1995 s. 635

Rt. 1995 s. 1350

Rt. 2000 s. 679

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2003 s. 400

Rt. 2004 s. 1256

Rt. 2005 s. 268

Rt. 2005 s. 870

Rt. 2007 s. 1665

Rt. 2010 s. 1478

Rt. 2012 s. 1537

Rt. 2012 s. 1779

Rt. 2013 s. 388

6.4.2 Publiserte Underrettsdommer

TOSLO 2011 62353 (Pareto-dommen)

Unilabs Norge AS ./ [Anonymisert], voldgiftsretten, Oslo 2013 (Unilabs-dommen)

6.4.3 Utenlandske dommer

Profilgruppen AB ./ KPMG Bohlins AB, svensk voldgiftsdom, Stockholm 2010, offentliggjort gjennom søksmål (klander) i Svea Hovrätt T1085-11 (Rådgiver-dommen)

NJA 1996 s. 410

NJA 2007 s. 962

6.5 Annet/WEB

Kjønstad i forelesning av Herbjørn Andresen (2011)

(<http://www.uio.no/studier/emner/jus/afin/FINF4002/v11/undervisningsmateriale/FINF4002-rettsdogm-23-240311-ha.pdf>)

Mailkorrespondanse (21. nov. 2014) med ett av Norges tre største revisjonsforetak. Alminnelige forretningsvilkår for finansiell due diligence ble mottatt.

www.pareto.no

Aftenposten. *Røeggen-dom - stor ståhei for ingenting?* 26.03.2013

<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Roeggen-dom---stor-stahei-for-ingenting-7158817.html#.UVMbYKVFPfU>