

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Betingede avtaler

Kandidatnummer: 217

Leveringsfrist: 01.06.2017

Antall ord: 39 889





# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Emne og problemstilling.....	1
1.2	Metode / rettskildebildet .....	2
1.3	Formålet med betingelser.....	5
1.4	Avgrensninger.....	6
<b>2</b>	<b>GENERELT OM BETINGELSER.....</b>	<b>8</b>
2.1	Innledning .....	8
2.1.1	En introduksjon til betingelser.....	8
2.1.2	Betingelser i et norsk og nordisk perspektiv .....	9
2.2	Slutningsbetingelser .....	12
2.2.1	Introduksjon til slutningsbetingelser .....	12
2.2.2	Avgrensningen mellom slutningsbetingelser og opsjoner.....	14
2.3	Ikrafttredelsesbetingelser .....	15
2.3.1	Introduksjon til ikrafttredelsesbetingelser .....	15
2.3.2	Nærmere om rettsvirkningene av ikrafttredelsesbetingelser .....	16
2.3.3	Plikt til å stå ved avtalen til det er avklart om begivenheten vil inntreffe.....	18
2.3.4	Hvem kan nyte av kontraktsgjenstanden .....	19
2.3.5	Resolutive og suspensive betingelser .....	20
2.4	Vederlagsbetingelser.....	22
2.5	Oppsummering.....	23
<b>3</b>	<b>ETABLERING OG TOLKNING AV BETINGEDE AVTALER.....</b>	<b>24</b>
3.1	Innledning .....	24
3.2	Etablering av slutningsbetingelser .....	25
3.2.1	Hovedregel: Betingelser må avtales eller erklæres.....	25
3.2.2	«Klarhetskravet» for slutningsbetingelser .....	25
3.2.3	Tolkningsfaktorer .....	27
3.3	Etablering av ikrafttredelsesbetingelser .....	29
3.3.1	Hovedregel: Betingelser må avtales .....	29
3.3.2	Stilltiende eller forutsetningsvise betingelser.....	31
3.3.3	«Klarhetskravet» for ikrafttredelsesbetingelser.....	32
3.3.4	Reelle hensyn.....	34
3.4	Betingelsens gjenstand – hvilke fremtidige begivenheter faller innunder klausulen?... 37	
3.4.1	Problemstillingen.....	37
3.4.2	Hovedregel: Betingelsens gjenstand følger av avtalen.....	37

3.4.3	Hvis taus avtale: «Alminnelig forståelse» .....	38
3.4.4	Nærmere om betingelsens rettsfaktaside .....	40
3.5	Skillet mellom slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser .....	42
3.6	Oppsummering .....	43
<b>4</b>	<b>PROSESSUELLE RAMMER FOR BETINGELSER .....</b>	<b>45</b>
4.1	Innledning .....	45
4.2	Slutningsbetingelser .....	45
4.2.1	Hvem råder over betingelsen? .....	45
4.2.2	Når inntreffer betingelsens rettsvirkning .....	48
4.2.3	Frister .....	50
4.2.4	Frafallelse ved passivitet og konkludent atferd .....	51
4.3	Ikrafttredelsesbetingelser .....	53
4.3.1	Hvem råder over betingelsen .....	53
4.3.2	Når inntreffer betingelsens rettsvirkning .....	58
4.3.3	Frister for ikrafttredelsesbetingelser .....	59
4.3.4	Opplysningsplikt om begivenhetens inntreden eller fravær .....	61
4.4	Oppsummering .....	63
<b>5</b>	<b>LOJALITETSPLIKTER VED BETINGEDE AVTALER.....</b>	<b>65</b>
5.1	Innledning .....	65
5.2	Slutningsbetingelser .....	66
5.2.1	Innledning .....	66
5.2.2	Utgangspunktet: Partene kan fritt trekke seg fra forhandlingene .....	68
5.2.3	Illojalitet der en part ikke har til hensikt å slutte avtale.....	70
5.2.4	Plikt til å fremlegge avtale for beslutningsdyktig organ.....	71
5.2.5	Særlig klanderverdige forhold .....	72
5.3	Ikrafttredelsesbetingelser .....	73
5.3.1	Innledning .....	73
5.3.2	Plikt til å arbeide for avtalen.....	74
5.3.3	Forbud mot å motarbeide avtalen .....	77
5.3.4	Omsorgsplikt ved betingelser .....	80
5.3.5	Plikt til å reforhandle? .....	82
5.4	Oppsummering .....	83
<b>6</b>	<b>ERSTATNINGSUTMÅLING VED ILLOJALITET.....</b>	<b>85</b>
6.1	Innledning .....	85
6.2	Slutningsbetingelser .....	86
6.2.1	Problemstillingen.....	86

6.2.2	Hovedregel: Erstatning for den negative kontraktsinteressen .....	86
6.2.3	Kan man få dekket positiv kontraktsinteresse ved illojal påberopelse av slutningsforbehold? .....	89
6.3	Ikrafttredelsesbetingelser .....	94
6.3.1	Problemstillingen.....	94
6.3.2	Hovedregel: Positiv kontraktsinteresse ved illojal atferd .....	94
6.3.3	En utvidet erstatningsregel ved illojal motarbeidelse? .....	96
6.3.4	Snudd bevisbyrde for det økonomisk tap ved illojal motarbeidelse av betingelser.....	102
6.4	Betraktninger om utmåling av positiv kontraktsinteresse .....	104
6.5	Oppsummering.....	105
<b>7</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>106</b>
7.1	Lover .....	106
7.2	Rettsavgjørelser.....	106
7.3	Forarbeider .....	108
7.4	Juridisk teori.....	108

# 1 Innledning

## 1.1 Emne og problemstilling

Dersom to parter innleder en forhandling og det er usikkerhet knyttet til forutsetningene for avtalen, har partene grovt sett tre valg. De kan binde seg, og løpe en risiko for at kontrakten ikke blir regningssvarende. De kan unnlate å binde seg, og håpe at kontraheringsmuligheten byr seg ved senere anledning. Eller de kan gjøre kontrakten betinget, slik at den kun gjelder dersom en eller flere avtalte begivenheter inntreffer. De betingede avtaler er emnet for denne avhandlingen.

Betingede avtaler lar partene ta høyde for usikkerhet knyttet til forhold som finansiering, grunnforhold eller tillatelser fra offentlige myndigheter. Det lar partene utsette bindingsspørsmålet til det foreligger en reell styrebehandling, eller partene kan gjøre avtalen betinget av signatur – slik at de har forutsigbarhet i forhandlingsprosessen. Slike forbehold kan være i begge parters interesse, eller det kan være motivert av én av partenes interesse i å gardere seg.<sup>1</sup> Som kontraktsmekanisme gir det muligheter, men er også en kime til konflikt. Ved kodifisering av betingelser i UNIDROIT 2010 het det i kommentaren simpelthen: «In commercial practice, disputes often arise relating to conditions».<sup>2</sup> Utsagnet må sies å være dekkende også for norske forhold.

Avhandlingens siktemål er på de tilfeller hvor en part hevder seg fri under henvisning til at avtalen er betinget. Dette omfatter ikke bare ansvarsfrihet overfor eventuelle erstatningsrettslige krav, men også frihet fra avtaleforholdet overhodet. Perspektivet fordrer en mer inngående analyse av hva betingelser er, de prosessuelle rammene der hvor partene har tatt forbehold samt en analyse av hvilke plikter partene kan sies å ha når de har gjort avtalen betinget.

Selv om man ved betingede avtaler må ta utgangspunkt i det konkrete avtaleforholdet, egner temaet seg for en mer helhetlig analyse. Det finnes fellestrekk ved betingede avtaler som danner grunnlag for en inndeling i minst to hovedgrupper. For det første er det betingelser som knytter seg til spørsmålet om avtaleslutning, for det annet de som knytter seg til spørsmålet om partene skal yte. Ved nærmere ettersyn viser de to ulike kategoriene seg å ha ulikt innhold; i det første tilfellet er avtalen gjort avhengig av en viljeserklæring fra en eller begge partene, i det andre tilfellet er avtalen gjort avhengig av et ytre forhold.

---

<sup>1</sup> Ordene «betingelser» og «forbehold» benyttes her som synonymer.

<sup>2</sup> Fauvarque-Cosson (2011) s. 537.

For at en part overhodet skal kunne si seg fri under henvisning til et forbehold, må det være etablert et forbehold i forholdet mellom partene. Vurderingen må bero på en alminnelig tolkning av hva som er passert mellom partene. Spesielt for forbehold er at det i tillegg opereres med et klarhetskrav, betingelsen må være kommet klart til medkontrahentens oppmerksomhet. Det nærmere innholdet av dette klarhetskravet er gjenstand for diskusjon i kapittel 3.

Selv om det er klart at partene har tatt et forbehold, kan ikke dette i seg selv være tilstrekkelig til at partene kan si seg fri. I kapittel 4 har jeg samlet spørsmål som kan sies å være av prosessuell art. Hvem råder over betingelsen, når inntretr rettsvirkningen og hva skal til for at betingelsen anses frafalt?

Avhandlingens to siste kapitler omhandler lojalitetsplikter mellom partene, samt sanksjoner for overtredelse av disse pliktene. Det finnes en alminnelig lojalitetsplikt i norsk rett, både i den prekontraktuelle fasen og i den kontraktuelle fasen. Når partene gjør avtalen betinget, vil det jevnt over settes et strengt krav til lojal atferd mellom partene. Det er likevel vesensforskjell mellom lojalitetspliktene for de to typetilfellene av betingelser. Foruten ulik rettslig regulering, er utgangspunktene for partenes plikter ganske så forskjellig.

Når det gjelder sanksjonering, innebærer bruken av betingelser utfordringer av faktisk og rettslig art. En effektiv sanksjonering av illojalitet forutsetter at den prosessrisiko partene løper, oppveies av utsiktene til en adekvat økonomisk kompensasjon. Jeg har derfor konsentrert analysen om partenes adgang til å få utmålt erstatning etter den positive kontraktsinteressen. Imidlertid har bruken av betingelser også en bevisrettslig side; bevisteamet kan være utfordrende for den lojale parten. I noen jurisdiksjoner er bevisproblematikken ved betingede avtaler løst gjennom doktrinen om *fictional fulfilment*, at skadelidte får dekket positiv kontraktsinteresse dersom medkontrahenten illojalt har motarbeidet en betingelse. En analyse av *fictional fulfilment* i norsk rett viser at det neppe er grunnlag for å oppstille regelen som gjeldende rett, men at problematikken kan oppveies av adgangen til omvendt bevisbyrde til fordel skadelidte.

## 1.2 Metode / rettskildebildet

I avhandlingen brukes alminnelig rettsdogmatisk metode. Rettsstoffet er imidlertid i stor grad tidligere ubehandlet, og rettskildebildet er noe brokete. Dette fordrer en nærmere redegjørelse for avhandlingens metodiske utfordringer.

For å få på plass en mest mulig fruktbar analyse, og for å systematisere stoffet på riktig måte, har jeg lansert begrepene *ikrafttredelsesbetingelser* og *slutningsbetingelser*. Begrepene er nærmere beskrevet i kapittel 2.2 og 2.3, men går som en rød tråd gjennom hele avhandlingen. Ikke bare reguleres de to typetilfellene av ulike rettslige normer, det faktiske resultatet er også

av helt annen karakter. Overordnet gir begge typetilfellene opphav til de samme spørsmål; hva er de, hvordan gjøres de gjeldende, hvilke plikter gjelder og hva er sanksjonen ved å tråkke utover pliktens grenser?

Betingelser er et produkt av avtalefriheten.<sup>3</sup> Partenes avtale er derfor den sentrale rettskilden ved fastsettelse av det konkrete rettsforholdet.<sup>4</sup> Med «avtale» siktes det her til avtale i vid forstand; også ensidige partsutsagn og avtaler om spesifikke disposisjonskriterier omfattes av begrepet. Der hvor avtalen ikke er uttømmende regulert, må en anta at det foreligger prinsipper og regler for utfylling av avtalen.<sup>5</sup> Metoden for å finne frem til disse prinsippene og reglene kan delvis plasseres i en obligasjonsrettslig tradisjon, og delvis innenfor den alminnelige rettskildelæren. Dette skyldes at fremstillingen har en glidende overgang mellom avtaleretten og kontraktsretten.

Formålet med å anvende den obligasjonsrettslige metode er å komme frem til regler og prinsipper som får anvendelse dersom partene beveger seg utenfor det positivt angitte rettsstoffet.<sup>6</sup> I stedet for å ta utgangspunkt i én autoritativ rettskilde, slik som lov eller forarbeider, må prinsippene oppstilles basert på slutninger fra flere sammenlignbare rettskilder. Resultatet vil nødvendigvis bli av mer generell karakter enn tolkningsresultatene som kan utledes med utgangspunkt i én enkelt rettskildefaktor. Som kriterium for å oppstille slike generelle normer, heter det at de må bero på et bredt grunnlag av relevante rettskildefaktorer, de må gi gode løsninger og de må kunne anvendes på alle, eller iallfall mange, kontraktstyper.<sup>7</sup>

Betingelser er, som nevnt, ikke lovfestet i norsk rett. Avtaleloven har regler om avtaleslutning, men det er vid adgang til å unnta avtaleslutningen etter disse reglene jf. avtaleloven § 1.<sup>8</sup> Kontrakslovene regulerer i svært begrenset omfang betingelser, og om de gjør det er det stort sett som skranker for avtalefriheten.<sup>9</sup> Regler som angir plikter, prosess og rettsvirkninger av betingede avtaler, finnes ikke.

At betingelser ikke er lovfestet, innebærer metodiske utfordringer. Samtidig er det nettopp dette som gjør temaet spennende; temaet er i stor grad upløyd mark. Konsekvensen er at avhandlingen innimellom faller mellom to stoler. Ved noen analyser vil ikke det normative

---

<sup>3</sup> For mer om avtalefriheten/prinsippet om privat autonomi, se Woxholth (2014b) s. 26.

<sup>4</sup> Hagstrøm (2011) s. 43 flg., Haaskjold (2013) s. 478.

<sup>5</sup> Eller med tiden vil kunne danne seg slike, se Eckhoff og Helgesen (2001) s. 245.

<sup>6</sup> Hov og Høgberg (2016) s. 21

<sup>7</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 30-32.

<sup>8</sup> Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

<sup>9</sup> Noen fullstendig gjengivelse av disse begrensningene har jeg ikke samlet, da de uansett ligger utenfor rammene av denne fremstillingen.



grunnlaget strekke til, slik at analysene neppe kan beskrives som uttrykk for gjeldende rett (*lege lata*). Dette skyldes ikke minst at domstolene vil gå langt i å løse den konkrete tvisten i lys av avtalen mellom partene. Samtidig vil det være å gå for langt å redusere disse analysene til rent rettspolitiske betraktninger (*lege ferenda*). Etter mitt skjønn vil det være mer presist å se på analysene som oppfordringer til domstolen, dersom de får det konkrete spørsmålet forelagt seg (*sententia ferenda*). For å imøtekomme usikkerheten de metodiske utfordringene gir, vil jeg klart tilkjenne når jeg betrakter løsningene for å være usikker.

Det finnes en lang rekke avgjørelser i Høyesterett som knytter seg til betingede avtaler, enten direkte eller mer perifert. Der dette finnes, vil det naturligvis tas utgangspunkt i disse. Det er i tillegg en rik underrettspraksis. Til tross for sin beskjedne rettskildemessige vekt, så er eksemplene fra underrettspraksis illustrerende for tilfeller som faller innunder de mer generelle rettslige normene. Praksisen vil også være illustrerende for de rettslige spørsmålene som dukker opp i praksis. Jeg viser derfor hyppig til underrettspraksis der dette finnes, likevel slik at avgjørelsene i seg selv ikke tillegges særlig vekt.

Jeg bygger i stort monn på juridisk teori gjennom avhandlingen. Siden betingelser opererer i et lovtomt rom, vil de betraktningene som kommer til uttrykk ved juridisk teori ofte danne utgangspunkt for drøftelser. Samtidig mangler det en systematisk tilnærming til betingelser i norsk og nordisk rettsvitenskap, og den overordnede struktureringen av spørsmål og begrepsbruk er min egen.<sup>10</sup> Jeg tar ikke stilling til spørsmålet om juridisk teori som rettskildefaktor, men viser til at disse uansett vil ha argumentasjonsverdi.<sup>11</sup> Argumentene som fremkommer vil gi uttrykk for innholdsmessige og systemorienterte vurderinger som kan tillegges vekt som reelt hensyn.<sup>12</sup> Dette innebærer at også utenlandsk juridisk teori har relevans – forstanden kjenner ingen landegrensler.

Når man analyserer betingelser kan man ikke komme utenom det store tilfanget av utenlandske rettskilder. I denne avhandlingen kan disse kildene struktureres langs tre linjer. For det første er det rettshistoriske betraktninger om betingelser. Betingelser har en historie tilbake til romerretten, men den lange historien kan neppe tilskrives egenvekt ved fastleggelse av gjeldende rett.<sup>13</sup> For det annet er det et faktum at betingelser er kodifisert i flere av de kontraktsrettslige kodifikasjonene, herunder tysk og fransk rett.<sup>14</sup> Disse kodifikasjonene har ikke relevans som lov, men vil, på tilsvarende måte som juridisk teori, gi uttrykk for systemorienterte,

---

<sup>10</sup> Se kap. 2.1.2 for en nærmere gjennomgang av juridisk teori.

<sup>11</sup> Hagstrøm (2011) s. 83 skriver mer inngående om juridisk teori sin innvirkning på obligasjonsretten.

<sup>12</sup> Skoghøy (2013) s. 257

<sup>13</sup> Zimmermann (1990) s. 716 flg.

<sup>14</sup> BGB § 160 flg., Code Civil art. 1304 flg.

innholdsmessige og retts tekniske vurderinger som kan tillegges vekt. I tillegg vil de danne inspirasjon til gode løsninger, løsninger man ikke selv hadde klart å tenke på. Det samme kan sies om den siste gruppen av internasjonale kilder, internasjonale modellover. Betydningen av betingelser er kodifisert og kommer til uttrykk i UNIDROIT, PECL, DCFR og RPECL.<sup>15</sup> Modellovgivningen gir uttrykk for balanserte løsninger av høy kvalitet, som kan vektlegges der hvor løsningen etter norske internrettslige kilder er usikker.<sup>16</sup> I denne avhandlingen vil jeg primært vise til modellovgivningen nettopp i disse tilfeller, og da ofte som et utgangspunkt for den videre drøftelsen i lys av mer håndfaste norske rettskilder.

Mangelen på positive rettskilder innebærer at reelle hensyn vil spille en sentral rolle ved fastleggelse av avhandlingens rettslige spørsmål. Foruten de nevnte faktorene, vil jeg vektlegge rettsøkonomiske betraktninger, systembetraktninger, analogier fra annen lovgivning og rene rimelighetsvurderinger.

### 1.3 Formålet med betingelser

Partene tar typisk forbehold i den hensikt å ta høyde for en fremtidig og uvis omstendighet. For øvrig vil partenes beveggrunner være et resultat av markedet, den konkrete kontraktssituasjonen, forholdet mellom partene og en rekke andre faktorer.

Overordnet er betingelser forbundet med en allokering av risiko. Partene inntar et forbehold i avtalen for å forhindre at de har risikoen for et forhold, som de etter bakgrunnsretten har risikoen for. Dette kan eksemplifiseres ved finansieringsforbeholdet. Vanligvis har kjøper risikoen for å yte vederlaget, og dersom han ikke yter vederlag oppstår det erstatningsansvar. Ved å innta et finansieringsforbehold, slipper han å løpe en risiko når det er uklart om det er mulig å få på plass finansiering.

Det kan også være konkrete forretningsmessige årsaker som gjør at partene i fellesskap, eller en av partene, ønsker å inngå en avtale med forbehold. I en selskapsrettslig transaksjon vil det være nødvendig for kjøper å ha tilgang til informasjon som går *utover offentlig tilgjengelig*

---

<sup>15</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT), Principles of European Contract Law (PECL) & Draft Common Frameworks of Reference (DCFR). RPECL står for Revised Principles of European Contract Law og er en bearbeiding av PECL, se for øvrig Fauvarque-Cosson og Mazeaud (2008) xxxi. RPECL er for øvrig ikke assosiert med Lando-kommisjonen og samarbeidet som la grunnlaget for PECL.

<sup>16</sup> Hagstrøm (2011) s. 67, Hov og Høgberg (2016) s. 73. Jeg oppfatter at Woxholth (2014b) s. 46 gir uttrykk for det samme synet.

*informasjon*.<sup>17</sup> For selger innebærer det ofte å gi ut sensitiv informasjon, og man ønsker å sikre seg i større grad enn man gjør ved intensjonsavtaler og andre ikke-rettslig bindende instrumenter. I slike tilfeller vil man kunne benytte betingede overdragelsesavtaler hvor vilkårene for overdragelsen er fastsatt i detalj, men hvor gjennomføringen er «betinget af opfyldelsen af de i aftalen inføjede betingelser».<sup>18</sup>

I andre tilfeller er det mer av en nødvendighet for partene å innta forbehold. Ved overdragelse av konsesjonsbelagt eiendom vil en manglende godkjenning fra konsesjonsmyndighetene medføre at naturaloppfyllelse blir umulig.<sup>19</sup> I stedet for å foreta en ansvarsfordeling mellom partene vil det i slike tilfeller være mer forutsigbart å innta et forbehold.

Man kan også analysere formålet med betingelser på et mer abstrakt nivå. Fra et rettsøkonomisk perspektiv er formålet med betingelser å legge til rette for den rettsøkonomiske maksimumen for kontraktsretten; man ønsker rettsregler som gir pareto-forbedringer. Pareto-forbedring karakteriseres ved at minst en part får en bedre situasjon, uten at noen får det verre.<sup>20</sup> Slike rettsøkonomiske betraktninger vil kunne få betydning ved tolkning av betingelser og utledning av konkrete rettsregler.

#### **1.4 Avgrensninger**

I avhandlingen tar jeg for meg spørsmålet om betingelsers virkning forholdet *inter partes*. Utover forholdet mellom partene, reiser betingede avtaler en rekke ulike praktiske spørsmål.

Det er spørsmål av offentligrettslig karakter, slik som skjæringspunktet for skattlegging av betingede avtaler. Det er spørsmål som angår betingede avtalers forhold til tredjemenn, eksempelvis kan det oppstå særspørsmål om løsningsretter eller forkjøpsrett kan gjøres gjeldende. For øvrig kan betingede avtaler reise særspørsmål med hensyn til foreldelse.

I oppgaven har jeg fokusert på betingelser som har å gjøre med inngåelsen av avtalen, eller betingelser som hører tidsmessig til i denne perioden. Betingelser som har å gjøre med *opphør* av en avtale, faller derfor utenfor redegjørelsen i denne oppgaven. Slike betingelser kalles

---

<sup>17</sup> Offentlig tilgjengelig informasjon vil typisk være opplysninger fra Skatteetaten, offentlige registre o.l. Se Hansen og Lundgren (2005), s. 124 for mer. Se også Aabø-Evensen (2011) s. 644-645 for mer om formålet bak betingede avtaler i kommersielle transaksjoner.

<sup>18</sup> Se Hansen og Lundgren (2005) s. 145

<sup>19</sup> Se Falkanger (1969) s. 203-204.

<sup>20</sup> Eide og Stavang (2008) s. 36.

gjærne *resolutive betingelser*. Jeg kommer nærmere inn på de resolutive betingelsene i kapittel 2.3.3.

## 2 Generelt om betingelser

### 2.1 Innledning

#### 2.1.1 En introduksjon til betingelser

En betinget avtale er en avtale som er gjort avhengig av en fremtidig, uvisst begivenhet. Betingelser som begrep kan brukes både om avtaleklausulen som gjør avtalen betinget, og om den konkrete fremtidige og uvisse hendelsen som avtalen er gjort avhengig av.<sup>21</sup> For å presisere hva jeg til enhver til omtaler, vil jeg i hovedsak bruke «betingelse» eller «forbehold» om avtaleklausulen, og «begivenheten» om den konkrete fremtidige og uvisse begivenheten avtalen er gjort avhengig av.

Eksempler på betingede avtaler er mangeartede. I kjøp og salg av eiendom er det vanlig å innta betingelser for kjøpet, eksempelvis formulert som et finansieringsforbehold. Ved kjøp av selskaper inntar man gjerne en rekke ulike forbehold, heriblant due diligence-forbehold, forbehold om styretillatelse og forbehold om myndighetsgodkjenning. Signaturforbeholdet er et annet type forbehold som er hyppig brukt i kommersielle relasjoner.

Bruken av betingelser i avtaler er et utslag av den alminnelige avtale- og kontraheringsfriheten. Noen nærmere hjemmel kreves i utgangspunktet ikke – det er tilstrekkelig at partene avtaler det. En konsekvens av manglende rettslig regulering, er at det lett kan oppstå uenigheter med hensyn til rettsvirkninger av det å gjøre avtalen betinget. Vurderingen av partenes plikter og de øvrige rettsfølgene av betingelsen må i første omgang bero på avtalen, og i annen omgang på ulovfestet rett og prinsipper om lojalitet i avtaleforholdet.

I den videre fremstillingen forutsetter jeg *at partene har innregulert en betingelse*, men at avtalens ordlyd ikke nærmere har presisert partenes øvrige plikter. Slik sett plasserer oppgaven seg i en tradisjon hvor man forsøker å finne frem til generelle plikter i sammenlignbare, men ulovfestede tilfeller.<sup>22</sup>

I fremstillingen har jeg tatt utgangspunkt i avtalens inngåelse, og de forbeholdene som partene inntar for å regulere spørsmålet *om de skal yte*.<sup>23</sup> Videre har jeg tatt utgangspunkt i at man

---

<sup>21</sup> Jf. Platou (1914) s. 314

<sup>22</sup> Jf. kap. 1.2.

<sup>23</sup> Jeg ser ikke på forbehold om fortsatt ytelse, altså betingelser som knytter seg til avtalens opphør. Se kap. 1.4 og særlig om resolutive betingelser i kap. 2.3.5.

praktisk sett opererer med særlig to hovedskiller, nemlig *forbehold om avtalebinding* og *forbehold om ytelse etter avtalen*.

Førstnevnte kategori har jeg kalt *slutningsbetingelser*. Dette fordi det er forbehold om slutning av avtale mellom partene – avtalen foreligger ikke før betingelsen er på plass. Den andre kategorien har jeg kalt *ikrafttredelsesbetingelser* – det er her enighet om at det er sluttet avtale, spørsmålet dreier seg om partene skal yte etter avtalen. Mens slutningsbetingelser omhandler ikke-bindende avtaler, omhandler ikrafttredelsesbetingelser de rettslig bindende avtalene.

I tillegg kan man operere med det jeg har kalt *vederlagsbetingelser*. Vederlagsbetingelser skiller seg på flere måter fra de to førstnevnte kategoriene. Når jeg har tatt med en omtale av også slike type betingelser, er dette for å kunne trekke opp grensene mot de to førstnevnte kategoriene. Ofte blir slike type forbehold nevnt i tilknytning til slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser, enda de rettslige rammene som regulerer vederlagsbetingelsene er av en helt annen karakter.<sup>24</sup>

Generelt om disse tre typene betingelser kan man si at de knytter seg til ulike stadier i avtaleprosessen. Man kan slik sett føre de opp på en tidslinje. Slutningsbetingelsene knytter seg til tidspunktet *før* avtalebinding, ikrafttredelsesbetingelsene til tidspunktet *før* utveksling av ytelsene, og vederlagsbetingelsene til tidspunktet *for* utveksling av ytelsene.

Til disse tre ulike stadiene knytter det seg videre ulike normsett og ulike rettslige spørsmål. Sentrale rettslige normer for slutningsbetingelser er de prekontraktuelle lojalitetsnormene, forhandlingsfriheten og disposisjonsspørsmålet i avtaleretten. For ikrafttredelsesbetingelser er de sentrale rettslige normene den kontraktuelle lojalitetsplikten i et kontraktsforhold, kontraktuelle erstatningsregler og ulovfestede regler og prinsipper som regulerer prosessuelle spørsmål om påberopelse av betingelser. For vederlagsbetingelser er spørsmålet stort sett et spørsmål om ytelsens innhold.<sup>25</sup>

Inndelingen i disse tre gruppene skiller seg fra den tradisjonelle tilnærmingen til betingelser, og jeg vil derfor starte med en kort gjennomgang av denne tilnærmingen.

### 2.1.2 Betingelser i et norsk og nordisk perspektiv

---

<sup>24</sup> Som eksempel, se Woxholth (2014b) s. 64. Se kapittel 2.4 nærmere.

<sup>25</sup> Disse spørsmålene er generelt redegjort for i Hagstrøm (2011) kapittel 6. Jeg går nærmere inn på hvordan dette knytter seg til betingelser i kapittel 2.4.

Betingelser har en lang rettshistorisk tradisjon og er brukt på tvers av flere jurisdiksjoner. Betingelser er derfor fremstilt på ulike måter gjennom rettsteorien. I det følgende vil jeg gi en kort fremstilling av rettsvitenskapelig behandling av betingelser, samt redegjøre for noen av de sentrale begrepene.

Grunnleggende er skillet mellom de *resolutive* og *de suspensive betingelsene*. Fordi skillet er så innarbeidet, vil jeg skrive mer inngående om dette i tilknytning til ikrafttredelesbetingelser i kapittel 2.3.5. Jeg presiserer allerede her at oppgaven i tid er avgrenset i sin helhet mot de resolutive betingelsene.<sup>26</sup>

Læren om betingelser har sitt utspring i den rommerrettslige kontraktsretten. De romerske juristene brukte mye tid på en rik og kasuistisk lovgivning på feltet.<sup>27</sup> Man ser klare spor av dette også i tidligere norsk litteratur. Platou sin fremstilling av betingelser i 1918 er det forrige århundrets kanskje mest prinsipielle og brede behandling av betingelser i kontraktsretten. I behandlingen videreføres og brukes en rekke av de tradisjonelle romerrettslige begrepene. Enkelte av disse begrepene er opprettholdt i rettsvitenskapen utover århundret.

En viktig begrepsdikotomi for Platou, var skillet mellom de *potestative* og *kasuelle* betingelsene. De potestative betingelsene er betingelser som er avhengig av en av partenes vilje, mens de kasuelle er betingelser som er uavhengig av partenes vilje.<sup>28</sup> Begrepsdikotomien er ikke ukjent også i moderne rettsvitenskap. I fransk rett benytter man begrepene, men har delt opp de potestative betingelsene i henholdsvis «*simplement potestatives*» og «*conditions purement potestatives*», hvorav kun førstnevnte betraktes som en gyldig betingelse.<sup>29</sup> Ved kodifiseringen av betingelser i UNIDROIT 2010, valgte man derimot å ikke videreføre bruken.<sup>30</sup>

Som påpekt av Hov (2002) er ikke grensene mellom de potestative og de kasuelle betingelsene skarpe – partene vil uansett ha «større eller mindre mulighet for å øve innflytelse på hvorvidt betingelsen skal inntre eller ikke».<sup>31</sup> Hvilken makt partene har til å frembringe en betingelse er et viktig spørsmål med hensyn til blant annet lojalitetspliktene mellom partene. Spørsmålet er likevel underordnet spørsmålet om bindende avtale er inngått mellom partene. Jeg

---

<sup>26</sup> Jf. også avgrensningen i kapittel 1.4.

<sup>27</sup> Se Zimmermann (1990) s. 717

<sup>28</sup> Platou (1914) s. 317. Se også Hov (1993) s. 54.

<sup>29</sup> Fauvarque-Cosson (2011) s. 542. Jeg oppfatter at de med «valid» sikter til en betingelse er gyldig, og at dette sammenfaller med mitt begrep om *ikrafttredelesbetingelser*.

<sup>30</sup> Fauvarque-Cosson (2011) s. 542.

<sup>31</sup> Hov (2002) s. 86. Dette er riktignok i tråd med klassisk romerrett som opererer med *conditio mixta* som begrep for de betingelsene som faller i denne mellomfasen. Platou (1914) s. 317 avviser dette under henvisning til at *conditio mixta* «er værdiløs».

har derfor ikke basert meg på dette skillet i den videre redegjørelsen i oppgaven min. Samtidig vil de rent potestative betingelsene, ha klare likheter med *slutningsbetingelser*, se kap. 2.2.1 nærmere.

Platou benyttet også en begrepsdikotomi som skilte mellom de *egentlige* og de *uegentlige* betingelsene.<sup>32</sup> En egentlig betingelse er en betingelse som gjør primærytelsen avhengig av en fremtidig uvis omstendighet, altså det som er omtalt som ikrafttredelsesbetingelse i denne avhandlingen. En uegentlig betingelse er, ifølge Platou, en betingelse som a) er faktisk avgjort, b) er en nødvendig betingelse eller c) er en umulig betingelse.<sup>33</sup>

Både begrepsbruken og avgrensningen er, etter mitt skjønn, resultat av en eldre kasuistisk tankegang. Begrepene har først og fremst betydning som navn på et tolkningsresultat. Noen praktiske rettsvirkninger utover det kan jeg ikke se at skillet har i norsk kontraktsrett. Skillet er derfor ikke av praktisk eller pedagogisk interesse i den videre fremstillingen. Ved revisjonen av UNIDROIT i 2010 vurderte man å ta med et skille som tilsvarer Platous skille mellom egentlige og uegentlige betingelser. Dette ble ikke gjort, og er heller ikke inntatt i PECL.<sup>34</sup> Jeg legger meg på linjen til UNIDROIT og vil ikke skille mellom de egentlige og uegentlige betingelsene.

I moderne tid har betingelser, hvert fall i Norge, blitt særlig behandlet i lys av den spesielle kontraktsretten.<sup>35</sup> Simonsen avgrenser mot temaet i sin redegjørelse av det prekontraktuelle ansvaret, men har skrevet om betingelser i relasjon til sin kommentar av bustadoppføringslova.<sup>36</sup> Bergsåker skriver om betingelser i lys av eiendomsmegling, Smith i lys av garantiretten og Brækhus i lys av megling generelt.<sup>37</sup> Aabø-Evensen har i sin praktiske tilnærming til selskapsrettslige transaksjoner skrevet inngående om forbehold og betingelser, tilsvarende har Hansen og Lundgren i sin bok om samme tema.<sup>38</sup>

Av de sentrale referanseverkene på kontraktsrettens og avtalerettens område, kan det nevnes Hov som så vidt skriver om betingelser, samt Hagstrøm som skriver noe mer utfyllende.<sup>39</sup>

---

<sup>32</sup> Se Platou (1914) s. 319

<sup>33</sup> a) *conditio in præsens vel in præteritum collata*, b) *conditio necessaria*, c) *conditio impossibilis*.

<sup>34</sup> Se Fauvarque-Cosson (2011) s. 542.

<sup>35</sup> Se eksempelvis Smith (1981) s. 191 flg. og Brækhus (1946) s. 358 flg.

<sup>36</sup> Se Simonsen (1997) s. 29-31. Kommentaren til bustadoppføringslova foreligger for øyeblikket kun i elektronisk utgave hos [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no).

<sup>37</sup> Bergsåker (2009) s. 26 flg., Smith (1981) s. 191 flg., Brækhus (1946) s. 358 flg.

<sup>38</sup> Se Aabø-Evensen (2011) s. 614-615, s. 644, s. 726 og Hansen og Lundgren (2005) s. 186 mv.

<sup>39</sup> Hov (1993) s. 53, Hov (2002) s. 86, Hagstrøm (2011) s. 543-544 og s. 792.



Også Woxholth har så vidt vært innom temaet i sin gjennomgang av avtaleretten.<sup>40</sup> I nordisk rettsvitenskap har særlig Ussing viet en del plass til betingede avtaler rent generelt.<sup>41</sup> Av andre kan nevnes Adlercreutz og Gorton, som så vidt har behandlet temaet.<sup>42</sup>

Disse senere verkene har ikke foretatt noen begrepsmessig eller prinsipiell avklaring av forholdet mellom ulike type forbehold og betingelser. Betingelser er, som jeg skal komme til senere, fortsatt ikke et begrep med entydig fastlagt innhold. Jeg har derfor følt meg relativt fri til å ta avstand fra en rekke av de eldre inndelingsmåtene som man finner spor av i litteraturen.

Selv om betingede kontrakter har sitt opphav i en romerrettslig, kasuistisk tankegang, har man sett en noe mer forsiktig tilnærming når man har kodifisert betingelser i nyere internasjonale rettskilder. Ikke minst gjelder dette modellovgivningen, som har felleseuropeisk harmonisering som målsetning. Betegnende er kommentaren til UNIDROIT 2010, som avslutningsvis påpeker at: «these rules on conditions do not purport to deal with all the difficult questions that may arise».<sup>43</sup>

## 2.2 Slutningsbetingelser

### 2.2.1 Introduksjon til slutningsbetingelser

At partene inntar slutningsbetingelser innebærer at de gjør spørsmålet om avtaleslutning avhengig av partenes fremtidige vilje. Denne viljeserklæringen, som er begivenheten avtalen er avhengig av, har fått form som en dispositiv handling – enten i form av signatur, styrevedtak, besiktigelse eller lignende.<sup>44</sup> Frem til denne begivenheten gjøres gjeldende, er ikke avtalen rettslig bindende mellom partene.

Med dette har partene regulert slutningsprosessen. De har sagt noe om *hvem* som kan binde partene, *hvordan* partene bindes og *når* partene er bundet. Tvist kan typisk oppstå når ett av disse spørsmålene ikke er regulert av avtalen.

Det rettslige grunnlaget for å ta slutningsforbehold er avtaleloven § 1 sammenholdt med den alminnelige kontraktsfriheten. Avtaler med slutningsbetingelser kan likevel betraktes på ulike

---

<sup>40</sup> Se Woxholth (2014b) s. 64 og s. 117-118.

<sup>41</sup> Se Ussing (1986) s. 445 flg.

<sup>42</sup> Se Adlercreutz (2000) s. 105 under tittelen «Villkorade avtal», se også Gorton (1983) s. 59.

<sup>43</sup> Fauvarque-Cosson (2011) s. 548.

<sup>44</sup> Se eksempelvis Rt-1927-488 hvor avtalen ble gjort avhengig av besiktigelse.

måter. De kan sees under synsvinkelen om at man *fraber* seg avtalebinding, slik at motpartens forventning om avtalebinding elimineres frem til tidspunktet for betingelsens inntreden.<sup>45</sup> I denne relasjon er forbeholdet *det motsatte av et løfte*. En annen måte å se det på er at partene har avtalt gyldighetsnormer som regulerer avtalen slik at den ikke er gyldig før betingelsen foreligger.<sup>46</sup> De to synspunktene innebærer ikke materielle forskjeller – det er kun et spørsmål om perspektiv.

Et grunnvilkår for at noe skal oppfattes som en slutningsbetingelse, er at avtalen ikke er rettslig bindende mellom partene. Utover det har partene en frihet til å innta hva slags type betingelser de ønsker. En karakteristikk for slike avtaler er likevel at vurderingen av *om* begivenheten skal inntreffe, er underlagt parten(e) selv. Man kan derfor omtalte slutningsbetingelser som interne betingelser, de er i alminnelighet innenfor partenes kontrollsfære. Der hvor betingelsen ligger utenfor partenes kontroll, vil det være nærliggende å betrakte det som at bindende avtale er inngått, og betingelsen vil i så fall kunne karakteriseres som en ikrafttredelsesbetingelse.<sup>47</sup>

At partene har valgt med hensyn til om begivenheten skal inntreffe, innebærer at slutningsbetingelser som begrep sammenfaller med REPLC artikkel 8:103 om potestative betingelser.<sup>48</sup> Det følger videre av samme bestemmelse at potestative betingelser anses å være virkningsløse (ineffective), siden «there is no real commitment on the debtor's part». I UNIDROIT 2010 anser man heller ikke de potestative betingelsene for å være betingelser overhodet, i det det ikke foreligger en kontraktsrettslig forpliktelse.<sup>49</sup> Utsagnene er nok mer av terminologisk art, og tar sikte på å avklare at det da ikke kan sies å foreligge *kontraktsrettslige plikter* dersom partene tar slike potestative forbehold. Dette avskjærer ikke at det foreligger plikter på andre grunnlag. Slikt ansvar kan hjemles blant annet i partenes prekontraktuelle plikter. Senere i avhandlingen vil jeg se nærmere på disse, se kap. 5.2.

For noen type forbehold kan man nærmest slutte direkte fra hvilket forbehold som er inntatt, til at det er tale om en slutningsbetingelse.<sup>50</sup> Dette gjelder primært signeringsforbeholdet.

I Rt-2014-100 – Strömstad Marina – var et signeringsforbehold tema. Dommen er sentral og tar opp flere rettslige spørsmål. Jeg vil derfor komme tilbake til dommen ved gjentatte anledninger utover oppgaven. Saken dreide seg om forståelsen av et forbehold om signatur i en aksjekjøpsavtale. Ved innledningen av forhandlingene hadde den norske kjøperen inntatt et forbehold om at det var en «forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlingene ikke fører frem til en signert avtale». Etter en fremforhandlet kjøpsavtale og gjennomført due diligence avsto kjøperen å signere. Han anførte seg videre fri under henvisning til forbeholdet om

---

<sup>45</sup> Krüger (2007) s. 262 ser på det på denne måten.

<sup>46</sup> Slik som Hov (1993) s. 63 har gjort. I norsk rettsvitenskapelig teori ser man gjerne på gyldighetsnormer som «normer som reparerer ugyldighet». Det er imidlertid ikke noe i veien for å operere med gyldighetsnormer som kvalifiserer noe som gyldig, uavhengig av foreliggende ugyldighet. Se eksempelvis Mahler og Solhaug (2016) s. 321 om «generelle gyldighetsnormer».

<sup>47</sup> Se nærmere om forholdet mellom slutnings og ikrafttredelsesbetingelser i kapittel 3.5.

<sup>48</sup> Fauvarque-Cosson og Mazeaud (2008) s. 596.

<sup>49</sup> Fauvarque-Cosson (2011) s. 542.

<sup>50</sup> Merk imidlertid at man ikke kan slutte fra ordlyden til at det er inntatt et signeringsforbehold, se særlig Woxholth (2014a). For mer om tolkning, se kap. 3.2.1.

signatur. I tingretten og lagmannsretten ble forbeholdet forstått som en begrensning av et mulig prekontraktuelt ansvar, men ikke i seg selv et forbehold om avtaleslutning. Forståelsen har fått støtte i juridisk teori.<sup>51</sup>

Høyesterett kom, på sin side, til at det var et forbehold om avtaleslutning, og uttalte at «forbeholdet [...] skal forstås slik at bindende avtale forutsatte at avtaleutkastet ble undertegnet av begge partene».<sup>52</sup>

Høyesterett la i dommen til grunn at det var enighet om alle sentrale punkter.<sup>53</sup> Dette er normalt tilstrekkelig til at bindende avtale anses inngått. De la videre til grunn at avtalelovens første kapittel ikke kom til anvendelse.<sup>54</sup> Om det aktuelle signeringsforbeholdet henviste førstvoterende til kontraheringsfriheten og uttalte at konsekvensen av et slikt vilkår er «at man står helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler» med henvisning videre til Rt-1998-946.

I andre tilfeller må det konkrete forbeholdet tolkes. *Styreforbeholdet* er et eksempel på et forbehold som kan inntas både som slutnings- og ikrafttredelsesbetingelse. Grensen kan være vanskelig å trekke, men vil kunne ha stor betydning for partene, se mer om dette i kapittel 3.5.

Det kan eksempelvis dreie seg om en forhandling hvor daglig leder ikke med bindende virkning kan slutte avtalen for selskapet, fordi avtalen er utenfor hva som anses å inngå i den daglige ledelse jf. aksjeloven § 6-32.<sup>55</sup> I dette tilfellet vil daglig leder kunne ta forbehold om at avtalebinding *ikke skjer* før selskapets styre har godkjent avtalen. Man har da å gjøre med en slutningsbetingelse – bindende avtale er ikke inngått.

To parter kan også inngå en bindende avtale, eksempelvis om aksjesalg, hvor forbeholdet knytter seg til at styret godkjenner aksjeoverdragelsen. For aksjeselskap følger dette direkte av aksjeloven § 4-16, men for andre foreninger og selskap kan det være knyttet til vedtektsbestemmelser. Et slikt styreforbehold innebærer at avtalen *trer i kraft* dersom styret godkjenner overdragelsen, og bortfaller dersom de ikke gjør det. Mer om *ikrafttredelsesbetingelser* i neste kapittel.

At partene foreløpig ikke har inngått bindende avtale, innebærer at man er i en prekontraktuell fase, og partene har som utgangspunkt en kontraheringsfrihet.<sup>56</sup> Dette innebærer at de fritt kan trekke seg fra forhandlingen. Utgangspunktet må anses modifisert av de prekontraktuelle lojalitetspliktene. Disse er gjenstand for diskusjon i kapittel 5.2.

## 2.2.2 Avgrensningen mellom slutningsbetingelser og opsjoner

Mens slutningsbetingelser innebærer at partene har valgfrihet med hensyn til avtalebinding, innebærer opsjoner at kun én av partene har valgfrihet; partenes bundethet er ikke sammenfallende.<sup>57</sup> Det typiske tilfellet er avtalerettslige tilbud som ikke ennå er akseptert.<sup>58</sup> Opsjoner

---

<sup>51</sup> Woxholth (2014a).

<sup>52</sup> Premiss 38.

<sup>53</sup> Premiss 6.

<sup>54</sup> Premiss 31.

<sup>55</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

<sup>56</sup> Se Simonsen (1997) s. 73 om kontraheringsfriheten i den prekontraktuelle fasen.

<sup>57</sup> Krüger (1989) s. 235.

<sup>58</sup> Jf. avtalelovens første kapittel.

har i tillegg en plass som verdipapir, og som del av mer avanserte avtaler. I disse tilfellene vil opsjonen være omfattende regulert, det vil typisk ytes en opsjonspremie, og partene vil avtale en innløsningskurs.<sup>59</sup>

Med dette får opsjonen én fot i den bindende avtalen, og én fot utenfor. Den ene parten kan velge å utløse opsjonen, mens den andre parten plikter å stå ved avtalen. Den ene parten har kontraheringsfrihet, den andre ikke.

Grensen mellom slutningsbetingelser og opsjoner er ikke opplagt. Som vi senere skal se har Høyesterett gått langt i å innfortolke et krav til gjensidighet når det tas forbehold om slutning.<sup>60</sup> Det innebærer at *begge partene* kan trekke seg under henvisning til et forbehold, som etter ordlyden kun omfatter en av partene. Dette plasserer avtaleforløpet innenfor kategorien slutningsbetingelser. Om man derimot *ikke innfortolker gjensidighet*, er bare én av partene fri til å gå. Da har man å gjøre med en opsjon.

Der hvor det er en gjensidighet, slik at begge partene fritt kan trekke seg, vil opsjon være en *mellomfase* på vei til bindende avtale. Dette kan eksemplifiseres ved et signeringsforbehold. Om kun én av partene har signert avtalen, vil den andre parten kunne velge om han vil binde seg eller ikke. Dette vil han kunne gjøre helt til opsjonens akseptfrist er utløpt.<sup>61</sup>

På grunn av sammenhengen mellom slutningsbetingelser, gjensidighet og bindende avtale, er en fullstendig avgrensning mot opsjoner hverken ønskelig eller mulig. I kapittel 4 vil jeg komme tilbake til noen av de spørsmålene som knytter opsjoner og slutningsbetingelser sammen, da med særlig henblikk på opsjoner som overgangsfenomen på veien fra forhandlingsfasen til bindende avtale. Jeg vil imidlertid avgrense mot opsjoner som kommersielt instrument.

## 2.3 Ikrafttredelsesbetingelser

### 2.3.1 Introduksjon til ikrafttredelsesbetingelser

Avtaler med ikrafttredelsesbetingelser er avtaler hvor spørsmålet om partene skal yte etter avtalen, er gjort avhengig av en fremtidig og uviss ytre begivenhet. Avtalen er rettslig binden-

---

<sup>59</sup> Se Aabø-Evensen (2011) s. 963-964.

<sup>60</sup> Se kap. 4.2.1.

<sup>61</sup> Man bruker gjerne opsjonens «løpetid» som begrep, se Aabø-Evensen (2011) s. 964. Jeg bruker «akseptfrist» ekvivalent for å få frem sammenhengen med avtalelovens første kapittel og den begrepsbruken som er kjent derifra.

de, og partene kan ikke fritt trekke seg fra avtalen. Dersom betingelsen inntreffer, sier vi at avtalen *trer i kraft*. Inntreffer derimot ikke betingelsen, er partene fri fra avtalen.

Typiske ikrafttredelsesbetingelser er forbehold om myndighetsgodkjenning, godkjenning fra tredjemenn og forbehold om finansiering.

Det rettslige grunnlaget for å innta ikrafttredelsesbetingelser er, på samme måte som for slutningsbetingelser, den alminnelige kontraktsfriheten. Partene har derfor en vid adgang til å innta betingelser i avtalen. Lovgivningen har eksempler på skranker i partenes adgang til å gjøre avtalen betinget, se eksempelvis finansavtaleloven § 7 som begrenser finansinstitusjoners mulighet til å innta forbehold i kontrakter rettet mot forbrukere.<sup>62</sup> Slike begrensninger i handlefriheten vil det avgrenses mot i den videre fremstillingen.

Det kvalifiserende elementet for at noe skal kunne omtales som en ikrafttredelsesbetingelse er at *bindende avtale er inngått mellom partene*, og at spørsmålet om partene skal yte hovedforpliktelsen beror på om betingelsen inntreffer. Det er likevel noen karakteristikk som gjør seg gjeldende. Betingelsene vil typisk være *eksterne*; de ligger helt eller delvis utenfor partenes kontroll. Der hvor en bindende avtale er inngått med betingelser som er *interne*, slik at en av partene har en valgrett med hensyn til om avtalen skal tre i kraft, har man å gjøre med en opsjon, se forrige delkapittel.

Ikrafttredelsesbetingelser kan inndeles noe nærmere. Man kan sortere betingelser ettersom de er avhengig av tredjemenn (finansieringsforbehold, myndighetsgodkjenning mv.), rent ytre forhold (valutakurser, børskurser mv.) eller hvorvidt de har en objektiv kjerne som er knyttet til selve avtaleobjektet (due diligence-forbehold). Det er kun betingelsene som er avhengig av tredjemenn og som har en objektiv kjerne knyttet til avtaleobjektet, som vil være påvirkelig for partene. Dette innebærer at det sjeldnere vil reise seg erstatningsrettslige spørsmål om rent ytre betingelser; partene har begrenset mulighet til å påvirke om de inntreffer eller ikke.<sup>63</sup> Begrepsmessig nærmer disse seg det klassiske begrepet *kasuelle betingelser* – betingelser som uavhengig av partenes vilje. Dette kan få betydning for andre regelsett, eksempelvis partenes lojalitetsplikt, se nærmere i kapittel 4.3.4.

### 2.3.2 Nærmere om rettsvirkningene av ikrafttredelsesbetingelser

---

<sup>62</sup> Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag.

<sup>63</sup> Det vil være å gå for langt å si at det ikke finnes noen lojalitetsplikter partene imellom ved slike tilfeller. Det kan eksempelvis foreligge opplysningsplikter på ulovfestet grunnlag, se nærmere i kapittel 4.3.4.

At avtalen er *avhengig* av en betingelse, innebærer at den først trer i kraft dersom betingelsen inntreffer. Eller som formulert i DCFR, «the relevant right, obligation or relationship takes effect». <sup>64</sup> Dersom betingelsen ikke inntreffer, faller avtalen bort. Den taper med andre ord sin tilsiktede rettsskapende virkning, og det bånd som var mellom kjøper og selger opphører å virke. <sup>65</sup>

Et praktisk spørsmål er hva slags status en betinget avtale har før det er avklart om betingelsen vil inntreffe. Utgangspunktet for avtaler med ikrafttredelsesbetingelser er at avtalen i denne perioden er bindende, men ikke *trådt i kraft*.

Spørsmålet har vært et yndet tema i rettsvitenskapelig litteratur. En slik mellomfase er blitt betraktet som at avtalen er i en «svevetilstand», og at det er umulig å trekke grensen for begrepet «gyldige, men ikke endelige avtaler». <sup>66</sup> Nøyaktig hva som gjør at avtalen er gyldig, men ikke endelig, og hvilke rettsvirkninger vi kan trekke av dette, fremstår ikke så klart. <sup>67</sup> Ussing fremhever dette og viser til at dette er det karakteristiske ved betingede rettshandler; de skaper en uvisshetstilstand. <sup>68</sup>

Disse synspunktene kan forenkles. Spørsmålet om bindende avtale er inngått er dikotomisk; *enten er man i den prekontraktuelle fasen eller så er partene bundet av avtalen*. En hovedregel kan således være at bindende avtale mellom partene er inngått, men at ikrafttredelsen av avtalen ikke er klarlagt. <sup>69</sup>

At avtalen er bindende, innebærer at avtalen har rettsvirkninger som bindende avtaler. Som påpekt av Ussing innebærer dette at avtalen legger begrensninger på partene. <sup>70</sup> Partene kan ikke fritt trekke seg med mindre det følger av avtalen, og avtalen kan sette begrensninger på handlemåten til partene.

Videre innebærer en betinget avtale som utgangspunkt at partene har en rettighet, og at denne kan overdras til andre, eksempelvis ved en cesjon. Den kan også være gjenstand for kreditorbeslag, og kreditorene må som hovedregel kunne tre inn i avtalen etter reglene i dekningslo-

---

<sup>64</sup> DCFR Bok 3 1:106 (3). Tilsvarende formulering ved de andre modellovene.

<sup>65</sup> Platou (1914) s. 342

<sup>66</sup> Brækhus (1946) s. 358

<sup>67</sup> Brækhus avgrensner det f.eks. negativt, før en avtale er endelig kan en tredjepart ikke hevde provisjonskrav jf. Brækhus (1946) s. 358.

<sup>68</sup> Ussing (1986) s. 447.

<sup>69</sup> I samsvar med Simonsen (1997) s. 29.

<sup>70</sup> Ussing (1986) s. 453.

ven og konkurslovgivningen.<sup>71</sup> Videre kan avtalen tinglyses etter tinglysingsloven.<sup>72</sup> Noe annet er at rettsvirkningene etter lov og sedvane kan begrenses slik tilfellet er ved meglerprovisjon.

Eiendomsmeglingsloven § 7-3 (1) siste punktum setter krav om at partene er «endelig bundet» for at oppdragstaker har krav på vederlag.<sup>73</sup> Om partene har inngått en betinget avtale er partene ikke endelig bundet før betingelsen foreligger jf. NOU 1987:14 s. 85. Uttalelsen er videreført i den nye loven jf. Ot.prp nr. 16 (2006-2007) kapittel 3, merknad til § 7-3.

For øvrig reguleres partenes atferd mens avtalen er svevende av den kontraktuelle lojalitetsplikten. I kapittel 5.3 har jeg skrevet nærmere om de lojalitetspliktene som typisk gjør seg gjeldende for ikrafttredelsesbetingelser.

### 2.3.3 Plikt til å stå ved avtalen til det er avklart om begivenheten vil inntreffe

At avtalen anses bindende, innebærer at partene har en kontraktsrettslig plikt til å stå ved avtalen til det er avklart om begivenheten vil inntreffe. Plikten til å stå ved avtalen kan anses som partenes primærforpliktelse i avtalens svevende fase.

Plikten til å stå ved avtalen var blant annet tema for en voldgiftsdom fra 1992.<sup>74</sup> I saken hadde en part, som hadde inntatt et finansieringsforbehold, trukket seg før det var avklart om han ville få på plass finansiering. Spørsmålet var hvilke rettsvirkning denne tilbaketredelsen skulle få.

Retten kom til, etter en bred gjennomgang av juridisk teori, at det var grunnlag for erstatning på grunnlag av partens urettmessige tilbakekall av løftet. Retten uttalte at «det kan neppe være særlig betenkelig å statuere et strengt ansvar for at budgiver bryter sin prinsipale forpliktelse, nemlig å la løftet bli stående inntil forbeholdet blir avklart». At parten gikk tilbake på løftet innebar et brudd på denne prinsipale forpliktelsen, og det forelå ansvarsgrunnlag.

Dommen legger til grunn at partene i perioden frem til betingelsen inntreffer har én hovedforpliktelse i avtaleforholdet, nemlig å la løftet bli stående til det er avklart om betingelsen vil inntreffe. Mislighold av denne plikten kan sanksjoneres på lik linje som mislighold av andre hovedforpliktelser i et avtaleforhold, og danner direkte grunnlag for erstatning.

---

<sup>71</sup> Hov (1993) s. 54 med henvisning til Brækhus *Omsetning og Kreditt I* s. 109-110, Huser *Gjeldsforhandling og konkurs II* s. 45 og Arnholm *Privatrett I – Almindelig privatrett* s. 154

<sup>72</sup> Ussing (1986) s. 453-454. Omtalen gjelder betingelser i dansk rett, men bør betraktes likt også etter norsk rett.

<sup>73</sup> Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling.

<sup>74</sup> Deler av voldgiftsdommen er sitert i Hagstrøm (2011) s. 543-544.

Det samme ble lagt til grunn av lagmannsretten i LF-2005-37258. Saken gjaldt salg av eiendom som var betinget av geoteknisk undersøkelse. Saksøkte trakk seg under henvisning til at hun ikke var godt nok informert, og hun likte i tillegg ikke kjøpernes byggetegninger. Lagmannsretten la til grunn at partens «egne tanker og beveggrunner forandrer ikke den juridisk forpliktende avtalen hun har inngått». Hun hadde med andre ord ikke anledning til å trekke seg fra avtalen.

Lagmannsrettens dom inntatt i RG-1993-786 konkluderer annerledes.<sup>75</sup> Saken gjaldt et forbehold om at en kjøper av leilighet fikk solgt sin egen leilighet. Lagmannsretten legger til grunn at bindende avtale *ikke ble inngått*. Når dette var utgangspunktet sto kjøper «fritt til å vurdere hvilken pris han fant akseptabel ut fra markedet», og selger på et tidspunkt kunne «trekke seg fra avtaleforholdet [...] under henvisning til at han ikke fikk oppfylt betingelsen». Dommen er etter mitt skjønn gal. Retten burde kommet til at bindende avtale var inngått, og at partene derfor *ikke sto fritt til å trekke seg*, sml. premissene i RG-2001-1566 og LF-2012-86395.

### 2.3.4 Hvem kan nyte av kontraktsgjenstanden

Et spørsmål som har vært diskutert i rettsvitenskapen, er spørsmålet om hvem som har rett til avkastning fra tingen i avtalens svevende fase.<sup>76</sup> Et forslag, som er fremmet av Ussing, er å oppstille en presumsjonsregel om at det må ha formodninger mot seg at kjøper kan høste av fruktene *før* avtalen trer i kraft. Vurderingen må avgjøres konkret.<sup>77</sup>

I norsk rett kan en slik regel hevdes med styrke. Utgangspunktet, der det ikke foreligger holddepunkter for noe annet, er at selger har rett til avkastning av tingen før levering. Regelen kommer til uttrykk i kjøpsloven § 79, forbrukerkjøpsloven § 11 og avhendingsloven § 2-6.<sup>78</sup> Tidspunktet for levering vil jevnt over også være tidspunktet for risikoens overgang.<sup>79</sup> Videre er det først når betingelsen inntreffer, at plikten til å yte hovedforpliktelsen oppstår. At en kjøper skal kunne høste av fortjenesten til en gjenstand før risikoens overgang innebærer en skjev risikofordeling til fordel kjøper. Dette bør ha et særlig rettsgrunnlag i avtalen.

Dette innebærer selvfølgelig kun ikke-realiseret avkastning. Avkastning i form av prisvekst som ennå ikke er realisert vil ikke kunne komme i fradrag av den avtale prisen. Det innebærer også at kjøper vil bære risikoen for prisstigning eller prisnedgang i perioden frem til betingelsen inntreffer. Realisert avkastning vil selger kunne nyte godt av.

---

<sup>75</sup> Dommen er nevnt tidligere i kapittel 3.5.

<sup>76</sup> Perioden mellom bindende avtale er inngått, og avtalen er trådt i kraft.

<sup>77</sup> Ussing (1986) s. 449.

<sup>78</sup> Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp, lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp, lov 3. juli 1992. nr. 93 om avhendning av fast eiendom.

<sup>79</sup> Se kjøpslovens regulering av risikoens overgang. DCFR har regulert dette særlig for betingelser, se DCFR bok 8 2:203: *Transfer subject to condition* (2).



Spørsmålet kan reises mer generelt som et spørsmål om betingelsen sin inntreden sin rettsvirkning. Har den retrospektiv effekt (*ex tunc*) eller virkning kun fremover i tid (*ex nunc*)?

Rettstekniske hensyn taler for at utgangspunktet bør være at virkningen er fremover i tid, med mindre partene har avtalt noe annet. Ikke bare vil en retrospektiv regel når betingelsen inntreffer være inngripende, det er nok heller liten støtte i praksis og sedvane for å oppstille en slik løsning. Noe annet er at regelen ville blitt unødig komplisert, i det den må antas å inneholde svært mange unntak. Dette har vært fremholdt som et viktig argument internasjonalt for at betingelsen har virkning for avtalen fremover i tid.<sup>80</sup>

### 2.3.5 Resolutive og suspensive betingelser

Skillet mellom de resolutive og suspensive betingelsene har tradisjonelt vært et viktig skille, og blitt omtalt som et skille «*af væsentlig interesse*».<sup>81</sup> Skillet går mellom de betingelsene som har utsettende virkning (suspensive) og betingelsene med opphørende virkning (resolutive).

Til førstnevnte kategori faller mange av betingelsene som har vært gjennomgått under merkelappen *ikrafttredelsesbetingelser* – finansieringsforbeholdet, styregodkjennelse mv. Avhengig av jurisdiksjon og begrepsbruk *kan* også slutningsbetingelsene falle innunder begrepet suspensive betingelser. Dette er også grunnen til at jeg ikke har likestilt de suspensive betingelsene og ikrafttredelsesbetingelsene som begrep.

For resolutive betingelser er saken annerledes. Her forutsetter man at partene har inngått en bindende avtale som er trådt i kraft. Partene har med andre ord startet å yte etter avtalen. Den resolutive betingelsen innebærer at partene har en rett til å stoppe å yte, dersom en fremtidig og uvis omstendighet inntreffer. Også slike resolutive betingelser kan deles inn mellom interne og eksterne betingelser; de interne vil innebære at partene har en fri avbestillingsrett, mens de eksterne ikke vil gi en tilsvarende diskresjon til partene. Slik sett kan de resolutive betingelsene sees på som avtale opphørsgrunner, og har derfor lite til felles med de suspensive betingelsene rent analytisk.

Vi har eksempler på spørsmål om resolutive betingelser i rettspraksis. Et kuriøst eksempel er Rt-1957-237. Saken gjaldt tolkning av et testament. Testator hadde i testamentet gitt sin husholderske rett til avkastningen og rentene til alle testators verdipapirer og bankinnskudd, i tillegg til en boret i eiendommen hans. Retten var inntatt med en betingelse om at husholdersken forble ugift. Betingelsen var resolutiv i form av at om husholdersken giftet seg, så ville hele retten bortfalle. Husholdersken prøvde forgjeves å få fastsettelsesdom på at hun kunne nyte godt av rettighetene, uten hensyn til senere inngått ekteskap.

---

<sup>80</sup> Bar et al. (2009) s. 720. Se også Fauvarque-Cosson (2011) s. 543.

<sup>81</sup> Se Platou (1914) s. 319

Skillet mellom resolutive og suspensive betingelser har lange tradisjoner, men er også inntatt i moderne kodifikasjoner. Ved revisjonen av franske Code Civil i 2016 ble eksempelvis tidligere artikkel 1178 som omhandlet betingelser generelt delt opp og spesifisert ut fra skillet mellom de resolutive og suspensive betingelsene i nye artikkel 1304-3. Skillet mellom de suspensive og resolutive betingelsene finner vi også igjen i de internasjonale soft law-kodifikasjonene PECL, UNIDROIT og DCFR.<sup>82</sup>

I norsk rett er skillet mellom de resolutive og suspensive betingelsene lagt til grunn i flere høyesterettsdommer. I Ran Ko-dommen, inntatt i Rt-1985-1066, førte ikke saksøkerens krav frem som følge av at det forelå en suspensiv betingelse. I juridisk teori har det, til tross for uenigheter om grensdragningen, vært vanlig å operere med suspensive og resolutive betingelser som en dikotomi.

Begrepsbruken har vært utsatt for en del kritikk, også på tvers av jurisdiksjoner.<sup>83</sup> Hovedsynspunktet kan utlegges noe slikt som dette: Enhver betingelse er samtidig suspensiv og resolutiv. Den er suspensiv overfor rettstilstanden som inntreffer, og resolutiv overfor rettstilstanden som opphører. Skillet er derfor terminologisk, og det avgjørende er hvilke rettstilstand betingelsene blir omtalt i sammenheng med.

Distinksjonen er ikke viktig i all tid vi ikke kan knytte konkrete rettsvirkninger til begrepene. Kan slike rettsvirkninger knyttes til begrepene, blir det relevant å nærmere konkretisere hva som skiller de to ulike typene betingelser.<sup>84</sup> Et poeng er å knytte det opp mot hovedforpliktelsen etter avtalen. Suspensive betingelser innebærer at hovedforpliktelsen utsettes til det er klart om betingelsen inntreffer eller ikke. Ved resolutive betingelser har partene plikt til å yte i henhold til avtalen, og hovedforpliktelsen bortfaller dersom betingelsen inntreffer. Jeg kan ikke utelukke at det finnes grensetilfeller, men i all hovedsak mener jeg dette er en nyttig betraktningssmåte for å trekke grensen mellom suspensive og resolutive betingede avtaler.

I den følgende fremstillingen vil jeg *ikke bruke suspensive og resolutive betingelser* som et begrepsapparat. Begrunnelsen for dette er at jeg mener det er mer hensiktsmessig med et begrepskille som knytter seg direkte til spørsmålet om bindende avtale er inngått eller ikke. Suspensive betingelser, som begrep, fremstår noe uklart. Om begrepet innebærer at bindende avtale er inngått, men at spørsmålet om avtalen skal tre i kraft er utsatt til en fremtidig og ekstern betingelse inntreffer, er begrepet sammenfallende med *ikraftredelsesbetingelser*. Om begrepet derimot rommer også de potestative betingelsene, betingelser hvor partene har full diskresjon med hensyn til avtalebinding, blir begrepet for unyansert.

---

<sup>82</sup> Se PECL artikkel 16:101, UNIDROIT 2010 artikkel 5.3.1 og DCFR bok 3 1 :106 (1).

<sup>83</sup> Se som eksempel Treitel sin omtale av diskusjonen i amerikansk rett, Treitel (1991) s. 263. Smith (1981) s. 192 påpeker det samme i sin omtale av betingelser og forutsetninger i garantiretten.

<sup>84</sup> I engelsk rett er det eksempelvis rettsvirkninger knyttet til distinksjonen mellom resolutive og suspensive betingelser, se Treitel (1991) s. 264

Rent språklig sikter «suspensiv» kun til at effekten er «utsettende». Dette innebærer at begrepet, rent språklig, er betegnende både for slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser. I begge de to typetilfellene er jo avgjørelsen av om partene skal inngå avtale, eller yte etter avtalen, utsatt fra tidspunktet de tar forbeholdet. Videre opplever jeg at innholdet av begrepet varierer mellom jurisdiksjoner og rettsvitenskapelig behandlinger. Når begrepet er såpass tve-tydig med hensyn til innhold, har jeg funnet behov for å ytterligere presisere hva jeg sikter til gjennom å bruke mer presise begreper.

På bakgrunn av dette har jeg valgt å fravike den tidligere begrepsbruken, slik at det ikke oppstår tvil om hvilke forhold jeg sikter til. Spørsmålet om bindende avtale er inngått har en direkte, relevant konsekvens for spørsmål som lojalitetsplikter, forholdet mellom partene, erstatningsansvar og –utmåling. Dette spørsmålet er ivaretatt gjennom dikotomien mellom slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser.

## 2.4 Vederlagsbetingelser

Vederlagsbetingelser har nær likhet i form med de to andre typetilfellene av betingelser, men utløser helt andre rettsfølger. Grovt sett har man å gjøre med en vederlagsbetingelse der hvor oppdraget etter avtalen er å oppnå betingelsen.

Skillet mellom vederlagsbetingelsene og de andre betingelsene kan også eksemplifiseres ved å trekke en tidslinje. På tidspunktet hvor vederlagsbetingelsene spiller en rolle, er avtalen både bindende og trådt i kraft. Spørsmålet er ikke lenger *om* partene er bundet eller *om* partene skal yte. Spørsmålet er *hva* partene skal yte. Man kan si at ytelsen etter avtalen beror på en betingelse. Slike betingelser kan være mangeartede. Et ikke uvanlig eksempel er at spørsmålet om ytelsen er tilstrekkelig god avhenger av godkjenning fra avtaleparten selv eller en tredje-mann.

En illustrerende sak i så måte er saken inntatt i RG 1998 s. 256. Saken gjaldt tvist om retten til en dusør som et vaktelskap hadde utlovet på TV 3 til de som oppklarte drapet på en vaktmann flere år tidligere. Tvisten dreide seg i realiteten om kravene til ytelsen som skulle til for å utløse dusøren.

Vaktelskapet mente at politiets anbefaling var en nødvendig betingelse for plikten til å utbetale dusør, og utbetalte i henhold til dette dusør til en tipser. Saksøkeren i saken – som også hadde sendt inn tips – mente på sin side at vaktelskapet måtte foreta en selvstendig og aktsom vurdering på hvem de skulle utbetale dusøren til. På bakgrunn av dette mente tipseren at han hadde rett til dusør, noe lagmannsretten var enig i.

En annen type vederlagsbetingelse er de tilfellene hvor man knytter ytelsene til en betingelse. Dette vil være tilfellet når en entreprenør påtar seg et utbyggingsprosjekt til fastpris, men for

eksempel tar forbehold om grunnforholdene. I slike tilfeller vil entreprenøren kunne ha krav på reforhandling, eventuelt ta på seg merarbeidet på regning.

Som de to eksemplene viser reiser spørsmålene om vederlagsbetingelsene helt andre type rettslige spørsmål enn slutningsbetingelsene og ikrafttredelsesbetingelsene. Spørsmålet om hva som skal til for å oppfylle retten til vederlag beror på mangelslæren og prinsippene om vanlig god ytelse.<sup>85</sup> Spørsmål om revisjon av avtalen, eventuelt merytelser knyttet opp mot betingelser, reiser også andre type spørsmål. I den videre fremstillingen vil jeg derfor *avgrense mot vederlagsbetingelser*.

## 2.5 Oppsummering

Partene har avtalefrihet til å gjøre avtalen avhengig av spørsmålet om at en fremtidig og uvis begivenhet inntreffer. Praktisk sett er det to typer betingelser som er viktig i tilknytning til avtalens *inngåelse*; det er betingelser som knytter seg til avtaleslutning (slutningsbetingelser) og betingelser som knytter seg til spørsmålet om partene skal yte etter avtalen (ikrafttredelsesbetingelser).

I den videre fremstillingen avgrenser jeg mot vederlagsbetingelsene – betingelser som knytter seg til spørsmålet om *hva* som skal ytes.

Skillet mellom *slutningsbetingelsene* og *ikrafttredelsesbetingelsene* er til dels flytende, og vil bero på en konkret tolkning av det som har passert mellom partene. En glidende overgang kan tilsløre de relativt grunnleggende forskjellene. For slutningsbetingelser er begivenheten avtalen er gjort avhengig av, en viljeserklæring fra en av partene. Partene har *frabedt* seg avtalebinding, frem til denne viljeserklæringen, fastlagt som en konkret begivenheten, inntreffer. For slutningsbetingelser er avtalens begivenhet et ytre fenomen, og partene har *inngått* avtale. Partene kan riktignok ha større eller mindre påvirkningsgrad på begivenheten, men til syvende og sist er begivenhetens inntreden utenfor partenes kontroll.

I de neste kapitlene vil jeg foreta en analyse av *forskjellene mellom disse to typene betingelser*. Jeg vil starte med å se hva som kreves av partsdisposisjoner for å etablere betingelser, samt hvordan disse kan tolkes. Videre vil jeg se på i hvilken grad det kan eller må innfortolkes prosessuelle regler når partene har gjort avtalen betinget. Til slutt vil jeg behandle spørsmålet om partenes plikter når det er inngått en betinget avtale, samt spørsmålet om erstatningsutmåling der hvor partene har handlet i strid med disse.

---

<sup>85</sup> Hagstrøm (2011) s. 166 flg.

### 3 Etablering og tolkning av betingede avtaler

#### 3.1 Innledning

Et utgangspunkt i norsk rett er at enhver kontraktspart har risikoen for egne forutsetninger. Partene er fri til å basere avtalen på betingelser, men dette må som utgangspunkt avtales eller ensidig erklæres. Dette reiser noen særlige rettslige spørsmål.

Først er spørsmålet hva som kreves av *partsdisposisjoner* for å gjøre en avtale betinget. Utgangspunktet må være en objektiv fortolkning av hva som er passert partene, i tråd med tolkningsprinsippene som gjelder for tolkning av avtaler for øvrig. Jeg tar ikke sikte på noen fullstendig gjengivelse av disse prinsippene, det vil føre for langt. Avveiningen mellom ordlyd, partenes etterfølgende opptreden, tolkning i lys av bakgrunnsretten og de prinsippene som typisk gjør seg gjeldende for betingelser må avgjøres konkret, i tråd med alminnelig avtalerettslig tolkningslære. Vektingen av de ulike prinsippene kan imidlertid slå ut noe forskjell for betingede avtaler, nettopp i lys av risikofordelingen betingelser innebærer og konsekvensene for partene.

Det å avgjøre om et forbehold lar seg innfortolke i avtalen er av stor praktisk interesse for partene. Dersom en part holder igjen vederlag under henvisning til et forbehold, og et slikt forbehold ikke lar seg utlede fra avtalen, foreligger det rettslig villfarelse. For rettslige villfarelser er det et objektivt ansvar, og utmålingen vil i all hovedsak være motpartens positive kontraktsinteresse.<sup>86</sup>

Retten kan også komme til at villfarelse med hensyn til betingelsen danner grunnlag for erstatning etter den spesielle kontraktslovgivningen. Det var tilfellet i LH-2009-77637, som dreide seg om kjøp av aksjene i Eliassen Rorbuer AS.<sup>87</sup> Kjøper anførte at han ikke var bundet fordi det var inntatt et finansieringsforbehold, og at det ikke var mulig å få finansiering til kjøpet. Lagmannsretten fant at det ikke var inntatt en slik betingelse overhodet, og fant heller ikke grunnlag for å tilsidesette avtalen på annet grunnlag. Resultatet ble at manglende betaling ble ansett som kontraktsbrudd, og kjøperen ble idømt erstatning etter kjøpsloven § 57.

For det andre er det spørsmålet om *betingelsens gjenstand*. Dersom det er enighet om at partene har gjort avtalen betinget, vil det kunne reises tvil om det konkrete innholdet av *begivenheten* – hva skal til for at betingelsen kan gjøres gjeldende? Naturligvis må man også her ta utgangspunkt i avtalens ordlyd. Der hvor ordlyden kan sies å være taus, må avtalen utfylles. Også spørsmålet om betingelsens gjenstand er sentralt for partene; rettsstridig påberopelse av forbehold kan medføre erstatningsansvar etter de alminnelige erstatningsnormene i kontrakt.

---

<sup>86</sup> Hagstrøm (2011) s. 527.

<sup>87</sup> Saken ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet jf. HR-2009-2062-U.

Til slutt vil jeg – i lys av dette – se nærmere på skillet mellom slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser.

## 3.2 Etablering av slutningsbetingelser

### 3.2.1 Hovedregel: Betingelser må avtales eller erklæres

Partene kan gjøre spørsmålet om avtaleslutning betinget dersom de avtaler det i fellesskap, eller en av partene ensidig erklærer det. Som tidligere nevnt, slutningsbetingelser kan anses som at parten *fraber seg binding*. Retten til *ikke* å binde seg til en avtale er en del av enhver autonome kompetanse og forutsetter ikke aksept fra motparten.<sup>88</sup>

At det er tilstrekkelig med ensidige erklæringer, innebærer ikke at man forholder seg prinsipielt annerledes til den grunnleggende mekanismen i avtaleretten. Det er fortsatt forhandlingspartens berettigede forventning som er avgjørende – hva parten med rimelighet kan ha forstått ut fra hva som er passert mellom partene. Vurderingen av om parten(e) har gjort avtalen betinget, må bero på avtalerettens alminnelige tolkningslære.

En analyse av Høyesteretts praksis avdekker at det i tillegg må stilles et særlig krav til klarhet for å anse at et forbehold er erklært eller avtalt. Klarhetskravet er gjenstand for drøftelse i neste kapittel.

### 3.2.2 «Klarhetskravet» for slutningsbetingelser

I rettspraksis er det oppstilt et klarhetskrav for slutningsbetingelser. Klarhetskravet for slutningsbetingelser har likheter med klarhetskravet for ikrafttredelsesbetingelser, og baserer seg delvis på samme læresetning.<sup>89</sup> Samtidig relaterer de seg til forskjellige stadier i avtalen, og er derfor behandlet separat.

Det å innta en slutningsbetingelse innebærer å gjøre det klart for motparten at man fraber seg binding inntil en bestemt partsdisposisjon gjøres gjeldende. Man modifierer med andre ord motpartens forståelse av tidspunktet avtalebinding skjer.

---

<sup>88</sup> Woxholth (2014b) s. 91 definerer det som at partene «definerer selv hva som er relevante disposisjonskriterier». J

<sup>89</sup> Sml. kapittel 3.3.3.

UNIDROIT 2010 artikkel 2.1.13 tar for seg formkrav for avtalebinding. Formkrav kan sees på som én type slutningsbetingelser. Etter artikkel 2.1.13 er det tilstrekkelig for å innta et formkrav at «one of the parties insists that the contract is not concluded [...]». I kommentaren til UNIDROIT 2010 vises det til at bruken av «insists» er for å understreke at det er oppstilt særlig krav til partenes disposisjon; det er ikke tilstrekkelig for partene «to manifest their intention to this effect simply in passing, [...] it must be done unequivocally».<sup>90</sup> Videre fremgår det av sammenhengen at dette er oppfylt der en part har gjort det «clear that they do not intend to be bound unless [...]» formalkravet er oppfylt.<sup>91</sup> Kravet om at parten må ha gjort det «clear» kan sammenfattes som et krav om klarhet.

PECL har ikke en tilsvarende bestemmelse, men kun artikkel 2:101 som knesetter prinsippet om formfrihet for avtaleinngåelse. De åpner for at unntak fra dette kan avtales mellom partene, men regulerer ikke dette unntaket noe ytterligere.<sup>92</sup> Tilsvarende gjelder for DCFR, se DCFR bok II 1:106 om formkrav.

I Rt-1998-946 – Vinagenturdommen – var klarhetskravet tema. En anførsel om et inntatt signeringsforbehold ble avvist under henvisning til at «Dersom Hermansen og Mikkelsen hadde ønsket å stå helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler, burde et så vesentlig forbehold [...] ha kommet klart fram relativt tidlig under de fortsatte forhandlinger».<sup>93</sup> Det var ikke tilfellet i denne saken.

Tilsvarende ser vi i Rt-2011-410 – Optimogården – hvor spørsmålet var om det ved en leieavtale var inntatt et signeringsforbehold. Parten hadde muntlig sagt at avtalen skulle «signeres sentralt». Førstvoterende fant ikke at dette var tilstrekkelig til å konstituere et gyldig forbehold; signeringsforbeholdet var ikke «så tydelig og klart [min utheving] at det ga dem rett til å holde alle muligheter åpne til siste slutt».<sup>94</sup>

Den foreløpig siste dommen på området er Rt-2014-100 – Strömstad Marina. Spørsmålet var om det var avtalt et signeringsforbehold slik at bindende avtale *kun* forelå ved signering av dokumentene. Førstvoterende uttalte her, under henvisning til forbeholdet, at «hensynet til lojalitet i avtaleforholdet tilsier dermed at det må oppstilles et klarhetskrav».<sup>95</sup> I lagmannsretten hadde det vært lagt til grunn et svært strengt krav, nemlig at forbeholdet måtte uttrykkes «*særdeles klart og tydelig*». Om dette uttalte førstvoterende at lagmannsretten gikk for langt, og terskelen ble ikke lagt til grunn som en del av Høyesteretts resultat.

---

<sup>90</sup> UNIDROIT (2010) s. 55.

<sup>91</sup> UNIDROIT (2010) s. 56.

<sup>92</sup> Lando, Beale, og Commission on European Contract (2000) s. 138.

<sup>93</sup> Rt-1998-946, se side. 958.

<sup>94</sup> Rt-2011-410 premiss 73.

<sup>95</sup> Rt-2014-100 premiss 33.

Alle de tre dommene jeg har trukket frem her dreier seg om signeringsforbehold. En kan stille spørsmål om prejudikatverdien for andre type slutningsbetingelser. Strömstad Marina-dommen besvarer ikke spørsmålet eksplisitt. Uttalelsene om klarhetskravet er nokså konkret utformet med hensyn til signeringsforbehold. Som vi skal se i kapittel 4.2.1 bygger kildene førstvoterende viser til på en mer generell oppfatning av forbehold om avtalebinding. Klarhetskravet kan også sees i sammenheng med *klarhetskravet for ikrafttredelsesbetingelser*. Å innnevne virkeområdet til kun signeringsforbehold er det, etter min mening, ikke grunn til.

Klarhetskravet tar sikte på en konkret vurdering av hver enkelt betingelse, og hvorvidt betingelsen er kommet tilstrekkelig klart frem for motparten. I Strömstad Marina-dommen legger førstvoterende til grunn at klarhetskravet er oppfylt i tilfellene hvor parten *uttrykkelig* uttaler at man ikke vil være bundet før avtalen er undertegnet.<sup>96</sup> Førstvoterende går imidlertid lenger og uttaler at også der hvor parten ikke uttrykkelig uttaler et slikt forbehold så er klarhetskravet oppfylt dersom parten «uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår».

Endelig vil kravet til klarhet skjerpes jo lenger ut i forhandlingsprosessen man er.<sup>97</sup> Om forbeholdet ikke er tilstrekkelig klart uttrykt tidligere i prosessen kan det presiseres senere.<sup>98</sup> Dette gjelder kun frem til bindende avtale er inngått, da er partenes rett til ensidig å oppstille betingelser for avtaleslutning avskåret.

### 3.2.3 Tolkningsfaktorer

Selv om en av partene mener at vedkommende ensidig har definert en slutningsbetingelse, må det som er passert mellom partene tolkes dersom det oppstår tvist om bindende avtale er inngått.<sup>99</sup> Det avgjørende er, akkurat som ellers i avtaleretten, ikke partens intensjon om å fravike utgangspunktet om formfrihet. Det avgjørende er hvorvidt motparten har hatt en berettiget forventning om avtalebinding.<sup>100</sup>

Ved tolkning av slutningsbetingelser befinner man seg mellom en nedre og en øvre terskel. Den nedre terskelen er terskelen til den uforpliktende sonderingen, altså perioden før den prekontraktuelle fasen. Den øvre terskelen er avtalebinding, hvor et forbehold vil oppfattes som en ikrafttredelsesbetingelse eller en vederlagsbetingelse.

---

<sup>96</sup> Rt-2014-100 premiss 33

<sup>97</sup> Rt-2014-100 premiss 33.

<sup>98</sup> Rt-2011-410 premiss 73

<sup>99</sup> Se Rt-2014-100 premiss 35 flg.

<sup>100</sup> For mer om forventningsprinsippet, se Woxholth (2014b) s. 29 flg.



Det er ingen prinsipielle forskjeller mellom tolkning av slutningsbetingelser og tolkninger ellers i avtaleretten. Dersom partene ikke har en forent forståelse av ordlyden, må vurderingen bero på en objektiv fortolkning av det som er passert partene.<sup>101</sup> I det følgende skal jeg ikke forsøke å redegjøre for *alle* relevante momenter, men vise til noen som særlig kan gjøre seg gjeldende ved slutningsbetingelser.

a) *Alminnelig språklig forståelse av forbeholdet*

Utgangspunktet er at det som er passert mellom partene må tolkes. Den naturlige språklige forståelsen er således av vesentlig vekt. I all tid slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser ikke er entydig fastlagt, kan man ikke uten videre slutte fra terminologien som benyttes til om bindende avtale er inngått eller ikke inngått – med mindre det uttales eksplisitt fra partene. Ordlyden må derfor tolkes i lys av andre tolkningsfaktorer.

b) *Skriftlighet eller annen formalisering*

Formfrihetsprinsippet innebærer at man ikke uten hjemmel kan oppstille noen særlige krav til skriftlighet eller andre formaliserende elementer. Formalisering kan likevel ha vekt som tolkningsfaktor når man skal fastsette om partene har ment å binde seg – enten i form av en formalisering av forhandlingsfasen, eller ved noe mer. En formalisering er med andre ord en klar indikator på at man i det minste er i forhandlingsfasen, og at man har tatt steget i retning av bindende avtale.

c) *Skjønnsmessige forbehold og diskresjonær kompetanse*

På generelt grunnlag vil det kunne ha betydning i hvilken grad forbeholdet er skjønnsmessig utformet, og om partene er gitt en diskresjonær kompetanse til å trekke seg. Realiteten er at de to momentene henger tett sammen, og at skjønnsmessige forbehold *ofte* vil innebære en vid kompetanse til partene. På generelt grunnlag vil dette kunne tale *mot* avtalebinding, noe som innebærer at partene er i den prekontraktuelle fasen.

Det er ikke en nødvendighet at de to momentene henger sammen. Et signaturforbehold er ikke spesielt skjønnsmessig, men angir klare rammer for avtalebinding. Begivenheten avtalen er gjort avhengig av, er fullt ut innenfor parten(e)s kompetanse. På den andre siden vil et forbehold om finansering være et skjønnsmessig forbehold, men har en objektiv kjerne som gjør det egnet for domstolsprøving.

---

<sup>101</sup> Som også Rt-2014-100 premiss 34.

Mellom de to ytterpunktene er det glidende overganger, og vurderingen vil ofte bero på ordvalg, språklige nyanser og andre forhold som kan tenkes å innspille. Er forbeholdet utformet med termer som «for kjøper tilfredsstillende finansiering» vil forbeholdet fort havne i kategorien slutningsbetingelser. Er forbeholdet derimot utformet som et forbehold om «tilfredsstillende finansiering», vil det være naturlig å kategorisere det som en ikrafttredelsesbetingelse. Her vil angivelsen av hvem av partene som har kompetansen til å vurdere finansieringen, spille en vesentlig rolle.

### 3.3 Etablering av ikrafttredelsesbetingelser

#### 3.3.1 Hovedregel: Betingelser må avtales

Til forskjell fra slutningsbetingelser angår ikrafttredelsesbetingelser avtalens innhold. Spørsmålet er ikke lenger om og på hvilke betingelser en avtale skal inngås. Spørsmålet er om partene har avtalt at de skal yte etter avtalen, kun om en fremtidig og uviss begivenhet inntreffer.

Vurderingen av om partene har inntatt ikrafttredelsesbetingelser, må bero på de alminnelige prinsippene for avtaletolkning. Det har i rettspraksis blitt fastslått at det gjelder et krav til klarhet for å innta betingelser.<sup>102</sup> Først vil jeg imidlertid konsentrere drøftelsen om avtalens ordlyd.

Særlig kan man stille to spørsmål i relasjon til ordlyden. For det første om det er *tilstrekkelig* å innta betingelsen som en del av ordlyden i kontrakten, og dernest om det er *nødvendig* overhodet. Sistnevnte innebærer i realiteten et krav til form, og vil behandles for seg i neste delkapittel.

Høyesterett har i avtaler mellom profesjonelle parter lagt til grunn at det må «foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden».<sup>103</sup> En kontraktsregulering hvor noe inntas som «betingelse», «condition» eller «forbehold» skaper derfor en sterk presumsjon for at partene har ment å innta betingelser i avtalen, særlig ved avtaler mellom profesjonelle parter. Man er likevel ikke henvist til en *ren ordlydsfortolkning*, også andre momenter er relevante for å fastlegge innholdet av avtalen.<sup>104</sup> Dette innebærer at blant annet avtalens formål og andre reelle hensyn er av relevans.

---

<sup>102</sup> Mer om dette i kapittel 3.3.3.

<sup>103</sup> Rt-2010-961 premiss 44.

<sup>104</sup> Jf. HR-2016-1447-A premiss 17 flg.

Borgartings dom LB-2003-10513 syns å trekke i motsatt retning. Avgjørelsen gjaldt en totalentreprise hvor byggherren påberopte seg et finansieringsforbehold som grunnlag for å si seg fri fra avtalen. Forbeholdet var inntatt i et møtereferat, og totalentreprenøren anførte at de ikke hadde noen grunn til å oppfatte forbeholdet som reelt. Lagmannsretten uttalte at «henvisning i avtaledokumentet til de dokumentene som skulle anses som del av avtalen, herunder det nevnte kontraktsmøtereferatet, innebar som utgangspunkt at Mikkelsen måtte kunne påberope seg forbeholdet i tiden etter avtaleinngåelsen». Det kan virke som om lagmannsretten avgjør spørsmålet etter ordlyden alene, og man kan være kritisk til i hvilken grad lagmannsretten anvender klarhetskravet stadfestet av Høyesterett, se kapittel 3.3.3. Det er mulig avgjørelsen må sees i lys av entrepriseretten generelt, hvor forutsigbarhet som reelt hensyn er en særlig tungtveiende faktor, se eksempelvis Rt-2012-1729 premiss 58.

Bruken av «betingelser» som begrep innebærer i seg selv også et slutningsproblem. Begrepet, enten man bruker norske «betingelser/forbehold» eller engelske «conditions», har ikke et entydig fastlagt innhold. Begrepet er hverken legaldefinert eller et tilstrekkelig innarbeidet begrep i rettspraksis, til at man kan slutte direkte fra det.<sup>105</sup> Man kan med andre ord ikke utlede fra ordlyden alene at partene har ment å innta en kontraktsklausul med de rettsvirkningene som en betingelse, slik jeg bruker begrepet i denne oppgaven, innebærer.

I amerikansk og internasjonal rett kommer dette enda mer på spissen. Begrepet er flertydig, og meningsinnholdet dertil vekslende. Dette er noe av bakgrunnen til at begrepet har blitt omtalt som «a chameleon-like word which takes its meaning from its surroundings».<sup>106</sup>

Noe annet er i de tilfeller hvor man i avtaledokumentet nærmere har definert hvordan ulike ord og uttrykk skal forstås, inkludert rettsvirkningen til betingelser. Dette er ikke uvanlig i større kontrakter, særlig ved selskaps- og eiendomstransaksjoner. Om det ikke følger direkte av en slik legaldefinisjon i avtalen, kan det følge av mer spesifiserte og presiserende klausuler, se eksempelet nedenfor:

#### *“6.2. The Purchaser’s condition to Closing*

*The obligations of the Purchaser to consummate the Closing are subject to the fulfilment, on or before the Closing Date, of each of the following conditions, any one of which may be fully or partially waived by the Purchaser in writing.”<sup>107</sup>*

Om avtaleklausulen er utformet på denne måten, vil det ikke være særlig tvil om at partene har ment å innta noe som en ikrafttredelsesbetingelse. I all tid man ønsker å unngå misforståelser eller tvist i etterkant, vil dette også være en anbefalt måte å regulere betingelsene på i en avtale.

---

<sup>105</sup> Dette gjelder også motsatt vei – domstolene beskriver innimellom innholdet av det jeg har omtalt som ikrafttredelsesbetingelser under annen terminologi enn den jeg har trukket frem i denne oppgaven.

<sup>106</sup> Treitel (1991) s. 255 med henvisning videre til *Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co. Ltd.*

<sup>107</sup> Eksempelet er hentet fra en anonymisert aksjekjøpsavtale. Det listes videre opp seks ulike betingelser som må oppfylles for at avtalen skal gjennomføres.

### 3.3.2 Stilltiende eller forutsetningsvise betingelser

Til nå har jeg drøftet hvorvidt det er tilstrekkelig at en betingelse følger av en ordlydsfortolkning av avtalegrunnlaget. Et annet spørsmål er om det er nødvendig å innta betingelsen i avtalens ordlyd overhodet. En konsekvens av at det *ikke* er nødvendig, er at man åpner for stilltiende eller forutsetningsvise betingelser. Nettopp slike betingelser har vært gjenstand for debatt i teorien, særlig i Danmark.

Dette gir anledning til nærmere å presisere hva som menes med «stilltiende eller forutsetningsvis» og hva som menes med avtalens «ordlyd». At noe følger som et tolkningsprodukt av avtalens ordlyd, innebærer rett og slett at betingelsen må være nevnt mellom partene. Avtalen kan være inngått muntlig eller skriftlig, og det foreligger ikke noen nærmere formalkrav til betingede avtaler enn det som gjelder generelt i avtaleretten. Slik vil også en muntlig avtale ha en ordlyd som kan tolkes. Med «stilltiende eller forutsetningsvis» menes at forholdet ikke er inntatt i avtalens ordlyd, og for øvrig ikke er nevnt eller passert eksplisitt mellom partene i forhistorien.

I Danmark har Ussing åpnet for at stilltiende betingelser må aksepteres, mens Vinding Kruse har argumentert for det motsatte.<sup>108</sup>

Polemikken foregikk delvis i den løpende teksten, og delvis i fotnoter i henholdsvis Ussings *Aftaler* og Vinding Kruse *Viljeserklæringen*, med de unøyaktigheter en diskusjon via fotnoter nødvendigvis medfører. Hovedsynspunktet synes å være at Vinding Kruse hevder at stilltiende betingelser i realiteten er forutsetninger.<sup>109</sup> Når forutsetninger blir inntatt som en del av avtalen, enten ved muntlige tilsagn eller gjennom kontraktens ordlyd, så er de inntatt som *uttrykkelige* betingelser, og er da underlagt betingelsesinstituttet. Vinding Kruse hevder videre at betingelser som begrep bør reserveres for slike uttrykkelige betingelser.

Ussing hevder derimot at det er forskjell på rettsvirkningen av stilltiende betingelser og forutsetninger. De er dermed ikke gjensidig utelukkende. Videre innrømmer Ussing at grensen mellom forutsetninger og implisitte betingelser kan være vanskelig å trekke, men at det sjelden byr på problemer; i de tvilsomme tilfellene vil det være en overlappende rettsfaktasid mellom de to normsettene og man kan få terminert avtalen etter læren om bristende forutsetninger. Det er således ikke avgjørende for resultatet om veien går via sviktende implisitte betingelser eller bristende forutsetninger.<sup>110</sup>

Det må for øvrig nevnes at forutsetningslæren slik Ussing argumenterte er den som er lagt til grunn i Norsk rett, mens Vinding Kruse sin forståelse av forutsetningslæren ikke er det.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Ussing (1986) s. 446, se Vinding Kruse (1939) som angriper Ussing sitt synspunkt i fotnote fra side 80-85.

<sup>109</sup> Vinding Kruse (1939) s. 80.

<sup>110</sup> Ussing (1986) s. 446-447 inkludert alle fotnoter.

<sup>111</sup> Hagstrøm (2011) s. 265-266.

Polemikken mellom Vinding Kruse og Ussing setter fingeren på et definatorisk poeng. Definerer man betingelser som forutsetninger som er inntatt i avtalen, innebærer det en utelukkelse av stilltiende betingelser per definisjon. Dette har, etter mitt skjønn, mye for seg også i norsk rett.

### 3.3.3 «Klarhetskravet» for ikrafttredelsesbetingelser

For ikrafttredelsesbetingelser eksisterer det også et klarhetskrav – for at partene skal anses å ha inngått en avtale med ikrafttredelsesbetingelser, må dette ha kommet *klart* til uttrykk for motparten. Klarhetskravet har klare likheter med det klarhetskravet jeg har gjennomgått for slutningsbetingelser i kapittel 3.2.2. Kravet til klarhet er utviklet i rettspraksis og er i begrenset grad tidligere omtalt i juridisk teori.<sup>112</sup>

At noe er «klart», brukes ofte for å markere at det er tale om et særlig krav til sannsynlighet i bevissituasjonen. Det er ikke slik jeg oppfatter klarhetskravet for ikrafttredelsesbetingelser. Her forstås det som et skjerpet krav til partenes disposisjoner, med den virkning at ikke enhver beskjed om en betingelse nødvendigvis er tilstrekkelig for at en domstol anser at det er tatt et kontraktsrettslig forbehold.

Mens spørsmålet om vi godtar stilltiende og forutsetningsvise avtaler handlet om hvorvidt en betingelse overhodet må komme til uttrykk, handler klarhetskravet for betingelser om hvor *tydelig* betingelsen må komme til uttrykk. Regelen må anses å være relativt; jo mer spesiell betingelsen er, jo klarere må den komme til uttrykk.<sup>113</sup> I tillegg vil klarhetskravet skjerpes jo lenger ut i forhandlingsprosessen man er.<sup>114</sup>

I Rt-1969-222 – Apelseth-dommen – var ett av de rettslige spørsmålene om en kommune kunne trekke seg fra en privatrettslig håndgivelse av en byggetomt. Kommunen hadde inntatt et generelt utformet forbehold om at «byggearbeidene skulle være igangsatt slik at de kan drives kontinuerlig». Førstvoterende uttalte at «Når kommunen anså anmeldelse av ansvarshavende, som i seg selv ikke er gjort til noen kontraktbetingelse i håndgivelsen, som en avgjørende hindring for kontinuerlig drift, mener jeg at kommunen måtte ha sagt klart fra til Apelseth om dette». Dette hadde ikke kommunen gjort, og man så derfor ikke anmeldelse av ansvarshavende som en betingelse. Kommunen var da ikke fri til å trekke seg fra avtalen.

---

<sup>112</sup> Men se Hagstrøm (2011) s. 792 som påpeker at en betingelse må ha «kommet klart til uttrykk». Se også Woxholth (2014a) s. 19.

<sup>113</sup> Smith (1981) s. 193

<sup>114</sup> Dette fordi partene etter hvert vil ha en berettiget primærforventning om avtaleslutning, og det må da stilles særlige krav til klarhet for å rokke ved denne. For mer om dette, se kap. 5.2.1.

Dommen illustrerer også at spørsmålet *om* en betingelse er inntatt, og spørsmålet *om omfanget* av betingelsen, lett kan gli inn i hverandre. Slik jeg oppfatter førstvoterende i Apelseth-dommen er ikke dette avgjørende, da klarhetskravet uansett må gjelde der hvor det anførte forbeholdet ikke kan utledes av ordlyden.

Dette kravet til klarhet er senere opprettholdt i høyesterettspraksis. I Rt-1985-1066 – Ran Ko – la retten til grunn at et forbehold var utformet «tilstrekkelig klart» til at motparten måtte anses å ha akseptert det. I vedtaket fra kommunen var det lagt til grunn at byggestart ville meddeles når finansieringen var på det rene. Førstvoterende la til grunn at forbeholdet brøt med den alminnelige regelen i entrepriseretten om finansiering, og innrømmet at ordlyden var «mindre heldig formulert». Når førstvoterende på tross av dette kom til at forbeholdet var klart nok, var det med særlig vekt på de andre opplysningene i saken – herunder at motparten ikke protesterte på forbeholdet, at finansieringen dreide seg om et meget betydelig beløp og at kommunen hadde nedsatt en komité for å «bringe klarhet i finansieringss spørsmålet og tidspunktet for byggestart».

I Rt-1994-1222 var spørsmålet blant annet forståelsen av et forbehold inntatt i anbudet i en entreprise. Etter sin ordlyd var det inntatt et forbehold om at «massekontroll og kontraktsforhandlinger ikke skulle medføre overraskelser». Retten la til grunn at formuleringen ikke hadde noe rettslig innhold, og at et minimumskrav måtte være at «forbeholdet har et klart og utvetydig innhold».<sup>115</sup> Det er neppe grunn til å ta Høyesterett direkte på ordet her, for som jeg har vist tidligere innebærer bruken av begrepet «betingelser» i seg selv et slutningsproblem. Etter min mening må uttalelsen forstås som å referere til kjernen i klarhetskravet – det er ikke tilstrekkelig med en ullen og generell formulering for å konstituere en ikrafttredelsesbetingelse.

Det finnes også en rekke lagmannsrettsdommer hvor betingelser har stått sentralt. I LF-2000-879 var spørsmålet om det var inntatt et finansieringsforbehold ved et entrepriseanbud. Finansieringsforbeholdet var ikke kommet til uttrykk hverken i anbudsinnbydelsen eller anbudsreglene, og at det da ikke var kommet «klart til uttrykk». Retten la til grunn at en part ikke etter antatt anbud kunne supplere med et slikt forbehold, selv om dette var både begrunnet og at motparten ikke hadde innrettet seg. Bindende avtale var inngått og finansieringen var da byggherrens risiko.

I LH-2009-77637 uttaler retten at «et kontraktsrettslig forbehold foreligger ikke uten at løftегiver har avgitt et utsagn eller forholdt seg på en slik måte at det er nærliggende for adressaten å oppfatte betingelsene». Dette kan synes som å omfatte kjernen i klarhetskravet; poenget er nemlig at motparten skal forstå at det er tatt et gyldig forbehold. Terskelen som legges til

---

<sup>115</sup> Rt-1994-1222, side 1235.

grunn fra lagmannsrettens side synes imidlertid å være mindre skjerpet enn klarhetskravet som er oppstilt i Høyesteretts praksis.

Det er også flere nylige saker hvor det ikke har vært vist til noe klarhetskrav.<sup>116</sup> Felles er at betingelsene nokså klart er inntatt i avtalens ordlyd, og at det omtvistede spørsmålet i realiteten dreier seg omfanget av betingelsen, eller om betingelsen er bortfalt. Til tross for at dommene neppe kan anses å ha noe særlig rettskildemessig vekt er de praktiske eksempler på faktum hvor forbeholdet klart nok faller innenfor klarhetskravet oppstilt av Høyesterett. Slik sett kan de gi veiledning om faktum som faller innenfor klarhetskravet.<sup>117</sup>

### 3.3.4 Reelle hensyn

For å fastslå innholdet av en avtale er det relevant å trekke inn reelle hensyn, se eksempelvis HR-2016-1447-A premiss 38 med henvisning til Rt-2010-961. Reelle hensyn har betydning på flere måter når det gjelder betingelser. For det første må nok klarhetskravet sees i lys av de særlige reelle hensynene som typisk er relevante ved betingede avtaler. For det annet kan de få selvstendig vekt som tolkningsmomenter ved en avtale.

#### *a) Konsekvenser for avtalens risikofordeling*

Betingede avtaler innebærer at man reelt sett avtaler seg bort fra kontraktsrettens forutsatte risikofordeling. Det er dette som ligger i at avtalen er avhengig av en fremtidig begivenhet. I tilfellene hvor begivenheten ikke inntreffer, kan partene gå bort fra avtalen uten ytterligere sanksjoner. En slik adgang til å gå bort fra avtalen uten konsekvenser for (minst en) av partene kan ha en rekke problematiske sider.

I en generell gjennomgang av adgangen til å avtale seg bort fra misligholdsvirkningene i kontrakt, fremhever Hagstrøm at «reglene om misligholdsvirkninger som er forankret i deklarativ lovgivning, [kan] sies å bygge på en nøye rettspolitisk avveining av partenes generelle motstridende interesser. Avtaler om misligholdsvirkninger kan dermed skape disproporsjonalitet i kontraktsforhold; spesielt er risikoen for dette stor der avtalen er til fordel for den sterkere part».<sup>118</sup>

Hensynet gjør seg etter min mening gjeldende også for betingede avtaler og kan sees på som et bærende hensyn bak klarhetskravet. Betingede avtaler kan ha en rekke ulike former; de kan

---

<sup>116</sup> LH-2016-22398, LB-2015-197133 og LF-2012-86395 er tre eksempler.

<sup>117</sup> Typisk ved parallellfortolkning.

<sup>118</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 622.

dreie seg om små og store avtaler, mellom profesjonelle og private. Partene har imidlertid kun interesse av å innta betingelser, dersom partene enten avviker den risikofordelingen kontraktsretten gir anvisning på, eller om de vil klargjøre denne. Særlig i førstnevnte kategori, kan bruken av betingelser skape en disproporsjonalitet i forholdet mellom partene.

Et eksempel hvor dette anses relevant av domstolen er Rt-1985-1066 – Ran Ko. Førstvoterende påpeker der at betingelsen om finansiering «bryter med den alminnelige regel om at finansiering er byggherrens risiko». Det blir i saken likevel ikke tillagt avgjørende vekt i det retten kom til at forbeholdet likevel var kommunisert tilstrekkelig klart.

#### *b) Ulike forbehold i samme avtale*

I en rekke avtaler har partene inntatt flere forbehold, gjerne av forskjellige typer. Disse ulike settene med forbehold kan få betydning med hensyn til om den enkelte betingelsen reelt sett er ment å være en betingelse, med de tilhørende rettsvirkningene.

I meglerstandard for salg av aksjeselskap uten oppgjørsansvarlig<sup>119</sup> oppstilles det eksempelvis i Kapittel 4 «betingelser for gjennomføring av avtalen». Under kjøpers betingelser oppstilles det en MAC-betingelse, et styreforbehold, et due diligence-forbehold, et forbehold om at kreditor for eventuelle lån ikke ønsker endringer, og et forbehold om utøvelse av løsningsretter.

Dette er ikke atypisk for kommersielle avtaler. For andre type avtaler vil antallet slike betingelser kunne være enda høyere. Noen av betingelsene vil typisk ha preg av å være viktige og grunnleggende elementer i avtalen. Andre er mer av bagatellmessig art. Ved tolkning må det vurderes om den konkrete avtaleklausulen er ment som en betingelse, eller om den ikke skal ha rettsvirkningen som betingelser normalt innebærer. For å fastslå dette må betingelsen tolkes i lys av avtalens formål, slik at det fastlegges hva formålet er med den konkrete avtaleklausulen.

#### *c) Kontekstuell fortolkning*

Kommersielle kontrakter er gjenstand for forhandlinger. Dette gjelder ikke minst de mer komplekse kommersielle avtalene, men også enklere avtaler som retter seg mot privatpersoner. Avtaler kan ha flere ulike forbehold, og forbeholdene kan komme til gjennom en trinnvis

---

<sup>119</sup> Meglerstandard er et standarddokument for aksjekjøp utviklet av Advokatfirmaet BAHR, og sirkuleres mellom advokatfirmaene. Dokumentet kan ikke likestilles med standardavtaler, men bør likevel anses å representere hvordan en typisk aksjekjøpsavtale kan se ut.



og suksessiv forhandlingsfase. I disse tilfellene vil forholdet mellom de ulike avtaleklausulene kunne være mindre gjennomtenkt, og de vil kunne stå i innbyrdes motstrid med hverandre.

Et eksempel fra rettspraksis hvor dette kom på spissen var LG-2015-83147 - Tiurtoppen Hytter. Saken dreide seg om oppføring av en hytte mellom Tiurtoppen Hytter AS og privatpersoner. Avtalen ble inngått med utgangspunkt i en standardisert byggeblankett om oppføring av nye boliger, men endelig avtale ble ikke inngått før etter en forhandlingsprosess. Etter forhandlingen hadde den endelige kontrakten flere ulike betingelser som etter sin ordlyd ikke ga mening. Retten uttalte at det ene forbeholdet isolert sett ga uttrykk for at partene var ubundet, men at en slik fortolkning ikke harmonerte med de andre betingelsene. Resultatet ble at forbeholdet ikke kunne leses isolert fra sin kontekst.

#### *d) Rettsøkonomiske hensyn*

Betingelser har en positiv side i form av at de åpner for nye muligheter og en større fleksibilitet enn avtaleretten ellers åpner for. Dette har en åpenbar positiv rettsøkonomisk side, men også en negativ side. Å åpne for noen type betingelser, særlig de vidtgående, innebærer at mye ressurser kan bindes opp i prosjekter som ikke vil gjennomføres, og hvor motparten ikke må bære noen risiko for den manglende gjennomføringen.

Det er ulike måter å se dette på. En kan snakke om at det er en del av den forretningsmessige risikoen, og at dette er innenfor hva som må godtas av rettsordenen. Samtidig er Krüger utvilsomt inne på noe når han fremhever at særlig de store kontraktsbaserte prosjektene innebærer leverandører, underleverandører, stor grad av pengeinvesteringer, tredjemenn, investorer og for øvrig ofte kan ha samfunnmessige konsekvenser dersom disse havarerer. Dette er et argument for at man bør se med skepsis til «tapsbringende forhandlingshavari som ikke søkes underbygget med saklige grunner, særlig når det lar seg konstatere at partene i realiteten har oppnådd enighet om alt av vesentlig betydning i prosjektet [...]».<sup>120</sup>

Slike rettsøkonomiske hensyn vil ikke være avgjørende, men kan tenkes vektlagt ved tolkingen av hvorvidt en betingelse er inntatt – og omfanget av denne. Imidlertid er det vanskelig å se spor av en slik argumentasjon i rettspraksis, i det minste eksplisitt. Hensynet kan imidlertid sees i sammenheng med klarhetskravet, og også hvordan domstolene har innfortolket ulike lojalitetsplikter i avtaleforholdet, nettopp for å hindre at en part helt fritt kan gå bort fra en betinget avtale.

---

<sup>120</sup> Krüger (2007) s. 270.

### **3.4 Betingelsens gjenstand – hvilke fremtidige begivenheter faller innunder klausulen?**

#### **3.4.1 Problemstillingen**

Ofte er partene enige om at det er inntatt en betingelse i avtalen. Det springende punkt dreier seg om innholdet av betingelsen – hva skal til for at partene kan si seg fri fra avtalen?

Ved spørsmålet om betingelsens gjenstand kommer forholdet mellom slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser atter på spissen. For at domstolene skal kunne prøve om betingelsen er inntruffet, må den ha en objektiv kjerne. Dette er også utgangspunktet for den rettslige bedømmelsen – vurderingen må bero på en objektiv tolkning av avtalen.<sup>121</sup> Det virker imidlertid som om domstolene er mer tilbøyelige til å akseptere subjektive vurderinger ved slutningsbetingelser, se særlig kapittel 3.5. Det normative grunnlaget, i form av praksis fra Høyesterett, er imidlertid sviktende.

Når jeg i det følgende behandler slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser sammen, er det med vekt på at de generelle prinsippene for avtaletolkning er sammenfallende.

#### **3.4.2 Hovedregel: Betingelsens gjenstand følger av avtalen**

Hovedregelen for å fastlegge betingelsens gjenstand, er at det må bero på en tolkning av avtalen. Har partene avtalt det nærmere innholdet av en betingelse, er dette avgjørende når man tar stilling til hva betingelsen i realiteten går utpå.

I de fleste tilfeller er kjernen av betingelsens gjenstand helt klar. Er det tatt forbehold om myndighetsgodkjenning, så trer avtalen i kraft når godkjenning er gitt fra myndighetene. Eller for slutningsbetingelser; har partene tatt forbehold om signatur, er avtalen sluttet når signering foreligger.

Betingelser som ved første øyekast ser klare ut, kan like fullt være uklare i møte med omstendigheter partene ikke har tatt høyde for. For betingelser som beror på tredjemenns vurderinger, vil partene ofte ikke ha regulert om en delvis aksept er tilstrekkelig til at betingelsen foreligger.<sup>122</sup> I disse tilfeller må en tolkning utfylles av mer generelle prinsipper.

---

<sup>121</sup> Bergsåker (2009) s. 44.

<sup>122</sup> Med delvis aksept siktes det til godkjenning på vilkår, konsesjon på vilkår mv.

Tilsvarende gjelder ved de mer skjønnsmessige forbeholdene. Avtaler partene presist innholdet ved, eksempelvis et finansieringsforbehold eller et due diligence-forbehold, vil det oftest ikke være problematisk å få kartlagt om partene står fritt til å trekke seg, eller om de må stå ved avtalen. Dersom bestemmelsene er uklare eller tause, er spørsmålet mer åpent.

### 3.4.3 Hvis taus avtale: «Alminnelig forståelse»

En avtale vil aldri være helt taus med hensyn til betingelsens gjenstand – betingelsene må jo tross alt inntas i avtalen. Imidlertid kan det være at avtalens ordlyd ikke gir holdepunkter for en spesiell forståelse, når et generelt forbehold møter et forhold det ikke var tatt høyde for. I disse tilfellene må vurderingen av betingelsens innhold bero på en vurdering av hva som er en alminnelige forståelse av forbeholdet.<sup>123</sup>

Spørsmålet ble reist i RG-2001-1566, hvor partene hadde inntatt et finansieringsforbehold i forbindelse ved budgivning i en boligkjøpsprosess. Etter avtalen var budet gitt med forbehold om finansiering, uten at det var knyttet noen nærmere presisering til innholdet av et slikt finansieringsforbehold.

Ved tolkning av forbeholdet la lagmannsretten til grunn at det ikke var nærmere holdepunkter for hvordan forbeholdet skulle forstås. Lagmannsretten måtte da falle tilbake på en «alminnelig forståelse av et slikt forbehold». Konsekvensen var at kjøperen kunne gå fra avtalen dersom «han ikke får finansiert kjøpet på en forsvarlig måte». Finansieringen var forsvarlig så lenge den var «innenfor rammen av hva som er alminnelig godt og økonomisk forsvarlig».

Tilsvarende var tilfellet i LB-2003-19434. Saken gjaldt to profesjonelle parter hvorav kjøper hadde tatt et generelt forbehold om finansiering ved bud på en eiendom. Kjøper hadde fått fullfinansiering, men hevdet seg fri under henvisning til at han ikke var fornøyd med rente- og avdragsvilkårene.

Lagmannsretten henviste til RG-2001-1566 og juridisk teori, og viste til at forbeholdet måtte tolkes i samsvar med hva som var en alminnelig forståelse av forbeholdet. Dette innebar at finansiering på helt ordinære vilkår var tilstrekkelig, og at budgiveren ikke kan gå fra avtalen under henvisning til forbeholdet dersom en slik finansiering kunne skaffes. Videre vektla retten uklarhetsregelen – det er ikke nærliggende å tolke et uklart forbehold etter budgivers subjektive oppfattelse.

---

<sup>123</sup> Dette innebærer at vurderingen sammenfaller med generelle betraktninger om abstrakt utfylling av kontraktors forpliktelser, se Hagstrøm (2011) s. 166. Se også Haaskjold (2013) s. 497.

Retten tolket videre finansieringsforbeholdet og kom til at ordlyden ikke ga anvisning på noen nærmere innhold. Budgiveren kunne da kun gå fra saken dersom han ikke fikk på plass finansiering etter ordinære vilkår. I den konkrete saken anså retten både rente- og avdragsvilkårene å være innenfor hva som anses for ordinært, og budgiveren måtte derfor stå ved kjøpet. Det hadde ikke budgiver gjort, og det var grunnlag for erstatning.

Spørsmålet er imidlertid ikke begrenset til finansieringsforbehold. Har partene tatt styreforbehold, og styret har gitt aksept på vilkår, vil det på tilsvarende vis kunne oppstå spørsmål om partene er fri til å gå fra avtalen. Man kan neppe gi noe generelt svar på den type spørsmål som reiser seg ved delvis aksept. Vurderingen må gjøres konkret. Det er samtidig ikke grunn til å anta at en styregodkjennelse under vilkår prinsipielt sett skal være forskjellig fra en finansiering underlagt rente- og avdragsbetingelser. Avgjørende må – etter min mening – være om styresamtykket i sin helhet kan anses å være innenfor det ordinære og forsvarlige.

En avklaring på dette kunne vi fått ved Høyesteretts dom i Rt-2004-1256 – Sveaas. Saken gjaldt kjøp av aksjeleilighet, som var betinget av styreforbehold.<sup>124</sup> Styret ga godkjennelse til kjøpet, men godkjennelsen forutsatte at ni kumulative vilkår var oppfylt. Førstvoterende tok imidlertid ikke stilling til prinsippene for tolkning av betingelsens innhold, i det den kom til at det uansett forelå en lojalitetsplikt for Sveaas til å medvirke til oppfyllelse av avtalen.<sup>125</sup> At styret ikke ensidig hadde godtatt kjøpet, var derfor ikke tilstrekkelig til at Sveaas kunne si seg fri fra avtalen.

Noen ganger foreligger det ingen entydig oppfattelse av hva et forbehold anses å inneholde. Her må forbeholdet tolkes i lys av de alminnelige tolkningsprinsippene som gjør seg gjeldende. Dette var tilfellet i RG-2009-1363, hvor spørsmålet var hva et *due diligence-forbehold* innebar. Saken dreide seg om en eiendomstransaksjon, hvorav avtalen var gjort muntlig per telefon. Det var flere forhold som gjorde at selger ønsket å trekke seg, heriblant at selgers unnlatte opplysninger om at en leietaker hadde opsjon på å leie i 10 år, medførte at det økonomiske grunnlaget for avtalen ikke var tilstede.

Retten undersøkte først om det ved de unnlatte opplysningene forelå en vesentlig mangel, som kunne danne grunnlag for heving av kjøpet. Etter lagmannsrettens vurdering, var ikke det tilfellet.

---

<sup>124</sup> Betingelsen følger her direkte av aksjeloven, og var ikke inntatt som en del av avtalegrunnlaget. Jeg likebehandler tilfellet med der hvor partene har inntatt en betingelse i avtalen, fordi faktum er så nærliggende det som er tilfellet ved avtaleregulerte betingelser.

<sup>125</sup> Dommen er nærmere beskrevet i kapittel 5.3.2.

For å finne ut om de anførte grunnlagene falt innunder forbeholdet, måtte forbeholdet tolkes. Retten la til grunn at et due diligence-forbehold etter sin ordlyd ikke har en tilstrekkelig fastlagt betydning til at man kunne slutte noe direkte fra ordlyden. Det ble videre lagt vekt på at det var kjøper som hadde inntatt det generelle forbeholdet, og ukklarhetsregelen måtte da komme til anvendelse.

Videre tolket lagmannsretten forbeholdet i lys av at det i prospektet var inntatt et forbehold om at salget var regulert av avhendingsloven § 3-9, og solgt med et «as is»-klausul.<sup>126</sup> Kjøper hadde ikke, foruten å innta due diligence-forbeholdet, opplyst om at de med forbeholdet mente å ha en lavere terskel for å trekke seg, enn det som var vanlig ved alminnelige eiendoms-transaksjoner. Dette ble tillagt vekt. Retten la derfor til grunn at forbeholdet ikke åpnet for at parten kunne trekke seg under henvisning til *ethvert saklig grunnlag*.

Retten la videre til grunn at kjøper hadde blitt oppfordret til nærmere å undersøke materiellet som selger tilbudte dem, før bindende kjøpsavtale ble inngått. De måtte i tillegg anses å ha en «rimelig forståelse av hvilke rehabiliteringskostnader som var påregnelige for eiendoms-komplekset», de hadde hatt befarings på eiendommen og gjennomgått disse før kjøpsavtalen ble inngått.

I lys av momentene ovenfor var kjøpers anførte faktiske grunnlag for å trekke seg, ikke tilstrekkelig. Hva som gjenstod av forbeholdet om due diligence, fremstår ut fra lagmannsrettens dom ikke klart.

#### 3.4.4 Nærmere om betingelsens rettsfaktaside

Undertiden oppstår spørsmålet om begivenheten *er* inntruffet eller ikke. Spørsmålet kan reises for slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser og har en side både til det bevisrettslige og til avtaletolkning.

For det første må det klargjøres *hva* betingelsen faktisk går ut på, eller sagt på en annen måte – hva skal til av rettsfakta for at betingelsen er inntrådt? Spørsmålet må bero på en tolkning av avtalen mellom partene. Dette har vært tema i de foregående kapitlene.

---

<sup>126</sup> Salget var en eiendomstransaksjon, og underlagt kjøpslovens bestemmelser. At selger her trekker inn avhendingsloven § 3-9 skyldes at de har særregulert deler av salget.

Når betingelsen så er kartlagt reiser det seg et konkret bevisspørsmål. Bevistemaet er hvorvidt betingelsen objektivt sett er inntruffet.<sup>127</sup> Partenes subjektive oppfattelse, enten de er i god tro eller ei, kan ikke være avgjørende.<sup>128</sup> Bevisspørsmålet kan omformuleres til et spørsmål om rettsfaktasiden er oppfylt. Først da har partene anledning til å påberope seg forbeholdet.

At rettsfaktasiden må være oppfylt, innebærer at partene ikke står fritt til å påberope seg ethvert forhold. Dette kan synes åpenbart – har partene tatt et forbehold om finansiering er de først fri dersom det ikke lar seg gjøre å få finansiering. Der hvor partene har en mer vidtgående skjønn, er det imidlertid et poeng i å påpeke nettopp dette.

Illustrerende er dommen inntatt i Rt-1927-488. Saken gjaldt en budgiver som tok forbehold om rett til å besiktige en bygård før budet ble bindende.<sup>129</sup> Førstvoterende tolket forbeholdet og uttalte at «det synes naturlig og rimelig at anta, at appelanterne ved dette forbeholdet har villet sikre sig mot at bli bundet, før de hadde forvisset sig om, at gaarden virkelig passet for dem og for den bruk, de agtet at gjøre av den».

Kjøperen hadde planlagt å bruke (deler av) bygården som pianolager, men fant ut ved besiktigelse at dørene var for smale for å få et piano igjennom. Førstvoterende la til grunn at parten da var fri fra avtalen, ettersom det ikke ble funnet «tilstrækkelig grund til at anta at appelanterne, har trukket sig tilbake fra handelen av grunde, som ingen forbindelse hadde med besiktigelsen». Det var med andre ord avgjørende at parten reelt sett trakk seg som følge av forhold ved besiktigelsen av bygården – først da var rettsfaktasiden oppfylt.

Dette ser man også i senere rettspraksis. I LG-2014-206364 dreide spørsmålet seg om erstatning som følge av en terminert enterprisekontrakt.<sup>130</sup> Det var før bindende avtale var inngått utarbeidet en opsjonsavtale som oppstilte et sett med ulike betingelser som frigjorde partene fra å inngå avtalen. Under ankeforhandlingen for lagmannsretten anførte den ene parten at de uansett kunne se seg fri fra avtalen under henvisning til et av forbeholdene i opsjonsavtalen. Lagmannsretten avviste dette, og uttalte at anførselen ikke var relevant. Begrunnelsen for termineringen av kontrakten var knyttet til grunnforholdene, og ikke et forhold som forbeholdene regulerte. Rettsfaktasiden var – i hvert fall ikke ved innledningen av prosessen – ikke oppfylt, og forbeholdet kunne ikke påberopes.

---

<sup>127</sup> Platou (1914) s. 330.

<sup>128</sup> God tro kan imidlertid ha relevans for andre rettsspørsmål, særlig spørsmålet om lojalitetspliktene er overtrådt.

<sup>129</sup> Saksøker i saken var megler som mente seg berettiget provisjonskrav. Vurderingen av om dette førte frem bero derimot på om bindende avtale var inngått.

<sup>130</sup> Saken ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet jf. HR-2016-1176-U

Tilsvarende ser man lagmannsretten uttalelse i LH-2016-22398 – Havfisk. Saken dreide seg om salg av fiskekvoter, et salg som var betinget av en rekke ulike forbehold. Lagmannsretten startet med å tolke omfanget av forbeholdet. Etter å ha tolket forbeholdet la flertallet til grunn at «Havfisks påberopte grunn til å terminere avtalen, faller inn under forbeholdet i avtalens punkt 17 nr 3.» Underforstått – rettsfaktasiden var oppfylt, og Havfisk var berettiget i å påberope seg forbeholdet.

Spørsmålet har en nær tilknytning til spørsmålet om illojalitet i avtaleforholdet. Ved å innta betingelser har partene definert noen avbruddskriterier for forhandlingen (for slutningsbetingelser) eller avtaleforholdet (for ikrafttredelsesbetingelser). Samme rettsfakta kan danne grunnlag for erstatning som følge av illojalitet, men også ha rene avtalerettslige virkninger. En mulig konsekvens vil, dersom partene er i forhandlingsfasen, kunne være avtalebinding. Er partene i den svevende fasen (ved ikrafttredelsesbetingelser), vil det kunne danne for ansvar etter andre normsett.

### **3.5 Skillet mellom slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser**

Hvorvidt partene har inntatt en slutningsbetingelse eller ikrafttredelsesbetingelse, er av stor praktisk konsekvens. Til tross for dette er partene gjerne ikke tilsvarende oppmerksomme på skillet. Overgangen kan til dels være flytende og bero på hvor konkret utformet de aktuelle forbeholdene er. Har partene gitt en vidtgående diskresjonær kompetanse til sin motpart, vil det kunne være vanskelig å overbevise retten om at bindende avtale faktisk er inngått.<sup>131</sup> Et eksempel er om partene har inngått en transaksjonsavtale hvor det er inntatt en betingelse om at kjøper er «betinget af en tilfredstillende due diligence undersøkelse».<sup>132</sup> I disse tilfeller vil man kunne komme til at kjøper har en fri adgang til å tre tilbake fra avtalen.

Det samme synspunktet er hevdet av Gorton, som viser at der hvor en part har akseptert en betingelse om «subject board's approval», så har han gitt en så vidtgående diskresjonær kompetanse til motparten, at det vil være «hard for him to establish that there will nevertheless be a binding agreement or that he is entitled to damages».<sup>133</sup>

I denne konteksten er de to dommene inntatt i RG-1993-786 og RG-1986-993 illustrerende. Begge sakene gjaldt spørsmål om finansieringsforbehold ved kjøp av bolig. I begge sakene

---

<sup>131</sup> Se Gorton (1983) s. 49.

<sup>132</sup> Som fremholdt av Hansen og Lundgren (2005) s. 216.

<sup>133</sup> Gorton (1983) s. 49.

kom lagmannsretten til at bindende avtale *ikke var inngått*, finansieringsbehovet ble med andre ord betraktet som et slutningsforbehold.<sup>134</sup>

Med dette som utgangspunkt resonnerer domstolene videre. I RG-1986-993 ble det tatt rimelig hensyn til partens «subjektive forutsetninger» ved at det rettslige spørsmålet ble hva som var «tilfredsstillende finansiering for ham».<sup>135</sup> Tilsvarende ble lagt til grunn i RG-1993-786 – det var opp til kjøperen å stå fritt til å vurdere «hvilken pris han fant akseptabel ut fra markedet». Konsekvensen i begge de to tilfellene var, at kjøperen sto relativt fritt til å trekke seg fra avtaleforholdet. I tråd med gjensidighetskravet ved slutningsbetingelser, se kapittel 4.2.1 nærmere, åpnet dette også for at selgeren på nærmere vilkår kunne trekke seg.

De to avgjørelsene kontrasteres sterkt av senere avgjørelser om finansieringsforbehold. Her har man kommet til at forbeholdet er en ikrafttredelsesbetingelse. Partenes adgang til å trekke seg har vært sterkt regulert, forbeholdet har blitt tolket objektivt og det gjelder et strengt lojalitetskrav. Dommene er slik sett velegnet til å vise hvordan grensen mellom de to typetilfellene av betingelser er til dels flytende, men samtidig hvor omfattende rettslig konsekvens det får om domstolen ender på det ene eller det andre.

### 3.6 Oppsummering

For at partene skal kunne gjøre gjeldende en betingelse, må betingelsen ha kommet til motpartens oppmerksomhet. I rettspraksis er det lagt til grunn en streng terskel; det fremstår *klart* for motparten at det var ment å innta et avtalerettslig forbehold. Klarhetskravet er også dynamisk, jo nærmere partene er avtaleslutning, jo *klarere* må det komme til uttrykk. Et unntak er ved slutningsbetingelser, hvor domstolen virker å innfortolke gjensidighet, slik at begge partene er fri til å trekke seg. Klarhetskravet virker å være relativt likt når det gjelder slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser.

Når det gjelder innholdet av en betingelse, må vurderingen bero på en konkret tolkning. Der hvor avtalen er taus, eller det oppstår situasjoner som ikke direkte er regulert av forbeholdet, må forbeholdet utfylles. Det virker her som om det er noen forskjeller ved slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser.

Ved ikrafttredelsesbetingelser er det avgjørende hva som anses som det alminnelige innholdet av et slikt forbehold, på det aktuelle forretningsområdet. Vurderingen vil kunne kompliseres

---

<sup>134</sup> Ut fra dommens premisser virker dommen å være gal, og retten burde kommet til at bindende avtale var inngått. Se nærmere kritikk i punkt 6.3.2.

<sup>135</sup> Til forskjell fra «alminnelig forståelse», jf. kapittel 3.4.3.



av andre reelle hensyn, og betingelsen må kunne bli tolket også i lys av andre lovbestemmelser og reelle hensyn for øvrig.

Ved slutningsbetingelser virker det som om domstolene i større grad anser partenes subjektive oppfatning av forbeholdet som relevant. Dette gir mening, i all tid partene kun har frabedt seg avtalebinding, med mindre en gitt betingelse inntreffer. Kommer man først til at bindende avtale er inngått, kan det ikke oppstilles like strenge krav til innholdet av betingelsen.

Dette viser dynamikken mellom slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser. Innholdet av betingelsen vil kunne avhenge av hvorvidt domstolen kommer til at det er inntatt slutningsbetingelse eller ikrafttredelsesbetingelse. Samtidig vil spørsmålet om *hva slags betingelse partene har inntatt*, kunne bero på en tolkning av betingelsens innhold; er partene gitt en diskresjon med hensyn til å gjøre gjeldende betingelsen vil man ved en tolkning fort komme til at bindende avtale ikke er inngått.

## 4 Prosessuelle rammer for betingelser

### 4.1 Innledning

Når det først er etablert at partene har gjort avtalen betinget, reiser det seg spørsmål som kan sies å være av prosessuell art; hvem kan påberope seg betingelsene, må den påberopes overhead og hvilke frister gjelder i så fall?

Det hersker en avtalefrihet, og partene er fri til å regulere forholdet som de ønsker. Ikke rent sjeldent har partene unnlatt å regulere disse spørsmålene. Spørsmålet er da om man kan oppstille noen *generelle utgangspunkter*. Selv om man langt på vei kan stille samme spørsmål ved slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser, er det vesensforskjeller i de materielle drøftelsene. Jeg drøfter derfor de to typetilfellene for seg.

### 4.2 Slutningsbetingelser

#### 4.2.1 Hvem råder over betingelsen?

Med spørsmålet om hvem som råder over en slutningsbetingelse, siktes det til hvem av partene som kan påberope seg betingelsen. Utgangspunktet må være at en part kan påberope seg det forbeholdet han selv har tatt, med mindre det er holdepunkter for noe annet. Kort sagt, er det tatt et signeringsforbehold, er det opp til parten selv om avtalen skal signeres.

#### a) *En presumsjon om gjensidighet?*

Til tross for et utgangspunkt om at enhver kan råde over et forbehold de selv tar, har Høyesterett åpnet for å innfortolke en gjensidighet. I dette ligger at dersom en part har inntatt et forbehold om avtalebinding, så anses forhandlingspartneren å ha tatt et tilsvarende forbehold. Dette innebærer at *begge partene står fritt til å påberope seg samme forbeholdet*.

Hensynet til gjensidighet ved slutningsbetingelser ble lagt til grunn i Rt-2014-100 - Strömstad Marina. Saken gjaldt et signeringsforbehold ved aksjekjøp. Partene hadde ved innledning av forhandlingene avtalt at det var en «forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlingene ikke fører frem til en signert avtale». Høyesterett kom til at avtalebestemmelsen måtte forstås som et forbehold om signatur som slutningsbetingelse, slik at bindende avtale ikke forelå før avtalen var signert. Videre uttalte førstvoterende at «dersom en part ensidig tar et slikt forbehold, tilsier hensynet til gjensidighet at det også må kunne påbe-

ropes av motparten slik at begge parter står fritt inntil begge har undertegnet avtalen». <sup>136</sup> Det er dette hensynet til gjensidighet som jeg omtaler som gjensidighetskravet.

Uttalelsene fra førstvoterende reiser særlig tre spørsmål. For det første i hvilken grad gjensidighetskravet kan innfortolkes der hvor ordlyden *ikke* taler for gjensidighet. For det annet hva gjensidighet faktisk innebærer. For det tredje om prejudikatsrekkevidden – hvilken vekt har dommen i tilfeller hvor det er tatt andre slutningsbetingelser enn signaturforbehold?

I Strömstad Marina-saken omfattet signeringsforbeholdet etter sin ordlyd begge partene, jf. premiss 32. Det virker likevel som om førstvoterende sine uttalelser om gjensidighetskravet har en prinsipiell karakter, og er ment som et obiter dictum. Uttalelsen tar etter mitt skjønn sikte på å si noe om tilfellene hvor en slik gjensidighet *ikke* følger av avtalens ordlyd, se særlig premiss 32 tredje punktum. Dette gjør imidlertid førstvoterende uten å nærmere konkretisere *når* man kan innfortolke en slik gjensidighet, og når man ikke kan det. Dommen er derfor i bestefall uklar med hensyn til rekkevidden av et slikt krav.

Dernest er spørsmålet hva gjensidighet egentlig innebærer. Om en part ensidig erklærer et forbehold om styregodkjennelse for avtaleslutning, innebærer det at man innfortolker et tilsvarende forbehold hos medkontrahenten? Eller anses denne parten å være helt fri til å trekke seg, inntil motparten har fått avklart om styret vil godkjenne? Uttalelsene i Strömstad Marina-dommen er ikke tilstrekkelig klare til å avgjøre dette spørsmålet. Det mest rimelige synes å være at motparten står helt fritt. Som jeg skal gjennomgå i kapittel 5.2.2, også slutningsbetingelser kan innebære lojalitetsplikter som begrenser partenes handlingsrom. Om en part ensidig tar et forbehold, kan ikke disse pliktene uten videre lempes over på motparten ved at man innfortolker det tilsvarende forbeholdet hos motparten.

Når det gjelder prejudikatsrekkevidden, kan man også stille spørsmål om i hvilken grad førstvoterende sin uttalelse om et gjensidighetskrav er ment å kun omhandle signeringsforbehold, jf. ordlyden «tar et slikt forbehold». <sup>137</sup> «Slikt» referer her til objektet, som var signeringsforbeholdet. Etter ordlyden isolert sett virker rekkevidden derfor å være begrenset til signeringsforbeholdet.

Ordlyden står imidlertid i kontrast til den juridiske litteraturen førstvoterende bruker for å underbygge et slikt gjensidighetskrav. Førstvoterende viser særlig til Krüger (1989) og Krüger (2007), jf. premiss 32.

---

<sup>136</sup> Rt-2014-100 premiss 32.

<sup>137</sup> Rt-2014-100 premiss 32.

Krüger (1989) sin fremstilling er ikke begrenset til signeringsforbehold, i det han skriver at partene kan innta forbehold om at avtalen ikke skal kunne anses gyldig eller virksom før det foreligger «underskrift, før nødvendig godkjenning av forhandlernes respektive overordnede, styre- eller generalforsamlingsvedtak [...]».<sup>138</sup> I tilfellet hvor man har inntatt slike forbehold, skriver han videre, må det «normalt ha formodningen mot seg at den ene på noe tidspunktet skal være bundet uten at også den annen er det». Dette peker på at gjensidighetskravet mer er en presumsjonsregel, og at den gjelder utover kun signeringsforbeholdet.

I Krüger (2007) uttales det mer generelt at partene kan avtale forhandlingsprosess og formalkrav for avtaleslutning, og at dette ligger innunder det partene har «autonomt herredømme over».<sup>139</sup> Slike forbehold er det motsatte av et løfte, i det partene kan «frabe seg binding for dermed å opprettholde et åpent forhandlingsbilde – eventuelt sette ensidige «subject» vilkår for binding».<sup>140</sup> Krüger sin fremstilling sammenfaller i det store og hele med den mer generelle kategorien av forbehold jeg har valgt å kalle *slutningsbetingelser*.<sup>141</sup>

Førstvoterende sin behandling av spørsmålet i Rt-2014-100 innebærer med andre ord uklarheter med hensyn til rekkevidden av gjensidighetskravet for slutningsbetingelser. Dette gjelder både i hvilken grad man kan innfortolke gjensidighet der hvor det ikke er holdepunkter i ordlyden, og for hvilke typer slutningsbetingelser som omfattes av regelen. Er det først og fremst en presumsjonsregel, som Krüger (1989) gir uttrykk for? Eller har regelen en karakter av pre-septorisk bakgrunnsrett, også der hvor partene har regulert forholdet på forhånd?

Reelle hensyn kan tale for at uttalelsene i Strömstad Marina får anvendelse utover signeringsforbeholdet. Et grunnleggende prinsipp er at like tilfeller bør behandles likt. Har partene inntatt forbehold for avtaleslutning, gjør stort sett de samme hensynene seg gjeldende ved et forbehold om styregodkjenning som et forbehold om signering.

Uten klar hjemmel eller klare prejudikater bør man likevel være forsiktig med å strekke uttalelsene for langt. Gjensidighetskravet innebærer, om det strekkes langt, å fortolke en avtale i strid med ordlyden. Det er grunn til å utvise forsiktighet med dette. Strömstad Marina-dommen er heller ikke tilstrekkelig klar til å knesette en slik begrensning. Krüger (1989) går heller ikke så langt, i det han kun hevder at det «må ha formodninger mot seg» at kun en av

---

<sup>138</sup> Krüger (1989) s. 43-44.

<sup>139</sup> Krüger (2007) s. 262.

<sup>140</sup> Krüger (2007) s. 262.

<sup>141</sup> Se kapittel 2.2.1.

partene skal være bundet når den andre ikke er det.<sup>142</sup> Ikke bare følger det av avtalelovens første kapittel at man kan operere med slik «haltende bundethet», det har en nær tilknytning til begrepet opsjon og opsjonsutøvelse.

Strömstad Marina-dommen bør muligens forstå i lys av dette: Uten holdepunkter i avtalen for avtalebinding, bør man innfortolke et gjensidighetskrav dersom en part ensidig fremsetter et forbehold. Dette forutsetter at partene *ikke har fremsatt noe løfte*, og derfor ikke er bundet til avtalen. I tilfellene hvor det er klart at en av partene har fremsatt et løfte, enten innenfor rammene av avtalelovens første kapittel, eller som en generell opsjon, er det ikke grunnlag for å innfortolke gjensidighet. Parten er da bundet av løftet sitt, mens motparten er fri med hensyn til avtalebinding. Den praktiske konsekvensen er at det foreligger et tilbud, som må suppleres med en akseptfrist, jf. prinsippet i avtaleloven § 2.<sup>143</sup>

#### 4.2.2 Når inntreffer betingelsens rettsvirkning

Ved spørsmålet om *når* betingelsens rettsvirkning inntreffer, er det i utgangspunktet to grunnleggende forskjellige tilnærminger. Den ene innfallsvinkelen er at betingelsens rettsvirkning oppstår *per se*. Med dette siktes til at avtaleslutning skjer når begivenheten, som avtalen er gjort avhengig av, enten er inntruffet eller det er klart at den ikke vil inntreffe. Den andre tilnærmingen er at betingelsen ikke oppstår *per se*, men er avhengig av meddelelse mellom partene.

Spørsmålet er relevant av flere årsaker. For det første er det åpenbart av interesse for partene å kunne forutse sin rettsstilling; fra hvilket tidspunkt er partene bundet dersom de tar et forbehold om avtaleslutning? For det annet kan det ha betydning i forholdet til andre regelsetts anvendelse; en praktisk problemstilling vil være at meglers krav på provisjon beror på om bindende avtale er inngått, se eksempelvis Rt-1998-946 – Vincompagniet.

Dette kan konkretiseres ytterligere. Er en avtale gjort avhengig av et styrevedtak, vil det ha betydning om avtalen anses sluttet når vedtaket er fattet av styret, eller om det er meddelelsen med påfølgende aksept som anses å være de dispositive handlingene. Om sistnevnte er tilfellet, kan styret ombestemme seg så lenge meddelelsen ikke er kommet til medkontrahentens kunnskap. Dette har vi regler på i avtalelovens første kapittel. Om det oppstilles rettsvirkning *per se*, må støtte for et tilbakekall søkes ved analogisk anvendelse av re integra-regelen i avtaleloven § 39, eller andre regelsett.

---

<sup>142</sup> Krüger (1989) s. 43-44.

<sup>143</sup> Med andre ord har en av partene opsjon på å gjøre avtalen gjeldende.

Spørsmålet om når rettsvirkningen oppstår, synes ikke å ha et klart svar. Foruten å mangle et klart prejudikat har det i begrenset grad vært drøftet i rettsvitenskapen. Heller ikke modellov-givningen synes å besvare spørsmålet. I det følgende skal jeg se på noen momenter som kan ha betydning ved fastsettelse.

For det første er den alminnelige språklige forståelsen av et forbehold at rettsvirkningen inntreffer *per se*. Partene har gjort avtalen avhengig av en fremtidig begivenhet, eksempelvis signering. Partene kan med andre ord sies å ha en berettiget forventning om avtalebinding ved tidspunktet begivenheten inntreffer. Dette taler for en ren objektiv vurdering, og taler for at man overlater spørsmålet om rettsvirkningen er inntruffet til en ren objektiv bevisvurdering - har partene signert? Har styret truffet et styrevedtak?

For det annet har partene ved å ta forbehold om avtaleslutning, rent faktisk avveket avtalelovens modell for avtaleslutning, jf. avtaleloven § 1. Det kan ha presumsjonen mot seg at de da likevel skal være vernet av avtalelovens bestemmelser regler, eksempelvis de om tilbakekall av løfter.

På den andre siden så innebærer slutningsbetingelser et ganske stort element av viljeserklæring. Selv om partene rent formelt har gjort avtalen avhengig av en fremtidig begivenhet, så er denne begivenheten knyttet til partsvilje. Partene har en *valgfrihet*. Når parten velger å fremkalle begivenheten, så har motparten anledning til å akseptere tilbudet – eller trekke seg.<sup>144</sup>

Selv om partene har gjort spørsmålet om avtalebinding *avhengig* av en begivenhet, har nettopp dette oppsettet sterke likheter med tilbud/aksept-modellen avtalelovens første kapittel legger opp til. Avtalelovens modell er ment å være en fornuftig avveining mellom behovet for å tidfeste avtalebinding nøyaktig, og hensynet om å verne partene fra tidspunktet de innretter seg, og ikke før.<sup>145</sup> At dette er en klar hovedregel, som kun har enkelte unntak, taler også for at rettsvirkningen oppstår fra tidspunktet meddelelsen kommer til medkontrahentens kunnskap.

Hov oppstiller en klar hovedregel om at et løfte blir bindende når det kommer til adressatens bevissthet, jf. prinsippet i avtalelovens § 7. Fra denne hovedregelen finnes det enkelte unntak. Hov trekker frem realhandlinger som ikke kan omgjøres, aksjetegning, og tilfeller hvor det finnes positiv lovhjemmel, se Hov (1993) s. 103. Betingede avtaler er ikke nevnt som et unntak.

---

<sup>144</sup> Det legges her vekt på Høyesterett har åpnet for å innfortolke gjensidighet også der hvor det ikke følger av avtalens ordlyd, se forrige kapittel.

<sup>145</sup> Se Hov (1993) s. 101.

Det er mulig det ikke er hensiktsmessig å trekke en nærmere grense for spørsmålet om når rettsvirkningen inntreffer, men at dette må bero på en mer konkret vurdering. Da vil forholdet mellom partene, partenes handlemåte og den nøyaktige ordlyden i forbeholdet være tungtveiende momenter. I tillegg vil det kunne ha betydning om partene *ensidig* har tatt forbehold, eller om partene har *avtalt* et slikt forbehold. Særlig der hvor en part *ensidig* har tatt et forbehold vil det kunne være nærliggende å trekke på avtalelovens første kapittel.

#### 4.2.3 Frister

Uavhengig av om man legger til grunn at slutningsbetingelser har rettsvirkning *per se*, eller om de får rettsvirkninger først ved meddelelse til motparten, kan man stille spørsmålet om det gjelder en akseptfrist.<sup>146</sup> En akseptfrist innebærer at motparten innen en viss tid må tilkjenne om han ønsker å slutte seg til avtalen.

Legger man til grunn *gjensidighet*, slik at begge partene står fritt til å trekke seg under henvisning til forbeholdet, vil det ikke gjelde noen akseptfrist. Poenget ved slutningsbetingelser er nettopp at det ikke finnes noe tilbud å akseptere, og begge partene kan på ethvert tidspunkt trekke seg fra forhandlingen.

Om en av partene derimot gjør viljeserklæringen gjeldende, er man i en fase med *ensidighet*. Dette vil være tilfellet om partene har tatt signeringsforbehold hvor én av partene har signert avtalen og den andre ennå ikke har gjort det. Avtalen er da å betrakte som en opsjon, og spørsmålet om avtalebinding avhenger kun av parten som ikke har signert.

Dersom man legger til grunn at rettsvirkningen først oppstår ved meddelelse, jf. avtalelovens første kapittel, er det naturlig å bruke reglene i avtaleloven også med hensyn til partens akseptfrist. Dette innebærer at dersom partene ikke har avtalt eller erklært noen nærmere akseptfrist, så må tilbudet aksepteres øyeblikkelig (om det ble formidlet muntlig) eller innen rimelig tid, jf. avtaleloven § 3.<sup>147</sup> Utgangspunktet må gjelde så langt partene ikke eksplisitt har gitt uttrykk for noe annet.

Legger man til grunn at rettsvirkningen oppstår *per se*, vil svaret kunne kompliseres noe ytterligere. Slutningsmekanismen følger ikke avtalelovens system. De samme hensynene gjør seg likevel gjeldende, og det vil være nærliggende å analogisere fra bestemmelsen i avtaleloven §

---

<sup>146</sup> Akseptfrist brukes her tilsvarende som opsjonens «løpetid», sammenlign kapittel 2.2.2.

<sup>147</sup> Se Woxholth (2014b) s. 77.

3. Dette innebærer at partenes akseptfrist i alle tilfeller vil være «innen rimelig tid». Hva som i den konkrete saken er rimelig tid, må bero på en nærmere tolkning.

#### 4.2.4 Frafallelse ved passivitet og konkludent atferd

Selv om det er på det rene at begivenheten avtalen er gjort avhengig av ikke er inntruffet, er ikke partene avskåret fra at avtalebinding også kan skje uten at denne inntreffer. Et konkret tilfelle er der hvor partene har gjort avtalen avhengig av signering, men begge har begynt å yte etter avtalen uten å foreta signeringen. Spørsmålet kan formuleres som et spørsmålet om *hva som skal til for at partene anses å ha frafalt forbeholdet*. Jeg vil først undersøke om passivitet er tilstrekkelig, så hva som skal til av konkludent atferd for at en slutningsbetingelse anses bortfalt.

Spørsmålet om frafallelse av slutningsbetingelser ved passivitet har vært reist i praksis. Tanken synes å basere seg på at partenes passive atferd i seg selv innebærer at betingelsen bortfaller, slik at avtalebinding skjer etter de alminnelige prinsippene for avtaleslutning. Avtaleslutning skjer da når forhandlingspartneren får en berettiget forventning om avtaleslutning.<sup>148</sup>

Spørsmålet ble reist i Rt-2014-100, men førstvoterende fant «ikke grunn til å gå inn på om og i tilfelle under hvilke omstendigheter et signeringsforbehold overhodet kan falle bort ved passivitet», jf. premiss 44. Dette fordi anførselen i den konkrete saken ikke kunne føre frem. Spørsmålet ble dermed ikke avklart av Høyesterett.

At passivitet i den prekontraktuelle fasen kan føre til avtalebinding, er ikke et ukjent fenomen. Det er imidlertid på det rene at passivitet *i seg selv* ikke er tilstrekkelig til å konstatere avtalebundethet; men der hvor «en rimelig hensyntagen til den annen parts interesser tilsier aktiv handling, vil binding kunne inntre der parten forholder seg passiv».<sup>149</sup> Dette innebærer at avtalebundethet er én av to mulige sanksjoner på den passive atferden.

Den andre mulige sanksjonen er å knytte ansvar til den passive atferden.<sup>150</sup> Dette kan gjøres gjennom å fremme krav om erstatning som følge av brudd på de prekontraktuelle pliktene.

Man kan reise spørsmålet om rettsfaktasiden mellom de to sanksjonsmåtene er helt overlappende. I så fall er det, som påpekt av Simonsen (1997) s. 38, en grunn til å vise tilbakeholdenhet med å sanksjonere passiviteten med avtalebundethet. Dette fordi det er en kontraktuell sanksjon på en illojalitet i den prekontraktuelle fasen – og det kan være en betenkelig reaksjon på et kontraktssamarbeid som forutsetter gjensidig tillit og lojalitet mellom partene. Dersom man på grunnlag av samme rettsfakta når frem med en anførsel om avtalebundethet, men ikke

---

<sup>148</sup> Jf. Woxholth (2014b) s. 29 flg. om forventningsprinsippet, se særlig s. 32.

<sup>149</sup> Woxholth (2014b) s. 98. Se også Krüger (2015) s. 203.

<sup>150</sup> Simonsen (1997) s. 37-38.



en anførsel om prekontraktuel ansvar, kan det være grunn til å være kritisk. Avtalebundethet vil for partene kunne være en vel så kraftig – eller kraftigere – sanksjon enn hva brudd på det prekontraktuelle ansvaret innebærer.

I alle tilfeller innebærer det ovenstående at passivitet alene ikke kan innebære et bortfall av slutningsbetingelser. Det avgjørende for et slikt bortfall er at motparten har fått en forventning om avtaleslutning, som forhandlingspartneren ikke har korrigert. Terskelen for dette må ved slutningsbetingelser være høy. Partene har jo nettopp inntatt slutningsbetingelser for å verne om sin mulighet til å gå bort fra avtalen. Dette blir også lagt til grunn i Strömstad Marinaldommen:

*«Dersom et forbehold som det foreliggende skal anses bortfalt, må det etter min mening kreves klare holdepunkter for at det har skjedd. Ellers ville formålet – å skape trygghet med hensyn til når det foreligger bindende avtale – lett kunne bli forspilt [...]»<sup>151</sup>*

Et minstekrav må være at det knytter seg en *aktivitet* til andre sider av relasjonen mellom partene.<sup>152</sup> Med dette dreier spørsmålet fra et spørsmål om passivitet er tilstrekkelig til at en slutningsbetingelse bortfaller, til et spørsmål om hva som skal til av konkludent atferd for at avtalebinding skjer til tross for forbeholdet.<sup>153</sup>

Det er ikke tvilsomt at avtalebinding kan skje ved konkludent atferd, også der hvor det er tatt forbehold om avtaleslutning. Dersom en av partene får en berettiget forventning om at motparten har ment å frafalle betingelsen, vil avtalebinding kunne skje. Terskelen må være høy, jf. Rt-2014-100 premiss 39, sitert ovenfor.

Det klareste eksempelet hvor konkludent atferd anses som grunnlag for frafallelsen, er der hvor partene har begynt å yte etter avtalen. De kan, med andre ord, sies å ha forholdt seg til avtalen som om det er en avtale. I disse tilfellene anses avtale for inngått, og avtalebinding skjer til tross for forbeholdet.

Et mindre klart eksempel er der hvor en part har tolerert innrettelseshandlinger. Avtalebindingen har i det tilfellet mer preg av å være culpasantaksjon, snarere enn et uttrykk for konkludent atferd. Rettsvirkningen er likevel sammenfallende, i all tid partene anses bundet.

---

<sup>151</sup> Rt-2014-100 premiss 39.

<sup>152</sup> Forholdet mellom passivitet i en relasjon, og aktivitet i en annen, er fremhevet av Woxholth (2014b) s. 99 med henvisning til Rt-2001-1288.

<sup>153</sup> Se Woxholth (2014b) s. 100 for avtalebinding som ren culpasantaksjon.

Vurderingen må i alle tilfeller gjøres konkret, og er ikke ukomplisert. For det første vil ikke enhver innrettelsehandling være beskyttelsesverdig. Det er kun de innrettelsehandlingene som går utover hva som er «en naturlig del av en forhandlingsprosess», jf. Rt-2014-100 premiss 43, som vil være relevante å ta i betraktning. Utgangspunktet må være at enhver bærer risikoen for egne forutsetninger, men at det *kan* løpe en opplysningsplikt dersom en part synbart innretter seg i god tro på at avtalen gjennomføres. Om innrettelsen skal danne grunnlag for avtalebinding, må det imidlertid noe mer til.

Etter mitt syn må innrettelsen – for at den skal kunne danne grunnlag for avtalebinding – skyldes en berettiget tillit til at avtalen vil bli gjennomført.<sup>154</sup> En slik berettiget tillit kan oppstå dersom parten gir uttrykk at om betingelsen nærmest er å anse som et formalia, eller på andre måter gir uttrykk for at han ikke ønsker å benytte den valgfriheten et slutningsforbehold skjenker han. Terskelen må, som understreket tidligere, være svært høy.

### 4.3 Ikrafttredelsesbetingelser

#### 4.3.1 Hvem råder over betingelsen

Når det gjelder ikrafttredelsesbetingelser, er det ofte klart hvem av partene som kan sies å råde over betingelsen. Det følger enten direkte av avtalen, eller det er klart forutsatt. Dersom det ikke er klarlagt i avtalen, reiser imidlertid spørsmålet seg: Kan en part frafalle en betingelse, slik at avtalen trer i kraft uavhengig av om begivenheten avtalen er gjort avhengig av inntreffer?

Det er ikke tvilsomt at partene kan frafalle betingelser *dersom partene er enige*, ei heller dersom partene har regulert forholdet i avtalen.<sup>155</sup> I det følgende drøfter jeg kun tilfellet hvor en part ønsker å frafalle et forbehold, mens motparten ønsker at forbeholdet skal gjelde etter sin ordlyd. Dette omtales som «ensidig frafallelse».

Som eksempel kan det vises til et forbehold inntatt av en boligutbygger om 60 % solgte boliger innen en viss dato i forbindelse med salg av leiligheter ved et boligutbyggingsprosjekt. Det kan legges til grunn at bindende avtale er inngått mellom partene. Om boligutbygger *ikke* selger det gitte antallet boliger innen tiden, vil da avtalen automatisk bortfalle for alle partene, eller har boligutbyggeren anledning til å *fracfalle* forbeholdet? Eller innebærer det manglende

---

<sup>154</sup> Jf. også forutsetningsvis fra Rt-2014-100 – Strömstad Marina, premiss 43.

<sup>155</sup> Førstnevnte innebærer at partene inngår en endringsavtale, og er uproblematisk.

salget at boligkjøperne kan si seg fri fra avtalen under henvisning til at det ikke var solgt 60% boliger?

a) *Ensidig frafall av betingelser*

Et utgangspunkt er at partene har rett til ensidig å frafalle forbehold som kun er i partens egeninteresse. I dette ligger at frafallelsen ikke går utover motparten, og at forbeholdet ikke kan sies å være i hans interesse. Jeg vil først gå inn på det normative grunnlaget for retten til ensidig å frafalle betingelser, så se nærmere på vilkårene for å gjøre gjeldende en frafallelse, før jeg avslutter med interessevern vurderingen.

Spørsmålet om ensidig frafall av betingelser har blitt vidt diskutert i engelsk rett, under merkelappen *waive of condition*.<sup>156</sup> Regelen er alminnelig antatt i engelsk rett og også inntatt i den privatrettslige modellovgivningen RPECL.<sup>157</sup> Regelen er ikke inntatt i UNIDROIT 2010, PECL eller DCFR, som behandler betingelser noe mer overfladisk enn RPECL.

Rettsfølgen av frafallelse er at avtalen trer i kraft. Dette innebærer at partene er stilt som om begivenheten avtalen var gjort avhengig av inntraff, og partenes plikt til å yte begynner å løpe. Har først partene frafalt en betingelse, så betyr dette at de følger den alminnelige risikofordelingen i avtalen eller bakgrunnsretten. Dette innebærer at også feilvurdering av forholdene ved kjøpet, er noe hver enkelt part må bære risikoen for.

Illustrerende er lagmannsrettens dom i LF-2012-86395. Kjøpsavtale om fast eiendom var inngått, med forbehold om finansiering fra kjøpers side. Lagmannsretten la til grunn at «et finansieringsforbehold som er tatt av kjøperen kan frafalles av kjøperen ved at han selv opplyser til selgeren at finansiering er gått i orden. Endelig avtale vil da være inngått. Dersom kjøperen har feilvurdert dette spørsmål, eller gått for langt i forhold til finansierings-tilsagnet, er det noe han selv må bære risikoen for». Nettopp dette skjedde i den konkrete saken, og kjøperen ble dømt til å betale erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Spørsmålet om en parts rett til å frafalle betingelser var oppe i Rt-1920-900. Saken gjaldt kjøp av en bygård, og det var i avtalen inntatt forbehold om at det var ledig leilighet slik at kjøperen kunne flytte inn i leiligheten. Ved overtagelse var det ikke ledig leilighet, og spørsmålet var da om avtalen bortfalt i sin helhet. Det var ikke avtalt en rett til å frafalle forbeholdet i avtalen.

---

<sup>156</sup> Se eksempelvis Page (1921) s. 4662 flg. for en tidlig engelsk prinsipiell drøftelse.

<sup>157</sup> For engelsk rett, se Peel og Treitel (2015) s. 75 punkt 2-111. For RPECL, se Fauvarque-Cosson og Mazeaud (2008) s. 596.

Høyesterett la til grunn at forpliktelsen var oppstilt kun til kjøperens fordel, og han måtte da ha en adgang til «at frafalde betingelsen og erklære sig villig til at kjøpe uanset dennes bortfalden, med den virkning at kontrakten blev staaende ved magt som forpligtende for sælgeren.». Han kunne med andre ord frafalle forbeholdet, og avtalen trådte i kraft.

Hovedregelen om at en part kan frafalle betingelser i sin interesse, er også lagt til grunn i juridisk teori og i Klagenemda for eiendomsmeglingstjenester sak 67/94.<sup>158</sup> Som fremhevet av Bergsåker, «Budgiver må derfor normalt også kunne oppheve forbeholdet, uten at selger har noen selvstendig rett til å påberope dette som grunnlag for bortfall av partenes forpliktelser i henhold til bud og aksept».<sup>159</sup> En forutsetning for dette, er ifølge Bergsåker, at forbeholdet er i budgivers interesse.

Også senere underrettspraksis synes å forutsette en rett til ensidig å frafalle betingelser. I nevnte LF-2012-86395 la retten til grunn at et «finansieringsforbehold som er tatt av kjøperen kan frafalles av kjøperen ved at han selv opplyser til selgeren at finansieringen er gått i orden».<sup>160</sup>

Det finnes noen hensyn mot å oppstille en slik regel. For det første er det teknisk vanskelig å vurdere hvorvidt en betingelse kun er til den ene partens fordel, eller om forbeholdet i realiteten beskytter begge parter. For det annet innebærer retten til å frafalle betingelser en tilsidesettelse av forutsigbarheten i avtaleforholdet, i hvert fall når dette gjøres uten positiv lovhjelm.

Argumentene mot oppveies etter min mening av hensynene som taler for en rett til frafallelse. At parten gis en ensidig rett til å frafalle de betingelsene som *kun er i partens interesse*, er lite inngripende for motparten – det ligger implisitt i regelen nettopp at motparten ikke kan ha noen negative konsekvenser av frafallelsen. Har han det, er ikke betingelsen *kun i den ene partens interesse*.

Rettsøkonomiske hensyn taler også for at man etablerer en slik regel. Et av grunnhensynene bak kontraktsretten er å tilrettelegge for regler som minimerer transaksjonskostnadene i samfunnet.<sup>161</sup> I fraværet av en regel som gir parten rett til å frafalle betingelser som kun er til sin

---

<sup>158</sup> Bergsåker (2009) s. 39-40.

<sup>159</sup> Bergsåker (2009) s. 39-40 diskuterer problemstillingen under overskriften «Selgers rett til å påberope budgivers forbehold». Spørsmålet er imidlertid bare en omformulering av spørsmålet om budgivers rett til å frafalle betingelser.

<sup>160</sup> Dommen drøftes mer inngående under problemstillingen bortfall av betingelser, se punkt c).

<sup>161</sup> Eide og Stavang (2008) s. 291-292.

fordel, havarerer avtaler dersom betingelsene ikke inntreffer. Dette er den alminnelige rettsvirkningen til betingede avtaler. Om partene gis rett til å frafalle betingelser som kun er til sin egen fordel, kan man forhindre forlis av avtaler uten at det i stor grad går utover motpartens insentiv til å arbeide for at betingelsene skal inntreffe.

De nevnte hensynene er såpass tungtveiende at de må triumfere de tekniske problemene med å kartlegge i hvem sin interesse betingelsen er. Selv om vurderingen kan by på problemer, vil det i enkelte tilfeller være helt klart. Å avfeie en rett til å frafalle betingelser, som har en åpenbart fordel i de tilfellene, på bakgrunn av at normen er vanskelig å anvende i tvilstilfeller, er etter min mening lite skjønnsomt.<sup>162</sup>

Det må, på bakgrunn av dette, legges til grunn at to parter som har inngått en betinget avtale, har en rett til å frafalle betingelser som er inntatt kun i ens egen interesse.

#### b) *Vilkår for å gjøre gjeldende frafallelse*

Det er ikke slik at partene på ethvert tidspunkt kan frafalle betingelsen. Analytisk kan spørsmålet deles opp i to tilfeller. Først der hvor en part ønsker å frafalle et forbehold *før* det er kartlagt om begivenheten inntreffer. Dernest der hvor en part ønsker å frafalle et forbehold *etter* det er kartlagt at begivenheten ikke inntraff.

I perioden *før* det er kartlagt om begivenheten inntreffer, må det være tilstrekkelig å gi motparten melding om frafallelsen. Noen nærmere krav kan ikke oppstilles. Denne regelen kommer også til uttrykk i RPECL 8:104 (1): En part kan ensidig frafalle en betingelse i sin interesse «before the fulfilment or failure to fulfil such condition».<sup>163</sup>

Annerledes er tilfellet der hvor en part ønsker å frafalle en betingelse *etter* det ble klart at begivenheten ikke ville inntreffe. Den alminnelige rettsvirkningen til et forbehold er da at avtalen bortfaller fra det øyeblikket det ble kartlagt at betingelsen ikke ville inntreffe. Et eksempel er om partene har tatt finansieringsforbehold. Gir banken beskjed om at de ikke kan innfri lånesøknaden, faller avtalen bort. Ensidig frafallelse innebærer et unntak fra denne hovedregelen.

RPECL art. 8:104 (2) oppstiller to grunnlag for å frafalle betingelsene i perioden etter at det er klarlagt at begivenheten ikke inntraff. For det første kan en part frafalle betingelsen dersom

---

<sup>162</sup> Jeg beskriver problemene med denne interessevernvurderingen i kapittelets punkt c.

<sup>163</sup> Fauvarque-Cosson og Mazeaud (2008) s. 596

motparten *ikke har innordnet seg* etter den manglende betingelsen (if the other party did not act as a result of the occurrence or non-occurrence of the event). For det annet kan parten frafalle betingelsen dersom det var avtalt en closing date, og tidspunktet for denne enda ikke er kommet.<sup>164</sup>

Synspunktet har gode grunner for seg, også i norsk rett. Har motparten innrettet seg etter den manglende betingelsen, vil han ha en beskyttelsesverdig posisjon – den prinsipale rettsvirkningen av manglende inntrufne betingelser er jo at avtalen bortfaller og at båndet mellom partene opphører å virke. Tilsvarende gjelder motsatt der hvor partene har avtalt en closing date – parten kan ikke da sies å ha noen beskyttelsesverdig situasjon før tidspunktet for closing date.

For å forhindre innrettelse må det oppstilles krav om meddelelse av frafallelsen mellom partene. RPECL artikkel 8:104 synes å forutsette dette, men regulerer det ikke spesifikt. At det må gis melding om frafall er imidlertid lagt til grunn i norsk rett, se Rt-1920-900, hvor retten uttalte at en erklæring om frafallelse måtte avgis innen «en rimelig kort frist».

### c) *Interessevern vurderingen ved frafall*

Retten til å frafalle betingelser forutsetter at det er mulig å avgjøre i hvis interesse betingelsen er. Denne vurderingen vil jeg i det følgende omtale som *interessevern vurderingen*. Vurderingen vil måtte være svært konkret, og innebærer å ta stilling til en rekke kompliserende faktorer. Det finnes ikke noen prinsipielle tilnærminger til denne vurderingen. Jeg vil fotrinnsvis peke på noen momenter som er egnet til å vise hvor kompleks vurderingen kan være.

Som eksempel kan man ta en helt enkel avtale som er betinget av lånefinansiering. Ofte vil man se på et slikt finansieringsforbehold som noe som først og fremst ivaretar kjøpers interesse, da det forhindrer at kjøper binder seg til avtalen uten å forsikre seg om at han finner midler til å betale kjøpesummen.

Dersom kjøper ikke får på plass finansiering, men påberoper seg en rett til å frafalle finansieringsforbeholdet og stå ved avtalen, vil dette kunne gå utover selger på flere måter. For det første hindres selgers adgang til å snu seg rundt og selge til noen som har på plass finansiering. For det andre har selgeren riktignok en detensjonsrett, men han kan ikke si seg fri fra avtalen før det foreligger et vesentlig mislighold, eller det er «*til en visshet grensende sannsynlighet*» for at vesentlig mislighold vil inntreffe.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Se kap. 4.3.3 for avtalt closing date.

<sup>165</sup> Hagstrøm (2011) s. 612.

Særlig i volatile markeder kan det lett oppstå et økonomisk tap som følge av at kjøper ikke med en gang kan selge til andre, et tap som kan være vanskelig å dokumentere i ettertid. Noe annet er at det kan medføre økt fare for rettslige etterspill, når selve intensjonen med forbeholdet var å ha forutsigbarhet og klare regler.

Synspunktene gjør seg med styrke gjeldende der hvor partene har mer avanserte avtaler. Lar det seg ikke klargjøre i hvis part interessen er, må presumsjonen være at forbeholdet er i begge partenes interesse. Dette innebærer at *ingen av partene* kan frafalle betingelsen, og avtalen vil med dette bortfalle.

#### 4.3.2 Når inntreffer betingelsens rettsvirkning

Spørsmålet om tidspunktet for betingelsens rettsvirkning, kan stilles også for ikrafttredelsesbetingelser. Spørsmålet har flere likheter med den tilsvarende problemstillingen ved slutningsbetingelser; vurderingen må bero på en tolkning, og det normative grunnlaget vil være noe usikkert. Det er imidlertid noen forskjeller.

Ved en ikrafttredelsesbetingelse er ikke spørsmålet hva som gjør kontrakten *bindende*, men hva som gjør at den *trer i kraft*. Partene har gjort spørsmålet om *ikrafttredelse* avhengig av en fremtidig og uvis begivenhet. En naturlig forståelse er da at avtalen trer i kraft på det tidspunktet begivenheten inntreffer.

Utgangspunktet fremstår også som en naturlig slutning fra ordlyden i de anasjonale modellovgivningene.<sup>166</sup> For UNIDROIT 2010 er dette ytterligere presisert i kommentaren. Utgangspunktet er at «the contract or contractual obligation automatically becomes effective from the moment the future uncertain event occurs».<sup>167</sup> Kodifikasjonene virker å støtte synspunktet om at ikrafttredelsen oppstår som et direkte følge av begivenhetens inntreden.

Dette innebærer at betingelser kan sees på som normer av typen «hvis *begivenhet*, så *ikrafttredelse*». Eller for et typisk forbehold, som finansieringsforbehold, uttrykt som «Hvis *finansiering*, så *ikrafttredelse*». En logisk konsekvens er at avtalen uten videre faller bort dersom det er klart at begivenheten ikke inntreffer. Dette vil være tilfellet dersom partene tar forbehold om finansiering, men ikke får godkjent søknaden sin hos banken.

---

<sup>166</sup> Se PECL 16:101, DCFR III 1:106, UNIDROIT 2010 art. 5.3.1.

<sup>167</sup> Fauvarque-Cosson (2011) s. 543. Samme løsning virker å fremgå av Bar et al. (2009) s. 720 for DCFR.

Det er ikke noe klart prejudikat som avklarer spørsmålet, og jeg har ikke kjennskap til at spørsmålet er behandlet i norsk juridisk teori. Modellovgivningens utgangspunkt er ingen tungtveiende kilde, og vil derfor ikke ha særlig autoritet ved fastleggelse av norsk intern rett. Løsningen til UNIDROIT 2010 har imidlertid gode grunner for seg. Utgangspunktet harmonerer best med synspunkter om retten til å frafalle betingelser, det harmonerer med måten vi tenker på betingelser som «hvis begivenhet, så ikrafttredelse»-normer, og det virker å harmonerer best med rettspraksis for øvrig.

Spørsmålet er til tross for dette ikke av like sentral karakter ved ikrafttredelsesbetingelser som der hvor partene har tatt forbehold om avtaleslutning. For slutningsbetingelser er det avgjørende å vite når bindende avtale inntreffer, ikke minst for å klargjøre i hvilken grad partene kan gå tilbake på løftet sitt. For ikrafttredelsesbetingelser derimot, er begivenheten først og fremst et ytre fenomen. Det er ikke et utslag av partsviljen, og partene kan ikke gå tilbake på forbeholdet. Partenes rett til å frafalle betingelser i sin interesse, innebærer dessuten et forsvar mot utilsiktet opphør av avtalen.

At rettsvirkningen inntreffer *per se* avskjærer ikke at det likevel kan gjelde en påberopelsesplikt.

#### 4.3.3 Frister for ikrafttredelsesbetingelser

Når to parter inngår en avtale med ikrafttredelsesbetingelser, innebærer det at avtalen er bindende, men ikke trådt i kraft før begivenheten avtalen er gjort avhengig av er inntruffet. Begivenheten vil være en ytre faktor, og det vil kunne være usikkert *når* den vil inntreffe. Partene kan ikke leve med en slik usikkerhet i uoverskuelig fremtid, og det må derfor gjelde en frist for når betingelsen må ha inntruffet – er den ikke inntruffet innen dette tidspunktet, vil avtalen bortfalle.

##### a) *Closing date følger av avtalen*

Det vanlige, hvert fall ved kontrakter av en viss størrelse, vil være at partene avtaler en frist for når begivenheten må være inntruffet.<sup>168</sup> Denne fristen omtales gjerne som avtalens *closing date*.<sup>169</sup> Innen dette tidspunktet må alle betingelsene være inntruffet. Er de ikke inntruffet, vil hovedregelen være at avtalen faller bort.

---

<sup>168</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 806-807, Hansen og Lundgren (2005) s. 188.

<sup>169</sup> Tidspunktet kan også omtales som en «*drop dead*», «*cut off*» eller «*long stop date*», jf. Aabø-Evensen (2011) s. 798



Med en slik fristregulering begrenser partene avtalens «svevende fase».<sup>170</sup> I neste kapittel skal jeg undersøke nærmere hva som gjelder når partene *ikke* har regulert en slik frist.

b) *Begivenheten må inntreffe «innen rimelig tid».*

Der hvor tidsfristen ikke er regulert av avtalen, må det gjelde et krav om et begivenheten må inntreffe *innen rimelig tid*. Løsningen kan sies å hvile på et usikkert normativt grunnlag, noe jeg vil redegjøre for nærmere i det følgende.

Selv om partene ikke har avtalt noen frist, kan ikke det i seg selv innebære at det ikke gjelder noen frist overhodet. Som fremhevet av Bergsåker, det er «uholdbart å være forpliktet i en ubestemt tid uten sikker utsikt til at det til slutt vil bli noen handel».<sup>171</sup> Det er likevel ingen lovbestemmelser eller avklarende Høyesterettspraksis som nærmere presiserer de rettslige rammene for en slik frist.

Det kan innledningsvis sondres mellom to prinsipielle skiller. For det første kan det reises spørsmål om en *absolutt* frist for påberopelse av betingelser. Dette er denne fristen jeg oppfatter at Bergsåker primært sikter til, når han uttaler at manglende tidsfrist vil være uholdbart for partene. Samtidig gjelder det samme her som for absolutte reklamasjonsregler på ulovfestet grunnlag; det er tvilsomt at domstolene har kompetanse til å oppstille absolutte (reklamasjons)frister på ulovfestet grunnlag.<sup>172</sup>

Derimot kan det være rom for en *relativ frist*. Et forslag til løsning er å sammenfatte de ulike fristene i en rettslig norm av typen «rimelig tid». Normen vil ikke innebære en realitetsendring med hensyn til hvordan domstolene kommer frem til resultatet. Den vil på sin side kunne bidra til å sammenfatte vurderingstemaene, og de momentene som påberopes ved bortfall av betingelser, på en pedagogisk måte. I så måte kan begrepsbruken ha en systematiserende rolle, og bidra til klarhet.

Det har vært noe underrettspraksis som angir de faktiske rammene for en slik relativ frist, men en prinsipiell avgjørelse mangler. Lagmannsrettens løsning har variert fra at betingelsen anses bortfalt «forholdsvis kort tid» etter kontraktsinngåelse, til at man anser et halvt år å ligge innenfor rammen av det akseptable og det rimelige.

De to dommene jeg har funnet, er lagmannsrettens dom i LB-2003-10513 og LF-2005-37258.

---

<sup>170</sup> Perioden mellom bindende avtale og ikrafttredelse.

<sup>171</sup> Bergsåker (2009) s. 31.

<sup>172</sup> Hagstrøm (2011) s. 363. Det samme legges til grunn av Monsen (2010) s. 184.

I førstnevnte dom – LB-2003-10513 – kom domstolen til at en betingelse ikke var påberopt tilstrekkelig raskt etter det ble klart at betingelsen ikke ville inntreffe. Saken gjaldt en totalentreprise hvor byggherren hadde inntatt et finansieringsforbehold i anbudsrunden, og det var ikke avklart etter avtalens ordlyd noen frister for hvor lenge dette kunne bli stående.

Retten fant det likevel klart at «*under enhver omstendighet må [forbeholdet] anses bortfalt forholdsvis kort tid etter at kontrakten ble inngått 12. desember 2000*». Det kan virke som om lagmannsretten så kombinerer en drøftelse av hvor *lenge* finansieringsforbeholdet kunne stå, og om Byggherren uansett måtte antas å ha *frafalt* forbeholdet. Dette skyldes at momentene som vektlegges er delt mellom momenter som tyder på *frafallelse* ved konkludent atferd/passivitet, og momenter som tilsier at et finansieringsbevis ved en slik entreprise må antas å stå seg i en kort periode. For sistnevntes del ble det lagt vekt på at det var en relativt kort tidsfrist for oppdraget og at entreprenøren må inngå avtaler med underleverandører for å kunne rekke de disse tidsfristene. Videre ble det vektlagt at byggherren hadde forholdt seg passiv gjennom å ikke ta opp forbeholdet eller dets lengde noe nærmere og entreprenøren rent faktisk hadde startet byggingen da forbeholdet ble tatt opp. Noe nærmere presisering av tidsfristen var det derfor ikke nødvendig å angi, da forbeholdet uansett var *frafalt*.

I lagmannsrettens dom LF-2005-37258 var spørsmålet om det var inngått muntlig bindende avtale om salg av en tomt. Retten fant det bevist at det var inngått bindende avtale, men at den ikke var endelig før et forbehold om geoteknisk undersøkelse viste at tomten var bebyggelig.

Avtalen ble inngått den 21. september 2003, og det var for lagmannsretten ikke bevist at det var satt noen frist for oppfyllelse av betingelsen. Undersøkelsen forelå i mars 2004, men selger erklærte seg ubundet i april 2004. Lagmannsretten uttalte at det kunne reises spørsmål om avtalen måtte anses bortfalt om det hadde trukket ut i flere år før undersøkelsen forelå. Et halvt år måtte imidlertid «*anses å ligge innenfor det rimelige og akseptable*», forholdene tatt i betraktning. Det ble da lagt vekt på at det ikke ble avtalt noen frist enda partene hadde flere anledninger til å gjøre dette og at tomten inntil rapporten forelå var uselgelig. At selger da rapporten forelå anså kjøpesummen som for lav, med henblikk på tiden og den markedsutviklingen som hadde skjedd mellom bindende avtale ble inngått og rapporten forelå, kunne ikke være relevant for å fastlegge fristen for å påberope betingelsen.

Noen nærmere angivelse av de rettslige rammene for en relativ frist, er det i lys av rettskildesituasjonen ikke grunnlag for å trekke opp.

#### 4.3.4 Opplysningsplikt om begivenhetens inntreden eller fravær

Ved betingede avtaler må det gjelde et strengt krav til opplysningsplikt om begivenhetens inntreden. Partene har inngått en bindende avtale, og plikter å holde hverandre orientert om fremdriften. Dette innebærer at partene plikter å informere sin medkontrahent når det er klarlagt hvorvidt begivenheten vil inntre eller ei.

Jeg vil først se nærmere på det normative grunnlaget for en slik opplysningsplikt, før jeg ser på rettsvirkningene av manglende opplysninger.

##### a) *Opplysningsplikt*

Partene vil ofte presisere i avtalen at det gjelder en opplysningsplikt om begivenhetens inntreden.<sup>173</sup> Ved avtale kan de rettslige rammene rundt opplysningsplikten gjøres både strengere, og det kan stilles økte krav til notoritet gjennom eksempelvis formkrav. Selv om partene ikke har regulert en opplysningsplikt i avtalen, må det gjelde en opplysningsplikt på ulovfestet grunnlag.

En opplysningsplikt om begivenhetens inntreden er ikke prinsipielt annerledes enn de andre lojalitetspliktene som gjør seg gjeldende ved betingede avtaler. Den er et utslag av den samme tankegangen; partene skal handle lojalt overfor hverandre. For øvrig vises det til kapittel 5.3 for en nærmere gjennomgang av grunnlaget for lojalitetsplikter i kontraktsforhold.

Når det er grunnlag for å oppstille en *strengere* opplysningsplikt for betingede avtaler, enn det som ellers er normen, skyldes dette betingelsens rettsvirkning. Trer avtalen i kraft, plikter partene å yte. Inntreffer ikke begivenheten, er båndet mellom partene opphørt og avtalen bortfaller. De to alternative rettsvirkningene er av helt sentral karakter for partene. Opphører avtalen, kan partene tilby ytelsene sine til andre. Plikter de å yte, har de en åpenbar interesse av å vite dette så snart som mulig.

Prinsipielt må begge parter ha plikt til å opplyse dersom begivenhetens skjebne kommer dem til kunnskap.<sup>174</sup> I praksis vil gjerne en av partene være nærmere til betingelsen. Er avtalen gjort avhengig av finansiering, vil vedkommende som søker finansiering være den som får vite om finansieringen. Er derimot avtalen gjort avhengig av et rent ytre forhold, slik som børskurs eller tilsvarende, vil begge ha plikt til å opplyse motparten når de blir kjent med forholdet.

### c) *Rettsvirkninger av manglende opplysningsplikt*

Legger man til grunn et strengt krav til opplysningsplikt når begivenhetens skjebne er klarlagt, reiser det seg også et spørsmål om rettsvirkningene dersom partene ikke utøver sin plikt. Det er prinsipielt sett to ulike tilnærminger til spørsmålet.

Ett alternativ er at forbeholdet anses frafalt. Dette innebærer at avtalen *trer i kraft*, og at partene plikter å yte i henhold til avtalen. Er det umulig å yte etter avtalen, foreligger et erstatningsbetingende mislighold, og parten må betale erstatning. Erstatning i slike tilfeller vil knytte seg til manglende oppfyllelse av primærytelsen, og vil som utgangspunkt være den positive

---

<sup>173</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 806.

<sup>174</sup> Det er mulig at man også her må oppstille krav til aktsomhet, slik at opplysningsplikten løper fra vedkommende visste eller burde ha visst at betingelsen inntraff/ikke inntraff.

kontraktsinteressen. Avhengig av kontraktens art og lovregulering, medfører dette alvorlige økonomiske konsekvenser for parten som ikke påberoper seg betingelsen.

Den andre alternativet er å betrakte opplysningsplikten som enhver lojalitetsplikt; den endrer ikke avtalens rettsvirkninger, men den illojale parten kan havne i ansvar for motpartens økonomiske tap. Den erstatningsbetingende handlingen anses å være partens manglende opplysninger, utmålingen er det økonomiske tapet som oppstår som følge av dette.

At man oppstiller opplysningsplikt der hvor det er grunnlag for ansvarsbefriende forhold er ikke noe nytt. En slik løsning ser vi i kjøpsloven § 28 som beskriver kjøpers plikter dersom det foreligger ansvarsfrigjørende hindringer etter kontrollansvaret.<sup>175</sup> Etter første punktum plikter selger å si ifra til kjøper. Dersom kjøper ikke får slik melding innen rimelig tid, kan kjøperen kreve erstattet økonomiske tap som er påløpt som følge av manglende melding, jf. kjøpsloven § 28 (1) annet pkt. Man verner her innrettelseshandlingene til kjøper som kunne vært unngått dersom selger hadde sagt fra.

Det finnes ikke noe klart prejudikat som tar stilling til spørsmålet. Løsningen på spørsmålet vil bero på en rekke forutsetninger, deriblant at opplysningsplikten betraktes som en lojalitetsplikt, og ikke et prosessuelt krav. Uten autoritative rettskilder, er det imidlertid nærliggende å se på det kun som en skjerpet lojalitetsplikt for betingede avtaler.

#### 4.4 Oppsummering

En sammenligning av slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser avslører at det er store forskjeller på de prosessuelle spørsmålene. Selv om man overordnet kan stille de samme spørsmålene, vil de materielle drøftelsene være vidt forskjellige. Dette relaterer seg, ikke overraskende, til at bindende avtale kun er inngått i sistnevnte tilfelle.

For slutningsbetingelser er spørsmålet om avtalebinding overlatt til hver enkelt av partene. Dette får en konsekvens på flere plan. For det første vil man åpne for å innfortolke et forbehold for begge parter, der hvor en av partene ensidig tar et forbehold. For det annet kompliserer det spørsmålet om *når* slutningsbetingelser får rettsvirkning – er det ved tidspunktet begivenheten inntreffer, eller tidspunktet det kommer til medkontrahentens kunnskap? Uten et klart prejudikat er svaret åpent. For det tredje innebærer det at man må innfortolke en akseptfrist dersom begivenheten inntreffer. Sist vil man ved slutningsbetingelser diskutere spørsmålet om forbeholdet er frafalt. Vurderingen må bero på om parten(e) har utvist tilstrekkelig konkludent atferd til at avtalebinding er skjedd til tross for forbeholdet.

---

<sup>175</sup> Bestemmelsen kommer også til uttrykk i avhendingsloven § 4-7 og forbrukerkjøpsloven § 25, samt CISG art. 79 (4).

For ikrafttredelsesbetingelser er situasjonen annerledes. Rettsvirkningen av forbeholdet inntreffer når det er klarlagt om begivenheten vil inntreffe eller ikke. Vurderingen er rent ut objektiv, og vil bero på en bevisvurdering. Spørsmålet er imidlertid ikke like prinsipielt interessant som for slutningsbetingelser; partene er jo allerede bundet til avtalen. Selv om partene i avtalen ikke har regulert en rett til å frafalle betingelser, må man åpne for å innfortolke dette på ulovfestet grunnlag. Som vilkår for frafallelse må betingelsen kun være i partens egeninteresse, og det må være frafalt før medkontrahenten har innordnet seg.

## 5 Lojalitetsplikter ved betingede avtaler

### 5.1 Innledning

Den ulovfestede lojalitetsplikten gjør seg sterkt gjeldende når partene har inngått en betinget avtale. Som påpekt av Gorton, «the general idea of a subject provision is that it shall be used in a loyal way in relation to the counter party».<sup>176</sup> Partene står med andre ord ikke fritt til å agere som de ønsker uten å bli møtt med sanksjoner. Partene har inngått en betinget avtale, og skal i all hovedsak være lojale med hensyn til betingelsen.

Selve lojalitetsnormen er en konkret avveiningsnorm, og terskelen for illojalitet må vurderes i hvert enkelt tilfelle.<sup>177</sup> Det innebærer ikke at man ikke kan si noe generelt om lojalitetsplikt.<sup>178</sup> Avtalens karakteristikk kan være retningsgivende for lojalitetspliktene, og terskelen for hva som er «aktsom og lojal opptreden».<sup>179</sup> Tilsvarende vil det, etter min mening, knytte seg ulike plikter til ulike typer betingelser.

Utgangspunkt for slutnings- og ikrafttredelsesbetingelsene er nemlig diametralt motsatt. For slutningsbetingelser skal det svært mye til for å konstatere et brudd med lojalitetsplikten – man vil stort sett ramme kun mer uttalt illojalitet. For ikrafttredelsesbetingelser derimot, er terskelen langt lavere. Her vil man, etter forholdene, sanksjonere ren passivitet som illojalt. Normsettet som anvendes er forskjellig. Ved slutningsbetingelser beror spørsmålet om lojalitetsplikt på den *prekontraktuelle lojalitetsplikten*, mens ikrafttredelsesbetingelser beror på den *kontraktuelle lojalitetsplikten*.<sup>180</sup>

Et spørsmål som det innledningsvis er hensiktsmessig å knytte noen generelle betraktninger til, er spørsmålet om skyldkrav ved brudd på lojalitetsnormen. Simonsen fremhever at lojalitetskravet i den prekontraktuelle fasen forutsetter skyld hos skadevolderen.<sup>181</sup> Tilsvarende den kontraktuelle lojalitetsplikten, den er en forutsetning for illojalitet at skadevolderen opptrer klanderverdig.<sup>182</sup> Kravet om skyld utløser (minst) to konkrete følger som gjør seg gjeldende

---

<sup>176</sup> Gorton (1983) s. 49. Gorton bruker «subject provision» om både ikrafttredelsesbetingelser og slutningsbetingelser

<sup>177</sup> Nazarian (2007) s. 35.

<sup>178</sup> Synspunktet er omtvistet, se Nazarian (2007) s. 35 med videre henvisninger i note 21.

<sup>179</sup> Haaskjold (2013) s. 77.

<sup>180</sup> Jeg går ikke nærmere inn på den videre avgrensningen mellom de to normsettene, men henviser heller til de to standardverkene på feltene, Simonsen (1997) og Nazarian (2007).

<sup>181</sup> Simonsen (1997) s. 164.

<sup>182</sup> Nazarian (2007) s. 252.

både i den prekontraktuelle og den kontraktuelle fasen. For det første ekskluderer det muligheten for en rent ut objektiv lojalitetsnorm – vurderingen må alltid være gjenstand for en konkret vurdering.<sup>183</sup> For det annet medfører det at brudd på lojalitetsplikten direkte vil kunne føre til erstatningsansvar.<sup>184</sup>

I det følgende tar jeg ikke sikte på en uttømmende liste over alle de pliktene som *kan* gjøre seg gjeldende ved betingede avtaler, men tar sikte på å redegjøre for noen av pliktene som *typisk sett gjør seg gjeldende*. Jeg vil, av overnevnte årsak, foreta et prinsipielt skille mellom slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser.

## 5.2 Slutningsbetingelser

### 5.2.1 Innledning

Dersom partene har inntatt slutningsbetingelser, har partene tatt steget over fra en uforpliktende sondering til forhandlingsfasen.<sup>185</sup> Man kan imidlertid si at de har tatt enda et steg, de har fremforhandlet et avtalegrunnlag og bindingsspørsmålet beror kun på om en viljeserklæring gjøres gjeldende. Partene har ikke inngått bindende avtale og er derfor ikke underlagt de kontraktuelle normene. I denne fasen er partene underlagt de prekontraktuelle normene. Disse finnes på både lovfestet og ulovfestet grunnlag.<sup>186</sup> Rent overordnet kan pliktene sammenfattes som at partene plikter å «*i rimelig utstrekning ta hensyn til hverandres interesser*».<sup>187</sup>

Den prekontraktuelle lojalitetsplikten kan settes nærmere i sammenheng. Foruten å normere *hvilke* plikter partene et prekontraktuelt forhold har, fungerer den som ansvarsgrunnlag for erstatning. I det følgende skal jeg gjennomgå grunnlaget for å konstatere brudd på lojalitetsplikten. Jeg går nærmere inn på erstatningsreglene for betingede avtaler, samt en vurdering av hvilke tapsposter som er vernet ved brudd på de prekontraktuelle normene, i kapittel 6.2.

Det normative grunnlaget for å oppstille lojalitetsplikter i den prekontraktuelle fasen, er særlig utviklet gjennom teori, og har fått fotfeste i rettspraksis først de senere årene.<sup>188</sup> Mangelen på

---

<sup>183</sup> Eksemplifisert ved normer av typen «Hvis handling x, så illojalitet».

<sup>184</sup> Simonsen (1997) s. 164. Nazarian (2007) s. 251 legger til grunn at dette gjelder også i den kontraktuelle fasen.

<sup>185</sup> Simonsen (1997) s. 19. Det avgjørende er at partene har tilkjennegitt «et forehavende om å inngå kontrakt eller ikke».

<sup>186</sup> Se Simonsen (1997) s. 76 flg. for mer om generelle prekontraktuelle normer.

<sup>187</sup> Simonsen (1997) s. 7.

<sup>188</sup> Det vises blant annet til Rt-2010-1478, Rt-2007-425 og Rt-1998-761. For juridisk teori, se særlig Simonsen (1997) og Björkdahl (2007).

autoritative rettskilder innebærer, som fremhevet av Simonsen, at «reelle hensyn nødvendigvis må[tt]e spille en ikke helt beskjedne rolle» når man mer presist skal forsøke å angi rettsbruddskriteriene.<sup>189</sup> Det er i lys av dette rettskildebildet jeg stiller spørsmålet – dersom partene har inntatt en slutningsbetingelse, hvilke handlinger er det da partene er avskåret fra å utøve?

Sentralt ved vurderingen er det å identifisere partenes beskyttelsesverdige forventninger.<sup>190</sup> Hensikten er å atskille de «ubegrunnede forhåpninger» fra de forventningene som nyter et vern. Simonsen skiller mellom to grunntyper av forventninger, primær- og sekundærforventningene.<sup>191</sup>

Primærforventningen kan utlegges som forventningen om *resultatet* av den prekontraktuelle fasen. Når A og B inntar forhandlingsbordet har de en forventning om at avtale vil bli sluttet. Denne forventningen er i sin alminnelighet ikke i seg selv vernet. Partene har en forhandlingsfrihet, og kan når som helst gå fra avtalebordet. Har partene inntatt slutningsbetingelser gjelder dette desto mer; partene har *eksplicit frabedt seg at avtale vil bli inngått* med mindre partene utøver en diskresjon.

Beskyttelsen av primærforventningen kan imidlertid bli påvirket av *sekundærforventningene*. Sekundærforventningene kan sees på som et utslag av de krav som stilles til håndtering og gjennomføring av forhandlingsprosessen, heretter kalt sekundærplikter.<sup>192</sup> Innunder sekundærpliktene gjelder forskjellige type plikter, sortert i de to hovedkategoriene «deliktuelle normer» og «prekontraktuelle normer».

Simonsen (1997) s. 178 flg. deler videre de deliktuelle normene inn i de to pliktkategoriene «Pålitelighetskravet» og «Taushetsplikt». De prekontraktuelle normene deles opp i de to pliktkategoriene «Opplysningsplikten», «kravet til lojal medvirkning» og «Saklighetskravet». Sistnevnte krav er et krav om saklige kriterier for å gå bort fra forhandlingen. Fremstillingen min er ikke en generell fremstilling av det teoretiske grunnlaget for de prekontraktuelle lojalitetspliktene, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette. Jeg vil tidvis basere meg på det teoretiske rammeverket i den videre disposisjon av lojalitetspliktene i den prekontraktuelle fasen der hvor to parter har inntatt slutningsbetingelser.

Forholdet mellom primær- og sekundærforventningene er til dels gjensidig. En sterkt begrunnet forventning om kontraktsslutning, kan påvirke kravene til sekundærpliktene. Dette kan innebære et strengere krav om opplysningsplikt eller lojal medvirkning fra partene. Tilsvarende kan det begrense handlingsrommet for å gå fra avtalen uten saklig grunnlag. Dette kommer

---

<sup>189</sup> Simonsen (1997) s. 10.

<sup>190</sup> Se Simonsen (1997) s. 171 flg.

<sup>191</sup> Simonsen (1997) s. 176.

<sup>192</sup> Simonsen (1997) s. 177.



særlig på spissen der hvor partene har inntatt intensjonsavtaler eller på andre måter formalisert prosessen mellom partene.

Motsatt vil en sterk etterlevelse av sekundærpliktene rent faktisk kunne danne grunnlag for en forsterket primærforventning. Dersom parten viser entusiasme og aktivt arbeider for å få avtalen i havn, vil motparten kunne oppfatte dette som at avtaleslutning nærmer seg. Dette innebærer at det med tiden, også for slutningsbetingelser, kan danne seg en beskyttelsesverdig forventning om avtaleslutning. En slik forventning vil ha relevans ved vurderingen av om betingelsen anses frafalt, for om det er brudd på de prekontraktuelle pliktene og for utmålingen av erstatning.<sup>193</sup>

Enhver utvist positivitet i den prekontraktuelle fasen kan ikke forstås som å styrke en forventning om avtalebinding. Som fremhevet av Hagland og Wilhelmsen (2017) er det kun tale om «berettigede forventninger som er skapt hos skadelidte, gitt tapssituasjonen og relasjonen».<sup>194</sup> Om skadelidte har stolt på og innrettet seg etter dette, kan forventningen tidvis «utgjøre et viktig moment i etableringen av en ulovfestet aktsomhetsnorm».<sup>195</sup>

Vurderingen av hvilke plikter som oppstår i den prekontraktuelle fasen må bero på en konkret vurdering, hvor også en rekke andre faktorer, som partenes profesjonalitet, kan tillegges vekt.<sup>196</sup> I det følgende vil jeg imidlertid si noe om de pliktene som typisk gjør seg gjeldende dersom partene har tatt slutningsforbehold, samt presisere det rettslige utgangspunktet.

## 5.2.2 Utgangspunktet: Partene kan fritt trekke seg fra forhandlingene

Det klare utgangspunktet når partene har inntatt slutningsbetingelser, er at de står fritt til å gå fra forhandlingsbordet. Partene har, som en del av den privatrettslige autonomi, en kontraheringsfrihet. Det er unntak fra denne friheten som må begrunnes.<sup>197</sup>

Når partene har inntatt slutningsbetingelser er denne friheten ytterligere presisert. Partene har *frabedt* seg avtalebinding. I dette ligger at de har understreket sin egen diskresjon, og motparten har i sin alminnelighet *ingen berettiget forventning om avtalebinding*. Utgangspunktet kommer til uttrykk i Rt-1998-946, hvor det heter at konsekvensen av et forbehold om signering er at partene står «helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler». Dette ble gjentatt og bekreftet i Rt-2014-100 – Strömstad Marina premiss 33.

---

<sup>193</sup> Se kap. 4.2.4 om frafallelse, samt kap. 6.2 om utmåling.

<sup>194</sup> Hagland og Wilhelmsen (2017) s. 128.

<sup>195</sup> Hagland og Wilhelmsen (2017) s. 128.

<sup>196</sup> Björkdahl (2007) s. 292. Se også Rt-2010-1478 premiss 31.

<sup>197</sup> Simonsen (1997) s. 73-75. Ramberg og Ramberg (2014) s. 67.

Utgangspunktet om at partene står fritt til å trekke seg fra forhandlingen, må imidlertid presiseres nærmere. Partene har ved slutningsbetingelser påvirket primærforventningen, det er klart at ingen av partene har en rett til å inngå avtale. Det betyr imidlertid ikke at det ikke løper sekundærforpliktelser. Partene vil fortsatt ha en opplysningsplikt overfor hverandre, og selve slutningsbetingelsen kan forstås som en formalisering av avbruddskriterier for forhandlingen. Det å innta slutningsbetingelser, kan videre forstås som en formalisering av avtaleforholdet. En slik formalisering har relevans, fordi det kan gi partene en forventning om at «förhandlingarna därmed skall drivas med viss seriositet».<sup>198</sup>

Med avbruddskriterier siktes det til grunnlag for å gå bort fra forhandlingen. Vurderingen må i alle tilfeller være meget konkret. Et eksempel vil være at styreforbehold som slutningsbetingelse også vil kunne forstås som at partene har definert styrebehandling som avbruddskriterium. Det innebærer at parten kan bli ansvarlig etter prekontraktuelt ansvar dersom styrebehandling ikke foretas.

Formaliseringen er også en indikator på hvor nærme partene er kontrahering. Dette er av relevans fordi stadiet i forhandlingsprosessen tradisjonelt er blitt vektlagt som et skjerpenelement for lojalitetsplikten mellom partene.<sup>199</sup> Momentet hviler på oppfatningen om at partene rent faktisk har større grunn til å forvente at avtalebinding vil skje, når det nærmer seg kontraheringstidspunktet. Slik sett er lojalitetsplikten en dynamisk norm, i det den utvikler seg proporsjonalt med sjansen for kontrahering.

Ved slutningsbetingelser er det riktignok ikke like rett frem. Partene har ønsket å gardere seg mot trinnvis binding, og partene er avskåret fra en forventning om avtalebinding alene som følge av fremgang i forhandlingsprosessen. Formalisering gir dermed ikke grunnlag for en skjerpene lojalitetsplikt på dette grunnlag. Samtidig vil det kunne være andre forhold i prosessen som gjør at man anser prosessen som sådan å være nærmere kontrahering. Dette kan både styrke en forventning om avtalebinding, men kanskje enda viktigere; skjerpe kravene til sekundærpliktene.

En slik sekundærplikt er partenes opplysningsplikt. Partene skal i rimelig utstrekning ta hensyn til hverandres interesser. Et eksempel hvor det ganske klart vil kunne løpe en lojalitetsplikt er der hvor det er synbart at motparten foretar innrettelseshandlinger som følge av en forventning om avtalebinding. Her vil forhandlingspartneren kunne ha plikt til å si ifra, med formål å advare mot ytterligere innrettelser.<sup>200</sup> Samtidig er ikke opplysningsplikten ukompli-

---

<sup>198</sup> Björkdahl (2007) s. 293. Synspunktet om at formalisering kan bidra til skjerpelse har bred teoretisk forankring, se Simonsen (1997) s. 244. Haaskjold (2013) s. 73. Se også Rt-2010-1478 premiss 31 hvor synspunktet ble tillagt selvstendig vekt.

<sup>199</sup> Jf. Rt-2010-1478 premiss 32. Se også Simonsen (1997) s. 242. Björkdahl (2007) s. 294.

<sup>200</sup> Se også Simonsen (1997) s. 192 flg.

sert; en slik plikt vil kunne gjelde innrettelseshandlinger som går utover de innrettelseshandlingene som er en del av forhandlingsprosessen.

I Rt-2014-100 – Strömstad Marina – prosederte den tapende part på at innrettelse hos kjøper var et moment av relevans for spørsmålet om bortfall av et signeringsforbehold. Førstvoterende la til grunn at det ikke var gjort gjeldende noen innrettelseshandlinger «ut over det som er en naturlig del av en forhandlingsprosess».<sup>201</sup> I dette ligger at ikke enhver innrettelseshandling er av relevans for spørsmålet om bortfall av forbeholdet, kun innrettelseshandlinger som går utover det som er naturlig i en forhandlingsprosess. Det samme bør gjelde for opplysningsplikten.

### 5.2.3 Illojalitet der en part ikke har til hensikt å slutte avtale

På tross av at partene står fritt både til å innlede og avbryte en forhandling, står de ikke fritt til å innlede en forhandling der hvor parten *ikke har til hensikt å slutte avtale*. Slik handlemåte vil jevnt over være illojalt.<sup>202</sup>

En part kan ha flere ulike grunner til å innta en forhandling hvor parten ikke har til hensikt å slutte avtale. Det kan dreie seg om å binde opp tid og ressurser hos en konkurrent, eller en part ønsker å tilstrebe seg mer informasjon enn det man ellers får tak i uten å innlede en forhandlingsprosess.<sup>203</sup> Et eksempel på sistnevnte gjør seg gjeldende særlig ved forhandlinger om selskapstransaksjoner, hvor den kjøpende parten vil kunne få innsyn i selskapets markedsverdi, kundelister eller andre forretningshemmeligheter. Et annet grunnlag kan være å innlede en forhandling med formål å avskjære motparten fra å inngå avtale med en tredjemann.

Et typetilfelle er der man inngår en betinget avtale med det formål å utnytte konfidensiell informasjon som er en del av forhandlingsgrunnlaget. Konfidensiell informasjon i forhandlingsfasen er vernet mot offentliggjøring etter både UNIDROIT 2.16 og PECL 2:302. Etter min syn taler bestemmelsene for at konfidensiell informasjon har et spesielt vern, og at dette bør verne tilfellene hvor en part innleder en forhandling i ens ærend i å få tak i slik informasjon. Synspunktet har støtte i juridisk teori.<sup>204</sup>

Det er flere grunner som taler for å sanksjonere slik atferd. Et poeng er at partene, ved å innta slutningsbetingelser, unngår en trinnvis binding i forhandlingsfasen. Terskelen for frafallelse vil i alminnelighet være høy, og bruken av slutningsbetingelser er derfor egnet til misbruk.<sup>205</sup> Som fremhevet av Hagstrøm, man bør søke å begrense bruken av forbehold som slike «escape clauses». Dette gjelder ikke minst hvor en slik bruk legger til rette for utnyttelse av forbehol-

---

<sup>201</sup> Rt-2014-100 premiss 43.

<sup>202</sup> Se Ramberg og Ramberg (2014) s. 69, Björkdahl (2007) s. 296 flg., Simonsen (1997) s. 195 flg.

<sup>203</sup> Björkdahl (2007) s. 297.

<sup>204</sup> Björkdahl (2007) s. 341

<sup>205</sup> Se kap. 4.3.1 om frafallelse.

det i spekulasjonshensikt.<sup>206</sup> Der hvor partene ikke engang har til hensikt å inngå avtale, innebærer kontraktsforhandlingen en forsettlig påført skade. Det kan påløpe store forhandlingsutgifter som bør kompenseres, eller det kan innebære at avtaler med tredjemenn faller bort som selskapet ville tjent på.<sup>207</sup> Både samfunnsøkonomisk og for selskapet selv, dets ansatte og aksjonærer, vil slike forhandlinger innebære et tap.

Normen er i juridisk teori plassert innunder partenes opplysningsplikt.<sup>208</sup> Til tross for at normen er klarest der partene innleder forhandlingen uten en intensjon om å slutte avtale, har den også et bredere nedslagsfelt. Også der hvor en part *mister kontraheringsviljen*, kan det påløpe en opplysningsplikt.<sup>209</sup> Det nærmere innholdet av en slik norm, er enda ikke kommet til uttrykk i Høyesteretts praksis.

#### 5.2.4 Plikt til å fremlegge avtale for beslutningsdyktig organ

Der hvor partene har inntatt forbehold om en slutningsbetingelse om styregodkjennelse, kan partene ha en plikt til lojalt å fremlegge avtalen for styret, og styret kan ha en plikt til å foreta en reell styrebehandling av spørsmålet om avtalebinding. Tilsvarende gjelder der det er inntatt slutningsbetingelser om andre organers beslutning.

Om partene har inntatt et styreforbehold, har styret en valgfrihet med hensyn til om de ønsker å binde seg eller ikke. Det er ikke omtvistet at styret har denne diskresjonen, og lojalitetspliktene kan på generelt grunnlag ikke begrense styrets handlingsrom.

Styreforbehold er et legitimt forbehold, som muliggjør at representanter forhandler frem avtaler på vegne av styret, men samtidig tillater styret en fullstendig diskresjon med hensyn til om de vil binde selskapet. Dette kan skyldes at representanten hverken har rett eller er legitimert til å binde selskapet, men kan også skyldes forhold som at selskapet ønsker å forankre en avtale sentralt i organisasjonen før avtaleslutning.

I disse tilfellene vil representanten ha en plikt til å fremlegge avtalen for det beslutningsdyktige organet.<sup>210</sup> Om det ikke fremmes til styrebehandling har partene ikke medvirket til for-

---

<sup>206</sup> Hagstrøm (2011) s. 544.

<sup>207</sup> Se også Gorton (1983) s. 49 som påpeker at det er naturlig med ansvar dersom parten har inngått forhandling «*only to prevent him from making a contract with somebody else*».

<sup>208</sup> Se Simonsen (1997) s. 195.

<sup>209</sup> Simonsen (1997) s. 196, Björkdahl (2007) s. 297.

<sup>210</sup> Christoffersen (2016) s. 166.

handlingen på en lojal måte.<sup>211</sup> Selv om det bare er representanten som unnlater å medvirke, må han identifiseres med selskapet, etter alminnelige regler om identifikasjon.

I juridisk teori er det oppstilt krav til *særlige omstendigheter* for at en beslutning om ikke å fremme en sak for besluttende organ skal kunne føre til ansvar.<sup>212</sup> Dette er imidlertid på generelt grunnlag, og tar ikke sikte på tilfellet hvor partene tar forbehold om styregodkjenning. Der dette gjøres, foreligger det etter mitt skjønn *nettopp slike særlige omstendigheter*, som gjør at manglende styrebehandling anses illojalt.

I tillegg til at saken rent faktisk fremmes for styret, kan det oppstå en plikt for styret til å foreta en reell behandling av saken. Plikten bygger på et premiss om at partene ved å innta et forbehold om styreforbehold har satt krav til *saklighet* og definert noen *avbruddskriterier for forhandlingen* – noe som for styreforbeholdet innebærer en realitetsvurdering av styret.<sup>213</sup> Å forlate forhandlingen uten å gjennomføre dette, *kan* således være illojalt. Avgjørende må være at spørsmålet er behandlet tilstrekkelig godt, sett i forhold til sakens art og viktighet for partene.<sup>214</sup>

### 5.2.5 Særlig klanderverdige forhold

I en særstilling havner de forhold hvor en part har utvist en særlig klanderverdighet, eller for øvrig handlet i strid med heder og ære.<sup>215</sup> Der hvor mye taler for å vise tilbakeholdenhet med å sanksjonere mer klossete forsøkene på lojal oppfyllelse av de prekontraktuelle pliktene, er tilfellet annerledes om en part forsettlig eller grovt uaktsomt har neglisjert disse.

For at det skal konstateres brudd på den prekontraktuelle lojalitetsplikten, kreves det ikke mer enn alminnelig uaktsomhet. Det at forholdet anses forsettlig eller grovt uaktsomt, kan imidlertid få betydning ved utmåling av erstatning. Det vil også kunne påvirke *hvilke tapsposter* som anses å nyte et erstatningsrettslig vern. Som vi kommer til, kan skyldgraden påvirke interessevurderingen, se kapittel 6.2.3.

---

<sup>211</sup> Björkdahl (2007) s. 332 oppstiller dette som en selvstendig lojalitetsplikt. Det samme gjør Simonsen (1997) s. 207 flg.

<sup>212</sup> Simonsen (1997) s. 211.

<sup>213</sup> Simonsen (1997) s. 226.

<sup>214</sup> Jf. normen oppstilt for kravet til forsvarlig forberedelse, se Simonsen (1997) s. 212.

<sup>215</sup> Björkdahl (2007) s. 376.

## 5.3 Ikrafttredelsesbetingelser

### 5.3.1 Innledning

Har partene inngått en avtale med ikrafttredelsesbetingelser, er det den *kontraktuelle lojalitetsplikten* som regulerer lojalitetspliktene mellom partene. Det innebærer, for det første, at partene ikke uten videre kan trekke seg fra avtalen. Dette til forskjell fra tilfellet ved slutningsbetingelser. For det andre er lojalitetspliktene mer vidtgående og konkrete, og terskelen for hva som anses som illojalitet er skjerpet kontra lojalitetsplikten i den prekontraktuelle fasen.

Den kontraktuelle lojalitetsplikten kan gjøre seg gjeldende på forskjellige måter. Foruten å oppstille plikter for partene, kan den fungere som tolkningsfaktor ved tolkning av avtalen.<sup>216</sup> Lojalitetsplikten har også en rolle som selvstendig grunnlag for avtalerettslig ugyldighet.<sup>217</sup> I den videre fremstillingen avgrensers jeg mot de to sidene av lojalitetsplikten. Jeg vil konsentrere fremstillingen om de mer konkrete pliktene som kan utledes, der hvor en part har inngått en avtale med ikrafttredelsesbetingelser.

Den kontraktuelle lojalitetsplikten gjelder som et generelt prinsipp i kontraktsretten.<sup>218</sup> I en systematisering mellom hoved- og sideforpliktelser, kan lojalitetsplikten sees på som en sideforpliktelse – den krever ikke hjemmel i avtale eller sedvane.<sup>219</sup> Terskelen for hva som anses som illojal atferd, må vurderes konkret.<sup>220</sup> Kommer man til at en part opptrer illojalt, innebærer det samtidig at det foreligger ansvarsgrunnlag for erstatningsspørsmålet – lojalitetsplikten og culpanormen er sammenfallende.<sup>221</sup>

Om den kontraktuelle lojalitetsplikten kan videre legges til at det er å betrakte som en minimumsstandard. Det innebærer at lojalitetsplikten ikke er et krav til ideell handlemåte i en kontraktsrettslig relasjon, kun til en minimumsterskel som partene må tre over.<sup>222</sup>

Relevante faktorer som kan påvirke *terskelen for lojalitetsplikten* er blant annet om kontrakten er inngått mellom profesjonelle parter, eller om den har særlig preg av å være forretningsmes-

---

<sup>216</sup> Se Christoffersen (2016) s. 175.

<sup>217</sup> Christoffersen (2016) s. 176 flg.

<sup>218</sup> Haaskjold (2013) s. 76 og 78.

<sup>219</sup> Hov og Høgberg (2016) s. 93, Hagstrøm (2011) s. 122-124.

<sup>220</sup> Nazarian (2007) s. 198.

<sup>221</sup> Se særlig kap. 5.1.

<sup>222</sup> Nazarian (2007) s. 199. Se også omtalen av LH-2016-22398 i neste delkapittel.

sig.<sup>223</sup> Videre er det lagt vekt på om kontrakten har «spekulasjonsartet tilsnitt».<sup>224</sup> Selv om betingede avtaler i seg selv innebærer et spekulasjonselement, nemlig at avtalen er gjort avhengig av noe fremtidig og uvisst, så vil det bære for langt å anlegge en lav lojalitetsterskel for alle betingede avtaler. Også her må vurderingen bero på en konkret vurdering av kontrakten og de spesifikke betingelsene som er inntatt.

*Typen av betingelser* vil også kunne påvirke lojalitetsplikts terskel. En ting er at betingelsen rent faktisk for å sortere som en ikrafttredelsesbetingelse må være ekstern, noe annet er om partene har en faktisk påvirkningsmulighet av rettslig relevans. Der hvor partene rent faktisk ikke kan påvirke betingelsens inntreden, vil dette kunne ha betydning for lojalitetsplikts terskel. Har parten(e) derimot ganske stor påvirkningsmulighet, eller det er nærliggende å prate om *samarbeidsforpliktelser*, vil det tale for at lojalitetsplikten strammes til.

### 5.3.2 Plikt til å arbeide for avtalen

En sentral lojalitetsplikt ved ikrafttredelsesbetingelser, er plikten til å arbeide for gjennomføring av avtalen. I dette ligger at partene plikter å arbeide for at begivenheten avtalen er gjort avhengig av inntreffer. Plikten hviler på en grunntanken om at formålet med enhver kontrakt er å realisere avtalen, og at partene derfor har en plikt til å arbeide lojalt for dette.

Plikten til å arbeide for gjennomføring av avtalen gjør seg særlig gjeldende ved betingede avtaler.<sup>225</sup> Dette skyldes at partene i fellesskap har gjort forpliktelsene i avtalen avhengig av noe fremtidig og uvisst som partene i større eller mindre grad har muligheten til å påvirke. Som fremhevet av Christoffersen – «et konkret forbehold kan ikke anses som en generell opsjon med hensyn til om avtalen skal gjennomføres eller ikke».<sup>226</sup> Prinsippet er ikke begrenset til norsk rett, men anerkjennes i en mengde jurisdiksjoner.<sup>227</sup>

Plikten til å arbeide for å gjennomføre avtalen har kommet til uttrykk på ulike måter i rettspraksis. I Rt-1965-23 var spørsmålet om en part kunne si seg fri fra en avtale om overskjøting av eiendom til sin bror under henvisning til et forbehold om at overdragelsen ble godtatt til tinglysing av landbruksmyndighetene. Høyesterett la til grunn at det var inntatt en betingelse,

---

<sup>223</sup> Haaskjold (2013) s. 77 i petit.

<sup>224</sup> Se Haaskjold (2013) s. 77 med henvisning til Rt-1999-1629.

<sup>225</sup> Se Haaskjold (2013) s. 84 som også legger til grunn at plikten til å medvirke til avtalen «gjør seg særlig klart når det er tatt forbehold».

<sup>226</sup> Christoffersen (2016) s. 165. Også Haaskjold (2013) s. 84 poengterer dette – tillater man passivitet hos en kjøper som har tatt forbehold vil det i realiteten gjøre forbeholdet til en «kamouflert kjøpsopsjon».

<sup>227</sup> Treitel (1991) s. 273. Prinsippet anerkjennes i både civil law og common law-jurisdiksjoner.

og aksepterte at det var opp til landbruksmyndighetene om godkjenningen skulle gis. Til tross for dette uttaler retten at:

*«Det berodde på landbruksmyndighetenes avgjørelse om betingelsen skulle bli oppfylt, men - og det legger jeg betydelig vekt på - begge parter pliktet å medvirke lojalt for å oppnå at samtykke ble gitt, og de var bundet av avtalen inntil spørsmålet om samtykke kunne bli avgjort.»*

Dommen er klar med hensyn til at partene har en plikt til lojal medvirkning for å få på plass samtykke fra landbruksmyndighetene. Den konkretiserer imidlertid ikke nærmere hva som skal til for at kravet til lojal medvirkning er oppfylt.

Også i nyere rettspraksis er det eksempler fra Høyesterett hvor det oppstilles en plikt til å arbeide for at betingelsen skal inntreffe.

Rt-2004-1256 – Sveaas – gjaldt en aksjekjøpsavtale hvor selger hadde tatt styreforbehold. Om ikke kjøperen ble godkjent av målselskapets styre ville avtalen bortfalle. I saken ble imidlertid forbeholdet sett i sammenheng med aksjeloven § 4-17 (1), og førstvoterende la til grunn at det her reelt sett var tale om en bestemmelse som regulerte hvem som hadde risikoen for manglende styregodkjenning. Når jeg i det følgende omhandler denne blant betingelser generelt, er det fordi jeg mener den likevel er så nært knyttet opp til forbeholdet om styregodkjenning, som kommer til uttrykk i aksjeloven § 4-17 (1), at det er naturlig å prate om at forbeholdet er inntatt i avtalen.

Ved kjøpet samtykket ikke styret i aksjekjøpet, og Sveaas hadde på dette tidspunktet en rett til å kreve kontrakten omgjort.<sup>228</sup> Førstvoterende uttaler videre at det er åpent om Sveaas på dette tidspunktet hadde en «plikt til å gi Kroken [medkontrahenten] en mulighet til å søke å finne en løsning med styret før kontrakten ble krevd omgjort», men at «meget kan tale for dette». Førstvoterende begrunner dette i at de to partene «utvilsomt etter kontrakten [hadde] en lojalitetsplikt overfor hverandre til å medvirke til at styret ga sitt samtykke».<sup>229</sup>

Det nærmere innholdet av hva som skal til for at man lojalt har arbeidet for å gjennomføre avtalen, kommer ikke klart frem av Høyesteretts praksis. Underrettspraksis kan imidlertid gi en pekepinn. I RG-1992-1311 som gjaldt et finansieringsforbehold la retten til grunn at det stilles «strengt krav til den som påberoper seg et finansieringsforbehold som grunnlag for å fragå en kjøpsavtale [...]». I RG-2001-1566, som også gjaldt finansieringsbevis, ble det lagt til grunn at budgiver måtte medvirke med «lojale anstrengelser for å søke finansiering ord-

---

<sup>228</sup> Rt-2004-1256 premiss 41.

<sup>229</sup> Rt-2004-1256 premiss 43.



net». Et minstekrav her må sies å være at man kontakter banken med det formål å få på plass en finansiering.

Det følger videre av RG-2001-1566 at budgiveren ikke kan «forlange at finansieringen skal være spesielt gunstig for ham», men at det er tilstrekkelig med noe som er innenfor rammen av hva som er «alminnelig godt og økonomisk forsvarlig». Selv om uttalelsen kan sees på som å referere til betingelsens gjenstand, sier den også noe om hvilke krav som kan stilles til lojal medvirkning.<sup>230</sup> Der en part stiller urealistiske krav til banken, slik at banken ikke gir finansiering, vil dette kunne være brudd på hva som anses som «lojale anstrengelser».

Har partene inntatt ikrafttredelsesbetingelser som er avhengig av tredjemenn, slik tilfellet er ved forbehold om offentlige godkjenninger eller bevilninger, har partene også en plikt til å arbeide for å gjennomføre avtalen. Dette innebærer eksempelvis at en part må forsøke å innhente de nødvendige tillatelsene på forsvarlige vilkår.<sup>231</sup> Det kan imidlertid argumenteres for at plikten går lenger enn som så.

Falkanger hevder, med sikte på betingede kjøp av fast eiendom underlagt konsesjonsplikt, at partene «lojalt må forsøke å oppnå konsesjon».<sup>232</sup> I dette ligger det at kjøperen har en rett til rimelig armslag for å bringe i orden konsesjonen, og at et første avslag om konsesjon ikke innebærer at kontrakten faller bort uten videre.<sup>233</sup> Sistnevnte må gjelde under en forutsetning om at det er en rimelig mulighet for at konsesjon vil bli gitt. Dersom konsesjonen etter første avslag er en høyst teoretisk mulighet, eller om det er helt klart at den ikke vil bli gitt, må avtalen bortfalle etter de alminnelige reglene for manglende betingelser.

Som nevnt er lojalitetsplikten en minimumsstandard, og den setter ikke krav til ideell handlemåte. Dette kommer til uttrykk i LH-2016-22398 – Havfisk. Saken gjaldt kjøp av fiskekvoter hvor det i avtalen var inntatt et forbehold om myndighetsgodkjenning av kvoteoverføringen. Myndighetsgodkjenning ble ikke gitt, og selger gikk til sak mot kjøper med anførsel om at kjøper hadde vært illojal ved *ikke å benytte beste søknadsalternativ*. Det var på det rene at kjøperen hadde ansvaret for å få innvilget godkjenningen.

Lagmannsretten la til grunn at når det inngås slike salg med forbehold om myndighetsgodkjenning, så «innebærer det at selgeren må gjøre det som med rimelighet kan forventes for å oppnå slik godkjenning». Dette innebærer at kjøperen opptrer «lojalt, forsvarlig og aktsomt

---

<sup>230</sup> For mer om betingelsens gjenstand, se kapittel 3.4.

<sup>231</sup> Christoffersen (2016) s. 165 med henvisning til Rt-1973-887.

<sup>232</sup> Falkanger (1969) s. 202.

<sup>233</sup> Falkanger (1969) s. 202 med henvisning til Rt-1923-93 og Rt-1965-23.

både med hensyn til utformingen av søknadene og oppfølgingen av søknadsprosessen», og med det «siktemål å oppnå myndighetenes godkjenning». Lagmannsretten krevde med andre ord ikke at beste søknadsalternativ måtte oppfylles, kjøperen var innenfor rammene av lojalitetsplikten så lenge han lojalt, forsvarlig og aktsomt hadde forsøkt å innhente godkjenningen. Dette ble også resultatet, da retten ikke kunne påvise at kjøperen hadde handlet illojalt, ufor- svarlig eller uaktsomt ved måten de søkte myndighetsgodkjenning på.

### 5.3.3 Forbud mot å motarbeide avtalen

Forbudet mot å motarbeide avtalen er en annen sentral lojalitetsplikt ved betingede avtaler. For betingede avtaler innebærer dette helt konkret at en part ikke kan motarbeide begivenhe- ten avtalen er gjort avhengig av, eksempelvis ved å jobbe *mot* finansiering ved finansierings- forbehold eller jobbe *mot* myndighetsgodkjenning om slikt forbehold er tatt.

Der hvor plikten til å arbeide for betingelsen sin inntreden kan karakteriseres som et påbud, innebærer plikten til ikke å motarbeide inntreden av betingelsen et forbud.<sup>234</sup> De to lojalitets- pliktene er dermed kontrære, og man kan begrunne forbudet ut fra en fra rent logiske betrakt- ninger; oppstiller man i visse tilfeller en handleplikt for partene til å arbeide for at betingelsen skal inntre, vil det være en normkollisjon dersom man samtidig tillater at partene kan motar- beide betingelsen sin inntreden.

Plikten kan også begrunnes ved en fra det mer til det mindre-betraktning, eller mer generelle betraktninger om det kontraktuelle lojalitetsprinsippet. Partene skal være lojale mot kontrak- ten, og i det ligger en negativ side i form av at de ikke kan motarbeide den.<sup>235</sup> Det er imidler- tid helt klart at overgangen mellom de to lojalitetspliktene er glidende. Forbudet mot å motar- beide betingelser har likevel et noe bredere normgrunnlag som vi skal se nærmere på.

De tre kodifikasjonene PECL, UNIDROIT og DCFR oppstiller alle et forbud mot å motarbei- de betingelser.<sup>236</sup> Ordlyden etter de tre normsettene er forskjellige, men felles er at ikke en- hver motarbeidelse er tilstrekkelig til å konstatere normbrudd; det må være en kvalifisert mot- arbeidelse. Slik kvalifisert motarbeidelse foreligger der en part «*contrary to duties of good faith and fair dealing of co-operation*» motarbeider en betingelse som er til vedkommendes ulempe.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> Jeg vil i det følgende bruke forbudet og ikke-plikt om hverandre.

<sup>235</sup> Haaskjold (2013) s. 78

<sup>236</sup> DCFR Bok III, 1:106 (4), PECL artikkel 16:102 og UNIDROIT artikkel 5.3.3.

<sup>237</sup> Sml. de tre kodifikasjonenes ordlyd.

Internasjonalt er det også bredt grunnlag for å oppstille et forbud mot å motarbeide betingelser til sin ulempe. I tysk og fransk lovgivning er forbudene kodifisert, og har store likheter med PECL, UNIDROIT og DCFR.<sup>238</sup> I den franske kodifikasjonen er det ikke nærmere angitt hvordan forbudet skal avgrenses, men det fremgår fra teori at ikke enhver motarbeidelse er tilstrekkelig til å konstatere normbrudd. Det er eksempelvis foreslått at motarbeidelsen må være uredelig, eller i det minste bero på en feil fra parten som motarbeidet betingelsen.<sup>239</sup> I den tyske kodifikasjonen er det, i tillegg til at motarbeidelsen må være illojal (se BGB § 162 «wider Treu und Glauben verhindert»), også et krav til kausalitet. Det er med andre ord et krav til at parten direkte eller indirekte har forhindre betingelsen.<sup>240</sup> Lignende regler finnes i amerikansk og engelsk rett.<sup>241</sup>

Det er få norske høyesterettsdommer som angår forbudet mot å motarbeide en betinget avtale, og generelt få dommer som tegner opp linjene for forbudet mot å motarbeide ikke-betingede avtaler. Det er derfor skrevet lite om forbudet mot å motarbeide en avtale i norsk juridisk litteratur.<sup>242</sup>

Årsaken til sparsommelig rettspraksis kan skyldes forholdet mellom handlingene og kontraktsrettens sanksjonssystem for øvrig. Jeg tar da utgangspunkt i at avtalen ikke er betinget. En motarbeidelse ved innsatsforpliktelse vil danne grunnlag for ansvar etter kontraktsrettens mangelslære, da dette uansett vil være uaktsomt og grunnlag for mangelskrav. Tilsvarende vil motarbeidelse ved resultatforpliktelse føre til forsinkelse eller mangel som sanksjoneres på tilsvarende måte. Det er i mange tilfeller ikke behov for å konstatere brudd på lojalitetsplikten. Behovet kommer på spissen først når avtalen er betinget.

Det er likevel ikke tvilsomt at man kan oppstille slike forbud. I Rt-1927-863 gjaldt spørsmålet om en overføring av en skjenkebevilling mellom to parter i forbindelse med en utstilling. Bevilling ble nektet, og saken gjaldt et erstatningskrav som følge av illojalitet. Retten kom til at årsaken til manglende bevilling var at selger, på grunn av politiske årsaker, unnlot å avvertere utstillingen i avisen. Høyesterett la til grunn at den manglende avverteringen innebar en illojalitet og et kontraktsbrudd. Dette medførte et erstatningsansvar for selgeren.

En annen illustrerende sak er Rt-1934-249. Saken gjaldt kjøp av skog underlagt konsesjonsplikt. Høyesterett kom til at selger, ved å handle slik at konsesjon ikke ville bli gitt, hadde utført en «rettsstridig tilsidesettelse av den aktsomhetsplikt» som kjøpsavtalen påla ham. Selgeren hadde, kort sagt, direkte motarbeidet avtalen han hadde inngått med kjøperen.

---

<sup>238</sup> Se franske code civil artikkel 1304-3 og tyske BGB artikkel 162.

<sup>239</sup> Se Treitel (1991) s. 270 som sier at motarbeidelsen må være «fraudent».

<sup>240</sup> Palandt og Bassenge (2007) s. 170.

<sup>241</sup> Treitel (1991) s. 268.

<sup>242</sup> Et unntak er Haaskjold (2013) s. 80 som skriver om dette blant annet under henvisning til Rt-1943-649. Dommen blir nærmere kommentert i kapittel 6.3.2.

Selgeren hadde inngått avtale med en kjøper om salg av skogen, og deretter inngått en subsidiær avtale med en annen kjøper om salg av samme skog, men til høyere pris. Den subsidiære kjøperen var innenbygds kjøper, mens den prinsipale kjøperen var utenbygds, og det fremkom at konsesjonsgiver ville foretrekke innenbygds kjøper fremfor utenbygds. Førstvoterende la til grunn at der hvor en part følger sine egne interessert kreves det en særlig aktsomhet. Retten la til grunn at selgeren måtte ha kjennskap til at den nye kjøperen ville foretrekkes, og at selgeren ved å inngå en subsidiær kjøpsavtale ville innebære at konsesjon ikke ville bli gitt for den første kjøperen. Dette uttalte Høyesterett var en «rettsstridig tilsidesettelse av den aktsomhetsplikt» som den første kjøpsavtalen påla ham.

Det nærmere innholdet av et forbud mot å motarbeide betingelser er ikke klart. Et alminnelig utgangspunkt må være at ikke *enhver motarbeidelse kan være tilstrekkelig* til å konstatere pliktbrudd, også her må man operere med et skyldkrav. I lys av de rettsvirkningene som kan trekkes særlig fra forbudet mot å motarbeide betingelser, bør man være forsiktig med å sanksjonere de mer klossete motarbeidelsene.<sup>243</sup>

Motarbeidelsen må, for å falle innunder normen, kunne karakteriseres som illojal. Hva som er illojalt må vurderes konkret opp mot avtalens innhold og karakter. Lagmannsrettens dom i RG-1992-1311 er illustrerende på et sakskompleks som etter min mening faller innunder normen. Saken gjaldt boligkjøp med dobbelt forbehold. Kjøper hadde tatt et alminnelig finansieringsforbehold i tillegg til et forbehold om at han fikk solgt sitt eget hus. Kjøperen la ut sitt eget hus til salg, fikk et bindende bud, men var ikke fornøyd med prisen. Han nektet å akseptere budet, trakk salgsoppdraget tilbake og hevdet seg fri under henvisning til forbeholdet. Dette førte til at huset *ikke* ble solgt. Dette må klart nok anses som en illojal motarbeidelse.

Et annet illustrerende sakskompleks er den engelske saken *Bournemouth & Boscombe Athletic F.C. v. Manchester United F.C.*<sup>244</sup> Saken gjaldt kjøp av en fotballspiller hvorav en del av vederlaget skulle betales etter at spilleren hadde scoret 20 mål i løpet av en sesong. Kjøpsklubben satte spilleren ut av laget før han fikk sjansen til å score 20 mål, noe retten fant illojalt og som dannet grunnlag for erstatning.<sup>245</sup>

Saken er egnet til å vise hvordan ikke enhver motarbeidelse er tilstrekkelig for å konstatere brudd på lojalitetsplikten. Om spilleren rent faktisk ikke var god nok til å spille, må det være legitimt for klubben å utelate spilleren fra startoppstillingen. Annerledes blir resultatet dersom

---

<sup>243</sup> Som nevnt i voldgiftsdommen inntatt i Hagstrøm (2011) s. 544.

<sup>244</sup> Saken kan neppe karakteriseres som en ikrafttredelsesbetingelse slik som jeg har karakterisert det i denne oppgaven, men snarere som en vederlagsbetingelse. Avtalen var både gyldig og inngått, spørsmålet var hva som skulle til for å oppfylle retten til fullt vederlag. Sakens faktum er imidlertid illustrerende for rammene av hva som anses for illojal motarbeidelse.

<sup>245</sup> Referert til i Treitel (1991) s. 269. Klubben fikk dekket *damages*, det som tilsvarer negativ kontraktsinteresse i norsk rett.

klubben med viten og vilje utelot spilleren i den hensikt å slippe unna å betale ekstravederlaget. Dette kan lett danne grunnlag for et pliktbrudd, også etter norsk rett.

#### 5.3.4 Omsorgsplikt ved betingelser

Det kan stilles spørsmål om det gjelder en særlig omsorgsforpliktelse i perioden mellom bindende avtale er inngått og avtalen er trådt i kraft. En slik omsorgsforpliktelse er særlig aktuell ved kommersielle transaksjoner, og er i juridisk teori formulert som et krav til selger om å ivareta driften av målselskapet på en måte slik at kjøpers interesser ikke er skadelidende.<sup>246</sup>

Det vanlige virkeområdet for partenes omsorgsforpliktelser er knyttet til perioden etter risikoens overgang.<sup>247</sup> Dersom en part ikke oppfyller sine forpliktelser eller for øvrig ikke ivaretar sine interesser, kan det for medkontrahenten oppstå en forpliktelse til å ivareta gjenstanden omsorgsfullt og lojalt.<sup>248</sup> Selv om den plikten er begrunnet i samme hensyn som omsorgsforpliktelsen i perioden mellom bindende avtale og ikrafttredelse, er det to ulike regelsett. Den vanlige omsorgsforpliktelsen inntreffer ved kreditormora. En omsorgsplikt for debitor i avtalens «svevende fase», er imidlertid uavhengig av om kreditor ivaretar sine plikter.

Det er ikke uvanlig at partene regulerer pliktnormer i avtalen som er nært knyttet til omsorgsforpliktelser. Det kan være avtaleklausuler som gir motparten rett til å gå fra avtalen dersom transaksjonsobjektet er negativt påvirket, evt. «pre closing-coventants» som nærmere beskriver hvordan selskapet skal drives frem til overlevering.<sup>249</sup> Det finnes også andre alternative kontraktsmekanismer for å regulere partenes atferd i perioden mellom bindende avtale og overtakelse, eksempelvis ved en prisregulering av kjøpesummen ved closing.<sup>250</sup> Slike kontraktsmekanismer kan være knyttet til rent objektive forhold ved målselskapet, men også innebære subjektive krav til handlemåte. Det er kun sistnevnte som vil innebære en lojalitetsplikt.

Spørsmålet er om man trenger å regulere slike subjektive forhold i avtalen, eller om disse uansett vil omfattes av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.

Det finnes ikke noen generell lovregulering av forholdet. Den alminnelige omsorgsplikten vil som hovedregel inntre først ved utveksling av varene. Et unntak finnes ved normer som oppstiller plikter for medkontrahenten i perioden før risikoens overgang. Slike regler finnes i håndverkertjenesteloven § 5 (1) som pålegger en håndverker plikt til å ivareta forbrukerens

---

<sup>246</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 803.

<sup>247</sup> Eksempelvis kjl. § 72, avhl. § 2-7 (1), hvtjl. § 47 (1).

<sup>248</sup> Haaskjold (2013) s. 90-91, Hagstrøm (2011) s. 627 flg.

<sup>249</sup> Førstnevnte omtales gjerne som MAC-klausuler, se Aabø-Evensen (2011) s. 798. Se også s. 802 for mer om pre closing-covenants.

<sup>250</sup> Christoffersen (2008) s. 264.

interesser med «tilbørlig omsorg». <sup>251</sup> Selv om det ikke følger direkte av forarbeidene, vil manglende omsorg overfor de omgivelsene håndverkeren opptrer i ganske klart diskvalifisere som «fagmessig», og det vil for øvrig gå utover det man «kan vente av en part i et avtaleforhold som bygger på gjensidig lojalitet». <sup>252</sup> En lignende bestemmelse finnes i buofl. § 7. <sup>253</sup>

Noe klart prejudikat som statuerer en generell omsorgsforpliktelse i avtalens svevende fase finnes ikke. Plikten kan imidlertid sees på som et utslag av mer generelle normer om lojalitet i kontraktsforhold. Dette støttes av betraktninger i juridisk teori. <sup>254</sup>

Internasjonalt finnes det regler som oppstiller en omsorgsplikt for betingede avtaler. I tyske BGB artikkel 160 oppstilles en erstatningsregel for tilfellene hvor medkontrahenten «defeating or adversely affecting the right dependent on the condition». <sup>255</sup> En lignende regel finnes i UNIDROIT artikkel 5.3.4; en part kan ikke illojalt «*act so as to prejudice the other party's rights in case of fulfilment of the condition*». Det fremgår av begge bestemmelsene at virkeområdet er i perioden før betingelsen inntreffer, og etter avtalen er sluttet. De to normene er begge subjektive i den forstand at et objektivt avvik ikke er tilstrekkelig, de sanksjonerer partens handlemåte.

Som begrunnelse vises det i UNIDROIT til at kjøpers rett i disse tilfellene har en beskyttelsesverdig interesse, og at det er «generally better to prevent such actions than to cure their effects». <sup>256</sup> Dette har, etter min mening, mye for seg. UNIDROITs *Travaux préparatoires* fremhever også et siste poeng, gjennom å statuere en slik deklarasjonsregel får partene en oppfordring til å regulere forholdet. <sup>257</sup> Dette må presumtivt være konfliktdempende i relasjon mellom partene. Samtidig er uttalelsen egnet til å forvirre med hensyn til om omsorgsforpliktelsen kan sies å være utslag av et felleseuropeisk prinsipp, eller om regelen må anses å være en normativ nyvinning.

Omsorgsforpliktelsen kan sees i sammenheng med særtrekkene ved de betingede avtalene. Partene slutter en avtale hvorav medkontrahenten får en rett til transaksjonsobjektet, dersom en fremtidig, uvisst begivenhet inntreffer. Verdisettingen og avtalen er sluttet på grunnlag av forholdene slik de fremsto ved tidspunktet for avtalebinding. Samtidig er transaksjonsobjektet

---

<sup>251</sup> Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere, lov 16. juli 1989 nr. 63.

<sup>252</sup> NOU 1979:42 – Forbrukertjenester s. 78

<sup>253</sup> Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m., lov 16. desember nr. 94.

<sup>254</sup> Se Aabø-Evensen (2011) s. 803

<sup>255</sup> Engelsk oversettelse av BGB § 160 (1).

<sup>256</sup> UNIDROIT (2010) s. 176.

<sup>257</sup> Fauvarque-Cosson (2011) s. 548.

gjærne dynamisk – selskapet må driftes frem til overtakelse. I denne perioden har selger kontroll over kontraktsgjenstanden, og en stor faktisk p avirkningsmulighet.

Ved den alminnelige omsorgsforpliktelsen heter det at en part som har «egendommen i sin besittning eller annars ut over kontroll  over egendomen» skal tilse at «dess v arde f or motparten inte f orringas on odan».<sup>258</sup> Dette hensynet gj or seg, etter min mening, ogs a gjeldende i avtalens svevende fase. At partene ofte regulerer inn slike subjektive regler i avtalen, underbygger at det er utslag av et reelt behov.

Er selger tilstrekkelig skj odesl os i sin kontroll over m alselskapet, vil det kunne foreligge en kj opsrettslig mangel. Terskelen for at et slikt forhold anses  a utgj ore en mangel, vil p a sin side kunne v are h oy. Det er i slingringsmonnet mellom skj odesl os kontroll og kj opsrettslig mangel det er behov for  a statuere en plikt for parten til  a drive forstandig forretningsdrift. Til tross for at det ikke finnes en h oyesterettsdom som sementerer rettstilstanden, mener jeg det er gode grunner for  a oppstille en slik omsorgsforpliktelse de lege lata. Klarer ikke selger p a lojalt vis  a ta vare p a salgsgjenstanden i avtalens svevende fase, b or dette sanksjoneres. Den n armere terskelen m a avgj ores i det konkrete tilfellet.

### 5.3.5 Plikt til  a reforhandle?

En kan stille sp orsm alet om det for betingede avtaler gjelder en plikt til lojalt  a reforhandle avtalen dersom betingelsen ikke inntreffer. Plikten til  a reforhandle er en omdiskutert lojalitetsplikt og er gjerne dr oftet i lys av problemstillinger knyttet til langvarige kontraktsforhold og endringer i  konomiske forhold.<sup>259</sup> Plikten til  a reforhandle er ogs a inntatt som et generelt prinsipp i PECL 6:111.<sup>260</sup> I det f olgende vil jeg likevel knytte en reforhandlingsplikt til et mye snevrere praktisk anvendelsesomr ade.

Det er ikke uvanlig at partene avtaler flere kumulative betingelser. Disse kan v are av st orre eller mindre subjektiv betydning for partene. I det legger jeg at ikke alle betingelsene vil v are *n odvendige* for  a gjennomf ore avtalen. Noen vil inntas for  a statuere strenge forpliktelser for medkontrahtenten i henhold til oppfyllelse av avtalen, andre vil v are viktig, men ikke strengt n odvendig. Noen type betingelser vil n armest v are  a betrakte som formalia.

---

<sup>258</sup> Munukka (2007) s. 174.

<sup>259</sup> Se eksempelvis Meidell (2002).

<sup>260</sup> Men kritisert i juridisk teori, se Meidell (2002) s. 502. Se ogs a Lando et al. (2000) s. 328 for det normative grunnlaget for  a innta bestemmelsen i PECL.

En ting er at noe som tilsynelatende er en betingelse, ved nærmere ettersyn kun utgir seg for å være dette.<sup>261</sup> Noe annet er i de tilfellene hvor domstolene ikke kan tolke seg ut av problemet, men får spørsmålet på spissen; om den konkrete betingelsen ikke er viktig for partene, og hvor realisering av avtalen medfører betydelige fordeler, er det da grunnlag for å innfortolke en reforhandlingsplikt dersom begivenheten ikke inntreffer?

Det alminnelige utgangspunktet er at avtalen bortfaller dersom en betingelse ikke inntreffer, og partene ikke har noen plikt til å gjennomføre reforhandling. Som påpekt av Meidell, det kan heller ikke innfortolkes noen alminnelig plikt til å reforhandle avtaler der det ikke følger av avtalen selv – det kommer i strid med avtalefrihetens negative side.<sup>262</sup> Han utelukker imidlertid ikke at domstolen i det konkrete tilfellet kan komme til at det foreligger en slik plikt.

Det er likevel klart at man *kun* kan statuere en slikt plikt dersom det foreligger noen helt særlige forhold. Meidell fremhever kontraktsforhold som «bærer sterkt preg av et samarbeid mellom partene, med høyde krav og forventninger til lojalitet».<sup>263</sup> Dette vil ofte være tilfellet for ikrafttredelsesbetingelser, kanskje især der hvor begge partene kan påvirke betingelsen. Samtidig støter momentene mot den alminnelige forventningen om forutsigbarhet. Avhengig av hva slags gren i kontraktsretten man har å gjøre med, kan hensynet slå ut forskjellig.<sup>264</sup>

Om domstolen i det konkrete tilfellet kommer til at det forelå en plikt til reforhandling, så må det være under premisset om at betingelsens fraværende ikke vil være til ulempe for partene. Dernest må realisering av avtalen være til begges fordel. At domstolen skulle komme til dette i et tilfellet hvor en betingelse nærmest er av bagatellmessig karakter, er ikke urealistisk. Reelle hensyn må anses å spille en ikke ubetydelig rolle for resultatet. Rettskildesituasjonen er utover det så usikker at det ikke er mulig å oppstille noen klarere regler. En generell plikt til å reforhandle, kan man imidlertid ikke si at foreligger.

## 5.4 Oppsummering

Den alminnelige lojalitetsplikten gjelder ved alle type kontrakter, men får særlig betydning ved betingede avtaler. Den gjør seg likevel gjeldende på til dels svært ulike måter for slutningsbetingelser og ikrafttredelsesbetingelser.

---

<sup>261</sup> Se 3.3.2 hvor det legges til grunn at en ordlydsregulering ikke alene er tilstrekkelig til å etablere noe som en betingelse.

<sup>262</sup> Meidell (2002) s. 501 – Det siktes her til friheten til å unnlate å forhandle.

<sup>263</sup> Meidell (2002) s. 501

<sup>264</sup> Som tidligere nevnt vil hensynet generelt være tungtveiende i entrepriseretten.



I førstnevnte tilfellet er partene i en forhandlingsfase, og hovedregelen er at partene fritt kan trekke seg fra avtalen – det er jo nettopp derfor de har tatt forbehold om avtalebinding. Den prekontraktuelle lojalitetsplikten setter imidlertid skranker for partenes handlemåte, og oppstille plikter. Grunnlaget for denne plikten er noe svakere, og pliktene vil ikke være like vidtrekkelige, som om partene har inngått bindende avtale.

For *ikraftredelsesbetingelser* har partene inngått en bindende avtale. Dette innebærer at man kan oppstille enda klarere plikter og forbud. Helt sentralt er det at partene plikter å arbeide lojalt for å oppfylle avtalen, og at de har et forbud mot å motarbeide betingelsers inntreden. Sistnevnte kan ha betydning for utmålingsregelen, som vi skal se videre på i neste kapittel.

## 6 Erstatningsutmåling ved illojalitet

### 6.1 Innledning

Dersom en part ikke handler i samsvar med sine plikter, reiser det seg et spørsmål om erstatning. Erstatningsutmålingen vil alltid være gjenstand for en konkret vurdering.<sup>265</sup> Av sentral interesse for spørsmålet *om partene skal gå til søksmål*, er hvilke utmålingsprinsipper for erstatning de har utsikter til. En rettslig prosess er kostbar, og vil alltid være forbundet med risiko. Den risikoen vil ofte kun være verdt å ta om det økonomiske tapet som er vernet, er av en viss størrelsesorden.

For at partene skal kunne fremme krav om erstatning, må grunnvilkårene for erstatning være tilstede. Det er allerede etablert at brudd på lojalitetspliktene er sammenfallende med det erstatningsrettslige ansvarsgrunnlaget, både for slutnings- og ikrafttredelsesbetingelser.<sup>266</sup> I den videre fremstillingen vil jeg drøfte *hva* som kan anses som erstatningsrettslig vernede økonomiske tap, under de to typene av betingelser. Utgangspunktene er her forskjellige, og disse behandles separat.

Det siste vilkåret for at det er grunnlag for erstatning, er at det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlaget. Jeg går ikke nærmere inn på adekvansvurderingen i den videre fremstillingen, men nøyer meg med å påpeke at et erstatningsrettslig vernet økonomisk tap som skyldes illojalitet i avtaleforholdet, ofte vil være adekvat.<sup>267</sup>

For ikrafttredelsesbetingelser utelukker jeg ikke at et skadefølge i det konkrete tilfellet kan anses upåregnelig for skadevolder. Spørsmålet må uansett underlegges en konkret vurdering, hvor kontraktsgjensstandens art vil spille en ikke ubetydelig rolle.

For slutningsbetingelser viser jeg til Simonsen som påpeker at det er unødig å ty til adekvansbegrensningen når man trekker rammene av det prekontraktuelle ansvaret. Det prekontraktuelle ansvaret utløper fra skadelidtes berettigede forventning. Dette gir et «langt snevrere dekningsrammer enn det som følger av de alminnelige påregnelighetsbetraktningene».<sup>268</sup>

Innledningsvis vil jeg likevel knytte noen ord til prinsippene for erstatningsutmåling rent generelt. Erstatningsutmåling sorteres gjerne i begrepene *positiv og negativ kontraktsinteres-*

---

<sup>265</sup> Hagstrøm (2011) s. 553.

<sup>266</sup> Se kapittel 5.1.

<sup>267</sup> For mer om adekvanskravet, se Hagstrøm (2011) s. 545 flg.

<sup>268</sup> Simonsen (1997) s. 339.

se.<sup>269</sup> Ved positiv kontraktsinteresse siktes det til det økonomiske tapet som skadelidte er påført ved tap av kontrakten (kontraktens dekningsbidrag) og ved negativ kontraktsinteresse siktes det til det tapet som er oppstått ved at den skadelidte stolte på kontrakten.<sup>270</sup> Begrepene, slik jeg bruker det, er kun et resultat av rettsanvendelsen.<sup>271</sup> I dette ligger det at begrepet i seg selv ikke gir anvisning på den konkrete utmålingen, men sier noe om hvilke tapsposter som rent faktisk kan dekkes.

For det prekontraktuelle ansvaret er det i juridisk litteratur påpekt at begrepet «negativ kontraktsinteresse» er uhensiktsmessig. Tapet oppstår ikke som et resultat av at partene har «stolt på kontrakten», det foreligger i disse tilfellene overhodet ingen kontrakt.<sup>272</sup> Utmålingen av det økonomiske etter det prekontraktuelle ansvaret, vil derfor være noe annerledes enn utmåling for ugyldige avtaler. Når jeg knytter begrepet negativ kontraktsinteresse til utmåling av det økonomiske tapet i den prekontraktuelle fasen, er dette med vekt på at begrepsbruken er hevdvunnen, og at det ikke foreligger noen tilstrekkelig god alternativ uttrykksmåte.<sup>273</sup>

For partene er skillet mellom negativ og positiv kontraktsinteresse av sentral betydning. Der hvor det kun er grunnlag for negativ kontraktsinteresse, vil det i alminnelighet være mindre attraktivt å fremme et krav enn der hvor parten har utsikt til den positive kontraktsinteressen. Som hovedregel er nemlig den positive kontraktsinteressen langt større enn den negative. I den videre drøftelsen baserer jeg meg derfor på denne skillelinjen.

## 6.2 Slutningsbetingelser

### 6.2.1 Problemstillingen

Når partene har inntatt slutningsbetingelser, er hele poenget at *bindende avtale ikke er inngått*. Partene er rent faktisk i en forhandlingsfase, noe som innebærer at de har en forhandlingsfrihet med hensyn til om de ønsker å binde seg eller ikke. Dette utelukker ikke at partene kan havne i ansvar. I det følgende forutsettes det at det er konstatert brudd på de prekontraktuelle pliktene. Problemstillingen er hva slags økonomisk tap som er erstatningsrettslig vernet.

### 6.2.2 Hovedregel: Erstatning for den negative kontraktsinteressen

---

<sup>269</sup> Jeg bruker oppfyllelsesinteresse og positiv kontraktsinteresse som synonym i den videre fremføringen.

<sup>270</sup> Hagstrøm (2011) s. 540, Krokeide (1979) s. 136, Hov og Høgberg (2016) s. 267-270.

<sup>271</sup> Hagstrøm (2011) s. 540.

<sup>272</sup> Simonsen (1997) s. 320-321.

<sup>273</sup> Simonsen (1997) s. 321 legger det samme til grunn.

Hovedregelen ved prekontraktuelt ansvar er at man får dekket den *negative kontraktsinteressen*.<sup>274</sup> Prinsippet gir, i den prekontraktuelle fasen, skadelidte dekning for de utgifter skadelidte påfører seg selv i villfarelse om at medkontrahenten opptrer lojalt og aktsomt.<sup>275</sup> Dette er i juridisk teori sammenfattet i begrepet «forutsetningsorientert tapsutmåling».<sup>276</sup>

Innunder dette gjelder to hovedposter for det økonomiske tapet, henholdsvis dekning for utgifter den skadelidte ellers ikke ville hatt (damnus emergens), og inntekter han har gått glipp av (lucrum cessans).<sup>277</sup>

Den konkrete utmålingen etter de to utmålingspostene kan prinsipielt være problematisk. Til tross for utgangspunktet om at man skal få dekket utgiftene som man ellers ikke ville hatt, kan ikke kausale betraktninger alene begrunne tapspostene.<sup>278</sup> Reelle hensyn gjør seg også gjeldende. Når det gjelder slutningsavtaler er *hele poenget at parten har forbeholdt seg retten til å ikke inngå avtale*. Dette taler for at man ikke bør strekke dekningen av tapspostene for langt når det gjelder betingede avtaler.

Når det gjelder utgiftsdekning for den skadelidte, kan tapsposten inndeles i forhandlingsutgifter og kontraktsrelaterte utgifter. Forhandlingsutgiftene er de utgiftene som er påløpt i forbindelse med selve forhandlingen.<sup>279</sup> Disse utgiftene er i kjernen av hva som dekkes ved brudd på det prekontraktuelle ansvaret.

De kontraktsrelaterte utgiftene er de utgiftene en part har pådratt seg i tro om at avtalen ville gjennomføres. Utgiftsposten knytter seg med andre ord til innholdet av kontrakten. Kontrakten er på tidspunktet ikke bindende inngått, og partene har prinsipielt sett en fri adgang til å trekke seg. Vurderingen av om disse utgiftene skal dekkes, må derfor avgjøres konkret.<sup>280</sup>

Det er grunn til å tro at terskelen for å tilkjenne kontraktsutgiftene for brudd på de prekontraktuelle pliktene, der hvor partene har inngått en betinget avtale, vil være noe høyere enn ellers. Dette skyldes at det er et svakere grunnlag for å beskytte primærforventningen – parten(e) har jo tross alt forbeholdt seg retten til ikke å inngå avtale.<sup>281</sup> En kompliserende faktor er at der

---

<sup>274</sup> Med de modifikasjoner som følger når begrepet anvendes i den prekontraktuelle fasen, jf. punkt 6.2.1.

<sup>275</sup> Simonsen (1997) s. 323.

<sup>276</sup> For mer om prinsippet, se Simonsen (1997) s. 322 flg.

<sup>277</sup> Simonsen (1997) s. 338.

<sup>278</sup> Jf. Hagstrøm (2011) s. 543, Iversen (2013) s. 469.

<sup>279</sup> Simonsen (1997) s. 339.

<sup>280</sup> Simonsen (1997) s. 342-343 med henvisning til Rt-1992-1110.

<sup>281</sup> Med primærforventning sikter jeg til resultatet av den prekontraktuelle atferden, se nærmere om dette i kap. 5.2.1.

hvor en berettiget forventning blir etablert, eksempelvis fordi motparten gir tilsagn om at forbeholdet på tidspunktet «er å anse som en formalitet», vil man kunne nærme seg et tidspunkt hvor forbeholdet anses frafalt.<sup>282</sup>

Undertiden oppstår også spørsmålet om den skadelidte kan få dekket *disponeringstapet* (*lucrum cessans*) – det tap han har lidt ved å unnlate å foreta andre rettslige disposisjoner.<sup>283</sup> Disponeringstapet er på flere måter særlig aktuelt når partene har avtalt slutningsbetingelser, og en av partene er illojal.

For det første vil det være aktuelt fordi disponeringstapet ofte vil være den direkte årsaken til at motparten er illojal. Som fremhevet i kapittel 5.2.5, noen av tvistene i den prekontraktuelle fasen skyldes nettopp at en part innleder en forhandling uten å ha til hensikt å slutte avtale. Den konkrete årsaken kan være at parten ønsker å binde opp ressurser hos sin motpart/konkurrent gjennom å innlede en falsk forhandling, slik at han ikke inngår den rettslige disposisjonen han ellers ville ha inngått.

For det annet kan dekning av disponeringstap være aktuelt i tilfellene hvor man inngår en avtale, og det samtidig skjer en markant markedsendring i perioden frem til forhandlingshavarieret. Den lojale parten vil typisk hevde at han, foruten for de andre tapspostene, har lidt et økonomisk tap i at han ikke lenger kan selge eller inngå avtalen på de tilsvarende vilkårene som han kunne på tidspunktet for den illojale handlingen.

Krav om dekning av disponeringstap medfører flere utfordringer – foruten et tungt bevistema vil slike tap raskt kunne fremstå som upåregnelig eller inadekvat.<sup>284</sup> Imidlertid fremhever Simonsen at «en tapstype normalt er upåregnelig, er ikke en tilstrekkelig begrunnelse til å unnta tap som faktisk var forutseelig for skadevolder».<sup>285</sup> Det er også eksempler på at disponeringstap er dekket i norsk rettspraksis, se eksempelvis LF-2005-28854.

Det er ikke eksempler på at Høyesterett har tatt stilling til utmåling av erstatning for lojalitetsbrudd ved slutningsbetingelser. Sett i lys av det pliktbruddet som ofte vil være ansvarsbetingende, nemlig at en part innleder en kontraktsforhandling uten å ha til hensikt å slutte avtale, er det ikke tvilsomt at også disponeringstapet prinsipielt dekkes. Tapsposten vil ofte være synlig

---

<sup>282</sup> Jeg har tidligere i avhandlingen stilt spørsmål om i hvilken grad det er overlappende rettsfaktasider mellom de to normsettene. Spørsmålet er nærmere presisert i kap. 4.2.4, og jeg går ikke nærmere inn på dette i det følgende.

<sup>283</sup> Omtales også som et spørsmål om man kan få dekket *tapt vinning*.

<sup>284</sup> Iversen (2013) s. 456-457.

<sup>285</sup> Simonsen (1997) s. 346.

og påregnelig for skadevolder, og vil i mange tilfeller være motiverende for pliktbruddet. Hvorvidt man i det enkelte tilfellet rent faktisk vil dekke også disponeringstapet må imidlertid vurderes konkret.

### 6.2.3 Kan man få dekket positiv kontraktsinteresse ved illojal påberopelse av slutningsforbehold?

Den klare hovedregelen er at oppfyllelsesinteressen i den prekontraktuelle fasen ikke anses å ha erstatningsrettslig vern. Den positive kontraktsinteressen forutsetter, tradisjonelt sett, gyldig og bindende kontrakt.<sup>286</sup> Til tross for dette utgangspunktet er det i nyere rettspraksis åpnet for at positiv kontraktsinteresse kan tilkjennes unntaksvis, også der hvor avtalen *ikke* er bindende inngått.

I det følgende skal jeg drøfte om den positive kontraktsinteressen anses å ha erstatningsrettslig vern i tilfellene hvor en part illojalt påberoper seg et slutningsforbehold. For nærmere redegjørelse av hvilke prekontraktuelle lojalitetsplikter som særlig gjør seg gjeldende ved slutningsbetingelser, se punkt 5.2.

Simonsen har stilt spørsmålet om den *resultatorienterte tapsutmålingen* har erstatningsrettslig vern ved brudd på det prekontraktuelle ansvaret.<sup>287</sup> Den positive kontraktsinteressen inngår som én av flere tapsposter som faller innunder begrepet resultatorientert tapsutmåling. Jeg begrenser videre drøftelse til denne tapsposten, og avgrenser mot andre resultatorienterte tapsposter, herunder tap av sjanse og utgiftsdekning som minimumserstatning.

Det er ikke tvilsomt at oppfyllelsesinteressen i den prekontraktuelle fasen er blitt ansett å ha erstatningsrettslig vern. På anskaffelsesrettens område er dette sikker rett.<sup>288</sup> At oppfyllelsesinteressen dekkes ved pliktbrudd i den prekontraktuelle fasen rent generelt, er det imidlertid ikke grunnlag for å hevde. Vurderingen må avgjøres konkret.<sup>289</sup> Særlig tre dommer fra Høyesterett er sentrale for å kartlegge rammene for denne *interessevern vurderingen*.<sup>290</sup>

I Rt-2001-1062 – Nucleus – var spørsmålet om en anbyder («Nucleus») kunne få utmålt erstatning etter den positive kontraktsinteressen i et tilfelle hvor selskapet urettmessig var forbigått i en anbudskonkurranse. Det var i saken klart at det forelå en saksbehandlingsfeil fra

---

<sup>286</sup> Iversen (2013) s. 452. Se også Hagstrøm (2011) s. 539 som sier at begrepet kan sies å være «en avledning av at det foreligger en bindende avtale [...]».

<sup>287</sup> Simonsen (1997) s. 351.

<sup>288</sup> Jf. Rt-2001-1062 – Nucleus.

<sup>289</sup> Hjelmeng (2007) s. 173.

<sup>290</sup> Jeg bruker i det følgende «interessevern vurderingen» om den konkrete vurderingen, i samsvar med Hjelmeng (2007).

byggherrens side i forbindelse med anbudskonkurransen, og at Nucleus rent faktisk ville ha fått tilbudet om saksbehandlingsfeilen ikke var gjort.

Høyesterett viste til den tradisjonelle oppfatningen om den positive kontraktsinteressen kun har erstatningsrettslig vern der hvor en part har *rettslig krav på å få inngå en avtale*, men uttalte videre at dette ble et for enkelt synspunkt der hvor det dreide seg om offentlig myndighetsgodkjenning, hvor regelverket i stor grad var regelstyrt, utlysningen skjedde etter EØS-regler og reelle hensyn talte for erstatning. På bakgrunn av dette la førstvoterende til at det var grunnlag for oppfyllelsesinteressen ved anbudskonkurranser dersom det dreide seg om en *vesentlig feil*, og at det var *klar sannsynlighetsovervekt* for at anbyderen ville ha fått oppdraget om man tenkte bort feilen.

I Rt-2007-425 – Rikstoto-dommen – var spørsmålet om positiv kontraktsinteresse i den prekontraktuelle fasen atter aktualisert. En gambler skulle spille på hest, men på grunn av feil fra Rikstoto sin side ble han forhindret fra å inngå veddemålet. Det var på det rene at om parten hadde inngått veddemålet, så *ville han ha vunnet*. Spørsmålet i saken var om den tapte gevinsten hadde erstatningsrettslig vern.

Førstvoterende startet med utgangspunktet om at oppfyllelsesinteressen i den prekontraktuelle fasen tradisjonelt sett ikke har erstatningsrettslig vern. Et nødvendig vilkår for slikt vern, uttalte førstvoterende, er at parten har «*krav på å få inngå avtale*»<sup>291</sup>. Videre uttaler førstvoterende at Nucleus-dommen *ikke kan forstås* som å verne positiv kontraktsinteresse på generelt grunnlag.<sup>292</sup> Når domstolen i Nucleus-saken kom til at oppfyllelsesinteressen var vernet, var det med henblikk på de særlige forholdene som gjør seg gjeldende ved anbud, samt de sterke beskyttelsesverdige interessene som tilsa vern.<sup>293</sup>

Førstvoterende gikk så videre med konkret å vurdere om tapt lottogevinst har et erstatningsrettslig vern.<sup>294</sup> Det hadde den ikke. Riktignok talte Rikstoto sin monopolsituasjon for et vern, men de andre reelle hensynene talte mot å verne tapt spilleinntekt.<sup>295</sup>

I Rt-2010-1478 – Garasjeparselldommen – var spørsmålet om det var grunnlag for naturaloppfyllelse som følge av illojalitet i den prekontraktuelle fasen.<sup>296</sup> Faktum i saken var at fire

---

<sup>291</sup> Rt-2007-425 premiss 32.

<sup>292</sup> Rt-2007-425 Premiss 33. Hjelmeng (2007) s. 177 tar uttalelsen til inntekt for at utmåling etter oppfyllelsesinteressen ikke vil «kunne overføres til andre områder som et generelt prinsipp».

<sup>293</sup> Rt-2007-425 premiss 34 og 35.

<sup>294</sup> Rt-2007-425 premiss 43.

<sup>295</sup> Rt-2007-425 premiss 35-40.

naboer hadde innledet en forhandling om å gå sammen om å kjøpe en parsell med formål å bygge et felles garasjeanlegg. Under forhandlingen gikk en av partene bak ryggen på de andre, og kjøpte tomten alene.

Om denne partens oppførsel uttalte Høyesterett at «atskillig trekker i retning av at det her forelå illojal oppførsel som strider mot de rettslige normer som gjelder på forhandlingsstadiet for den type avtaler det her dreier seg om».<sup>297</sup> Dette var likevel ikke tilstrekkelig for å statuere et grunnlag for naturaloppfyllelse. Førstvoterende la til grunn at krav om naturaloppfyllelse forutsatte bindende avtale, og henviste til Rikstoto-dommens uttalelse om at den positive kontraktsinteressen normalt sett ikke anses å ha erstatningsrettslig vern, og la til at «Det samme må desto mer gjelde krav på naturaloppfyllelse».<sup>298</sup>

Det er på det rene at de prekontraktuelle erstatningsreglene faller i en mellomstilling mellom kontraktserstatning og delikt.<sup>299</sup> Dette innebærer at selv om man skulle komme til at oppfyllelsesinteressen i en situasjon har et erstatningsrettslig vern, så hjemler ikke det uten videre et krav om naturaloppfyllelse. Dette til forskjell fra de rent kontraktsrettslige erstatningsreglene hvor naturaloppfyllelse og erstatning er *alternative* misligholdsbeføyelser.<sup>300</sup> Garasjeparselldommen kan derfor, etter mitt skjønn, ikke forstås som å begrense oppfyllelsesinteressens vern ved brudd på de prekontraktuelle normene. Dommen må snarere sees i sammenheng med partenes anførsler, og partene anførte ikke et krav om positiv kontraktsinteresse.

Når det gjelder tilfellene hvor en part illojalt påberoper seg en slutningsbetingelse kan mye tale for å verne om den positive kontraktsinteressen. En rekke av de reelle hensynene som *ikke* begrunner erstatningsrettslig vern i Rikstoto-dommen, taler for en dekning av den positive kontraktsinteressen der hvor partene har inntatt slutningsbetingelser.<sup>301</sup>

Som eksempel trakk prevensjonshensyn mot oppfyllelsesinteresse i Rikstoto-dommen. Ved betingede avtaler vil konklusjonen imidlertid bli annerledes; her vil et erstatningsrettslig vern av oppfyllelsesinteresse ha klart preventive virkninger overfor illojalitet. Tilsvarende ser man for argumentet om at lotterisituasjonen er noe *utenfor ordinær forretningsvirksomhet*. Hva gjelder slutningsbetingelser må det anses som noe relativt ordinært i kommersiell forretnings-

---

<sup>296</sup> Saken omhandlet også spørsmålet om bindende avtale var inngått. Høyesterett konkluderte negativt på spørsmål.

<sup>297</sup> Rt-2010-1478 premiss 32.

<sup>298</sup> Rt-2010-1478 premiss 33.

<sup>299</sup> Jf. også Simonsen (1997) s. 358.

<sup>300</sup> Men ikke gjensidig utelukkende.

<sup>301</sup> Rt-2007-425 premiss 37-39.



virksomhet, og det vil kunne være et behov for å sanksjonere mer uttalt illojaliteten. Tapene som oppstår kan heller ikke anses som *fjerntliggende og tap som sjelden får store konsekvenser*, slik poenget var i Rikstoto-dommen.<sup>302</sup> Snarere tvert imot, de vil være både påregnelige for skadevolder, og det vil være sterkt følbare tap for skadelidte.

Jeg er enig med førstvoterende i Garasjeparsell-dommen i at det må gjelde «en stor grad av handlingsfrihet på forhandlingsstadiet [...]».<sup>303</sup> Dette er nettopp et særtrekk ved slutningsbetingelser; en part har forbeholdt seg retten til valgfrihet med hensyn til avtalebinding. Dette er likevel ikke ensbetydende med at en part *ikke kan ha en beskyttelsesverdig forventning* om at avtalebinding vil skje.<sup>304</sup>

De tre sakene jeg har gjennomgått, er ikke analoge med tilfellet hvor en part illojalt har motarbeidet slutningsbetingelser. I Nucleus-dommen hadde ikke anbyderen noe rettslig krav på å få inngå avtale dersom feilen i anbudsprosessen ikke var gjort, men førstvoterende la til grunn at det var sannsynliggjort at avtalen ville ha blitt sluttet. I Rikstoto-dommen var det på det rene at Rikstoto hadde kontraheringsplikt, slik at gambleren hadde et rettskrav på å få inngå avtale. De reelle hensynene talte imidlertid mot vern. I Garasjeparsell-dommen var tilfellet annerledes da retten overhodet ikke tok stilling til spørsmålet om partene rent faktisk ville ha fått inngått avtalen dersom den siste naboen ikke var illojal. Det var imidlertid på det rene at de uansett ikke ville hatt et rettskrav om dette.

Ved slutningsbetingelser har man ikke et rettskrav på å inngå avtale. En formalisering av avtalesforholdet, også med slutningsbetingelser, vil kunne høyne sannsynligheten for at avtalebinding rent faktisk vil skje.<sup>305</sup> I tråd med at partene ytterligere formaliserer forholdet, og gjør investering i tillit til at forhandlingen vil bli vellykket, kan handlingsrommet for å trekke seg fra forhandlingen gradvis innsnevres.<sup>306</sup>

Videre må det legges til grunn at pliktbruddet også har relevans for hva slags poster som anses å ha erstatningsrettslig vern. Som fremhevet av Hjelmeng er ikke vurderingen av om en tapspost har erstatningsrettslig vern uavhengig av culpanormen.<sup>307</sup> En grovere grad av skyld kan begrunne et mer omfattende vern. Har skadevolder med forsett eller grov uaktsomhet

---

<sup>302</sup> Rt-2007-425 premiss 40.

<sup>303</sup> Rt-2010-1478.

<sup>304</sup> Se tilsvarende drøftelse i forrige delkapittel.

<sup>305</sup> Simonsen (1997) s. 362 uttaler tilsvarende om eksempelvis klausuler om eksklusiv forhandling.

<sup>306</sup> Sammenlign kapittel 5.4 hvor det vises til at primærforventningen om avtaleslutning kan påvirkes av partenes utøvelse av sekundærplikter.

<sup>307</sup> Hjelmeng (2007) s. 177.

påført en annen et økonomisk tap, er dette i seg selv et grunnlag for et mer vidtgående vern av skalidtes økonomiske interesser.

Av hensyn til kausalitetskravet i erstatningsretten må det imidlertid sannsynliggjøres at avtalen rent faktisk ville ha blitt inngått, dersom motparten hadde vært lojal.<sup>308</sup> Vurderingstemaet er åpenbart vanskelig, og vil etter forholdene kunne bli nærmest umulig der hvor en part har frihet til å trekke seg fra avtalen. I det følgende skal jeg derfor knytte noen rettspolitiske betraktninger til kausalitetskravet slik det tradisjonelt har blitt ansett.

Utgangspunktet må ligge i en vurdering av sannsynligheten for at avtalebinding ville skjedd, dersom parten hadde opptrådt lojalt. For noen type slutningsbetingelser er det mulig å føre bevis for at avtaleparten ville ha gått inn i avtalen. Dette gjelder eksempelvis der hvor ulike fraksjoner internt i en bedrift motarbeider hverandre, slik at en avtale aldri ender opp i en styrebehandling, eller forberedelsen er tilstrekkelig svak til at parten lojalt har tatt stilling til tilbudet. Der hvor det dreier seg om mer uttalt illojalitet vil situasjonen være annerledes. Har parten innledet en avtaleforhandling med slutningsbetingelser hvor formålet ikke er å slutte avtale, og hvor pliktbruddet består i å holde dette skjult for motparten, vil det etter den normale kausalitetslæren ikke være grunnlag for oppfyllelsesinteressen. Her må partene presumtivistisk ta til takke med tillitsinteressen.

Rettspolitisk er det grunn til å stille spørsmål ved en ordning hvor mer uttalt illojalitet sanksjoneres mildere enn der hvor illojaliteten ikke var planlagt. Både med hensyn til de preventive virkningene, men også med hensyn til *det rimelige resultat*, burde man kanskje åpne for å dekke oppfyllelsesinteressen for nettopp disse tilfellene.

Noen høyesterettsdom som avklarer rettssituasjonen foreligger ikke, og rettskildebildet må antas åpent. Det finnes en rekke reelle hensyn som taler for et vern av oppfyllelsesinteressen. Disse møter imidlertid en utfordring med henblikk på mer tradisjonelle erstatningsrettslige betraktninger. Hvordan Høyesterett vil møte disse utfordringene er, ut fra det foreliggende rettskildebildet, vanskelig å forutse.

---

<sup>308</sup> For en generell omtale av kausalitetskravet i den prekontraktuelle fasen, se Simonsen (1997) s. 363.

## 6.3 Ikrafttredelsesbetingelser

### 6.3.1 Problemstillingen

Har partene brutt sine kontraktuelle plikter, oppstår spørsmål om erstatning. Til forskjell fra slutningsbetingelsene reguleres både pliktene mellom partene og erstatningsreglene av kontraktuelle normer. Det innebærer at den positive kontraktsinteressen for den lojale parten som utgangspunkt har et erstatningsrettslig vern.

Problemet når partene har tatt forbehold om ikrafttredelse, er at selv om det økonomiske tapet nyter et erstatningsrettslig vern, så vil det praktisk sett kunne være vanskelig å vinne frem i en rettslig prosess. For at partene skal få dekket oppfyllelsesinteressen må det bevises at begivenheten avtalen er gjort avhengig av, ville inntreffe. Kan ikke dette bevises, vil det ikke foreligge årsakssammenheng mellom den ansvarsbetingende handlingen og det økonomiske tapet.

Problemet er sammenfattende for tilfellene hvor en part trekker seg før det er avklart om begivenheten vil inntreffe, og der hvor det foreligger brudd på lojalitetspliktene. For sistnevnte tilfelle reiser jeg imidlertid spørsmålet om det bør gjelde *helt særegne regler omkring erstatningsutmåling*. Først tar jeg stilling til den erstatningsrettslig hovedregelen.

Det er ikke omtvistet at det finnes flere grunnlag for erstatning ved mislighold av bindende avtaler. Når det gjelder avtaler med ikrafttredelsesbetingelser kan erstatning hjemles både med grunnlag i avtaleloven § 33 og lojalitetsplikt som selvstendig ugyldighetsgrunn.<sup>309</sup> Der hvor det foreligger *skyld*, enten in *contrahendo* eller *contractu*, vil krav om negativ kontraktsinteresse kunne kombineres med gyldig avtale.<sup>310</sup> Foreligger det ikke skyld, er det likevel hevdet at man kan tilkjenne erstatning etter negativ kontraktsinteresse der hvor formålet med avtalen var av ikke-økonomisk art.<sup>311</sup> Jeg vil i det følgende avgrense spørsmålet om erstatning til kun å gjelde erstatning for den *positive kontraktsinteressen*, da dette er av størst viktighet for partene. Det innebærer at jeg ikke går nærmere inn på de nevnte grunnlagene.

### 6.3.2 Hovedregel: Positiv kontraktsinteresse ved illojal atferd

Hovedregelen for erstatning ved betingede avtaler er at man fremmer krav med grunnlag i den alminnelige erstatningsregelen i kontraktsforhold – *culparegelen*.<sup>312</sup> Utmålingen er, som allerede gjort rede for, partens positive kontraktsinteresse.<sup>313</sup>

---

<sup>309</sup> Se Christoffersen (2016) s. 176 flg. for lojalitetsplikt som selvstendig ugyldighetsgrunn.

<sup>310</sup> Hagstrøm (2011) s. 542, Hov og Høgberg (2016) s. 295 og Rt-2002-1110 – Bodum.

<sup>311</sup> Hov og Høgberg (2016) s. 295-296.

<sup>312</sup> Hagstrøm (2011) s. 468. Utgangspunktet er noe omtvistet, se Hov og Høgberg (2016) s. 252.

<sup>313</sup> Hov og Høgberg (2016) s. 269, Hagstrøm (2011) s. 539 & Iversen (2013) s. 459 som alle uttaler seg generelt om positiv kontraktsinteresse som utmålingsmodellen for mislighold av bindende avtaler.

At avtalen på tidspunktet for misligholdet ikke *er trådt i kraft*, men er i sin svevende fase, kan ikke endre på dette utgangspunktet. Synspunktet sees underbygget av de saker hvor det er gitt erstatning i henhold til positiv kontraktsinteresse ved brudd på lojalitetspliktene i en betinget avtale, se eksempelvis RG-1992-1311 og RG-2001-1566.

For at det skal foreligge grunnlag for erstatning, må det sannsynliggjøres at det er oppstått et økonomisk tap. Ved avtaler med ikrafttredelsesbetingelser vil det, som regel, være uklart om begivenheten ville inntruffet dersom skadevolder hadde opptrådt lojalt. Et utgangspunkt er at det må bevises med sannsynlighetsovervekt at begivenheten ville inntruffet, dersom den illojale parten hadde opptrådt lojalt. Tilsvarende gjelder i tilfellet hvor en part trekker seg urettmessig før det er avklart om betingelsen ville inntruffet. Det må da bevises med sannsynlighetsovervekt, at betingelsen ville inntruffet dersom parten hadde stått ved avtalen.

Dette utgangspunktet ble lagt i grunn i den tidligere refererte voldgiftsdommen fra 1992.<sup>314</sup> Retten la til grunn at det var «rimelig sannsynlighetsovervekt for at eiendomskjøpet hadde blitt gjennomført» dersom parten ikke hadde trukket tilbake budet. På bakgrunn av dette fant retten å kunne oppstille «en setning om at løftemottager skal stilles som om betingelsen var oppfylt». Erstatningsutmålingen ble den positive kontraktsinteressen.

Tilsvarende ser man i lagmannsrettens dom inntatt i RG-1992-1311. Retten la til grunn at kjøperen «kunne ha solgt huset» dersom han ikke hadde tilbakekalt salgsoppdraget. Etter mitt skjønn uttrykker lagmannsretten her at det forelå en sannsynlighetsovervekt for at huset ville blitt solgt, dersom kjøperen i saken hadde opptrådt lojalt. I dommen ble det gitt erstatning for differansen mellom den avtalte kjøpesummen og dekningsalget selger måtte foreta som følge av at kjøperen uberettiget trakk seg, noe som er uttrykk for den positive kontraktsinteressen.

I lagmannsrettens dom inntatt i RG-2001-1566, som også gjaldt boligkjøp, var det inntatt et finansieringsforbehold. Retten la til grunn at det forelå en illojal anvendelse av finansieringsforbeholdet, i det lagmannsretten la til grunn at kjøperen «enten uten videre eller ved ytterligere anstrengelser for å skaffe finansiering kunne ha finansiert kjøpet fra Berentzen». Det at det var sannsynliggjort at finansiering ville ha blitt gitt dersom kjøperen hadde opptrådt lojalt innebar erstatning for den positive kontraktsinteressen «i henhold til allminnelige [sic] obligasjonsrettslige erstatningsregler».

Regelen er, etter mitt skjønn, ikke overraskende. Der hvor man kan bevise at betingelsen ville ha inntruffet ved lojal handlemåte fra motparten, er det klart at et økonomisk tap har oppstått

---

<sup>314</sup> Hagstrøm (2011) s. 544. Tidligere omtalt i kapittel 2.3.3.

som følge av en illojal handling. Utmålingen må også her skje etter de alminnelige utmålingsreglene for erstatning i kontrakt.

Dersom den lojale parten *ikke* greier å bevise at betingelsen ville ha inntruffet ved lojal atferd hos motparten, med virkning av at avtalen ville ha trådt i kraft, er det på sin side ikke oppstått et erstatningsrettslig vernet økonomisk tap.

Illustrerende er dommen inntatt i Rt-1943-649.<sup>315</sup> Saken gjaldt en skipsreder som hadde solgt et skip til en tysk kjøper i 1939. Etter salget, men før levering, ble det innført en provisorisk anordning som forbød salg av skip til utlandet. Riktignok inneholdt ikke kontrakten et forbehold om myndighetsgodkjenning, men sakskomplekset er illustrativt også for betingede avtaler. Selgeren, som sympatisk nok ikke ønsket å levere skip til et Tyskland i krig, jobbet aktivt mot at dispensasjon skulle gis. Dette ble betraktet som illojalt av den kommissariske Høyesterett, og det forelå dermed et ansvarsgrunnlag for erstatning. Når erstatning likevel ikke ble tilkjent, var det fordi man ikke betraktet selgerens handlemåte å ha noen reell betydning for dispensasjonsnektelsen – det forelå ikke årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlaget.

Dette danner grunnlag for neste spørsmål, som er om det ved noen type pliktbrudd foreligger en egen erstatningsregel for betingede avtaler, eller i det minste om bevisbyrden burde snus med hensyn til det økonomiske tapet.

### 6.3.3 En utvidet erstatningsregel ved illojal motarbeidelse?

I en rekke ulike jurisdiksjoner er det lagt til grunn en egen rettsregel ved betingede avtaler. Regelen kan innledningsvis oppsummeres ved følgende formulering:

*Der hvor en part illojalt har motarbeidet en betingelse, skal betingelsen vurderes som om den er inntruffet.*

Etter sin ordlyd oppstiller regelen et rettsfølge der hvor partene har inngått en betinget avtale, og en part illojalt har motarbeidet en betingelse. I disse tilfellene skal betingelsen vurderes som om den er inntruffet.

Rettsfølgen av en slik regel er at den lojale part kan velge å stå ved avtalen, uavhengig av om betingelsen rent faktisk inntreffer eller ikke. Legger man til grunn regelen ved erstatningsutmålingen innebærer regelen en rett til positiv kontraktsinteresse som utmålingsprinsipp for illojal motarbeidelse av betingelser. I det følgende vil jeg gå gjennom noe av det generelle normgrunnlaget for en slik regel, før jeg stiller spørsmålet om det er grunnlag for en slik regel i norsk rett.

---

<sup>315</sup> Saken er omtalt og referert til i Falkanger (1969).

Kjernen av regelen, slik den er redegjort for her, er gjeldende rett i en lang rekke jurisdiksjoner. Foruten å være lovfestet i den tyske og franske sivillovboken, så er den inntatt i østerriksk rett, skotsk lovgivning og sør-afrikansk lovgivning.<sup>316</sup>

I tillegg er reglen inntatt i både DCFR, UNIDROIT, PECL og RPECL. Rettsfølget varierer her mellom «the condition is deemed to be fulfilled», «the other party may treat the condition as not having been fulfilled [...]», og «that party may not rely on the non-fulfilment of the condition».<sup>317</sup> De fire kodifikasjonene har en noe ulik rekkevidde, men prinsippet og grunn tanken er i all hovedsak likt.

Regelen slik den fremstår i kodifikasjonene er ingen nyvinning, men har sitt utspring i den romerrettslige tolkningsregelen *Interpretatio in favorem libertatis*, som innebar at man ved tolkning av testamenter vurderte en betingelse som inntruffet, dersom arvingen forhindret betingelsen fra å materialisere seg.<sup>318</sup> Denne regelen utviklet seg etter hvert til en mer generell regel for betingelser, som siden ble kodifisert i BGB.<sup>319</sup>

Regelen innebærer at partene blir stilt som om begivenheten er inntruffet.<sup>320</sup> Dette har gjerne blitt omtalt som en doktrine om «fictional fulfilment» i juridisk teori.<sup>321</sup> I det ligger det at man ved den rettslige bedømmelsen tar utgangspunkt i at betingelsen rent faktisk er inntruffet. Spørsmålet om hvilke misligholdsbeføyelser partene har, vil etter doktrinen bero på kontraktsretten og bakgrunnsretten innenfor det aktuelle rettssystemet.

Forskjellige rettssystem har forskjellige prinsipale misligholdsbeføyelser. I norsk rett innebærer en slik regel at medkontrahenten kan velge å kreve naturaloppfyllelse, og dermed fastholde avtalen.

En slik løsning er imidlertid ikke praktisk mulig i alle avtaleforhold. Der hvor betingelsen er nødvendig for å få noe ut av avtaleforholdet, slik det er i konsesjonslovgivningens bestemmelser om myndighetsgodkjennelse som nødvendig vilkår for eiendomsoverføring, vil det

---

<sup>316</sup> Treitel (1991) s. 268. Henvisningen til den franske Code civil artikkel 1178 er feil da regelen i forbindelse med revisjonen av Code civil i 2016 ble flyttet til artikkel 1304-3. Code Civil art. 1304-3 (1) omhandler suspensive betingelser og viderefører tilsynelatende meningen i den opprinnelige regelen, til tross for en ordlydsendring.

<sup>317</sup> PECL art. 16:102 (1), DCFR bok 3 1:106 (4) og UNIDROIT art. 5.3.3 (1), RPECL art. 8:203.

<sup>318</sup> Zimmermann (1990) s. 729

<sup>319</sup> Zimmermann (1990) s. 730-731.

<sup>320</sup> Dette kommer an på om betingelsen er formulert negativt eller positivt.

<sup>321</sup> Treitel (1991) s. 268 flg.

være en praktisk umulighet forbundet med å oppfylle avtalen. I disse tilfellene blir erstatning eneste mulige misligholdsbeføyelse.<sup>322</sup>

Erstatningsutmålingen i norsk rett tar utgangspunkt i differanselæren – man oppstiller et hypotetisk hendelsesforløp uten den ansvarsbetingende handlingen og sammenligner med hendelsesforløpet med den ansvarsbetingende handlingen. Differansen mellom de to ulike hendelsesforløpet utgjør erstatningsutmålingen.<sup>323</sup> Legger man doktrinen om «fictional fulfillment» til grunn innebærer det at partene blir stilt *som om betingelsen inntraff*, uten hensyn til sannsynligheten for at betingelsen vil inntreffe.

En slik regel har særlig to vidtgående følger. For det første er den et brudd med den erstatningsrettslige grunnsetningen *compensatio lucri con damno* – man skal ha erstattet sitt økonomiske tap fratrukket fordelene. For det annet så innebærer rettsregelen et klart pønalt element, i det en part kan få en plikt til å betale erstatning for et hendelsesforløp som rent faktisk ikke ville ha inntruffet. Et slikt pønalt element har man ikke tradisjon for i norsk erstatningsrett.

Spørsmålet er så om det er grunnlag for å hevde en regel hvor illojal motarbeidelse av en betingelse fører til at betingelsen skal vurderes som om den er inntruffet, de lege lata i norsk rett.

Det er på det rene at det ikke foreligger en lovfestet regel innen norsk rett som oppstiller et rettsfølge om at betingelsen skal anses inntrådt dersom en part illojalt motarbeider betingelsen. Det er ikke tvilsomt at en slik norm og den alminnelige culpanormen delvis vil virke over hverandre, og i mange tilfeller vil gi samme rettsfølge. Normen, slik den fremstår i juridisk teori og i internasjonale kodifikasjoner, går imidlertid lenger.

Spørsmålet om en slik regel er, så vidt jeg vet, ikke tatt opp i Høyesterett prinsipielt. I Rt-1925-140 var imidlertid spørsmålet om det skulle gis erstatning som følge av at en eier av en konsesjonspliktig eiendom først solgte den, men så annullerte salget. Kjøperen fremmet krav om erstatning som følge av at selger uberettiget trakk seg fra kjøpet, og krevde erstattet det tap som var påført som følge av at han ikke fikk eiendommen overdratt til seg. Høyesterett fant det *ikke sannsynlig* at konsesjon ville ha blitt gitt, og ga på grunnlag av dette ikke full erstatning.

---

<sup>322</sup> Hagstrøm (2011) s. 384 om oppfyllelse av umulige realforpliktelser.

<sup>323</sup> Hagstrøm (2011) s. 537 er kritisk til differanselæren, men begrepet er etter mitt skjønn treffende for en overfladisk fremstilling av prinsippet for erstatningsutmåling.

I den tidligere refererte voldgiftsdommen fra 1992, ble det stilt spørsmål om man kan fravike hovedregelen om rimelig sannsynlighetsovervekt for å idømme ansvar etter læren om positiv kontraktsinteresse ved betingede avtaler.<sup>324</sup> Retten utelukker ikke at et slikt årsakskrav må kunne fravikes, ettersom «slik kontaktstridig opptreden kan nemlig gjøre det umulig i ettertid å danne seg en mening om betingelsen ville inntrådt om den illojale handlingen tenkes bort [...]». Retten fant imidlertid ikke nærmere grunnlag for å gå inn i spørsmålet, da det ble antatt å være uten betydning i den aktuelle saken.

En viktig del av begrunnelsen for en regel om fictional fulfilment er *rettferdighetsbetraktninger*. I sør-afrikansk rett er det eksempelvis flere ganger hevdet at «in essence it [the doctrine of fictional fulfilment] is an equitable doctrine, based on the rule that party cannot take advantage of his own default, to the loss or injury of another».<sup>325</sup> I forlengelsen av prinsippet om rettferdighet ligger det at sanksjonen har et klart pønalt element – man skal sanksjonere en illojalitet uten hensyn til den faktiske årsakssammenhengen.

Slike pønale elementer har i alminnelighet ikke en plass i kontraktsretten, hverken i delikts- eller kontraktserstatningsretten.<sup>326</sup> Foruten at straff ikke er et legitimt hensyn ved erstatningsutmåling, vil det gi motparten en tilfeldig berikelse, en berikelse som kanskje ikke ville vært der forutsatt lojal motpart. En slik fordel har et spinkelt normativt grunnlag, i det minste i erstatningsretten.

Det betyr imidlertid ikke at rettsordenen aldri sanksjonerer et «mislighold» slik at den uskyldige parten gis oppreisning uten hensyn til økonomisk tap. I Rt-2007-817 som gjaldt misbruk av en konkurranseklausul åpnet Høyesterett for at berikelseskrav kunne danne grunnlag for kompensasjon i slike typetilfeller [premiss 51]. En tydeligere regel finnes i åndsverkloven § 55 (2) hvor fornærmede kan kreve utbetalt nettofortjenesten som gjerningsmannen har ved den ulovlige handlingen.<sup>327</sup> Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette da det ligger utenfor denne redegjørelsen.

Et annet viktig hensyn som kan begrunne en regel om fictional fulfilment er hensynet til *bevisføringen for skadelidte*. Regelen oppstiller et rettsfølge hvor betingelsen vurderes som inntruffet uten hensyn til sannsynligheten for at den er inntruffet. Dette er praktisk viktig, da den illojale partens forsvar ved illojalitet ofte vil være at betingelsen *uansett ikke ville inntruffet*. Dette kan gi grunnlag for en meget vanskelig bevissituasjon for den skadelidte, særlig sett i

---

<sup>324</sup> Hagstrøm (2011) s. 544.

<sup>325</sup> McLennan (1971) s. 309 med henvisninger til *Scott & another v. Pupard & another 1971*. Se også *Joonus v. BP South Africa (Pty) Ltd and Others 2013*, særlig premiss 23 flg.

<sup>326</sup> Se Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 488-489. Innenfor kontrakt er hovedregelen det konkrete, individuelle økonomiske tapet som skadelidte er påført, se Hagstrøm (2011) s. 553.

<sup>327</sup> Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.



lys av at beslutningsmyndigheten for om betingelsen skal inntreffe ligger utenfor partenes kontroll.<sup>328</sup>

Et eksempel er ved forbeholdet om myndighetsgodkjenning. Består illojaliteten hos den ene parten i å levere en *uforsvarlig, illojal og uaktsom søknad*, må den uskyldige medkontrahtenten bevise overfor domstolene at myndighetene ville godkjent søknaden dersom søknaden var lojal, forsvarlig og aktsom.<sup>329</sup> Dette er et vanskelig bevisstema, som i tilfeller hvor myndighetsorganene har et vidt skjønn til å innfri søknaden, nærmest blir å betrakte som tombola.

Synspunktene om bevisføring kan imidlertid ikke alene bære en regel om fictional fulfilment, særlig når de kan ivaretas gjennom en langt mindre inngripende regel. Prinsippet om motsatt bevisbyrde kan langt på vei ivareta noen av utfordringene man møter ved utmåling av betingede avtaler, og vil gjennomgås i neste delkapittel.

Et annet tenkelig argument er rettsøkonomiske betraktninger. Fictional fulfilment-doktrinen tilsier at man sanksjonerer en illojal motarbeidelse av betingelsene som om betingelsen hadde inntruffet. Uten en slik regel vil den illojale parten kunne spekulere i at betingelsen uansett ikke ville inntruffet. Jo mindre sjansen er, jo mindre insentiv har parten til å arbeide for at betingelsen skal inntreffe.<sup>330</sup>

Om det forutsettes at partene er rasjonelle aktører kan følgende tre momenter legges til grunn. For det første vil en oppfyllelse av avtalen føre til en merverdi for begge parter. For det annet at det er kostnader forbundet med å arbeide for at betingelsen vil inntreffe. For det tredje kan det antas at der det er under 50% sjanse for at begivenheten vil inntreffe, vil kostnadene med å arbeide for betingelsen i visse tilfeller kunne utkonkurrere gevinsten ved av avtalen går i orden.

En forutsetning for erstatning etter den alminnelige culpanormen er at man kan bevise tap med sannsynlighetsovervekt. I de tilfellene hvor det er mindre enn 50% sannsynlighet for at betingelsen vil inntreffe oppstår det ikke et erstatningsrettslig vernet tap, og partenes insentiv til å oppfylle avtalen vil være en kostnadskalkyle med utgangspunkt i verdien av at betingelsen inntreffer mot kostnadene ved å arbeide for betingelsen sin inntreden. Spesielt for kon-

---

<sup>328</sup> Et karakteristikk ved ikrafttredelsesbetingelser er at betingelsen er ekstern, altså utenfor partenes kontroll. Se kapittel 2.2.2.

<sup>329</sup> Se punkt 5.3.2 for hvilke krav som stilles til søknader om myndighetsgodkjenning. Vedrørende bevisbyrde følger dette av alminnelige regler for bevisbyrde i norsk sivilprosess.

<sup>330</sup> I det følgende baserer jeg drøftelsen på en enkel spillteoretisk gjennomgang, basert på forutsetningene i Eide og Stavang (2008) s. 295 flg.

trakter i volatile markeder, vil dette kunne innebære at den dominerende strategien for en avtalepart i perioden etter inngått bindende avtale, er å *ikke arbeide for avtalen*.

Legger man til grunn doktrinen om fictional fulfilment endrer den dominerende strategien seg for disse typetilfellene; parten vil i de tilfellene ha et insentiv til å *arbeide for å gjennomføre avtalen*. Om parten ikke gjør det, vil han måtte erstatte motpartens oppfyllelsesinteresse. Selv om dette i det konkrete tilfellet, for den illojale parten, vil kunne være ugunstig, vil det legge til rette for et system hvor man inngår betingede avtaler med en sikkerhet i at motparten vil arbeide lojalt for å få på plass betingelsene. Dette er i samsvar med grunnsetningen i kontraktsretten – *pacta sunt servanda*.

Ved denne rettsøkonomiske analysen pretenderer jeg ikke å oppstille som svar at doktrinen om fictional fulfilment *i det store og hele* er mer samfunnsøkonomisk og tilrettelegger for en kontraktsrett som minimerer transaksjonskostnadene. Analysen tar utgangspunkt i det konkrete tilfellet, og partenes insentiv til å oppfylle den konkrete avtalen. En fullstendig analyse blir for omfangsrikt for denne gjennomgangen. Imidlertid gir den anvisning på at det finnes gode argumenter for å oppstille en doktrine.

I engelsk rett har det vært utvist en tilbakeholdenhet til å gi erstatning for positiv kontraktsinteresse. Riktignok har man sanksjonert illojal motarbeidelse av betingelser, men man har utmålt erstatning etter den negative kontraktsinteressen.<sup>331</sup> Dette er grunnlaget for Stevens kritikk mot fictional fulfilment; doktrinen er utilfredsstillende i all tid man har et tilfredsstillende alternativ ved at den illojale parten blir ansvarlig for skaden som er påført ved å forhindre betingelsen.<sup>332</sup>

Det er ikke tvilsomt at den lojale parten kan vinne frem med et krav om negativ kontraktsinteresse, og det finnes flere alternative rettslige grunnlag.<sup>333</sup> Spørsmålet er imidlertid hva slags vekt det skal ha ved fastleggelse av reglene for utmåling av positiv kontraktsinteresse. Etter min mening taler det i hvert fall ikke til fordel for en utvidelse av den alminnelige erstatningsregelen. Noe annet er at erstatning etter negativ kontraktsinteresse, selv om den i og for seg innebærer en sanksjon for den illojale parten, ikke vil ha samme avskrekkende effekt som erstatning for oppfyllelsesinteressen.

---

<sup>331</sup> Treitel (1991) s. 269. Viser til «damages», som er ekvivalenten til negativ kontraktsinteresse.

<sup>332</sup> Se Stevens (2005) s. 145. Stevens er professor i engelsk privatrett ved Universitetet i Oxford. Kritikken reiser seg mot doktrinens anvendelse i engelsk rett, men synspunktet kan anvendes også i et norsk kontraktsrettslig perspektiv.

<sup>333</sup> Se petitavsnittet i kapittel 6.3.1.

Hensynet til den illojale parten taler også mot at en regel om fictional fulfilment legges til grunn i norsk rett. Først og fremst fører regelen til et urimelig resultat i de tilfeller hvor en part må dekke en skade som rent faktisk ikke ville ha skjedd. Til tross for at differanseteorien rent praktisk innebærer at man må oppstille et hypotetisk hendelsesforløp for å utmåle erstatning, med de unøyaktighetene det medfører, er dette selve formålet med en doktrine om fictional fulfilment. Regelen, i sin rendyrkede form, tar ikke høyde for de tilfellene hvor det er praktisk talt ingen mulighet for at betingelsen ville ha inntruffet, men sanksjonerer illojalitet uten hensyn til dette. Det fører lett til et urimelig resultat.

På bakgrunn av de momentene jeg nå har gjennomgått mener jeg det er for svakt rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn en egen erstatningsnorm for betingede avtaler. Jeg er også skeptisk til om en slik regel alt i alt gir det beste resultatet, selv om en snever rettsøkonomisk analyse kan gi gode holdepunkter for nettopp dette. Imidlertid er det holdepunkter for at man i det minste bør snu bevisbyrden, noe som er tema for neste kapittel.

#### 6.3.4 Snudd bevisbyrde for det økonomisk tap ved illojal motarbeidelse av betingelser

Til tross for at man ikke har rettslig grunnlag for å etablere en regel som *per se* oppstiller rettsvirkningen av at betingelsen er inntrådt dersom en part opptrer illojalt, er det gode holdepunkter for å snu bevisbyrden med hensyn til det økonomiske tapet.

Det alminnelige utgangspunktet er at den parten som pretenderer en rettsendring, også har bevisbyrden for dette. Det er likevel ikke tvilsomt at et prinsipp om omvendt bevisbyrde i spesielle tilfeller kan oppstilles på ulovfestet grunnlag.<sup>334</sup> Dette gjelder ikke bare snudd bevisbyrde med hensyn til skyld, men også der hvor faktiske omstendigheter står i nær sammenheng med det klanderverdige forholdet.<sup>335</sup> Forutsetningen for en slik snudd bevisbyrde er at det foreligger «et sterkt klanderverdig forhold, og at de spørsmål som i tilfelle skal avgjøres på grunnlag av omvendt bevisbyrde, står i nær og saklig sammenheng med det klanderverdige forholdet som foreligger».<sup>336</sup>

Der hvor en part illojalt motarbeider en betingelse er det helt på det rene at spørsmålet om betingelsen ville inntruffet dersom parten hadde vært lojal, står i nær og saklig sammenheng

---

<sup>334</sup> Hagstrøm (2011) s. 477.

<sup>335</sup> Skoghøy (2014) s. 883. I dansk rett er det «i almindelighed ikke» omvendt bevisbyrde med hensyn til de faktiske omstendighetene, men det finnes saker hvor man åpner for dette, se Gomard og Iversen (2011) s. 204.

<sup>336</sup> Skoghøy (2014) s. 883.

med den illojale handlingen. Jeg går derfor ikke nærmere inn på denne delen av normen, men drøfter i det følgende hvorvidt en slik motarbeidelse er *sterkt klanderverdig*.

Et forhold vil være sterkt klanderverdig når det er vesentlig mer å klandre skadevolderen for enn det som er tilfellet ved alminnelig uaktsomhet.<sup>337</sup> Det er klart at spørsmålet om et forhold er grovt uaktsomt må avgjøres konkret. Det finnes likevel momenter som i alminnelighet vil tillegges vekt.

For det første vil kravet til aktsomheten skjerpes ved profesjonelle aktører. Hagstrøm går lenger, i det han hevder at det er et premiss for grov uaktsomhet at partene er profesjonelle.<sup>338</sup> Videre viser han til hvordan «betydningsfulle svikt i kontraktsmessig oppfyllelse bevismessig kan være en indikasjon på at det foreligger grov uaktsomhet».<sup>339</sup> Det er heller ikke slik at grov uaktsomhet er forbeholdt tilfeller hvor det nærmer seg forsett, også ubevissthet om skadefølgen kan være grov uaktsomt.<sup>340</sup>

I sin alminnelighet vil tilfellene hvor en part illojalt har arbeidet mot at en betingelse skal inntruffe, falle innunder normen grov uaktsomhet. Det legges til grunn at dette lettere er tilfellet hvor det er profesjonelle parter. Som fremhevet i tidligere nevnte voldgiftsdom, der hvor en part har unnlatt å arbeide lojalt for at en betingelse skal oppfylle kan kun mer uttalt illojalitet rammes.<sup>341</sup> Når pliktbruddet derimot omhandler forbudet mot å motarbeide en betingelse, taler dette for at man lettere kan komme til at det foreligger grov uaktsomhet.

Utgangspunktet om sterkt klanderverdighet og nær og saklig sammenheng er imidlertid ikke tilstrekkelig for å snu bevisbyrden. Spørsmålet må – etter mitt skjønn - også underlegges synspunktet om at omvendt bevisbyrde alt i alt må være rimelig. I det ligger at bevisbyrden ikke kan snus dersom «debitors kontraktsmessige forpliktelse under hensyn til karakteren af kontrakten, risikoen for skade og den skete skade ville blive mer tyngende end foreneligt med en rimelig byrdefordeling (ækvivalensforhold) mellom parterne».<sup>342</sup> Et ledd i denne vurderingen er hvem som er nærmest til – og har lettest for – å klarlegge årsaken til misligholdet.<sup>343</sup>

---

<sup>337</sup> Hagstrøm (2011) s. 483 med henvisning til Rt-1989-1318 og Rt-1995-486.

<sup>338</sup> Hagstrøm (2011) s. 483.

<sup>339</sup> Hagstrøm (2011) s. 485 med henvisning til Rt-1995-486.

<sup>340</sup> Hagstrøm (2011) s. 485.

<sup>341</sup> Hagstrøm (2011) s. 544

<sup>342</sup> Hagstrøm (2011) s. 477. Se også Gomard og Iversen (2011) s. 205.

<sup>343</sup> Hagstrøm (2011) s. 477 med henvisning til Rt-1964-132.

For tilfellet hvor en part har motarbeidet en betingelse vil en slik omvendt bevisbyrde i sin alminnelighet være rimelig. Som nevnt tidligere, et bevistema hvor en lojal part må bevise med sannsynlighetsovervekt at en betingelse ville inntruffet dersom den illojale parten hadde vært lojal, vil etter forholdene kunne være svært vanskelig. Dette gjelder særlig der hvor betingelsen beror på en tredjemanns vurdering, slik tilfellet er ved finansieringsforbehold og forbehold om myndighetsgodkjenning. I slike tilfeller bør man akseptere at der hvor parten greier å bevise en illojalitet hos motparten, så presumerer man at illojaliteten har ført til at betingelsen ikke har inntruffet.

Hensyntatt i dette ligger også at det er den illojale parten som er nærmest til å sikre seg bevis, og har størst kunnskap om prosessen som ledet inn mot den manglende betingelsen. Dermed er ikke prinsippet om omvendt bevisbyrde med hensyn til spørsmålet om betingelsens inntreden bare rimelig; et prinsipp om vanlig bevisbyrde ville med hensyn til den lojale og uskyldige parten vært urimelig. Et slik synspunkt har også støtte i den refererte voldgiftsdommen hvor retten legger til grunn at der hvor en illojal handling gjør det «umulig å i ettertid danne seg en mening om betingelsen ville inntrådt om den lojale handlingen tenkes bort», så må i hvert fall bevisbyrden snus.<sup>344</sup>

#### **6.4 Betragtninger om utmåling av positiv kontraktsinteresse**

Dersom skadelidte får utmåling etter positiv kontraktsinteresse innebærer det at han får tilmålt kontraktens dekningsbidrag.<sup>345</sup> En slik utmåling tar ikke hensyn til skadelidtes risiko forbundet med å yte etter avtalen. Det kan i visse tilfeller gi skadelidte en dekning utover det han ville ha fått dersom kontrakten ikke var misligholdt. Følgende konkrete eksempler er illustrerende i tilfellene hvor skadelidte er realdebitor.

Det vil alltid være en grunnleggende risiko forbundet med å inngå en avtale. En side er de risikoer som knytter seg til kontraktens kalkyle, og skadelidtes ansvar for å oppfylle etter avtalen. Dette er tilfellet ved entreprisoppdrag hvor entreprenør har risikoen for material, underleverandører mv. Dette er utgiftsposter som er utsatt for konjunkturer, og hvor kostnadsbildet vil endres deretter.

En annen side er risikoer knyttet til levering av ytelsen, og feil/mangler som viser seg først i etterkant av levering. Generelt tas det ved erstatningsutmålingen ikke høyde for om realdebitor overhodet vil klare å levere en kontraktsmessig ytelse. Mer perifere problemer, slik som

---

<sup>344</sup> Hagstrøm (2011) s. 544.

<sup>345</sup> Kontraktens fortjeneste etter at alle utgifter er trukket fra inntektene.

entrepriserettslig utviklingsrisiko som, vil heller ikke være en del av vurderingen. Dette er forhold som skadelidte vil kunne ha risikoen for.

Samlet innebærer det at skadelidte får dekket kontraktens dekningsbidrag, uten at han trenger å løpe de risikoer som knytter seg til oppfyllelse av avtalen. Selv om dette i sin alminnelighet kan være en nødvendig avveining, i all tid skadelidte er den uskyldige part, bør domstolen være forsiktig med å være for optimistiske ved utmåling av oppfyllelsesinteressen. Dette gjelder ikke minst der hvor oppfyllelsen er forbundet med usikkerhet.

En slik forsiktighet har støtte i det alminnelige prinsippet for utmåling *compensatio lucri con damno* – skadelidtes fordeler skal komme i fradrag for erstatningssummen. Det kan ikke være tvilsomt at risiko forbundet med avtaleinngåelse har en økonomisk kostnad. Å ta høyde for den kontraktsrettslige risikoen ved erstatningsutmålingen, innebærer bare at man tar hensyn til denne fordelen ved utmålingen av det økonomiske tapet.

## 6.5 Oppsummering

Hovedprinsippene for erstatningsutmåling er ganske klare for de to typene betingelser; for slutningsbetingelser har man normalt kun krav på den negative kontraktsinteressen, for ikrafttredelsesbetingelser har man i tillegg krav på positiv kontraktsinteresse.

De siste årene har det skjedd en utvikling når det kommer til utmålingsprinsipper ved ikke-bindende avtaler, og det aksepteres i større grad enn før positiv kontraktsinteresse også for denne gruppen. Spørsmålet koker ned til en vurdering av om det økonomiske tapet *bør* ha et erstatningsrettslig vern. Gode grunner taler for at dette *bør* være tilfellet i noen situasjoner, i første rekke der hvor en part innleder en avtaleforhandling uten å ha til hensikt å slutte avtale. Spørsmålet må imidlertid anses åpent.

For ikrafttredelsesbetingelser er hovedregelen positiv kontraktsinteresse. Problemet oppstår når en part har motarbeidet en betingelse, på en slik måte at det ikke lar seg gjøre å konstatere om betingelsen ville ha inntruffet dersom parten ikke var illojal. Dette er nødvendig for å ta stilling til utmålingen av det økonomiske tapet. Jeg argumenterer for at man her *bør* oppstille en omvendt bevisbyrde, når det først konstateres illojalitet. Regelen vil gjøre det lettere å vinne frem med økonomiske krav som følge av illojalitet, og bevisvurderingen omkring størrelsen vil være opp til den illojale parten.

## 7 Litteraturliste

### 7.1 Lover

#### Korttittel (forkortelse)

Aksjeloven (asl.)

Avhendingslova (avhl.)

Avtaleloven (avtl.)

Bustadoppføringslova (buofl.)

Eiendomsmeglingsloven (emgll.)

Finansavtaleloven (finansavtl.)

Forbrukerkjøpsloven (fkjl.)

Håndverkertjenesteloven (hvtjl.)

Kjøpsloven (kjl.)

Åndsverkloven (åvl.)

#### Fullstendig referanse

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper

Lov 3. juli 1992. nr. 93 om avhending av fast eigedom

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 3. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.

Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsme-  
gling

Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

Lov 16. juli 1989 nr. 63 om håndverkertje-  
nester m.m. for forbrukere

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp

Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til  
åndsverk m.v.

### 7.2 Rettsavgjørelser

#### Norsk Retstidende:

Rt-1920-900

Rt-1923-93

Rt-1925-140

Rt-1927-488

Rt-1927-863

Rt-1934-249

Rt-1943-649

Rt-1957-237

Rt-1965-23

Rt-1969-222 – Apelsest-dommen

Rt-1973-887  
Rt-1985-1066 – Ran Ko  
Rt-1989-1318  
Rt-1992-1110  
Rt-1994-1222  
Rt-1998-946 – Vinagentur  
Rt-1999-1629  
Rt-2001-1288 – Gate Gourmet  
Rt-2002-1110 – Bodum  
Rt-2004-1256 - Sveeas  
Rt-2007-817  
Rt-2010-961  
Rt-2010-1478 - Garasjeparsell  
Rt-2011-410 – Optimogården  
Rt-2012-1729  
Rt-2014-100 – Strömstad Marina

**Høyesterett:**

HR-2009-2062-U  
HR-2016-1176-U  
HR-2016-1447-A

**Retten gang:**

RG-1986-993  
RG-1992-1311  
RG-1993-786  
RG-1998-256  
RG-2001-1566  
RG-2009-1363

**Lagmannsrettene**

LF-2000-879  
LB-2003-10513  
LB-2003-19434  
LF-2005-28854  
LF-2005-37258  
LH-2009-77637  
LF-2012-86395  
LG-2014-206364



LG-2015-83147  
LB-2015-197133  
LH-2016-22398 – Fiskekvote

### **Voldgiftsdommer:**

Dommen inntatt i Hagstrøm (2011) s. 543-544

### **Engelsk rett:**

Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co. Ltd  
Bournemouth & Boscombe Athletic F.C. v. Manchester United F.C.

### **Sør-afrikansk rett:**

Scott & another v. Pupard & another 1971  
Joonus v. BP South Africa (Pty) Ltd and Others 2013

### **Annen praksis:**

Klagenemda for eiendomsmeglingstjenester sak 67/94

## **7.3 Forarbeider**

NOU 1979:42 – Forbrukertjenester  
NOU 1987:14 – Eiendomsmegling  
Ot. prp. nr. 16 (2006-2007) – Om lov om eiendomsmegling

## **7.4 Juridisk teori**

- Aabø-Evensen (2011) Aabø-Evensen, Ole Kristian. (2011). *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet: en praktisk tilnærming til prosessene, verktøyene og eksemplene*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Adlercreutz (1987) Adlercreutz, Axel. (2000). *Avtalsrett I* (11 utg.): Juristförlaget i Lund.
- Bar et al. (2009) Bar, Christian von, Clive, Eric M., Schulte-Nölke, Hans, Beale, Hugh, Study Group on a European Civil, Code, & Research Group on, E. C. Private Law Acquis Group. (2009). *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: Sellier.

- Bergsåker (2009) Bergsåker, Trygve. (2009). *Eiendomshandel gjennom megler: avtaleinngåelse og avtalebrudd* (3 utg.). Oslo: Gyldendal akademisk.
- Björkdahl (2007) Björkdahl, Erika P. (2007). *Lojalitet och kontraktliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter*. (107), Iustus, Uppsala.
- Brækhus (1946) Brækhus, Sjur. (1946). *Meglerens rettslige stilling*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Christoffersen (2008) Christoffersen, Margrethe Buskerud. (2008). *Kjøp og salg av virksomhet: risiko og ansvar for mangler*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Christoffersen (2016) Christoffersen, Margrethe Buskerud. (2016). Lojalitetsplikten utvikling i nyere norsk rettspraksis. I Erling Hjelmeng (Red.), *Ugyldighet i privatretten: minnebok for Viggo Hagstrøm* (s. 153-182). Bergen: Fagbokforlaget.
- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein, & Helgesen, Jan E. (2001). *Rettskildelære* (5 utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Eide og Stavang (2008) Eide, Erling, & Stavang, Endre. (2008). *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappelen akademisk forlag.
- Falkanger (1969) Falkanger, Thor. (1969). Konesjonslovgivningens betydning for selgers og kjøpers stilling ved overdragelse av fast eiendom. *Lov og Rett*, 193-224.
- Fauvarque-Cosson (2011) Fauvarque-Cosson, Bénédicte. (2011). The New Provisions on Conditions in the UNIDROIT Principles 2010.
- Fauvarque-Cosson og Mazeaud (2008) Fauvarque-Cosson, Bénédicte, & Mazeaud, Denis. (2008). *European contract law: materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules*. Munich: Sellier.
- Gomard og Iversen (2011) Gomard, Bernhard, & Iversen, Torsten. (2011). *Obligationsret 2. del* (4 utg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

- Gorton (1983) Gorton, Lars. (1983). *Shipping and Contracting*. Lund: Juridiska Föreningen i Lund.
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend. (2013). *Kontraktsforpliktelse* (2. utg.). Oslo: Cappelen Damm akademisk.
- Hagland og Wilhelmsen (2017) Hagland, Birgitte, & Wilhelmsen, Trine-Lise. (2017). *Om erstatningsrett - Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo. (2003). *Obligasjonsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. (2011). *Obligasjonsrett* (2. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Hagstrøm og Stenvik (2015) Hagstrøm, Viggo, & Stenvik, Are. (2015). *Erstatningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Hansen og Lundgren (2005) Hansen, Johannus Egholm, & Lundgren, Christian. (2005). *Køb og salg af virksomheder*: Nyt juridiske forlag.
- Hjelmeng (2007) Hjelmeng, Erling. (2007). Interessevern og rene formuesskader - i lys av RT-2007-425. *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 169-180.
- Hov (1993) Hov, Jo. (1993). *Avtalerett* (3 utg.). Oslo: Papinian.
- Hov (2002) Hov, Jo. (2002). *Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I* (3 utg.). Oslo: Papinian.
- Hov og Høgberg (2016) Hov, Jo, & Høgberg, Alf Petter. (2016). *Obligasjonsrett*. Oslo: Papinian.
- Iversen (2013) Iversen, Torsten. (2013). Den negative og den positive interesse. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 126 (4-5), 449-474.
- Krokeide (1979) Krokeide, Kjetil. (1979). Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 132.
- Krüger (1989) Krüger, Kai. (1989). *Norsk Kontraktsrett*. Bergen: Alma Mater For-

lag AS.

- Krüger (2007) Krüger, Kai. (2007). "Closing"-forbehold ved kommerselle avtaleforhandlinger. Forsvar for en omstridt Norsk Høyesterettsdom RT. 1998 s. 946. I Eva Lindell-Frantz & Lars Gorton (Red.), *Festskrift till Lars Gorton* (s. 261-280). Lund: Juristförlaget.
- Krüger (2015) Krüger, Kai. (2015). Terskelen for avtaleinngåelse. I *Aftaleloven 100 år* (s. 189-213): DJØF Publishing.
- Lando et al. (2000) Lando, Ole, Beale, Hugh, & Commission on European Contract, Law. (2000). *Principles of European contract law* (Vol. 1 og 2). The Hague: Kluwer Law International.
- Mahler og Solhaug (2016) Mahler, Tobias, & Solhaug, Bjørnar. (2016). En konseptuell modell for ugyldighet. I Erling Hjelmeng (Red.), *Ugyldighet i privatretten: minnebok for Viggo Hagstrøm* (s. 307-335). Bergen: Fagbokforlaget.
- McLennan (1971) McLennan, J.S. (1971). Applicability of the Doctrine of Fictional Fulfilment of Conditions. *The South African Law Journal*, 308-310.
- Meidell (2002) Meidell, Andreas. (2002). Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold. *Lov og Rett*, 41 (8), 498-508.
- Monsen (2010) Monsen, Erik. (2010). Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser. *Jussens Venner* (3), 147-203.
- Munukka (2007) Munukka, Jori. (2007). *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Jure förlag, Stockholm.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette. (2007). Lojalitetsplikt i kontraktsforhold (s. 586). Oslo: Cappelen akademisk forlag.
- Page (1921) Page, William Herbert. (1921). *The Law of Contracts* (2 utg. Vol. 5). Cincinnati: The W. H. Anderson Company.
- Palandt og Bassenge Palandt, Otto, & Bassenge, Peter. (2007). *Bürgerliches Gesetzbuch*

- (2007) (66 utg. Vol. 7). München: Beck.
- Peel og Treitel (2015) Peel, Edwin, & Treitel, G. H. (2015). *The law of contract* (14 utg.). London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters.
- Platou (1914) Platou, Oscar. (1914). *Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del*. Kristiania: I Kommission hos Brøgger.
- Ramberg og Ramberg (2014) Ramberg, Jan, & Ramberg, Christina. (2014). *Allmän avtalsrätt* (9 utg.). Stockholm: Norstedts juridik.
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse. (1997). *Prekontraktuelt ansvar : det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*. Universitetsforlaget, Oslo.
- Skoghøy (2013) Skoghøy, Jens Edvin A. (2013). Reelle hensyn som rettskilde. *Lov og Rett*, 52 (4), 257-258.
- Skoghøy (2014) Skoghøy, Jens Edvin A. (2014). *Tvisteløsning* (2 utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith (1981) Smith, Carsten. (1981). *Garantirett: 3: Garantikrav og garantistvern* (2 utg.). Oslo: Universitetsforl.
- Stevens (2005) Stevens, Robert. (2005). Justified Enrichment. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 5 (1), 141-149.
- Treitel (1991) Treitel, G. H. (1991). *Remedies for breach of contract : a comparative account*. Oxford: Clarendon Press.
- UNIDROIT (2010) UNIDROIT (Red.). (2010). *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*. Rome: International Institute for the Unification of Private Law.
- Ussing (1986) Ussing, Henry. (1986). *Aftaler paa formuerettens omraade* (3 utg.). København.
- Vinding Kruse (1939) Vinding Kruse, Frederik. (1939). *Viljeserklæringen*. Kjøbenhavn: Nyt Nordisk Forlag.

- Woxholth (2014a) Woxholth, Geir. (2014a). Avtaleinngåelse. Avtaletolkning - Rt. 2014 s. 100. *Nytt i privatretten* (2), 17-22.
- Woxholth (2014b) Woxholth, Geir. (2014b). *Avtalerett* (9 utg.). Oslo: Gyldendal akademisk.
- Zimmermann (1990) Zimmermann, Reinhard. (1990). *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Clarendon Press - Oxford.