



UiT

THE ARCTIC
UNIVERSITY
OF NORWAY

Det juridiske fakultet

Signeringsforbehold og avtalerettslig binding

En analyse av Rt. 2014 s. 100

—

Halvor Holemark Mathisen

Stor masteroppgave i rettsvitenskap - Mai 2015



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Temaet for avhandlingen.....	1
1.2	Forholdet mellom signeringsforbehold og andre avtaleslutningsforbehold.....	1
1.3	Rt. 2014 s. 100.....	3
1.3.1	Faktum og saksgang.....	3
1.3.2	Høyesteretts avgjørelse av sakens problemstillinger.....	4
1.4	Særskilte metodiske spørsmål.....	5
1.5	Den videre fremstilling.....	6
2	Rettslig adgang til å ta signeringsforbehold.....	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Rettslige utgangspunkter og ensidig adgang.....	7
2.3	Ensidige signeringsforbeholds subjektive rekkevidde.....	13
3	Tolking av signeringsforbehold.....	19
3.1	Innledning.....	19
3.2	Klarhetskravet.....	19
3.2.1	Utgangspunktet for vurderingen av forbeholdets klarhet.....	19
3.2.2	Klarhetskravets innhold etter Rt. 2014 s. 100.....	24
3.2.3	Klarhetskravets innhold belyst av Rt. 2011 s. 410.....	30
3.3	Skjerpelse av klarhetskravet.....	33
3.3.1	Når skjerpes klarhetskravet?.....	33
3.3.2	Betydningen av at klarhetskravet skjerpes.....	37
3.4	Krav til uttrykkelighet?.....	40
3.4.1	Må et bindingsvilkår fremgå uttrykkelig?.....	40
3.4.2	Rt. 2014 s. 100s uttalelser om uttrykkelighet belyst av Rt. 1998 s. 946.....	43
4	Konsekvenser av at avtale ikke undertegnes.....	48
4.1	Innledning.....	48
4.2	Prekontraktuelt ansvar som sikkerhetsventil. Rt. 2014 s. 100s betydning.....	48
4.3	Signeringsforbeholds innvirkning på lojalitetsplikter.....	52
4.4	Signeringsforbehold og usaklige avbruddsgrunner.....	56
5	Bortfall av signeringsforbehold.....	60
5.1	Innledning.....	60
5.2	Den rettslig bakgrunnen for bortfall.....	60
5.3	Hvilke handlinger kan føre til bortfall?.....	64
5.3.1	Handlinger i tillit til at avtale vil inngås. Introduksjon til CISG art. 29 (2).....	64

5.3.2	CISG art. 29 (2) og vanlige signeringsforbehold	69
5.3.3	“Conduct”-krav ved vanlige signeringsforbehold	73
5.3.4	Bortfall som følge av passivitet	76
5.3.5	Bortfall som følge av en parts uttalelser under forhandlingene	80
REGISTER	86

1 Innledning

1.1 Temaet for avhandlingen

Et signeringsforbehold angir at avtalerettslig binding ikke skal inntre før avtalepartene har underskrevet et endelig kontraktsdokument. Signeringsforbeholdets formål er å gi forhandlingspartene anledning til å foreta en etterfølgende vurdering av et forhandlingsresultat, samtidig som forbeholdet skaper klarhet med hensyn til når avtalerettslig binding inntreer.

Avhandlingens tema er avtalerettslig. Siden signeringsforbeholdet angir når binding inntreer er problemstillingen i utgangspunktet relatert til avtalerettslig binding. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt, ikke en avgrensning. Problemstillingene som behandles i avhandlingen berører flere tradisjonelle avtalerettslige spørsmål, samtidig som enkelte problemstillinger har kontaktflate til øvrige rettsområder som erstatningsretten og obligasjonsretten. Avhandlingen er bygget opp som en analyse av Rt. 2014 s. 100, med den hensikt å kartlegge gjeldende rett ved en rekke problemstillinger tilknyttet signeringsforbehold.

I dette kapitlet vil jeg i pkt. 1.2 kort gjøre rede for visse andre avtaleslutningsforbehold som drøftes i avhandlingen. I pkt. 1.3 fremstilles saksgang og faktum i Rt. 2014 s. 100. I tillegg gis en oversiktsgjennomgang av hva Høyesterett problematiserte i saken. I pkt. 1.4 kommer noen korte metodiske bemerkninger, før det i pkt. 1.5 forklares hvordan avhandlingen i det videre er bygget opp.

1.2 Forholdet mellom signeringsforbehold og andre avtaleslutningsforbehold

I dette punktet forklares enkelte andre bindingsvilkår enn signeringsforbehold. Bindingsvilkårene som behandles trekkes i forskjellige sammenhenger frem i avhandlingen for øvrig, hovedsakelig gjennom rettspraksis som brukes for å belyse Rt. 2014 s. 100.

Den første typen forbehold jeg skal gi en kort gjennomgang av er styreforbehold. Forbeholdet er avgrenset til å gjelde selskapsformer med styre, og er forholdsvis vanlig i forhandlingsavtaler hvor en eller flere av partene er et selskap. Forhandlinger på et selskaps vegne utføres gjennom representanter. Styreforbeholdet fungerer som en presisering av forhandlingsrepresentantenes kompetanse, og angir at forhandlingsrepresentantene ikke har kompetanse til å inngå bindende avtale på vegne av selskapet. Retten til å inngå avtale er forbeholdt styret og fattes i vedtaks form. Styreforbehold er sammenlignbare med signeringsforbehold da også styreforbehold har den funksjon å gi en kompetent myndighet

mulighet til å vurdere forhandlingsresultatet når avtalen er ferdig forhandlet. Som med signeringsforbeholdet er det også her tale om en klar og etterprøvbar “bindingsakt” som angir fra hvilket tidspunkt avtalen er ment å skape rettigheter og plikter for avtalepartene.¹

En annen type avtaleslutning som i alle fall i en viss utstrekning har likhetstrekk med signeringsforbehold er såkalte “closing”-forbehold. Begrepet “closing” er ikke entydig, og vil for norsk retts vedkommende ikke ha noe videre innhold enn hva partene selv har ment å legge i begrepet.² Den mest vanlige formen for “closing” virker å være at partene i et møte fremviser, bekrefter og overleverer en rekke på forhånd avtalte dokumenter i forbindelse med avtaleslutningen (gjærne offentlige godkjenninger, kvitteringer på forpliktelser og lignende).³ “Closing” ligner signeringsforbeholdet i den forstand at det også her er tale om et presist angitt tidspunkt som er ment å markere sluttpunktet for en forhandling, og overgang fra et uforpliktende til et forpliktende rettsforhold mellom partene. Avhengig av hva partene har ment med “closing”, kan “closing”-møtet enten markere tidspunktet for avtalebinding, eller det kan være en del av oppfyllelsen av avtalen. Om “closing” er ment å markere binding, blir ikke avtalen bindende dersom “closing” ikke gjennomføres. Om “closing” er en del av avtaleoppfyllelsen, er manglende “closing” mislighold av avtalen.⁴

Et tredje type bindingsvilkår er “written modification” eller “no oral modification”-klausuler. Dette bindingsvilkåret avtales mellom to parter, og regulerer bindingstidspunktet for endrings- eller tilleggsavtaler i et allerede eksisterende avtaleforhold. Slike klausuler angir skriftlighet som vilkår dersom endrings- eller tilleggsavtaler skal bli bindende. Hvorvidt underskrift er nødvendig avhenger av klausulens utforming. Slike klausuler har som formål å sikre notoritet i kompliserte avtaleforhold, samt å holde klarhet og oversikt i hvilke forpliktelser partene har pådratt seg ovenfor hverandre.

Utover dette vil jeg i løpet av avhandlingen også komme inn på enkelte andre, mindre utbredte bindingsvilkår. I utgangspunktet har partene i stor grad adgang til selv å regulere hvordan binding inntreffer. Det kan dermed i det praktiske liv forekomme en rekke forskjellige forbehold avhengig av hvilke interesser forhandlingspartene vil ivareta med forbeholdene sine. I hvilken grad det videre innholdet i avhandlingen har overføringsverdi til

¹ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 118-119.

² Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 267).

³ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 130.

⁴ Mads Bryde Andersen, *Praktisk aftaleret*, 3. utgave, København 2009 s. 213.

avtalebindingsformene gjengitt ovenfor kan det ikke sies noe generelt om. De forskjellige avtalebindingsmekanismene kan være forskjellige både i form og funksjon, og den argumentasjon som kan fremføres i forbindelse med signeringsforbehold vil ikke nødvendigvis gjelde allment. Argumentasjonen i avhandlingen bygger imidlertid ofte på generelle avtalerettslige prinsipper og hensyn, og i den grad en annen avtalebindingsmekanisme er sammenlignbar med signeringsforbeholdet kan lignende argumentasjon være anvendelig.

1.3 Rt. 2014 s. 100

1.3.1 Faktum og saksgang

I dette punktet fremstilles de faktiske forholdene i Rt. 2014 s. 100, slik saken lå an for Høyesterett. I tillegg sammenfattes saksgangen og hvordan saken ble avgjort i tingretten og lagmannsretten.

Spørsmålet i saken var hvorvidt bindende avtale ble inngått mellom Hans Svarstad Hansen og Thomas Johnsson Förvaltning AB om kjøp av 70 prosent av aksjene i Strømstad Marina AB. Svarstad Hansen hadde ikke underskrevet avtalen, og hevdet seg ubundet som følge av at han hadde tatt signeringsforbehold.

I juni 2009 ble Svarstad Hansen opplyst av advokat Nils Christian Jegersberg, som blant annet drev meglervirksomhet, om at Thomas Jonsson ville selge aksjemajoriteten i Strømstad Marina AB. Den 28. mai 2010 sendte advokat Jegersberg e-post til Jonsson om at “Hans [Svarstad Hansen] ønsker å gå videre i forhandlinger om kjøp [...] *under den forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlinger ikke fører frem til en signert avtale*” (min uthevning). Den uthevede setningen ble tatt inn i e-posten etter ønske fra Svarstad Hansen. Etter en forhandlingsperiode hvor partene gjennomgikk ulike avtaleutkast og gjennomførte due diligence av selskapet, undertegnet Thomas Jonsson avtalen i begynnelsen av mars 2011. Den 8. mars 2011 ble avtalen videresendt via advokat Jegersberg til Svarstad Hansen for undertegning. På dette tidspunktet hadde Svarstad Hansens helse begynt å svikte. På bakgrunn av dette mente Svarstad Hansen at han ikke hadde kapasitet til å gjennomføre prosjektet, og han valgte å ikke underskrive avtalen.

I mars 2012 anla Thomas Johnsson Förvaltning AB sak ved Oslo tingrett mot Svarstad Hansen med krav om at Svarstad Hansen var bundet av avtalen.

I Oslo tingrett ble Svarstad Hansen frifunnet.⁵ Rettens vurdering var at Svarstad Hansens signeringsforbehold var tilstrekkelig klart og tydelig, med referanse til Rt. 2011 s. 410 avsnitt 73. Retten kunne for øvrig ikke se noen omstendigheter som ga grunn til å tro at Svarstad Hansen ikke hadde holdt fast ved forbeholdet. Siden Svarstad Hansen ikke hadde skrevet under avtalen, var avtale om kjøp av aksjer i Strømstad Marina AB ikke bindende inngått.

I Borgarting Lagmannsrett ble Svarstad Hansen dømt til å oppfylle avtalen med Thomas Johnsson Förvaltning AB.⁶ Lagmannsretten sier i sine premisser at i de tilfeller hvor signeringsforbehold tas av personer som alene skal ta stilling til om det skal inngås avtale eller ikke, må forbeholdet uttrykkes "særdeles klart og tydelig". Lagmannsretten fant det mest naturlig å tolke Svarstad Hansens forbehold i brev 28. mai 2010 som et forbehold mot prekontraktuelt ansvar inntil full enighet var oppnådd. Så fort Svarstad Hansens siste innvendinger mot avtalens innhold ble akseptert av Thomas Johnsson Förvaltning AB, måtte forhandlingene anses å ha ført til avtale. Svarstad Hansen var etter dette tidspunktet forpliktet til å signere avtalen.

1.3.2 Høyesteretts avgjørelse av sakens problemstillinger

Svarstad Hansen anket saken til Høyesterett, og ankeutvalget tillot saken fremmet for så vidt gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Saken stod i alt det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som den gjorde for tingretten og lagmannsretten. I dette punktet følger en kort gjennomgang av de spørsmål Høyesterett reiste i saken, og hva Høyesterett konkluderte med.

Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2014 s. 100 problematiserer i hovedsak to spørsmål. For det første problematiserte retten om forbeholdet Svarstad Hansen fremsatte ovenfor Thomas Johnsson Förvaltning AB var tilstrekkelig klart til at det kunne gjøres gjeldende. Høyesterett startet ved å gjøre rede for enkelte avtalerettslige utgangspunkter, før retten la til grunn at det er adgang til å fremsette signeringsforbehold ensidig. Retten fulgte opp med å legge til grunn at ensidige signeringsforbehold må kunne påberopes av begge forhandlingspartene, slik at begge står fritt inntil begge har undertegnet avtalen.⁷

Deretter oppstilte Høyesterett et klarhetskrav begrunnet i lojalitetshensyn som må være oppfylt dersom et signeringsforbehold skal tillate en part å stå fritt inntil avtale er

⁵ TOSLO-2012-101950.

⁶ LB-2013-62186.

⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

undertegnet.⁸ På denne bakgrunnen foretok Høyesterett en objektiv vurdering av forbeholdet i saken, og konkluderte med at forbeholdet måtte være å forstå som et signeringsforbehold.⁹

Det andre spørsmålet Høyesterett reiste var hvorvidt signeringsforbeholdet i saken var falt bort. Høyesterett la til grunn at det må kreves “klare holdepunkter” for slikt bortfall.¹⁰ På denne bakgrunnen foretok Høyesterett en vurdering av en rekke bortfallsgrunner, og konkluderte med at signeringsforbeholdet i saken ikke hadde falt bort.¹¹ Dermed kunne Svarstad Hansen stå fritt inntil avtalen med den svenske motparten var undertegnet. Siden slik undertegning aldri ble gjort var ikke partene avtalerettslig bundet. Dommen var enstemmig.

1.4 Særskilte metodiske spørsmål

I dette punktet følger enkelte metodiske presiseringer. Avhandlingen er rettsdogmatisk, og er som nevnt bygget opp som en analyse av Rt. 2014 s. 100.¹²

I enkelte punkter i den videre fremstillingen anvendes CISG og UNIDROIT Principles i argumentasjonen.¹³ CISG er for norsk retts vedkommende gjeldende ved internasjonale løsørekjøp jf. avtl. § 9 a og kjl. § 5.¹⁴ Traktaten vil i det videre brukes som argument på bakgrunn av analogislutninger ved tilfeller som ikke omhandler internasjonale løsørekjøp. UNIDROIT Principles gjelder på sin side i utgangspunktet bare der avtalepartene har vedtatt at regelverket skal regulere forholdet de i mellom.¹⁵ I det videre brukes UNIDROIT Principles hovedsakelig som støtteargument.¹⁶

I analysen henvises det til utvalgte dommer fra lagmannsretten. Bruken av lagmannsrettspraksis er i all hovedsak ment som illustrasjonsmateriale. Etter Rt. 2014 s. 100 er det per dags dato ikke avsagt flere dommer i Høyesterett som tematiserer signeringsforbehold. Det er på den annen side avsagt enkelte lagmannsrettsdommer som helt eller delvis bygger sine premisser på Rt. 2014 s. 100. Lagmannsrettsdommene er som sådan

⁸ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 34 til 37.

¹⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

¹¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 40 til 44.

¹² Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 15.

¹³ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) og UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles).

¹⁴ Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl.) og lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjl.).

¹⁵ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 71.

¹⁶ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 46.

egnet til å illustrere hvordan Rt. 2014 s. 100 *kan* forstås, og i forlengelsen bidra til problematisering av Høyesteretts dom.

I tillegg henvises det i forskjellige sammenhenger til utenlandsk juridisk litteratur. Bruken av utenlandsk juridisk litteratur bygger på flere grunnlag. I Rt. 2014 s. 100 har Høyesterett inntatt et sitat fra de svenske forfatterne Jan og Christina Rambergs bok *Allmän avtalsrätt*.¹⁷ I likhet med Høyesteretts dom for øvrig, er også henvisningen til *Allmän avtalsrätt* gjenstand for analyse.

For øvrig i avhandlingen henvises det til en rekke annen nordisk juridisk litteratur. På avtalerettens område er det nordisk rettslikhet.¹⁸ På denne bakgrunn brukes i enkelte tilfeller øvrig nordisk litteratur som bidrag til å drøfte problemstillingene som reises. I kapittel 6 drøftes CISG som et mulig bidrag til å løse problemstillinger vedrørende bortfall av signeringsforbehold. I denne forbindelse henvises til engelskspråklig litteratur som omhandler forståelsen av CISG.

1.5 Den videre fremstilling

Disposisjonen videre er bygget opp etter rekkefølgen Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 drøftet problemstillinger relatert til signeringsforbehold. Resultatet er en slags kronologisk fremstilling av signeringsforbeholdets eksistens, fra starten når signeringsforbeholdet stiftes, og videre til forbeholdet enten får sin tilsiktede virkning eller anses bortfalt som følge av omstendigheter rundt avtaleforholdet.

I kapittel 2 vil det redegjøres for den rettslige adgangen til å ta signeringsforbehold. I kapittel 3 fremstilles tolking av signeringsforbehold, med fokus på klarhetskravet Høyesterett stilte opp i Rt. 2014 s. 100. I kapittel 4 drøftes enkelte rettsvirkninger av at et signeringsforbehold får sin tilsiktede virkning. Kapitlet fokuserer på hvilke krav en avtalepart kan ha mot parten som trekker seg fra en forhandling med den begrunnelse at kontrakt ikke er underskrevet. Til sist, i kapittel 5, vil jeg ta for meg hvilke omstendigheter under og etter forhandlingsprosessen som kan føre til at signeringsforbehold faller bort eller ikke lenger kan gjøres gjeldende ovenfor en motpart.

¹⁷ Jan Ramberg og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 8. opplagan, Stockholm 2010. Boken har kommet i ny utgave (9. opplagan, Stockholm 2014). Høyesterett viser i Rt. 2014 s. 100 til 2010-utgaven. I analysen av Rt. 2014 s. 100 vil det gjennomgående vises til 2010-utgaven av boken, siden det er denne utgaven Høyesterett henviser til. For ordens skyld kan det bemerkes at den aktuelle passasjen Høyesterett siterer i Rt. 2014 s. 100 ikke er endret i 2014-utgaven.

¹⁸ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Bergen 2014 s. 24.

2 Rettslig adgang til å ta signeringsforbehold

2.1 Innledning

I dette kapitlet fremstilles den rettslige adgangen til å ta signeringsforbehold. I pkt. 2.1 gjøres det kort rede for de rettslige utgangspunktene for adgangen til å oppstille bindingsvilkår, samt hva som ligger i adgangen til å ta signeringsforbehold ensidig. I pkt. 2.2 drøftes hvem som kan påberope seg et ensidig oppstilt signeringsforbehold.

2.2 Rettslige utgangspunkter og ensidig adgang

I dette punktet fremstilles og drøftes den rettslige adgangen til å ensidig oppstille signeringsforbehold, slik adgangen fremstilles i Rt. 2014 s. 100. I denne forbindelse trekkes enkelte motforestillinger mot å tillate ensidig adgang frem. I tillegg drøftes hvorvidt det er adgang til å ta ensidig signeringsforbehold dersom styrkeforholdet mellom partene er skjevt.

I Rt. 2014 s. 100 gjorde Høyesterett rede for de rettslige utgangspunktene for avtalebinding. Førstvoterende fastslo at det ikke “gjelder noe formkrav ved inngåelse av avtaler”, og viste til at Høyesterett i en rekke tidligere dommer har konstatert binding mellom partene når partene er enige om alle vesentlige punkter i en avtale.

Videre tilføyde Høyesterett:

Etter avtaleloven § 1 kommer ikke bestemmelsene i lovens første kapittel til anvendelse dersom “andet følger av retshandelen eller av handelsbruk eller anden sedvane”. Dette innebærer blant annet at partene kan avtale en annen avtaleprosedyre enn hva som ellers ville følge av avtaleloven. *Jeg finner det etter dette klart at partene bindende kan avtale at avtale først er inngått når den er undertegnet av begge parter.*¹⁹

Siden avtalelovens regler om binding er deklatoriske, er det rettslig uproblematisk for partene å avtale at underskrift skal være et vilkår for binding. Avtalepartene har i utgangspunkt full råderett over eget avtaleforhold. Dette gjelder også i forhandlingsfasen som leder frem mot en avtale. Høyesterett fulgte opp med å si at signeringsforbehold også kan tas ensidig:

Jeg legger videre til grunn at til tross for bestemmelsen i avtaleloven § 7 som regulerer hvor lenge et løfte fritt kan tilbakekalles, må det aktuelle kapitlets deklatoriske karakter innebære at en part ensidig kan oppstille et vilkår om at bindende avtale forutsetter undertegning. Se også Krüger i Festskrift til Lars Gorton, 2007 side 261 flg. på side 262.²⁰

¹⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 31 (min kursivering).

²⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

Temaet for den videre drøftelsen er hva som er den rettslige begrunnelsen bak den ensidige adgang til å ta signeringsforbehold, samt hva som nærmere ligger i ensidig adgang.

Høyesterett begrunnet adgangen til ensidig å oppstille signeringsforbehold i at avtl. § 7 er deklarasjonsmessig, jf. avtl. § 1. Som påpekt av førstvoterende regulerer avtl. § 7 tilbakekall av løfter. Bestemmelsen sier at løfter kan kalles tilbake dersom tilbakekallelsen når mottaker før eller samtidig med at løftet kommer til mottakerens kunnskap. Regelen gir motsetningsvis uttrykk for når binding inntreffer. Siden regelen er deklarasjonsmessig, åpner avtaleloven for at en part selv kan bestemme hva som skal til for at en avtale skal bli bindende. Krüger uttrykker det slik:

Et mindre påaktet poeng ved avtl § 1 er at henvisningen til partsdisposisjon (rettshandel etter datidens språkbruk) også åpner for det motsatte av et dispositivt forpliktende tilbud (løfte): Partene kan hver for seg i forkant ensidig og i formen av dispositivt påbud heretter *frabe seg* binding for dermed å opprettholde et åpent forhandlingsbilde – eventuelt sette ensidige “subject” vilkår for binding.²¹

Det er antakelig denne uttalelsen Høyesterett henviser til i forbindelse med at det legges til grunn at signeringsforbehold kan tas ensidig. Krüger fremhever at det å *frabe seg* binding gjøres i påbuds form. I juridisk litteratur er påbud omtalt som én av to typer ensidige disposisjoner i avtaleretten, hvor den andre typen er løfter. Et påbud kan enten pålegge en motpart plikter, eller det kan innskrenke motpartens rettigheter. Av denne grunnen kreves en hjemmel, eller et “påbudsgrunnlag”, for å gi en avtalemotpart et påbud.²² I Rt. 2014 s. 100 begrunner Høyesterett den ensidige adgangen til å ta signeringsforbehold i at avtaleloven er deklarasjonsmessig.²³ Implisitt i denne begrunnelsen er en henvisning til partenes råderett over egne avtaleforpliktelser. Tankegangen må antas å være at dersom det er opp til den enkelte part hvorvidt han vil inngå avtale eller ikke, må parten også kunne sette vilkår for hvordan avtalerettslig binding skal inntre.

At det er ensidig adgang til å ta signeringsforbehold, slik Høyesterett legger til grunn i Rt. 2014 s. 100, harmonerer blant annet med UNIDROIT Principles artikkel 2.1.13 hvor følgende fremgår:

Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement (...) in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached (...) in that form.

²¹ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 262).

²² Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 62-63.

²³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

Av artikkelen fremgår at det ikke er noe krav om enighet vedrørende måten bindende avtale inntreffer. Det er tilstrekkelig at en av partene “insisterer” på at avtale ikke blir bindende før enighet oppnås i en spesifikk form, herunder også signert avtale som vilkår for binding. Samme resultat legges for dansk retts vedkommende til grunn av Bryde Andersen. Han fremhever at “[t]ilbuddets vilkår vil (...) alltid kunne afgrænse de former for accept, der vil være aftaleudløsende”.²⁴ Ordet “tilbud” må her forstås som en ensidig disposisjon, og dersom et tilbud inneholder et vilkår om at avtale ikke blir bindende før et avtaleutkast er signert, avgrenses den avtaleutløsende akseptformen.

Bryde Andersen viser en alternativ måte å begrunne den ensidige adgangen til å ta signeringsforbehold. Han sier at dersom “disse vilkår ikke [er] oppfylt, er accepten uoverensstemmende, og avtale er dermed ikke inngått, jf. AFTL § 6, stk. 1”.²⁵ Dersom en part oppstiller et signeringsforbehold ved inngivelsen av sitt “tilbud”, er signatur et vilkår som må være oppfylt for at bindende avtale skal anses inngått. Om én av partene ikke signerer avtaledokumentet er “aksepten” uoverensstemmende med “tilbudet”, og avtale anses ikke inngått. På et rent logisk nivå fungerer denne begrunnelsen på lik linje med begrunnelsen Høyesterett legger til grunn i Rt. 2014 s. 100. Forskjellen er kun av teoretisk betydning, siden resultatet uansett er at det er rettslig adgang til å oppstille signeringsforbehold ensidig.

Når det kommer til hva som rent praktisk ligger i at det er ensidig adgang til å ta signeringsforbehold, kan dette eksemplifiseres med faktum i Rt. 2014 s. 100. I dommen tok Svarstad Hansen signeringsforbehold ensidig, formidlet gjennom advokat Jegersberg som mellommann. Advokat Jegersberg fremsatte signeringsforbeholdet i e-post ovenfor Thomas Johnsson Förvaltning AB, og det fremgår ikke av sakens faktum at motparten verken aksepterte eller kommenterte signeringsforbeholdet.²⁶ Thomas Johnsson Förvaltning valgte å gå videre med forhandlingene, og det var dermed ikke nødvendig at bindingsvilkåret Svarstad Hansen oppstilte ble godtatt. Utover at slike forbehold ensidig fremsettes i e-post eller lignende partskorrespondanse, kan signeringsforbehold eksempelvis også fremsettes i såkalte tilbudsinnbydelser. I tilbudsinnbydelser sendes enkelte hovedpunkter i avtalen til aktuelle interessenter, hvorpå mottakerne av tilbudsinnbydelsene kan gå i videre forhandlinger med tilbydereren om avtalens resterende detaljer. Fremgangsmåten er ikke ulik anbudskonkurranser,

²⁴ Mads Bryde Andersen, *Praktisk aftaleret*, 3. udgave, København 2009 s. 86.

²⁵ Mads Bryde Andersen, *Praktisk aftaleret*, 3. udgave, København 2009 s. 86.

²⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 4.

og brukes blant annet i forbindelse med leie eller salg av fast eiendom, salg av virksomhet og lignende.²⁷

Å tillate ensidig adgang til å oppstille signeringsforbehold fremstår alt i alt som velbegrunnet. Allikevel kan det anføres argumenter mot å tillate at signeringsforbehold tas ensidig. Krüger har blant annet påpekt at forhandlingshavari kan medføre store tapsposter for avtalepartene, i tillegg til konsekvenser for involverte underleverandører, arbeidstagere og andre tredjemenn. Av denne grunnen burde det ifølge ham ses “med skepsis på et 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”.²⁸

Uttrykket “tapsbringende forhandlingshavari” kan utdypes nærmere. Det vil antakelig føre for langt å legge til grunn at enhver avtaleforhandling medfører store tap dersom forhandlingene ikke fører til en avtale. Hva som er nødvendig i en avtaleforhandling varierer avhengig av hva slags formuesgode det forhandles om og hvilke formål partene har med forhandlingene. Krüger taler om at “[k]ontraktsforhandlinger av noen størrelsesorden og grad av kompleksitet forutsetter investeringer i tid og penger for begge parter”.²⁹ Det er selvfølgelig at desto større og mer kompliserte forhandlingene er, jo større blir kostnadene for forhandlingspartene. Kostnadene under en forhandlingsprosess vil som oftest bestå av innleid kompetanse som skal bidra med juridisk, finansiell eller teknisk rådgivning i forbindelse med en eventuell avtaleslutning. Utgiftene til denne type rådgivning kan bli betydelige.

Høyesterett legger til grunn at det er adgang til å trekke seg fra kontraktsforhandlinger uten at det kreves noen nærmere begrunnelse.³⁰ Det er liten tvil om at dette utgangspunktet også må gjelde ved større avtaleforhandlinger hvor kostnadene for forhandlingspartene kan bli betydelige. Høyesterett fremhever at det er ved “kompliserte forhandlinger” at behovet for en etterfølgende vurdering av forhandlingsresultatet er størst.³¹ At en forhandling er komplisert betyr riktig nok ikke i seg selv at forhandlingen også er kostbar for partene. Det har likevel

²⁷ Se eksempelvis LG-2014-21337, hvor en slik fremgangsmåte ble brukt i forbindelse med leie av Statens Hus i Stavanger.

²⁸ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270).

²⁹ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270).

³⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

³¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 30.

formodningen for seg at jo mer komplisert en forhandling er, dess større kan utgiftene potensielt bli ved innleid rådgivning og lignende.

Krügers argument mot å tillate “tapsbringende forhandlingshavari som ikke søkes underbygget med saklige grunner” er dermed ikke et argument mot ensidig adgang til å ta signeringsforbehold de lege lata. De lege ferenda er det vanskelig å si seg uenig i at det kan være problematisk at ubegrunnede forhandlingshavari fører til økonomisk tap hos forhandlingsmotparten. Noe stort problem blir imidlertid dette neppe. Det må antas at de fleste forhandlinger innledes ut fra et gjensidig ønske fra partene om å inngå avtale. Dersom det gjennom forhandlingene viser seg at avtalen ikke blir så lønnsom som en av partene hadde håpet, kan det også føre uheldig fram å tvinge to avtaleparter inn i en avtale som en av partene ikke ser seg tjent med. Om det unntaksvis forekommer forhandlinger hvor en av partene går inn med illojale hensikter (industriell spionasje, bevisst ressursløsning eller lignende) vil prekontraktuelt erstatningsansvar være en mulig sikkerhetsventil.³²

Det kan videre spørres om det er grunn til å tillate at signeringsforbehold fremsettes ensidig i avtaleforhold hvor styrkeforholdet mellom partene er skjevt, særlig i avtaleforhold mellom næringsdrivende og forbruker. Høyesterett tar i utgangspunktet ingen forbehold med hensyn til i hvilke tilfeller og mellom hvilke parter signeringsforbehold kan tas ensidig. Rekkevidden av den ensidige adgangen til å ta signeringsforbehold kan allikevel problematiseres.

Det er i dommen opplyst at Svarstad Hansen (kjøper) “i flere tiår [har] drevet næringsvirksomhet hovedsakelig basert på eiendomsutvikling”, noe som trekker i retning av at det ble tillagt vekt at kjøper var profesjonell.³³ Hadde det ikke spilt noen rolle om Svarstad Hansen var profesjonell eller forbruker, er det nærliggende å legge til grunn at førstvoterende ikke hadde presisert Svarstad Hansens erfaring i næringslivet. Thomas Johnsson Förvaltning AB (selger) med deres representanter var eiere av en marina med en totalverdi på 55 millioner kroner.³⁴ I tillegg var partene representert med hver sin advokat, samt at hele forhandlingsprosessen ble meklet av advokat Jegersberg som blant annet hadde meglervirksomhet som sitt forretningsområde.³⁵

³² Synspunktet er fremhevet i Viggo Hagstrøm, “Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold”, *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606 (s. 606).

³³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 2.

³⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 7.

³⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 2 og 8.

Begge partene må derfor regnes som profesjonelle parter, som gjennomførte forhandlinger med juridisk kyndig bistand. Når Høyesterett ikke sier noe om hvorvidt signeringsforbehold kan tas ensidig i avtaleforhold med skjevt styrkeforhold, kan dette tenkes å være en konsekvens av at en slik uttalelse ikke var nødvendig slik saken lå an for Høyesterett. Førstvoterende fremhevet aldri partenes profesjonalitet som ledd i sin begrunnelse av at signeringsforbehold kan tas ensidig, men nøyde seg med å si at “en part” ensidig kan oppstille et signeringsforbehold.³⁶ Uttrykket “en part” er nøytralt når det kommer til styrkeforholdet mellom partene. Dette kan være en konsekvens av at begge partene i Rt. 2014 s. 100 rent faktisk var som profesjonelle å regne, og at det ble ansett som utvilsomt at det er ensidig adgang til å ta signeringsforbehold mellom profesjonelle parter. Dersom dommen leses slik, begrenses prejudikatsverdien av Høyesteretts uttalelse om at signeringsforbehold kan tas ensidig.

Den rettslige begrunnelsen for at det er adgang til ensidig å oppstille signeringsforbehold er at avtalelovens regler om binding er deklatoriske. En part kan dermed ensidig fremsette vilkår for at binding skal inntre. Den rettslige begrunnelsen for at signeringsforbehold kan tas ensidig er nøytral når det kommer til styrkeforholdet mellom partene. Avtalelovens kapittel 1 er i utgangspunktet deklatorisk i et hvert avtaleforhold, med mindre annet følger av spesiallovgivning. Når det verken finnes lov eller rettspraksis som tilsier at signeringsforbehold ikke kan tas ensidig dersom styrkeforholdet mellom partene er skjevt, må en slik begrensning eventuelt begrunnes i reelle hensyn.

Dersom reelle hensyn skal begrense retten til å ta signeringsforbehold ensidig, må det eventuelt være den sterke parts rett til å ta signeringsforbehold ovenfor en svakere part som begrenses. Å si at en svakere part ikke skal kunne ta signeringsforbehold ensidig ovenfor en sterkere part, vil være å svekke den svakere part ytterligere. I motsatt retning kan det hevdes at å tillate en sterk part å ta ensidig signeringsforbehold ovenfor en svak part, er å gi den sterke parten stor kontroll over bindingsspørsmålet. Dermed kan skjevheten i styrkeforholdet mellom partene øke. Å oppstille bindingsvilkår ovenfor en part som har dårlige forutsetninger for å forstå vilkårets betydning, kan virke unødvendig kompliserende. I tillegg vil det ha formodningen for seg at avtaleforhandlinger mellom en svak og en sterk part som regel vil omhandle avtalekomplekser av noe mindre omfang enn avtalekomplekser som

³⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

fremforhandles mellom profesjonelle. Behovet for en etterfølgende vurdering av forhandlingsresultatet kan i slike avtaleforhold antas å være mindre.

På den annen side kan ikke betydningen av disse argumentene overdrives. De fleste innvendinger som kan reises mot å tillate at signeringsforbehold tas ensidig av en sterk part ovenfor en svak part, bygger på lojalitetsbetraktninger. Lojalitetshensynet ivaretas av klarhetskravet Høyesterett oppstiller i Rt. 2014 s. 100.³⁷ Klarhetskravets sentrale poeng er at parten som tar et signeringsforbehold har et ansvar for at motparten er i stand til å forstå forbeholdets betydning.³⁸ I tillegg er ikke et signeringsforbehold som sådan særlig inngripende ovenfor en svakere part, så lenge forbeholdets virkning klargjøres. Å ha muligheten til etterfølgende vurdering av en avtale før den eventuelt godtas kan komme begge partene til gode.

Alt i alt er det liten grunn til å begrense rekkevidden av Høyesteretts uttalelse om at signeringsforbehold kan tas ensidig, uavhengig av styrkeforholdet mellom partene.

2.3 Ensidede signeringsforbeholds subjektive rekkevidde

I dette punktet stilles det spørsmål om hvem som kan påberope seg et ensidig signeringsforbehold. Drøftelsen tar utgangspunkt førstvoterendes kommentarer om spørsmålet i Rt. 2014 s. 100. Høyesteretts uttalelser om spørsmålet analyseres og belyses av tidligere rettspraksis og juridisk litteratur. I tillegg fremstilles noen tenkte situasjoner for å undersøke hvordan Høyesteretts uttalelser stiller seg dersom de settes på spissen.

Etter at Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 konstaterte at det er adgang til å ta signeringsforbehold ensidig, la retten til grunn at ensidede signeringsforbehold må kunne påberopes av begge avtaleparter:

Men dersom en part ensidig tar et slikt forbehold, tilsier hensynet til gjensidighet at det også må kunne påberopes av motparten slik at begge parter står fritt inntil begge har undertegnet avtalen. Jeg forstår Krüger: Norsk Kontraktsrett, 1991, side 43-44 slik at han inntar samme standpunkt. Jeg tilføyer at det aktuelle forbeholdet, så langt det rekker, etter ordlyden omfatter begge parter.³⁹

Uttalelsen reiser to spørsmål, som til en viss grad glir over i hverandre. For det første kan det spørres hvor langt Høyesteretts uttalelse om at begge parter må kunne påberope seg et ensidig signeringsforbehold rekker. For det andre kan det problematiseres hvordan uttalelsen stiller

³⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

³⁸ Klarhetskravet analyseres nærmere i kapittel 4.

³⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

seg dersom en part med viten og vilje har valgt å utforme et signeringsforbehold skjevt, i den forstand at forbeholdet kun omfatter den ene av partenes signatur som vilkår for binding.

Høyesterett fremhever at “hensynet til gjensidighet [tilsier] at [signeringsforbehold] må kunne påberopes av motparten slik at begge parter står fritt” frem til avtalen er signert. Høyesteretts formulering fremhever at et ensidig signeringsforbehold “må kunne påberopes” av en motpart. Ordet “må” fremstår i denne sammenhengen som at det gir uttrykk for et slags påbud, eller en nødvendighet. Dersom setningen tas på ordet, gir regelen uttrykk for at et signeringsforbehold uavhengig av sin utforming må innebære en gjensidig adgang for begge parter til å påberope seg et signeringsforbehold. I så tilfelle vil ikke en part gjennom skjev utforming av et signeringsforbehold kunne nå frem med at forbeholdet bare skal kunne påberopes av den ene parten.

På den annen side fremheves at hensynet til gjensidighet “*tilsier*” at et signeringsforbehold må kunne påberopes av begge parter. Bruken av ordet “tilsier” åpner for at formuleringen kan tolkes mer forbeholdent. Når et hensyn “tilsier” en løsning, betyr det ikke nødvendigvis at løsningen må gjelde i et hvert tilfelle. Ordet “tilsier” kan like godt gi uttrykk for at det er en presumsjon for, eller er nærliggende, at et skjevt signeringsforbehold er ment å gjelde begge parter. Dersom det kun er en presumsjon for at et signeringsforbehold må kunne påberopes av begge parter, betyr det at presumsjonen kan fravikes dersom det sannsynliggjøres at forbeholdet bare var ment å skulle kunne påberopes av den ene parten.

Høyesteretts begrunnelse for at ensidige signeringsforbehold må kunne påberopes av begge parter er interessant. Høyesterett trekker her frem hensynet til gjensidighet. Gjensidighetsprinsippet er av Huser formulert slik:

Ved tolkingen søker vi å oppnå et resultat som innebærer en mest mulig lik gjensidig utveksling av ytelser og balanse mellom partenes gjensidige rettigheter og plikter forøvrig.⁴⁰

Huser trekker frem gjensidighetshensynet som et tolkningsmoment. Dersom det tales om et tolkningsmoment, er det en nødvendig forutsetning at hensynet kun blir utslagsgivende i tilfeller hvor det faktisk er rom for at et utsagn kan tolkes på flere måter. Det kan nevnes at å anse gjensidighetshensynet som et *tolkningsmoment* er i tråd med tidligere rettspraksis, se eksempelvis Rt. 1984 s. 44, Rt. 1981 s. 445, Rt. 1961 s. 1022 og Rt. 1952 s. 1160. Dersom Høyesteretts utsagn i Rt. 2014 s. 100 var ment å forstås som at et signeringsforbehold må

⁴⁰ Kristian Huser, *Avtaletolking*, Bergen 1983 s. 519 (min kursivering).

kunne påberopes av begge parter uavhengig av forbeholdets utforming, er det uten betydning hvorvidt forbeholdet levner rom for tolking. Å ta gjensidighetshensyn til inntekt for at signeringsforbehold må kunne påberopes av begge parter selv om forbeholdet kun omfatter én av partene, innskrenker dermed også partenes avtalefrihet. Det er et mindre innhugg i avtalefriheten å gå tolkningsvei for å komme til at et forbehold må kunne påberopes av begge parter. Sistnevnte løsning harmonerer med måten Høyesterett har brukt gjensidighetshensyn som tolkningsmoment i tidligere rettspraksis, samt Husers fremstilling av hensynet.

Som støtteargument for at et ensidig signeringsforbehold må kunne påberopes av begge parter viste Høyesterett til Krüger, *Norsk kontraktsrett*.⁴¹ Krüger skriver:

Det kan (...) tenkes at partene forhandler seg frem til enighet, men at man har forbeholdt seg at avtalen ikke skal kunne anses gyldig eller virksom før underskrift (...). I den grad den ene har forbeholdt seg å stå fritt, kan dette også innvirke på den annen parts bundethet: Det må normalt ha formodningen mot seg at den ene på noe tidspunkt skal være bundet uten at også den annen er det.⁴²

Førstvoterende skriver at han forstår ovennevnte uttalelse slik at Krüger inntar samme standpunkt som Høyesterett i spørsmålet om hvem som kan påberope seg et signeringsforbehold. Det er imidlertid mulig å forstå Krüger på en annen måte enn det førstvoterende gjør. Krüger sier at signeringsforbehold kan “innvirke på den annen parts bundethet”, fordi det må “ha formodningen mot seg at den ene på noe tidspunkt skal være bundet uten at også den annen er det”. Krüger sier i så måte ingenting om hvorvidt en motpart kan eller burde kunne påberope seg et signeringsforbehold. Han sier imidlertid at så lenge den ene parten er ubundet, må nødvendigvis den andre parten også være det. Det er ikke utenkelig at et signeringsforbehold etter sin ordlyd kun omfatter én av partene: “Bindende avtale skal ikke anses inngått før part A har underskrevet avtalen”, eller lignende. Dersom et signeringsforbehold er utformet slik, vil det etter sin ordlyd isolert sett måtte tolkes slik at avtalerettslig binding for begge partene inntreffer ved part A’s underskrift av avtalen. Det Krüger gir uttrykk for i uttalelsen gjengitt ovenfor, er nettopp at bundethet inntreffer på samme tidspunkt for begge partene. Det er dermed fullt mulig å lese Krügers uttalelse på en måte som ikke utelukker at signeringsforbehold kan utformes skjevt.

⁴¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

⁴² Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 43-44. Det må bemerkes at Høyesterett viser til *Norsk kontraktsrett*, 1991. Så vidt jeg kan se eksisterer ingen utgave av boken fra 1991. Krüger ga på den annen side ut en utgave av *Norsk kjøpsrett* i 1991. På denne bokens side 43-44 står det imidlertid ingenting om avtalebinding eller lignende. Det må antas at Høyesteretts bruk av årstallet 1991 er en inkurie, og at det egentlig skulle stå 1989.

Høyesterett avsluttet sin utgreiing om hvorfor et signeringsforbehold må kunne påberopes av begge parter med å tilføye at forbeholdet i Rt. 2014 s. 100 etter sin ordlyd omfattet begge partene. Forbeholdet i saken lød “at ingen av partene har krav mot den annen”. Uttrykket “ingen av partene” er i flertallsform, og omfatter etter ordlyden både Svarstad Hansen og den svenske motparten.

Høyesteretts påpekning av at forbeholdet i saken etter sin ordlyd omfattet begge partene kan tas til inntekt for at Høyesterett mente å ta avstand fra at det er adgang til å ta skjeve signeringsforbehold. Ettersom Høyesterett fremhevet at forbeholdet i saken omfattet begge partene, er det nærliggende å legge til grunn at Høyesterett har tenkt på den situasjon at et signeringsforbehold også kan omfatte bare en av partene. Når Høyesterett likevel uttalte at et signeringsforbehold “må kunne påberopes av motparten”, tilsier dette at det ikke er adgang til å ta skjevt utformede signeringsforbehold.

Høyesteretts uttalelse om at forbeholdet i saken omfattet begge parter kan på den annen side også leses slik at rekkevidden av Høyesteretts uttalelse om gjensidighet begrenses. Da Høyesterett fremhevet at det aktuelle forbeholdet i saken omfattet begge parter, ligger det implisitt at det ikke er tatt stilling til enhver tenkelig omstendighet i forbindelse med gjensidighet. Høyesterett problematiserte ikke hvorvidt det er adgang til å ta et signeringsforbehold som kun omfatter én part, som følge av at spørsmålet ikke reiste seg i saken. Dommen kunne like godt vært avsagt uten å si at signeringsforbehold må kunne påberopes av begge parter i et avtaleforhold. Formuleringen om rekkevidden av et signeringsforbehold er derfor et obiter dictum. Når Høyesterett som følge av dette ikke har problematisert spørsmålet, kan det være grunn til å begrense rekkevidden av Høyesteretts uttalelse om gjensidighet.

Å tolke et skjevt signeringsforbehold utvidende slik at det omfatter begge avtalepartene har gode grunner for seg i de aller fleste tilfeller. Når Høyesterett først legger til grunn at det er adgang til ensidig å oppstille et signeringsforbehold, utvides også den enkelte parts makt over forhandlingssituasjonen. Et sentralt forhold ved at signeringsforbehold kan tas ensidig er nemlig at avtalemotparten ikke har noen mulighet til å innvirke på forbeholdets utforming annet enn ved å true med å trekke seg fra forhandlingene. Å si at signeringsforbehold medfører at begge parter står fritt blir dermed et middel for å “veie opp for” at en part ensidig kan diktere hvordan binding inntreer. Til tross for at å la ensidige og skjeve signeringsforbehold omfatte begge avtaleparter som oftest er velbegrunnet, kan det tenkes

situasjoner hvor gjensidighet ikke nødvendigvis er å ettertrakte. Et tenkt eksempel kan illustrere problemet:

Selger A kontaktes av kjøper B i den hensikt å kjøpe et formuesgode som A i utgangspunktet ikke er interessert i å selge. A sier seg imidlertid villig til å gå i forhandlinger med B, under den forutsetning at A har kontroll over bindingsspørsmålet ved å ta et ensidig signeringsforbehold som setter As endelige signatur som vilkår for binding. B er fornøyd med at han i det hele tatt får A i forhandlinger, og diskusjoner vedrørende et potensielt salg iverksettes. I løpet av forhandlingene blir partene enige om salgsvilkårene, og et endelig avtaleutkast utformes.

På dette tidspunktet kan to ting skje: A vil fortsatt ikke selge, forhandlingene til tross, og lar dermed være å undertegne avtaleutkastet. Da blir det ingen bindende avtale mellom partene. I et slikt tilfelle kan det sies at et vanlig signeringsforbehold som omfatter begge partene vil fylle samme funksjon som det skjeve signeringsforbeholdet. Når A ikke underskriver avtalen, blir resultatet at avtalen ikke er bindende uavhengig av om signeringsforbeholdet omfattet begge partene eller bare A.

Et alternativt handlingsforløp er at A i løpet av forhandlingene blir overtalt til å selge. A underskriver avtaledokumentet, og avtalen blir bindende mellom partene. Om B etter dette får kalde føtter, eksempelvis fordi det solgte formuesgode viser seg ikke å være så lønnsomt som han først hadde trodd, kommer spørsmålet om gjensidighet på spissen. Dersom gjensidighetsregelen Høyesterett oppstiller i Rt. 2014 s. 100 legges til grunn, vil B kunne påberope seg signeringsforbeholdet slik at avtalen ikke blir bindende mellom partene. Hvorvidt en slik løsning er rimelig kan imidlertid diskuteres.

For det første har det skjeve signeringsforbeholdet i eksempelet ovenfor et beskyttelsesverdig formål. A var skeptisk til å selge, og B var fornøyd med at han i det hele tatt fikk A til å gå i forhandlinger. Bryde Andersen sier at formodningen mot skjeve rettshandler kan avkreftes “hvis det ligger klart, at parterne har tilstræbt den ulige situation”.⁴³ I situasjonen som forklart ovenfor har begge partene tilstrebet den ulike situasjonen. A har tilstrebet ulikheten som følge av at han vegrer seg for å selge, mens B har tilstrebet situasjonen for å få A “på banen”.

For det andre innebærer en “aksept” av et skjevt signeringsforbehold også en aksept av risiko. Dersom B er klar over at A kun går i forhandlinger fordi A har full kontroll over

⁴³ Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, 2. omarbejdede udgave, København 2002 s. 480.

bindingsspørsmålet, har ikke B noen berettiget forventning om at han skal kunne innvirke på bindingsspørsmålet etter at et ferdigforhandlet avtaleutkast foreligger. Synspunktet bygger på den såkalte “god tro-standard”. God tro-standard gir uttrykk for at en part som kjente eller burde kjenne til den annen parts oppfatning av en rettshandel, også må tåle at den annen parts forståelse legges til grunn ved fastleggingen av rettshandelens innhold.⁴⁴ Slike god tro-synspunkter har også fått gjennomslag i UNIDROIT Principles artikkel 4.2 (1). I artikkelen fremgår at en parts uttalelser skal tolkes i tråd med den uttalende parts forståelse dersom motparten var eller burde vært innforstått med den uttalende parts forståelse.⁴⁵

For det tredje vil ikke den parten som får stilt et slikt skjevt signeringsforbehold ovenfor seg være fullstendig avskåret fra å innvirke på spørsmålet om bindende avtale skal inngås eller ikke. Avtalebinding vil uansett være avhengig av at forhandlingene mellom partene fører frem og at et endelig avtaleutkast utarbeides. Den eneste rettigheten B fra eksempelet ovenfor fratas er retten til å foreta en etterfølgende vurdering av forhandlingsresultatet. Dette stiller selvfølgelig B i den situasjon at han selv må være oppmerksom med hensyn til hva partene egentlig har blitt enige om i løpet av forhandlingene. Dette er imidlertid ikke noe annerledes enn hva som følger av “hovedregelen” for avtalebinding etter forhandlinger i norsk rett, nemlig at binding inntreffer når partene har blitt enige om avtalens vesentligste punkter.⁴⁶ Forskjellen fra “hovedregelen” er at så fort et endelig avtaleutkast utarbeides, tas spørsmålet om binding ut av Bs hender. Om så skulle skje er ikke noe annet enn B kunne forvente da forhandlingene ble innledet.

I visse tilfelle kan det altså oppstå et reelt behov for å ta et skjevt signeringsforbehold. Så lenge motparten enten visste eller burde visst om formålet med signeringsforbeholdets skjevhet, har ikke motparten noen berettiget forventning om at signeringsforbeholdet skal være gjensidig. Selv om gjensidighet som oftest har gode grunner for seg, er det mye som taler for å tolke regelen om at signeringsforbehold må omfatte begge parter slik at det i visse situasjoner *kan* gjøres unntak.

⁴⁴ Kristian Huser, *Avtaletolkning*, Bergen 1983 s. 417. “God tro-standard” har blant annet kommet til uttrykk i Rt. 1953 s. 581 side 583 hvor Høyesterett uttaler: “Jeg mener som lagmannsretten at [parten] med full grunn har oppfattet uttrykket overensstemmende med lagmannsrettens alternativ nr. 2, og jeg antar videre at [motparten] burde vært klar over at han oppfattet det på denne måten”.

⁴⁵ UNIDROIT Principles artikkel 4.2 har tittelen “Interpretation of statements and other conduct”, og første ledd lyder som følger: “The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party’s intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention”.

⁴⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 29.

Når Rt. 2014 s. 100 ikke reiser noe særlig spørsmål om gjensidighet og skjeve signeringsforbehold bør det utvises forsiktighet ved å legge for mye i Høyesteretts uttalelse om gjensidighet. Høyesteretts støtteargumentasjon er heller ikke helt overbevisende, da henvisningen til Krüger ikke gir særlig støtte for synspunktet Høyesterett legger til grunn. I tråd med det som er sagt ovenfor, kan Høyesteretts uttalelse leses som en slags tolkningspresumsjon. Dette synspunktet er mer i tråd med tidligere høyesterettspraksis og oppfatninger i juridisk litteratur, hvor gjensidighetshensynet brukes som tolkningsmoment. Løsningen gir også adgang til å ta skjeve signeringsforbehold i de tilfeller hvor det finnes hensiktsmessig. Å se på Høyesteretts uttalelse som en tolkningspresumsjon er også fullt forenlig med måten Høyesterett ordlegger seg. Som nevnt, åpner bruken av ordet “tilsier” for at Høyesteretts uttalelse kan leses mer forbeholdent. Reelle hensyn tilsier også at det kun er en presumsjon for at signeringsforbehold kan påberopes av begge parter, ikke at dette er en absolutt regel. Gode grunner taler derfor for at det i visse situasjoner kan oppstilles signeringsforbehold som bare kan påberopes av den ene parten.

3 Tolking av signeringsforbehold

3.1 Innledning

I dette kapitlet fremstilles tolking av signeringsforbehold. I pkt. 3.2 drøftes klarhetskravet Høyesterett oppstilte i Rt. 2014 s. 100. I pkt. 3.3 tar jeg for meg i hvilke situasjoner klarhetskravet må skjerpes, og hva som ligger i at kravet til klarhet skjerpes. I pkt. 3.4 analyseres hvorvidt de særlige kravene som stilles til signeringsforbehold inneholder et implisitt krav om uttrykkelighet, eller om signatur som vilkår for bindende avtale eventuelt kan foreligge på kutymegrunnlag.

3.2 Klarhetskravet

3.2.1 Utgangspunktet for vurderingen av forbeholdets klarhet

I dette punktet fremstilles utgangspunktene for klarhetskravet Høyesterett oppstiller i Rt. 2014 s. 100. I fremstillingen analyseres Høyesteretts uttalelser om klarhetskravet, samt måten Høyesterett rent faktisk vurderte det aktuelle forbeholdet i saken. I tillegg sammenholdes utgangspunktene Høyesterett stilte opp med en lagmannsrettsdom som bygger sine premisser på Rt. 2014 s. 100.

I Rt. 2014 s. 100 stilte Høyesterett opp et særlig klarhetskrav for signeringsforbehold:

Hensynet til lojalitet i avtaleforhold tilsier (...) at det må oppstilles et klarhetskrav. Etter mitt syn går imidlertid

lagmannsretten for langt når den uttaler at vilkåret må uttrykkes «særdeles klart og tydelig». Mitt syn er at dersom man ikke uttrykkelig uttaler at man ikke vil være bundet før avtalen er undertegnet, må det i alle fall kreves at man uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår.⁴⁷

I det videre skal det undersøkes hva som nærmere ligger i klarhetskravet Høyesterett stilte opp i Rt. 2014 s. 100.

Høyesterett forankret klarhetskravet i hensynet til lojalitet i avtaleforhold. Dette er en naturlig følge av at Høyesterett tidligere i dommen la til grunn at et signeringsforbehold kan oppstilles ensidig av én av partene.⁴⁸ At et signeringsforbehold kan tas ensidig innebærer at en part med bindende virkning ovenfor den annen avtalepart kan diktere hvordan avtalerettslig binding mellom partene skal inntre. Når rettsordenen godtar ensidig diktering av hvordan partene bindes, er det åpenbart at parten som oppstiller signeringsforbeholdet må sørge for at motparten er innforstått med hva signeringsforbeholdet innebærer.

Høyesterett stilte opp to vurderingsmomenter som må hensyntas når et signeringsforbehold skal tolkes. For det første stilte Høyesterett krav til forbeholdets utforming. Førstvoterende fremhevet følgende:

Mitt syn er at dersom man ikke uttrykkelig uttaler at man ikke vil være bundet før avtalen er undertegnet, må det i alle fall kreves at man uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår.⁴⁹

Ut fra denne uttalelsen kan for det første utledes at de uomtvistelig klare signeringsforbehold må anses å oppfylle lojalitetsplikten i avtaleforhold. Det sentrale poenget som utvetydig må komme frem i slike forbehold er at det er tatt et forbehold om når *avtalerettslig binding* skal inntre, samt at det er *undertegning* som utløser binding.

Dersom det i et signeringsforbehold ikke uttrykkelig kommer frem at signering er et vilkår for binding, må det i det minste “kreves at man uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår”. Bruken av ordet “kreves” viser at Høyesterett taler om et minstekrav for at et signeringsforbehold skal kunne gjøres gjeldende ovenfor en motpart. Dette viser klarhetskravets sentrale betydning ved

⁴⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

⁴⁸ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

⁴⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

tolkningen av et signeringsforbehold. Dersom klarhetskravet ikke er oppfylt vil ikke signering kunne gjøres gjeldene som bindingsvilkår mellom partene.

Minstekravets innhold er “at man uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et [signeringsforbehold]”. Ordene “uttrykker seg såpass tydelig” gir en anvisning på at det dreier seg om en vurdering av et faktisk utsagn. En naturlig forståelse er at det er utsagnet i seg selv som må være så klart at en aktsom og oppmerksom avtalepart kunne forstå at utsagnet var ment som et vilkår for binding. Dersom utsagnet ikke oppfyller klarhetskravet er ikke forhandlingen underlagt et signeringsforbehold overhode, og spørsmålet om binding er inntrådt må da søkes besvart gjennom den vanlige bindingslæren. Som regel vil dette ved forhandlingsavtaler være en undersøkelse av om partene har kommet til enighet om avtalens vesentligste punkter.

Høyesterett virker med andre ord å legge opp til at det skal foretas en vurdering av om forbeholdet som sådan er tilstrekkelig klart. Dersom et signeringsforbehold oppfyller klarhetskravet inntreer ikke avtalebinding før avtalen er undertegnet, med mindre forbeholdet på grunn av øvrige omstendigheter har falt bort.⁵⁰

Det foreligger imidlertid en nyere lagmannsrettsdom hvor dette utgangspunktet fravikes. LG-2014-21337 dreide seg om et avtaleforhold hvor fylkesmannen i Rogaland hadde lyst ut en konkurranse om leie av kontorlokaler til et nytt Statens Hus i Stavanger. I konkurransegrunnlaget var det inntatt et forbehold om at kontraktsinngåelse forutsatte departementets godkjenning. Etter en innledende tilbudsrunde ble fem tilbydere invitert til å inngi endelig tilbud i konkurransen. I brevet hvor de endelige tilbyderne ble oppfordret til å inngi endelig tilbud var det igjen vist til at kontraktsinngåelse forutsatte godkjenning fra departementet. Etter at den endelige tilbudsrunderen var avsluttet, ble det sendt ut brev om kontraktstildeling hvor det ble opplyst at Cator AS hadde vunnet tilbudskonkurransen. I dette brevet var forutsetningen om departementsgodkjenning ikke tatt med. Etter en periode med ytterligere korrespondanse og forhandlinger mellom Staten og Cator AS, bestemte Staten seg for å trekke seg fra avtalen. Begrunnelsen var at Statens Vegvesen, som én av etatene som skulle inn i det nye Statens Hus, ikke lenger ønsket å være med på prosjektet. Cator AS gikk til sak, blant annet med påstand om at partene var avtalerettslig bundet.

⁵⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 38.

Lagmannsretten skulle vurdere om forbeholdet var tilstrekkelig klart etter retningslinjene oppstilt i Rt. 2014 s. 100, og formulerte problemstillingen slik:

Det konkrete rettslige spørsmålet blir etter dette om forutsetningene om departementets godkjenning (...) var så tydelig formidlet at de ankende parter ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kunne forstå at det var stilt slike vilkår.

Problemstillingen lagmannsretten oppstilte er i utgangspunktet i tråd med at det er utsagnet, altså forutsetningen om departementets godkjenning, som må være “så tydelig formidlet” at motparten kunne forstå at det var oppstilt et bindingsvilkår. Lagmannsretten startet sin vurdering med å konstatere at ordlyden i forbeholdet var at “[k]ontraktsinngåelse forutsetter departementets endelige godkjenning”. Lagmannsretten kommenterte ikke forbeholdets ordlyd. De nøyde seg med å si at forbeholdet ikke ble gjentatt i et senere brev om kontraktstildeling. På bakgrunn av tildelingsbrevets formulering uttalte lagmannsretten følgende:

Kravet om vanlig oppmerksomhet og aktsomhet innebærer etter lagmannsrettens syn ikke krav om selvstendige undersøkelser utover det tildelingsbrevet og situasjonen innbød til.

Videre fant lagmannsretten det lite sannsynlig at Fylkesmannen hadde gitt signaler som tilsa at tilbyderen burde undersøkt hvorvidt departementsgodkjenning forelå. På denne bakgrunnen konkluderte lagmannsretten med at bindingsvilkåret ikke kunne gjøres gjeldende ovenfor tilbyderen.

Lagmannsrettens fremgangsmåte i denne saken kan problematiseres. Som fremholdt ovenfor virker Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 å legge opp til at det er forbeholdet som sådan som må være tilstrekkelig klart til at det skal kunne gjøres gjeldende ovenfor en motpart. Måten Høyesterett vurderer forbeholdet i Rt. 2014 s. 100 avsnitt 34 til 37 støtter opp om at det er uttrykksmåten som skal tolkes. I avsnitt 34 sier Høyesterett at innholdet i forbeholdet må “fastlegges på grunnlag av en normal forståelse av avtalens ord og uttrykk”, og det er nettopp en slik tolkning Høyesterett foretar i avsnitt 35 til 37.

Som nevnt nøyer lagmannsretten seg med å vise til forbeholdets ordlyd, uten å kommentere hvorvidt ordlyden trekker i den ene eller den annen retning. Dersom forbeholdet i LG-2014-21337 skal kritiseres, kan det påpekes at uttrykket “departementets endelige godkjenning” er uklart. Denne uttrykksmåten lar det stå åpent blant annet *hvem* i departementet som skal gi godkjenning, og *hvordan* slik godkjenning skal gis. Utover denne uklarheten er imidlertid

forbeholdet klart med hensyn til at det dreier seg om avtalebinding, da ordlyden “[k]ontraktsinngåelse forutsetter” ikke er til å misforstå.

Spørsmålene vedrørende hvem som skulle gi godkjenning og hvordan den skulle gis er av mindre betydning slik saken fortonet seg. Godkjenning var ikke gitt av noen i departementet, på noen måte. Lagmannsretten unngår problematisering av ordlyden, og legger i stedet vekt på at Fylkesmannens opptreden rundt kontraktstildelingen tilsa at godkjennelse fra departementet var gitt. Å legge vekt på partenes etterfølgende opptreden etter at forbeholdet som sådan er tatt kan hevdes å være en slags vurdering av om et bindingsvilkår har falt bort. I Rt. 2014 s. 100 sier Høyesterett følgende om bortfall:

Min konklusjon er etter dette at forbeholdet (...) skal forstås slik at bindende avtale forutsatte at avtaleutkastet ble undertegnet av begge partene. Svarstad Hansen kunne dermed, forutsatt at det ikke under forhandlingsprosessen har skjedd noe som medfører at forbeholdet er bortfalt, avslå å inngå avtalen uten noen nærmere begrunnelse.⁵¹

Høyesterett konkluderte med at forbeholdet i saken skulle forstås som et bindingsvilkår, noe som innebar at Svarstad Hansen kunne stå fritt inntil avtale var undertegnet. Høyesterett åpnet for at dette kan fravikes dersom det “under forhandlingsprosessen har skjedd noe som medfører at forbeholdet er bortfalt”. Når brevet om kontraktstildeling samt Fylkesmannens opptreden i LG-2014-21337 hadde gitt motparten en forventning om at departementets godkjenning var innhentet, kan dette sies å være en omstendighet under forhandlingsprosessen som kan føre til bortfall av forutsetningen. Begrepet “bortfall” er muligens ikke helt treffende på situasjonen i LG-2014-21337 i den forstand at motparten ikke hadde fått noen forventning om at forutsetningen ikke lenger gjaldt. Motparten hadde i stedet fått en forventning om at forutsetningen var oppfylt. Forutsetningens eksistens som sådan var aldri problematisert.

Om det sies at forutsetningen om departementsgodkjenning var bortfalt eller ikke, er imidlertid av mindre betydning. “Bortfall” av et forbehold gir bare uttrykk for at forbeholdet ikke lenger kan gjøres gjeldende ovenfor en motpart. Omstendighetene i saken ga motparten grunn til å tro at departementsgodkjenning var innhentet når slik godkjenning i realiteten ikke var gitt. Dette gjorde at Staten ikke kunne gjøre forutsetningen gjeldende ovenfor motparten. En “todelt” vurdering hvor forbeholdets klarhet undersøkes først, og hvor det deretter

⁵¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 38.

undersøkes om det har skjedd noe som medfører at forbeholdet ikke kan gjøres gjeldende, er ikke uten grunn. I Rt. 2014 s. 100 uttrykte Høyesterett:

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.⁵²

En forutsetning om departementsgodkjenning er ikke nøyaktig det samme som et signeringsforbehold, men formålet vil i stor grad være det samme. Poenget er at en eller flere sentrale beslutningstakere skal se over og vurdere en avtale, for så å ta stilling til hvorvidt avtalen skal inngås. For at formålet ikke skal forspilles har Høyesterett stilt krav om at det “kreves klare holdepunkter” for at slike forbehold skal kunne falle bort. Hensynet til motparten ivaretas hovedsakelig av klarhetskravet, viss funksjon er å sørge for at motparten forstår at et bindingsvilkår er tatt. Når et bindingsvilkår først er oppstilt klart nok, veier hensynet til forutberegnelighet i forhandlingsprosessen tungt. Derfor kreves det “klare holdepunkter” for at forbehold er falt bort, og derfor er det nødvendig å foreta en vurdering i to ledd dersom konklusjonen skal være at et i utgangspunktet klart forbehold ikke skal kunne gjøres gjeldende ovenfor en motpart.

Lagmannsrettens vurdering bærer dermed preg av å være verken det ene eller det andre. Lagmannsretten foretok ikke en vurdering av forbeholdets klarhet isolert sett. Vurderingen glir i stedet over i en slags bortfallsvurdering, uten at retten uttrykkelig stilte krav om at det må “klare holdepunkter” til for at bortfall skal skje. Fremgangsmåten lagmannsretten valgte kan dermed hevdes å forspille formålet bak å kreve klare holdepunkter for bortfall.

Kritikken mot lagmannsrettens dom i LG-2014-21337 går ikke på lagmannsrettens konklusjon, men heller på fremgangsmåten lagmannsretten valgte. Lagmannsretten slo to vurderinger sammen i ett, og tok ikke stilling til hvorvidt det forelå “klare holdepunkter” for at forutsetningen om departementsgodkjennelse ikke kunne gjøres gjeldende. Hvorvidt det faktisk forelå ”klare holdepunkter” vil jeg komme tilbake til i pkt. 5.3.5.

3.2.2 Klarhetskravets innhold etter Rt. 2014 s. 100

Hittil kan det konkluderes med at det er selve signeringsforbeholdet som må være “såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et [signeringsforbehold]”. I dette punktet kartlegges klarhetskravets innhold gjennom en analyse

⁵² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

av hva som ligger i at “motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå” at det er tatt et signeringsforbehold. I denne forbindelse sammenholdes Høyesteretts vurdering av det aktuelle forbeholdet i saken med en analyse av dommens premisser foretatt av Geir Woxholth.

Det første som kan bemerkes er at Høyesterett ikke oppstiller et krav om at den parten som tar signeringsforbehold må forsikre seg om at motparten *faktisk forstår* innholdet av forbeholdet. Det er tilstrekkelig at motparten *kunne* forstå at et signeringsforbehold ble tatt. Når det tales om “*vanlig oppmerksomhet og aktsomhet*” trekker dette i retning av at det ikke kan stilles noen særlige krav til motpartens undersøkelsesplikt i forbindelse med å klargjøre hvorvidt et utsagn er et bindingsvilkår eller ikke. En viss plikt til slik undersøkelse må allikevel en motpart ha. Utgangspunktet er at en avtalepart bærer risikoen for sine egne ytringer.⁵³ Dersom en part stilles ovenfor et vilkår i en avtaleforhandling viss innhold han er usikker på, kan det tenkes å anses som “*vanlig oppmerksomhet og aktsomhet*” å gjøre et forsøk på å klargjøre innholdet.

Hva som ligger i at en motpart *kan* forstå at det er tatt et signeringsforbehold, kan klarlegges gjennom en kontrastering mot utsagn som “uttrykkelig uttaler at man ikke vil være bundet før avtalen er undertegnet”.⁵⁴ Ut fra dette kan det utledes at et signeringsforbehold ikke nødvendigvis trenger uttrykkelig å angi at binding ikke inntreffer før underskrift. Dette kan illustreres gjennom det aktuelle forbeholdet i Rt. 2014 s. 100, som lød som følger:

Jeg viser til våre samtaler, befaringer, oversendte dokumenter og vårt seneste møte i Strømstad 13. d.m. og kan bekrefte at Hans [Svarstad Hansen] ønsker å gå videre i forhandlinger om kjøp under full konfidensialitet som forutsatt særlig i forhold til kommunen og *under den forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlinger ikke fører frem til en signert avtale*.⁵⁵

Dette forbeholdet ble av Høyesterett vurdert til å være tilstrekkelig klart til at motparten ved “*vanlig oppmerksomhet og aktsomhet*” kunne forstå at det var ment som et signeringsforbehold. Høyesterett kom frem til denne konklusjonen gjennom “en normal forståelse av avtalens ord og uttrykk – altså en objektiv tolking” som følge av at “partene [ikke] hadde en felles forståelse om innholdet av den aktuelle klausulen”.⁵⁶ Det er kun når det

⁵³ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 283.

⁵⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

⁵⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 4.

⁵⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 34.

ikke lar seg gjøre å identifisere en felles partsforståelse at klarhetskravet får selvstendig betydning.

I sin objektive tolking av forbeholdet oppstilte Høyesterett to tolkningsalternativer. Det ene tolkningsalternativet var at forbeholdet var å forstå som et bindingsvilkår, mens det andre tolkningsalternativet var at forbeholdet var en fraskrivelse av et eventuelt prekontraktuelt erstatningsansvar. Sistnevnte tolkningsalternativ ble lagt til grunn av lagmannsretten.⁵⁷ Høyesterett la til grunn at ordlyden rent objektivt sett talte for at det dreide seg om et signeringsforbehold.⁵⁸ Som ytterligere støtte for at det dreide seg om et signeringsforbehold la førstvoterende til grunn at avtalens kompleksitet tilsa at det lå “i sakens natur at en eventuell avtale måtte inngås skriftlig”. Dette, mente førstvoterende, gjorde at forbeholdet måtte ta sikte på noe ut over den rene skriftlighet.⁵⁹ Som et tredje argument i retning av at forbeholdet var ment å sette vilkår for avtalebinding fremhevet førstvoterende at det andre tolkningsalternativet, å begrense et eventuelt prekontraktuelt ansvar, i den gitte situasjonen bare var “en høyst teoretisk mulighet”.⁶⁰ Til slutt henviste Høyesterett til UNIDROIT Principles art. 2.1.13 samt svensk juridisk litteratur, og konkluderte med at det ikke kunne “fremstå som unaturlig for en svensk motpart” at det dreide seg om et signeringsforbehold.

Woxholth har kritisert Høyesteretts tolkning av forbeholdet i Rt. 2014 s. 100. Han peker på at Høyesterett ikke underbygger hvorfor ordlyden isolert sett taler for at det dreide seg om et signeringsforbehold. Som allerede nevnt skaper ordet “krav” en tvetydighet i forbeholdet, og kan like godt referere til et prekontraktuelt erstatningskrav så vel som de krav som utløses ved inngåelse av bindende avtale.⁶¹ Når Høyesterett sikter til at forbeholdet måtte ta sikte på noe ut over ren skriftlighet, peker Woxholth på at dette ikke er et argument som isolert sett trekker i retning av verken det ene eller det andre tolkningsalternativ.⁶² Når Høyesterett kommenterer at prekontraktuelt ansvar fremsto som “en høyst teoretisk mulighet”, påpeker Woxholth at det er “svært vanlig i kontraktspraksis nettopp å innta forbehold om (...) frihet for prekontraktuelt ansvar”.⁶³

⁵⁷ LB-2013-62186.

⁵⁸ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 35.

⁵⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 35.

⁶⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 36.

⁶¹ Geir Woxholth, “Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100”, *Nytt i Privatretten*, 2014 s. 17-22 (s. 20).

⁶² Geir Woxholth, “Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100”, *Nytt i Privatretten*, 2014 s. 17-22 (s. 21).

⁶³ Geir Woxholth, “Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100”, *Nytt i Privatretten*, 2014 s. 17-22 (s. 22).

Woxholths kritikk av Høyesteretts tolkning er mer en kritikk av Høyesteretts mangelfulle begrunnelse for sitt standpunkt, enn en kritikk av standpunktet som sådan. Woxholth avslutter sin kritikk med følgende:

Jeg skal ikke hevde at den måten jeg mener at forbeholdet bør tolkes på (...) nødvendigvis er den riktige. Men jeg har i det minste begrunnet min oppfatning og jeg mener at argumentene har substans. Når Høyesterett her påberoper seg den autoritet ordlyden gir, må det opplagt kunne kreves at Høyesterett gjør et forsøk på å begrunne *hvorfor*, ikke minst når Høyesterett fraviker lagmannsrettens velbegrunnede oppfatning.

Uavhengig av hvilket tolkningsalternativ som fremstår som det mest nærliggende, fremhever i det minste Woxholths argumentasjon at forbeholdet som var tatt i Rt. 2014 s. 100 kan tolkes på flere måter. Det er påfallende at Høyesterett ikke begrunner hvorfor de mener at ordlyden taler for at forbeholdet var ment som et signeringsforbehold, men heller nøyer seg med å si at “[e]tter min mening tilsier allerede ordlyden (...) at bindende avtale forutsatte partenes underskrift”.⁶⁴

Til tross for at Høyesterett ikke forklarer sin ordlydstolkning, kan tolkningen forsvares. Woxholth fokuserer på bruken av ordet “krav” og at dette ordet isolert sett er tvetydig. Han fremhever også at bruken av ordene “forhandlinger” og “signert avtale” er vel forenelig med at “det ikke skal betales erstatning ved et ’forhandlingshavari’”.⁶⁵ Dette er for så vidt sant. Et poeng Woxholth imidlertid ikke kommenterer, er at bruken av ordet “signert” er overflødig dersom forbeholdet var ment å regulere prekontraktuelt erstatningsansvar. Dersom poenget var at partene ikke skulle være erstatningsansvarlige ved et forhandlingshavari, ville det vært vel så nærliggende å formulere forbeholdet slik at “ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlinger ikke fører frem til en avtale”, eller lignende. Bruken av ordet “signert” trekker i retning av at Svarstad Hansen mente at avtalen skulle signeres, og når Svarstad Hansen eksplisitt fremhevet at avtalen skulle signeres, er det nærliggende å forstå forbeholdet som at signaturen var ment å ha rettsvirkninger. Dersom signering av avtalen var ment å ha rettsvirkninger, er det vanskelig å tenke seg hvilke andre virkninger enn binding slik signatur skulle medføre.

I tillegg tilkommer at dersom forbeholdet leses motsetningsvis, er det nærliggende å forstå forbeholdet som et signeringsforbehold. Når “ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlinger ikke fører frem til en signert avtale”, er motsetningen at partene *har*

⁶⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 35.

⁶⁵ Geir Woxholth, “Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100”, *Nytt i Privatretten*, 2014 s. 17-22 (s. 20).

krav mot den annen dersom avtalen blir underskrevet. Dersom krav oppstår ved signering, er det utvilsomt mest nærliggende å forstå forbeholdet som et bindingsvilkår i den forstand at det er avtaleforpliktelsene som inntreffer når signering har skjedd. Det lar seg med andre ord begrunne at ordlyden trekker i retning av at det dreide seg om et signeringsforbehold. Det er kritikkverdig at Høyesterett ikke gjør noen nærmere ordlydsfortolkning, men Høyesteretts standpunktet lar seg likevel forsvare.

Woxholth er også kritisk til Høyesteretts henvisning til UNIDROIT Principles art. 2.1.13, og henvisningen til Ramberg og Ramberg hvor det fremgår at signeringsforbehold er vanlig også i Sverige.⁶⁶ Woxholth sier at argumentet “ikke sier noe mer enn det helt generelle og åpenbart selvsagte”, og at det derfor er “uten noen konkret substans”.⁶⁷ Woxholths syn i denne sammenheng bygger på at han forutsetter at henvisningen til UNIDROIT og svensk rett er et “støtteargument” som er ment å “stive opp” Høyesteretts votum.⁶⁸ Det kan imidlertid tenkes at Høyesteretts henvisning til UNIDROIT og svensk rett ikke er en del av Høyesteretts tolkning av forbeholdet, men heller er tatt med for å vise at den svenske motparten “ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet” kunne forstå at det dreide seg om et signeringsforbehold.

I avsnittet hvor Høyesterett viste til UNIDROIT og svensk rett startet Høyesterett med å si at “[j]eg finner det etter dette klart at en naturlig forståelse av forbeholdet var at bindende avtale først skulle foreligge når et fremforhandlet avtaleutkast var undertegnet av begge parter”. Denne setningen kan forstås som en markering av at Høyesterett var ferdig med å tolke forbeholdet, og at retten beveget seg over til noe annet. Høyesterett fulgte opp med at “[i] denne sammenheng viser jeg til at et forbehold av denne karakter ikke er spesielt for Norge”. Førstvoterende underbygget standpunktet med en henvisning til UNIDROIT Principles art. 2.1.13.⁶⁹ Videre ble det henvist til Ramberg og Ramberg hvor det fremgår “att avtalad skriftform antagligen följer av handelsbruk” i “vissa typer av transaktioner (t.ex. större företagsförvärv)”.⁷⁰ Deretter fulgte Høyesterett opp med å si at “[m]ot denne bakgrunn kunne

⁶⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 37.

⁶⁷ Geir Woxholth, “Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100”, *Nytt i Privatretten*, 2014 s. 17-22 (s. 22).

⁶⁸ Geir Woxholth, “Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100”, *Nytt i Privatretten*, 2014 s. 17-22 (s. 22).

⁶⁹ ”Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement (...) in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached (...) in that form.”

⁷⁰ Jan Ramberg og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, Stockholm 2010, åttonde upplagan, Stockholm 2010 s. 95.

ikke et forbehold om at bindende avtale forutsatte partenes underskrift fremstå som unaturlig for en svensk motpart”.⁷¹

Sistnevnte setning gir klart uttrykk for at Høyesterett ikke lenger tolker forbeholdet, men vurderer den svenske motpartens forståelse av forbeholdet. Høyesterett la opp til en slik vurdering i det de sa at “det i alle fall [må] kreves at man uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår”.⁷² Høyesterett konkluderte først med at en naturlig objektiv forståelse av forbeholdet var at det var et signeringsforbehold. Deretter viste førstvoterende til at slike forbehold også er vanlig i Sverige. Dette viste at den svenske motparten “ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet” kunne forstå at det dreide seg om et signeringsforbehold.

Høyesteretts henvisning til UNIDROIT Principles og svensk rett kan med andre ord leses som en vurdering av hvorvidt den svenske motparten kunne forstå at det dreide seg om et signeringsforbehold. Leses dommen slik er det ikke lenger tale om et støtteargument, men heller en stadfestelse av et vilkår Høyesterett utledet tidligere i sine premisser. Det er nærliggende at Høyesterett har ment at dommen skal leses på denne måten. Det er allerede nevnt at Høyesterett i starten av avsnitt 37 “avslutter” selve tolkningsprosessen, og når de videre knytter signeringsforbeholdets eksistens i svensk rett opp mot den svenske motpartens forståelse av forbeholdet (signeringsforbeholdet kunne ikke “fremstå som unaturlig for en svensk motpart”) fremstår denne forståelsen som naturlig. Det har formodningen mot seg at Høyesterett ville uttalt at en part “ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet” må kunne forstå at det dreier seg om et signeringsforbehold, uten å senere ta stilling til vilkåret.

Av måten Høyesterett tolket forbeholdet i Rt. 2014 s. 100, kan det hittil slutes at klarhetskravet ikke kan forstås alt for strengt. Som Woxholths kritikk viser, er det rom for å tolke forbeholdet som noe annet enn et signeringsforbehold. Høyesterett sier riktig nok, etter sin tolkning av forbeholdet, at de “finner det etter dette *klart* at en naturlig forståelse av forbeholdet var at bindende avtale først skulle foreligge når et fremforhandlet avtaleutkast var undertegnet av begge part”.⁷³ Selv om førstvoterende mente at konklusjonen var klar, kan det ikke overses at forbeholdet rent faktisk var mulig å tolke på flere måter.

⁷¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 37.

⁷² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

⁷³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 37.

I tillegg gir dommen et visst innblikk i hva som ligger i at en motpart “ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå” at et utsagn er ment som et signeringsforbehold. Høyesterett sier at “et forbehold om at bindende avtale forutsatte partenes underskrift [kunne ikke] fremstå som unaturlig for en svensk motpart”. Høyesterett baserer denne uttalelsen på at signeringsforbehold er et vanlig forekommende i Sverige. Når den svenske motparten var en profesjonell aktør, er det nærliggende å anta at de kjente til signeringsforbeholds betydning på generelt grunnlag, og at de ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kunne forstått at forbeholdet Svarstad Hansen fremsatte var ment som et signeringsforbehold.

3.2.3 Klarhetskravets innhold belyst av Rt. 2011 s. 410

I dette punktet skal klarhetskravets innhold belyses ved at Rt. 2014 s. 100 sammenholdes med Rt. 2011 s. 410. Til slutt vil klarhetskravets innhold sammenfattes i en konklusjon.

I Rt. 2011 s. 410 tok Høyesterett stilling til hvorvidt det var tatt et gyldig signeringsforbehold i forbindelse med fremforhandling av leie av kontorlokaler mellom Ernst & Young og Optimogården i Mo i Rana. Det aktuelle forbeholdet i saken besto ikke av en enkelt avtaleklausul. Forbeholdet ble fremsatt gjennom korrespondanse mellom partene hvor Ernst & Youngs representant hadde gitt uttrykk for at avtalen skulle “signeres sentralt”. I tillegg hadde Ernst & Youngs representant gitt uttrykk for at det var “på tide å kunne signere leieavtalen slik at alle formalitetene kommer på plass”.⁷⁴

Om dette uttalte Høyesteretts flertall følgende:

I en slik situasjon tilsier lojal opptreden – på bakgrunn av de forventningene Ernst & Young hadde bidratt til å skape hos Optimogården – at de ga klar beskjed dersom de mente avtalen ikke ville være bindende før absolutt alle forhold var avklart og avtalen var godkjent sentralt.⁷⁵

Etter dette vurderte Høyesterett signeringsforbeholdet. Ernst & Youngs representant hadde fremholdt at avtalen måtte signeres “slik at alle formalitetene kommer på plass”. Formuleringen ble av Høyesterett tolket slik at Ernst & Young ikke hadde uttrykt signatur “som en materiell skranke for avtale”.⁷⁶ Videre presiserte Høyesterett følgende:

Det at avtalen skal signeres sentralt betyr ikke nødvendigvis at avtalen også skal godkjennes sentralt (...). På den annen side kunne [Optimogården] – når dette kom på bordet – ha sørget for å skaffe klarhet i forholdene. Imidlertid kan jeg ikke se at Ernst & Young har tatt et signeringsforbehold *som var så tydelig og klart at det ga*

⁷⁴ Rt. 2011 s. 410 avsnitt 72.

⁷⁵ Rt. 2011 s. 410 avsnitt 70.

⁷⁶ Rt. 2011 s. 410 avsnitt 72.

*dem rett til å holde alle muligheter åpne til siste slutt. For Ernst & Young ville det vært enkelt å gjøre dette klart tidlig i prosessen, eller å presisere det seinere.*⁷⁷

Det første Høyesteretts formulering viser er at det å stille krav om klarhet til signeringsforbehold ikke er nytt med Rt. 2014 s. 100.⁷⁸ Et annet forhold uttalelsen illustrerer er spenningsforholdet mellom den som utformer forbeholdet sin plikt til å formulere seg klart, og mottakeren av forbeholdets plikt til å undersøke forbeholdets betydning. Høyesteretts flertall la avgjørende vekt på at Ernst & Young burde formulert seg klarere, og presiserte at det ville “vært enkelt å gjøre dette klart tidlig i prosessen, eller å presisere det seinere”. Det er alminnelig antatt at det er parten som utformer en avtaleklausul som må “ta støytten” for uklarheter, og dette må være utgangspunktet også ved signeringsforbehold.⁷⁹

På den annen side kan det ikke være slik at motparten er helt uten undersøkelsesplikt dersom en part oppstiller et bindingsvilkår. Som Høyesterett var inne på i Rt. 2011 s. 410, kunne Optimogården “ha sørget for å skaffe klarhet i forholdene” da de ble møtt med at leieavtalen skulle signeres sentralt. Det kan argumenteres for at kravet om “vanlig oppmerksomhet og aktsomhet” oppstilt i Rt. 2014 s. 100 skjerper motpartens plikt til å bringe klarhet i et forbehold sammenlignet med Rt. 2011 s. 410. Bruken av avtalebindingsforbehold, det være seg om det er tale om signering, styregodkjenning eller lignende, er forholdsvis utbredt i næringslivet i dag. Profesjonelle aktører virker jevnt over å foretrekke forutberegneligheten slike forbehold medbringer, i stedet for usikkerheten regelen om binding ved enighet på avtalens vesentligste punkter fører til. Når bruken av bindingsvilkår er såpass utbredt er det nærliggende at vanlig oppmerksomhet og aktsomhet leder tanken inn på at et krav om signering er ment å være en skranke for binding, selv om vilkåret ikke kommer helt uttrykkelig frem.

Mindretallet i Rt. 2011 s. 410 var inne på tanken om at krav om skriftlighet ofte må forstås som at skriftlighet er et bindingsvilkår:

At ordningen med (...) undertegning bare skulle være en intern formalitet, kan jeg ikke se at det kan ha foreligget særlige holdepunkter for. *Det må ha vært mer nærliggende å legge til grunn at den som skulle undertegne avtalen også var den som skulle ta stilling til om avtalen skulle inngås.*⁸⁰

⁷⁷ Rt. 2011 s. 410 avsnitt 73 (min kursivering).

⁷⁸ Høyesterett stiller også krav om klarhet til signeringsforbehold i Rt. 1998 s. 946.

⁷⁹ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 283.

⁸⁰ Rt. 2011 s. 410 avsnitt 87 (min kursivering).

Uttalelsen er riktig nok avgitt i forbindelse med spørsmålet av om daglig leder i Ernst & Young i Mo i Rana hadde fullmakt til å inngå avtale. Uttalelsen gir allikevel uttrykk for et sentralt poeng hva gjelder signeringsforbehold, nemlig at dersom en part blir møtt med at avtalen skal signeres, er det nærliggende å tenke at undertegning skjer i forbindelse med en vurdering av hvorvidt avtale faktisk skal inngås eller ikke. Rt. 2014 s. 100 kan underbygge dette poenget. Som nevnt kan det argumenteres for at forbeholdet utformet av advokat Jegersberg var forholdsvis uklart. Høyesterett la allikevel til grunn at forbeholdets ordlyd trakk i retning av at det dreide seg om et signeringsforbehold. Høyesterett begrunnet som nevnt ikke sin tolkning av ordlyden, men det må antas at forbeholdets presisering av at avtalen skulle signeres etter forhandlingene i alle fall bidro til Høyesteretts konklusjon. Dersom det presiseres at en avtale skal signeres og det ikke er holdepunkter for at signering skal ha andre virkninger enn avtalebinding, vil en normalt aktsom og oppmerksom avtalepart vanskelig kunne legge til grunn noe annet enn at signering er ment å ha bindingsvirkninger.

Det ovennevnte må allikevel tåle visse modifikasjoner. En normalt aktsom og oppmerksom *profesjonell* avtalepart vil som regel måtte forstå et vilkår om signering som et bindingsvilkår. Det er profesjonelle parter som har best forutsetninger for å være kjent med at bindingsvilkår er vanlig ved forhandlingsavtaler, og aktsomhetsnormen kan antakelig justeres dersom en avtalepart er mindre kjent med hvordan forhandlingsavtaler normalt slutes. Høyesteretts formulering i Rt. 2014 s. 100 om “vanlig oppmerksomhet og aktsomhet” åpner for en slik nyansering, i den forstand at det må stilles strengere krav til “vanlig oppmerksomhet og aktsomhet” blant avtaleparter som er kjent med forretningslivets avtaleinngåelsesmodeller og forhandlingssituasjoner for øvrig.

Etter dette kan det konkluderes med at kravet om at en vanlig oppmerksom og aktsom avtalepart kunne forstå at det var tatt signeringsforbehold, i utgangspunktet ikke kan forstås strengt. Høyesterett stiller ingen krav om at motparten *må* forstå hva et forbehold innebærer, det er tilstrekkelig at motparten *kunne* forstå forbeholdets betydning. I avtaleforhandlinger mellom profesjonelle parter må det jevnt over antas at bindingsvilkår er vanlig, og at det ofte vil være nærliggende å forstå et krav om signering som et bindingsvilkår. Utgangspunktet kan nyanseres dersom partene ikke har forutsetninger for å forstå betydningen av bindingsvilkår i en forhandlingsprosess. Hva en “vanlig oppmerksom og aktsom” avtalepart kan forstå, kan dermed variere etter de konkrete forholdene.

3.3 Skjerpelse av klarhetskravet

3.3.1 Når skjerpes klarhetskravet?

I dette punktet analyseres en uttalelse i Rt. 2014 s. 100 om at klarhetskravet i enkelte tilfeller skjerpes. Hensikten med analysen er å fremstille i hvilke tilfeller det foreligger et skjerpet krav til signeringsforbehold. Drøftelsen tar utgangspunkt i Rt. 2014 s. 100. I tillegg vil dommen sammenholdes med Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1998 s. 946.

Som en konsekvens av lojalitetshensyn fremhevet Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 at det har betydning når i en forhandlingsprosess et signeringsforbehold tas:

Og dersom [signeringsforbeholdet] først oppstilles etter at partene har kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen, *vil kravet til tydelighet generelt lett skjerpes*.⁸¹

Når denne uttalelsens betydning for tolkingen av signeringsforbehold skal klarlegges er det to aspekter som må belyses. For det første må det undersøkes hva som ligger i at “partene har kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen”, og for det andre må betydningen av at klarhetskravet skjerpes klarlegges.

Når det kommer til hva Høyesterett legger i at partene har kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen, gir selve ordlyden i begrepet “et stykke ut i forhandlingsprosessen” liten veiledning. Det kan allikevel påpekes at formuleringen er vid og at det således er rom for nyanser avhengig av hvordan forhandlingsprosessen er lagt opp. Hva som naturligvis inngår i en forhandling og hvor lang tid forhandlingene tar, kan variere mye avhengig av hvilket formuesgode det forhandles om, hvilket formål forhandlingene har og lignende. Det vil dermed neppe la seg gjøre å oppstille noen allmenngyldig definisjon av hva som kan anses å være “et stykke ut” i en forhandlingsprosess. Visse retningslinjer kan allikevel utpensles, blant annet ved en gjennomgang av Høyesteretts vurdering av forbeholdet i Rt. 2014 s. 100.

Hendelsesforløpet i Rt. 2014 s. 100 fortønet seg slik at Svarstad Hansen etter en innledende kontakt med Thomas Jonsson, var på befaring i marinaen sommeren 2009.⁸² 28. mai 2010 sendte advokat Jegersberg et brev til Jonsson på vegne av Svarstad Hansen hvor signeringsforbeholdet ble tatt, samt at det ble uttalt at Svarstad Hansen ønsket å gå videre i forhandlinger.⁸³ Deretter ble det utarbeidet et foreløpig avtaleutkast som ble diskutert og gjennomgått på et møte 9. september 2010. Det var på dette tidspunktet at partene ble enige

⁸¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33 (min kursivering).

⁸² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 3.

⁸³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 4.

om avtalens vesentligste punkter.⁸⁴ Etter dette møtet utarbeidet partene noen ytterligere avtaleutkast med enkelte endringer av mindre betydning, og Svarstad Hansen gjennomførte en due diligence av selskapet.⁸⁵ Deretter bestemte Svarstad Hansen seg for at han ikke ønsket å gjennomføre kjøpet grunnet sin helsetilstand, og kjøpsprosessen brøt sammen i mars 2011 da Svarstad Hansen opplyste Jonsson om at han ikke ville underskrive avtalen.⁸⁶

I Rt. 2014 s. 100 er det nærliggende å si at signeringsforbeholdet ble tatt tidlig i forhandlingsprosessen. Da signeringsforbeholdet ble tatt, var det praktisk talt ingenting av betydning som hadde blitt foretatt i forhandlingen. Enighet om kjøpsvilkårene, due diligence og lignende ble foretatt etter at forbeholdet ble tatt. Undersøkes måten Høyesterett vurderte det aktuelle forbeholdet i saken, virker det heller ikke som Høyesterett tok utgangspunkt i et skjerpet klarhetskrav. Høyesterett nevnte ikke noe om tidspunktet det aktuelle forbeholdet i saken ble tatt da de vurderte klarhetskravet, og sa ikke noe om at klarhetskravet var skjerpet. Ut fra dette er det nærliggende å legge til grunn at Høyesterett ikke anså forbeholdet i Rt. 2014 s. 100 som tatt “et stykke ut i forhandlingsprosessen”. Dermed kan det legges til grunn at skjerpelse av klarhetskravet ikke kan komme på tale før partene reelt sett har påbegynt forhandlinger, selv om partene allerede en stund har vært i kontakt med hverandre.

Videre kan skjerpelse av klarhetskravet belyses gjennom Høyesteretts dom i Rt. 1998 s. 946. Dommen dreide seg om kjøp av et vinagentur. Partene hadde forhandlet ferdig et avtaleutkast, og alt som gjensto var et såkalt “closing”-møte hvor avtalen og en rekke andre dokumenter i forbindelse med overdragelsen skulle signeres. Selger møtte ikke opp til “closing”-møtet, og valgte i stedet å inngå avtale om salg med en annen interessent. Den opprinnelige kjøperen tok ut søksmål mot selgeren, og påstod at bindende avtale var inngått som følge av at partene var enige om avtalens vesentligste punkter.⁸⁷ Selgeren hevdet at partene hadde forutsatt at kjøpsavtalen skulle signeres før den ble bindende.⁸⁸

Høyesterett ga kjøperen medhold i at avtalen var blitt bindende. Om den påståtte forutsetningen om skriftlighet uttaler Høyesterett følgende:

⁸⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 6.

⁸⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 7 og 8.

⁸⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 9.

⁸⁷ Rt. 1998 s. 946 side 950-951.

⁸⁸ Rt. 1998 s. 946 side 953.

Dersom [selger] hadde ønsket å stå helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler, burde et så vesentlig forbehold etter at partene i begynnelsen av mai var blitt enige om hovedvilkårene for salg av Hermansens aksjer, ha kommet klart fram relativt tidlig under de fortsatte forhandlinger.⁸⁹

Høyesterett fremhevet at dersom selger hadde ønsket å ta signeringsforbehold etter at partene var enige om hovedvilkårene, burde forbeholdet ha kommet klart frem tidlig under de fortsatte forhandlingene. “Hovedvilkårene” Høyesterett viste til fremgikk av en brevkorrespondanse mellom kjøper og selger som Høyesterett omtalte som et betinget tilbud fra kjøper og en betinget aksept fra selger.⁹⁰ I denne korrespondansen ble partene enige om pris, disponering av en leilighet tilknyttet vinagenturet, garanti for selskapets balanse, rettigheter til vinagenturets navn og lignende. Høyesterett la til grunn at det eneste som gjensto før enighet på dette tidspunktet, var betingelsene partene for øvrig hadde stilt.⁹¹ Disse betingelsene omhandlet selskapsstruktur, en av selgernes ansettelsesforhold i vinagenturet etter overdragelsen, samt en due diligence.⁹²

Enighet om avtalens hovedvilkår kan karakteriseres som at partene hadde kommet forholdsvis langt i forhandlingsprosessen. Betingelsene som gjensto var vesentlige for partene, men i rent omfang hadde de karakter av å være detaljer sammenholdt med hva som vanligvis anses som “vesentlige punkter”. Det var med andre ord ikke mye som gjensto før partene var enige om alle avtalens vesentligste punkter. Høyesterett virker å ha lagt til grunn at til tross for hvor langt partene var kommet, var det fortsatt adgang til å fremsette signeringsforbehold så fremt det kom “klart fram relativt tidlig under de fortsatte forhandlinger”.

Det må antas å være i tråd med Rt. 2014 s. 100 å tillate at signeringsforbehold fremsettes også etter at partene er enige om avtalens hovedpunkter, så fremt det fortsatt er vesentlige forhold som gjenstår i forhandlingene. Et annet spørsmål er om Høyesterett i Rt. 1998 s. 946 forsøkte å oppstille et slags skjæringspunkt for når signeringsforbehold kan tas, i det de fremhevet at forbeholdet burde vært tatt “relativt tidlig under de fortsatte forhandlinger”. I utgangspunktet skulle det ikke være noe i veien for å ta signeringsforbehold så fremt de “fortsatte forhandlinger” ikke har ført til enighet. Dersom enighet oppnås, er partene enige om de vesentligste punktene i avtalen. Det er selvsagt at signeringsforbehold ikke kan fremsettes etter at avtalen er bindende. Høyesteretts uttalelse kan allikevel tolkes slik at

⁸⁹ Rt. 1998 s. 946 side 958 (min kursivering).

⁹⁰ Rt. 1998 s. 946 side 957.

⁹¹ Rt. 1998 s. 946 side 957.

⁹² Rt. 1998 s. 946 side 948.

signeringsforbehold ikke kan tas like før avtalerettslig binding inntre, men at det må tas *noe tidligere* i forhandlingsprosessen.

Høyesterett brukte uttrykket “burde tas” i motsetning til “måtte tas” i Rt. 1998 s. 946. Høyesterett uttalte seg med andre ord ikke på et vis som tilsa at retten mente å oppstille en materiell skranke for når signeringsforbehold kan tas. Bruken av ordet “burde” virker, i den gitte kontekst, å være et utslag av lojalitet mellom avtalepartene. Høyesterett fremhevet at signeringsforbehold er et “vesentlig forbehold” som lar selger stå “helt fritt til å forkaste eller godta” en avtale, og av sammenhengen virker Høyesterett å mene at nettopp dette var grunnen til at et slikt forbehold burde vært tatt tidlig under de fortsatte forhandlinger. Når Høyesterett begrunnet sitt standpunkt om når signeringsforbehold “burde” tas med en henvisning til signeringsforbeholdets betydning for forhandlingsprosessen, ligger det også i begrunnelsen en henvisning til nettopp lojalitet ovenfor motparten.

Lojalitet fremheves som den bærende begrunnelsen for klarhetskravet i Rt. 2014 s. 100.⁹³ Det sies imidlertid ikke noe om verken når et signeringsforbehold kan eller burde tas. Alt som sies er at kravet til tydelighet skjerpes dersom signeringsforbehold tas et stykke ut i forhandlingsprosessen. Uttalelsen kan forstås slik at så lenge forhandlingsprosessen pågår, er det adgang til å ta signeringsforbehold dersom det gjøres tydelig nok.

En slik tolkning er heller ikke unaturlig. Det kan spørres om det egentlig finnes noen begrunnelse for å ikke tillate at signeringsforbehold tas frem til avtalen er bindende. Før en avtale blir bindende kan ikke partene ha noen lojalitetsplikt til å faktisk inngå avtale selv om enighet nærmer seg. Som Høyesterett sier i Rt. 1998 s. 946, kan partene når de er enige om avtalens vesentligste punkter “ut fra en allmenn forutsetning om gjensidig lojalitet ha grunnlag for å anta at partene er bundet selv om endelig avtale ikke er undertegnet”.⁹⁴ Når lojalitet tilsier at avtalebinding inntre når partene er enige om avtalens vesentligste punkter, står partene med andre ord fritt til å trekke seg fra forhandlingene før slik enighet inntre. Så lenge partene står fritt til å trekke seg fra forhandlingene, er det vanskelig å se noen god begrunnelse for at partene ikke skulle kunne oppstille vilkår for binding frem til binding inntre.

Dersom partene ikke skulle kunne oppstille bindingsvilkår frem til de faktisk blir bundet, fjernes noe av fleksibiliteten i forhandlingssituasjon. I så fall vil partene når de når et visst

⁹³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

⁹⁴ Rt. 1998 s. 946 side 958.

punkt i forhandlingene stilles ovenfor valget mellom enten å trekke seg fra videre forhandlinger, eller å komme til enighet om avtalens vesentligste punkter slik at binding inntreer. Om partene på den annen side har adgang til å oppstille signeringsforbehold, får de en ytterligere valgmulighet i den forstand at de trygt kan fortsette forhandlingene og deretter vurdere avtalen i sin helhet i ettertid. Dette kan være praktisk om en part har valgt ikke å ta signeringsforbehold fordi parten har regnet med at forhandlingene ville være enkle og oversiktlige å gjennomføre. Dersom forhandlingene viser seg å bli mer kompliserte enn først antatt, kan behovet for å oppstille signeringsforbehold sent i en forhandlingsprosess være like stort som i starten av forhandlingene. Det vil være kunstig å si at det ikke er i tråd med lojal oppførsel å oppstille signeringsforbehold også like før partene oppnår enighet om avtalens vesentligste punkter, når partene på dette tidspunktet uansett kunne trukket seg fra forhandlingsprosessen.

Hvorvidt “partene har kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen”, vil etter dette måtte bety at klarhetskravet gradvis skjerpes etter hvert som reelle forhandlinger skrider frem. Dersom partene har begynt å bli enige om hovedpunkter i avtalen og går inn i en “slutføringsfase” i forhandlingene, må klarhetskravet utvilsomt skjerpes. Skjerpelse av klarhetskravet innebærer imidlertid ikke at partene avskjæres fra å ta signeringsforbehold på noe tidspunkt *før* avtalerettslig binding inntreer. Så lenge partene er ubundet står de fritt til å oppstille vilkår for binding.

3.3.2 Betydningen av at klarhetskravet skjerpes

I forrige punkt ble det drøftet *når* klarhetskravet må skjerpes. I dette punktet vil det undersøkes hva som rent faktisk ligger i at klarhetskravet skjerpes. Analysen tar utgangspunkt i Rt. 2014 s. 100. I tillegg vil det trekkes frem en lagmannsrettsdom avsagt etter Rt. 2014 s. 100 som kan eksemplifisere hvordan vurderingen etter et skjerpet klarhetskrav kan gjøres.

Når det kommer til hva som ligger i at klarhetskravet skjerpes, må det tas utgangspunkt i Høyesteretts formulering i Rt. 2014 s. 100:

Og dersom vilkåret først oppstilles etter at partene har kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen, *vil kravet til tydelighet generelt lett skjerpes.*⁹⁵

Høyesterett fremhever at det er kravet til *tydelighet* som skjerpes. Ordet “tydelighet” gir uttrykk for at det er signeringsforbeholdets utforming som vurderes, noe som er i tråd med

⁹⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

utlegningen av klarhetskravet ovenfor. Når kravet til tydelighet *skjerpes*, er det naturlig å forstå regelen slik at en part må formulere seg tydeligere dersom et signeringsforbehold tas etter hvert i forhandlingsprosessen, enn om parten tar forbeholdet ved forhandlingens start.

Skjerpelse av klarhetskravet jo lengre ut i en forhandlingsprosess partene kommer er antakelig en konsekvens av lojalitetshensyn, på samme måte som klarhetskravet generelt. Når Høyesterett sier at kravet til tydelighet skjerpes dersom signeringsforbehold tas et stykke ut i en forhandlingsprosess, er uttalelsen sannsynligvis basert på en tanke om at forhandlinger blir mer intensive desto nærmere slutføring partene kommer. Jo mer intensiv en forhandlingsprosess blir, desto større ansvar må påligge parten som ønsker å stå fritt til å sørge for at hans motpart forstår intensjonen med forbeholdet.

Forbeholdet i Rt. 2014 s. 100 lød som nevnt slik at “ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlinger ikke fører frem til en signert avtale”.⁹⁶ Det er selvfølgelig vanskelig å spekulere i hvordan Høyesterett ville vurdert forbeholdet om det hadde vært tatt “et stykke ut i forhandlingsprosessen”. Ut fra forbeholdets ordlyd kan det allikevel tenkes at Svarstad Hansen måtte fått tydeligere frem at signering var et vilkår for binding enn hva forbeholdet i sin opprinnelige form gjør. Er forhandlingene i en hektisk slutføringsfase vil ikke parten som blir møtt med et signeringsforbehold nødvendigvis prioritere å bringe klarhet i tvetydige forhandlingsforutsetninger. Det vil dermed være mer nærliggende å la uklarheten gå utover parten som tok signeringsforbeholdet.

En annen innfallsvinkel til at kravet til tydelighet skjerpes, kan være at et signeringsforbehold ikke kan fremsettes på en hvilken som helst måte. Utgangspunktet er som nevnt at det er selve uttrykksmåten som er underlagt klarhetskravet, og dette utgangspunktet må omfatte så vel muntlige som skriftlige meddelelser. Dersom kravet til tydelighet skjerpes, kan det tenkes at det stilles strengere krav til hvordan forbeholdet fremsettes. I LG-2014-21337, i saken om leie av Statens Hus i Stavanger, anførte de statlige etatene som skulle leie Statens Hus at det var en forutsetning for avtalebinding at hver enkelt av de statlige etatene skulle inngå separate leieavtaler med utleier.

Staten anførte at forutsetningen om separate leieavtaler hadde blitt formidlet muntlig gjentatte ganger til utleier. Utleier hevdet at han hadde “oppfattet [separate leieavtaler] som en praktisk

⁹⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 4.

fremgangsmåte, ikke som en forutsetning for avtalebinding”. I denne forbindelse uttalte lagmannsretten:

Etter lagmannsrettens syn var det etter omstendighetene ikke tilstrekkelig å formidle kravet om separate kontrakter muntlig til utbygger med de muligheter for misforståelser som det både kan føre med seg og her også førte med seg. (...) Dersom Fylkesmannen mente å stille separate kontrakter som et vilkår måtte Fylkesmannen sørget for at det ble nedfelt skriftlig eller fremkom på en annen måte som den alminnelig aktsomme og oppmerksomme tilbyder kunne forstå.

Lagmannsretten kunne dermed “ikke se at det krav Høyesterett har stilt til klarhet i Rt-2014-100 var innfridd”. I dette spesifikke tilfellet var det ikke tale om at klarhetskravet var skjerpet som følge av at partene hadde kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen. Lagmannsrettens konklusjon virker å være en følge av at utleier ikke med rimelighet kunne forstått at forutsetningen om separate kontrakter var et bindingsvilkår. Måten vilkåret var fremsatt på bidro til denne konklusjonen. I motsetning til et signeringsforbehold er en forutsetning om separate leieavtaler som vilkår for binding neppe særlig utbredt. Ved mindre utbredte bindingsvilkår er det mindre sannsynlig at en “vanlig aktsom og oppmerksom” avtalepart intuitivt forstår at det faktisk er tale om et vilkår for binding. I slike tilfeller er det logisk at det stilles strengere krav til hvordan vilkåret fremsettes, for å unngå forvirring.

Hva gjelder signeringsforbehold kan det være fornuftig å legge til grunn lignende synspunkter som lagmannsretten gjorde i LG-2014-21337, for de tilfeller at et signeringsforbehold tas et stykke ut i forhandlingsprosessen. Dersom forhandlingspartene går inn i en hektisk slutføringsfase kan det tenkes at det ikke vil være tilstrekkelig klart å fremsette et signeringsforbehold muntlig ved forhandlingsbordet. På et slikt stadium kan forbeholdet “drukne” i annen informasjon og diskusjon som oppfattes som viktigere enn et muntlig fremsatt signeringsforbehold. I slike tilfeller kan det være opp til parten som tar signeringsforbehold å fremheve alvoret bak forbeholdet, eksempelvis ved å få det nedfelt skriftlig. Bevis- og notoritetshensyn tilsier at signeringsforbehold burde tas skriftlig uavhengig av hvor langt partene har kommet i en forhandling. I en hektisk slutføringsfase vil det være desto viktigere å sikre bevis og etterprøvbarehet, da opplysninger lettere kan gå tapt i perioder med høy informasjonsflyt mellom partene.

Utover dette er det vanskelig å si noe konkret om av hva som ligger i at klarhetskravet “skjerpes” dersom signeringsforbehold tas et stykke ut i forhandlingsprosessen. Lojalitetshensynet er den bærende begrunnelsen bak klarhetskravet. Å fremsette et signeringsforbehold så klart at motparten kan forstå hva forbeholdet innebærer, er i så måte en

lojalitetsplikt. Jo lengre partene har kommet i en forhandlingsprosess, jo mer skal til for at lojalitetsplikten anses oppfylt. Avhengig av hvor langt partene har kommet og hvor hektisk forhandlingsprosessen er, må det kreves mer av en part som tar signeringsforbehold i å gjøre motparten kjent med forbeholdet i tråd med hva som kan anses som lojal opptreden i avtaleforhandlinger.

3.4 Krav til uttrykkelighet?

3.4.1 Må et bindingsvilkår fremgå uttrykkelig?

I dette punktet stilles det spørsmål om det må kreves at et krav om skriftlighet fremsettes uttrykkelig. Drøftelsen tar utgangspunkt i Høyesteretts formulering av klarhetskravet i Rt. 2014 s. 100. Høyesteretts uttalelser om klarhetskravet sammenholdes med tidligere rettspraksis vedrørende kutyme i den hensikt å undersøke om skriftform også kan forekomme på kutymegrunnlag.

Høyesteretts uttalelser i Rt. 2014 s. 100 gir uttrykk for at signeringsforbehold må tas uttrykkelig (mine kursiveringer):

Mitt syn er at dersom man ikke *uttrykkelig* uttaler at man ikke vil være bundet før avtalen er undertegnet, må det i alle fall kreves at man *uttrykker* seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår.⁹⁷

Hva som menes med at en part “uttrykker seg” eller “uttrykkelig uttaler” er i utgangspunktet ikke problematisk. Å “uttrykke” noe er en henvisning til muntlig og/eller skriftlig kommunikasjon mellom avtalepartene, og det er altså skriftlige eller muntlige signeringsforbehold som er underkastet vurderingen etter klarhetskravet. Spørsmålet videre er hvorvidt uttrykkelighet er et vilkår i seg selv for at et signeringsforbehold skal kunne gjøres gjeldende ovenfor en motpart, eller om signeringsforbehold også kan bygge på andre grunnlag enn uttrykkelig kommunikasjon mellom avtalepartene.

Det naturlige utgangspunktet for den videre drøftelsen vil være Høyesteretts uttrykksmåte i den ovenfor siterte setningen fra Rt. 2014 s. 100. Førstvoterende skriver at “dersom man ikke uttrykkelig uttaler (...) *må det i alle fall kreves* at man uttrykker seg (...)”, noe som isolert sett tilsier at uttrykkelighet er et minstekrav som må være oppfylt dersom et signeringsforbehold skal kunne gjøres gjeldende ovenfor en motpart. Settes uttalelsen inn i en bredere kontekst, kan rekkevidden av den problematiseres. For det første kan uttrykksmåten

⁹⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

“må det i alle fall kreves” godt tenkes å bare referere til klarhetskravet som oppstilles i samme setning. Bruken av begrepet “uttrykker” kan dermed være en konsekvens av sakens faktum. Rt. 2014 s. 100 dreide seg nettopp om et ensidig uttrykt signeringsforbehold. Førstvoterendes bruk av ordet “uttrykker” var i så måte et naturlig ordvalg i den gitte kontekst, som ikke nødvendigvis var ment å være en materiell skranke for bindingsvilkår på generell basis.

Videre kan det ses hen til de rettslige utgangspunktene Høyesterett legger til grunn før de oppstiller klarhetskravet. Høyesterett skriver (mine kursiveringer):

Etter avtaleloven § 1 kommer ikke bestemmelsene i lovens første kapittel til anvendelse dersom “andet følger av retshandelen eller av handelsbruk eller anden sedvane”. Dette innebærer *blant annet* at partene kan avtale en annen avtaleprosedyre enn hva som ellers ville følge av avtaleloven. Jeg finner det etter dette klart at partene bindende *kan avtale* at avtale først er inngått når den er undertegnet av begge parter.⁹⁸

De rettslige utgangspunktene for Høyesteretts drøftelse trekker i retning av at Høyesterett har avtalte signeringsforbehold for øye i den videre drøftelsen. I så fall kan tenkes at begrepet “uttrykke seg” kun er ment å omfatte signeringsforbehold som bygger på avtalegrunnlag. Uttrykkelighet som forutsetning for et avtalt signeringsforbehold er en konsekvens av klarhetskravet, siden et signeringsforbehold som bygger på avtalegrunnlag neppe kan anses klart dersom det ikke er uttrykkelig i en eller annen form. Høyesterett viser til avtl. § 1, og sier at bestemmelsen innebærer at partene “blant annet (...) kan avtale en annen avtaleprosedyre enn hva som ellers ville følge av avtaleloven”. Avtl. § 1 gir uttrykk for at avtalelovens regler om binding er deklarasjonelle, og bestemmelsen åpner for at loven kan fravikes ikke bare gjennom avtale, men også andre regler i samfunnet. Avtaleloven står dermed ikke i veien for at signeringsforbehold kan følge av andre normer enn en avtale mellom partene, som for eksempel en kutyme.

Det kan altså argumenteres for at Høyesteretts bruk av ordet “uttrykkelig” i Rt. 2014 s. 100 er et spesielt krav dersom et vilkår om skriftlighet bygger på avtalegrunnlag, i stedet for at det er et allmenngyldig krav til bindingsvilkår. På den annen side kommer Høyesteretts uttalelser om at en part må “uttrykke seg” i forbindelse med redegjørelsen av klarhetskravet. Dermed kan det hevdes at det å “uttrykke seg” er en del av klarhetskravet som sådan. Klarhetskravet bygger som nevnt på lojalitetshensyn i avtaleforhold. Det har formodningen for seg at den lojalitetsplikt klarhetskravet ivaretar må overholdes også om et bindingsvilkår bygger på

⁹⁸ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 31.

kutyme. Spørsmålet som videre må søkes besvart er om klarhetskravet er til hinder for at et signeringsforbehold kan følge av “handelsbruk eller anden sedvane”.

Klarhetskravet dikterer at en vanlig oppmerksom og aktsom avtalepart må kunne forstå at underskrift er et vilkår for at en avtale skal bli bindende. Det kan spørres om den rettslige vurderingen av hvorvidt en kutyme skal legges til grunn i et avtaleforhold allerede inneholder et tilsvarende krav. Rettspraksis vedrørende kutyme kan være egnet til illustrasjon. I Rt. 1991 s. 1335 uttalte Høyesterett følgende:

Det ville være merkelig om en bransje kunne vedta regler med bindende virkning for tredjemann, men som de bevisst unndrar fra tredjemanns kunnskap.⁹⁹

Uttalelsen gjøres i forbindelse med hvorvidt en bankpraksis kunne gjøres gjeldende overfor en bankkunde som ikke var kjent med den aktuelle praksisen. Uttalelsen gir uttrykk for at det må være et minstekrav at en kutyme er kjent for de involverte partene i det rettsforholdet hvor kutymen påberopes som norm. I samme retning trekker Rt. 1966 s. 857, hvor følgende ble uttalt:

Denne praksis, som domstolene etter det jeg vet aldri har underkjent, har alle i bransjen vært vel kjent med (...). Jeg finner det unødvendig å ta standpunkt til om man kan sette etiketten sedvanerettsdannelse på forholdet. Jeg er enig med lagmannsretten i at det iallfall foreligger en fast innarbeidet ordning, som domstolene får respektere.¹⁰⁰

Dommen dreide seg om hvorvidt eiendomsforbehold ved salg av griser, som bygget på bransjepraksis, kunne gjøres gjeldende ovenfor kjøpers konkursbo. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende og fremhevet også i denne dommen at alle i bransjen, inkludert kjøperen, var kjent med praksisen.

Sammenholdes kunnskapsvilkåret som stilles til kutymer med klarhetskravet som stilles til signeringsforbehold, kan det argumenteres for at kunnskapsvilkåret konsumerer klarhetskravet. Om to avtaleparter befinner seg i en bransje hvor det er festnet praksis at avtaler ikke anses bindende før et endelig avtaleutkast er signert og avtalepartene kjenner til praksisen, vil en oppmerksom og aktsom avtalepart kunne forstå at signatur er et vilkår for binding. Dersom partene i en slik situasjon ikke ønsker at signatur skal være et vilkår for binding, vil det være mer nærliggende at partene presiserer at de ønsker andre bindingsvilkår enn hva som er vanlig i bransjen.

⁹⁹ Rt. 1991 s. 1335 side 1341.

¹⁰⁰ Rt. 1966 s. 857 side 860.

På den annen side vil det være vanskelig å forene skriftform på kutymegrunnlag med Høyesteretts uttalelse om at en part må “uttrykke” vilkåret om skriftlighet, dersom det å “uttrykke seg” er en del av klarhetskravet. Dersom Rt. 2014 s. 100 tas på ordet, er dommen et argument mot at skriftform kan foreligge på kutymegrunnlag. Førstvoterende kunne klarlagt at de krav som stilles til signeringsforbehold ikke skulle gjelde i forhandlinger hvor skriftform er vanlig, dersom dette var ønskelig. Når noen slike unntak ikke er gjort, kan det tale i retning av at Rt. 2014 s. 100 er et argument *mot* at skriftform kan følge av kutyme. Om dommen skal tolkes som noe annet enn et argument mot skriftform som følge av kutyme, må det være ut fra en tankegang om at Høyesterett holder seg strengt til dommens faktum, hvor det kun var signeringsforbehold på avtalegrunnlag som var problematisert.

3.4.2 Rt. 2014 s. 100s uttalelser om uttrykkelighet belyst av Rt. 1998 s. 946

I forrige punkt ble det redegjort for hva Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 la i at en part må “uttrykke” et vilkår om skriftlighet. I dette punktet problematiseres Rt. 2014 s. 100 ytterligere ved at dommen sammenholdes med Rt. 1998 s. 946, samt enkelte rettsoppfatninger vedrørende ikke-uttalte formkrav. Til slutt konkluderes det på hvorvidt Rt. 2014 s. 100 er et argument mot at skriftform kan følge på kutymegrunnlag.

Til tross for at faktum i Rt. 2014 s. 100 omhandlet signeringsforbehold på avtalegrunnlag, kan enkelte av Høyesteretts uttalelser i dommen tas til inntekt for at skriftform kan foreligge på kutymegrunnlag. I dommen siterer Høyesterett følgende uttalelse fra Ramberg og Ramberg:

Vid vissa typer av transaktioner (t.ex. större företagsförvärv) är det så vanligt förekommande att parterna inte anser sig bundna innan de signerat ett kontrakt, att avtalad skriftform antagligen följer av handelsbruk.¹⁰¹

Ramberg og Ramberg virker for svensk retts vedkommende å legge til grunn at skriftform er kutyme ved større foretakserverv. Selv om Høyesterett henviser til denne uttalelsen, er det tvilsomt at henvisningen var ment som en tilslutning til standpunktet som sådan. Henvisningen virker å være ment som en underbyggelse av at den svenske motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kunne forstått at forbeholdet Svarstad Hansen tok var et signeringsforbehold.

Ramberg og Rambergs standpunkt kan allikevel sammenholdes med Høyesteretts øvrige premisser i Rt. 2014 s. 100. Høyesterett gjentar allerede tidlig i dommen at “[d]et ikke er

¹⁰¹ Jan Ramberg og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 8. upplagan, Stockholm 2010 s. 95, henvist til i Rt. 2014 s. 100 avsnitt 37.

rettslig grunnlag for generelt å kreve skriftlighet i mer sammensatte avtaleforhold”.¹⁰² Uttalelsen kan tolkes slik at den står i direkte motstrid til uttalelsen fra Ramberg og Ramberg. Skal uttalelsen tolkes slik, må det imidlertid forutsettes at “sammensatte avtaleforhold” og “større foretakserverv” er det samme. Det er ikke særlig tvilsomt at større foretakserverv også må regnes som sammensatte avtaleforhold. “Sammensatte avtaleforhold” omfatter imidlertid også mye mer enn foretakserverv av en viss størrelsesorden. Etter Rt. 2014 s. 100 er det utvilsomt gjeldende rett at det ikke er rettslig grunnlag for *generelt* å kreve skriftlighet i et hvert sammensatt avtaleforhold. Dette utelukker likevel i og for seg ikke at skriftform kan følge av kutyme ved *større foretakserverv*, slik Ramberg og Ramberg hevder.

Rt. 2014 s. 100 omhandlet oppkjøp av 70 prosent av aksjene i et selskap, til en kjøpesum av 24,5 millioner svenske kroner. Det er nærliggende å tro at oppkjøpet i realiteten var en eiendomsoverdragelse gjennomført på selskapsnivå, hvor en eiendom selges som et utfisjonert aksjeselskap med eiendommen som eneste vesentlige aktivum. Å selge eiendom på denne måten er forretningsmessig praktisk fordi slike aksjesalg kan gjennomføres skattefritt, i motsetning til eiendomssalg som medfører gevinstbeskatning.¹⁰³ En eiendomstransaksjon på 24,5 millioner er et sammensatt avtaleforhold, men om det er denne typen transaksjoner Ramberg og Ramberg sikter til når de taler om “større foretakserverv” er mer tvilsomt. Sett i større sammenhenger er 24,5 millioner en relativt beskjeden sum når det er tale om foretakserverv. Det er i og for seg også litt unaturlig å betegne et eiendomssalg som et “foretakserverv”, selv om salget er gjennomført på selskapsnivå. En mer naturlig forståelse av ordet “foretak” er bedrifter som driver virksomhet, da slike transaksjoner ofte byr på et langt mer omfattende avtaleverk enn for eksempel eiendomssalg.

Rt. 1998 s. 946 kan i større grad illustrere hva som inngår i et “foretakserverv”. Dommen gjaldt salg av et vinagentur til en pris av 16 millioner kroner. Justert etter konsumprisindeksen utgjør dette beløpet omtrent 22 millioner kroner, og kjøpesummen er dermed i samme størrelsesorden som i Rt. 2014 s. 100. Til forskjell fra Rt. 2014 s. 100 dreide Rt. 1998 s. 946 seg om kjøp av virksomhet, hvor det i tillegg til kjøpesum måtte forhandles om navnerettigheter, arbeidsavtaler og selskapsstruktur. Avtalekomplekset var med andre ord noe mer omfattende enn i Rt. 2014 s. 100. Høyesterett sa også i Rt. 1998 s. 946 at det ikke generelt er grunnlag for å kreve skriftlighet i sammensatte avtaleforhold, men tilføyde:

¹⁰² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 29, sitert fra Rt. 1998 s. 946 side 958.

¹⁰³ Se Advokatfirmaet Wiersholms internettsider. (<http://www.wiersholm.no/current/Nyheter/Utfisjonering-av-fast-eiendom-og-etterfoelgende-aksjesalg>)

[F]orhandlingsituasjonen kan i slike tilfelle føre til at partene gjensidig forutsetter et endelig utkast og undertegning før de blir bundet. Dette kan eksempelvis være tilfelle hvor flere deltar i forhandlingene på partenes vegne eller hvor partene er fra to eller flere land.¹⁰⁴

Når Høyesterett deretter vurderte den aktuelle forhandlingssituasjonen, sa førstvoterende at “en ikke uttalt forutsetning om å stå fritt, kunne ut fra avtalesituasjonen ikke ha vært synbar for [kjøper]”.¹⁰⁵ Sammenholdes disse to uttalelsene fra Høyesterett, er det nærliggende å konkludere med at Høyesterett la til grunn at “avtalesituasjonen” i Rt. 1998 s. 946 ikke var av slik karakter at det var nærliggende med en forutsetning om skriftlighet og undertegning. Som eksempler på tilfelle hvor skriftlighet vil være naturlig, fremhevet Høyesterett forhandlinger hvor flere forhandler på partenes vegne eller internasjonale avtaleforhold. Det må i alle fall antas å være vanlig at flere forhandler på partenes vegne ved større foretakserverv.¹⁰⁶

Hva omfang av transaksjonene i Rt. 2014 s. 100 og Rt. 1998 s. 946 gjelder, er de som nevnt av sammenlignbar størrelse. Når Høyesterett i Rt. 1998 s. 946 ikke anså forhandlingssituasjonen slik at det var nærliggende med en forutsetning om skriftlighet, må det antas at det samme ville vært tilfelle i Rt. 2014 s. 100 dersom spørsmålet hadde blitt problematisert.

Det som etter dette står igjen er Høyesteretts uttalelse i Rt. 1998 s. 946 om at forhandlingssituasjonen i visse tilfelle kan “føre til at partene gjensidig forutsetter et endelig utkast og undertegning før de blir bundet”. Når partene “gjensidig forutsetter” skriftlighet, kan dette selvfølgelig tolkes slik at partene “gjensidig avtaler” skriftlighet. Når Høyesterett videre sier at “en ikke uttalt forutsetning om å stå fritt” ikke kunne være synbar for kjøper, er det imidlertid mer nærliggende at Høyesterett taler om ikke uttalte forutsetninger som følger av forhandlingssituasjonen. Krüger virker å være enig i dette, og sier at “*forhandlingssituasjonen* i slike tilfelle etter omstendighetene *kan* forutsette et endelig utkast og undertegning før partene blir bundet”, og at “[Rt. 1998 s. 946] fastholder at det i forhold der skriftlighet er vanlig, særlig ved virksomhetsoverdragelser og aksjetransaksjoner, er en presumsjon for at partene står fritt så lenge kontraktsdokumentasjonen ikke er finalisert ved

¹⁰⁴ Rt. 1998 s. 946 side 958.

¹⁰⁵ Rt. 1998 s. 946 side 958.

¹⁰⁶ Gotthard Calissendorff, “Kurt Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta”, *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1993-1994 s. 236-241 (s. 238), hvor Calissendorff ved beskrivelsen av forhandlinger om “større foretaksforvärv” sier at “förhandlingarna ofta bedrivs i och genom olika förhandlingsgrupper, t ex tekniska, juridiska, ekonomiska eller kommersiella”.

underskrift”.¹⁰⁷ Krüger sier imidlertid også at Rt. 1998 s. 946 “må tolkes som negativ i forhold til dem som mener at det i kompliserte forhandlingsscenarier finnes handelsbruk eller sedvane som etter avtl § 1 tilsier at avtalen først blir bindende ved underskrift eller closing”.¹⁰⁸

Det er ikke helt klart om Krüger legger samme eller forskjellig innhold i begrepene “forutsetning”, “presumsjon” og “handelsbruk eller sedvane”. Det er en viss realitetsforskjell i disse begrepene, særlig med hensyn til bevisbyrden ved en domstolsbehandling. Dersom en part påstår at det foreligger kutyme for en gitt fremgangsmåte, er det opp til parten selv å bevise det faktiske grunnlaget for kutymens eksistens.¹⁰⁹ For denne drøftelsens del har neppe begrepsbruken særlig betydning. Krüger sier at Rt. 1998 s. 946 må tolkes negativt “i forhold til dem som mener at det i kompliserte forhandlingsscenarier” finnes kutyme for underskrift som bindingsvilkår. Denne påstanden bygger antakelig på Høyesteretts uttalelse om at det ikke er “rettslig grunnlag for generelt å kreve skriftlighet i mer sammensatte avtaleforhold”. Dette standpunktet må som nevnt antas å være gjeldende rett, i alle fall etter Rt. 2014 s. 100.

Når Krüger sier at det i visse forhandlingssituasjoner hvor skriftlighet er vanlig foreligger en “forutsetning” eller “presumsjon” for at avtalen må underskrives før den blir bindende, kan dette forstås som en tilslutning til at skriftform foreligger på kutymegrunnlag i visse tilfelle. Riktig nok avstår Krüger fra å bruke ordet “kutyme” eller “handelsbruk”. Når Krüger sier at skriftform er vanlig i visse forhold som virksomhetsoverdragelser og aksjetransaksjoner, er dette nettopp en henvisning til bransjepraksis som grunnlag for en regel. Hva som ellers skulle være forskjellen på en presumsjon/forutsetning eller en kutyme blir tale om nyanser. Krüger fremhever at parten som hevder at bindende avtale foreligger, kan føre bevis for at presumsjonen om skriftlighet ikke gjelder.¹¹⁰ Bevistema blir i så fall hvorvidt skriftlighetskravet er fraveket i det konkrete tilfellet. En slik adgang til å bevise fravikelse av et skriftlighetskrav vil være mulig uavhengig av om skriftlighetskravet følger av en presumsjon eller en kutyme.

¹⁰⁷ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 275 og 278).

¹⁰⁸ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 279).

¹⁰⁹ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004 s. 369.

¹¹⁰ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 278).

Videre kan Rt. 1998 s. 946 og Krügers analyse av dommen sammenholdes med Rt. 2014 s. 100 for å klarlegge hvorvidt Rt. 2014 s. 100 må forstås som et argument mot at skriftlighet kan følge av kutyme. Som allerede nevnt er Høyesteretts bruk av begrepet “uttrykke seg” et argument mot at signering kan være et kutymebasert vilkår for binding. I Krügers analyse av Rt. 1998 s. 946 virker standpunktet å være at dommen er et argument for at ikke-uttalte krav om skriftform kan eksistere i visse tilfelle. Et krav om uttrykkelighet er ikke forenelig med en adgang til ikke-uttalte krav om skriftform. Spørsmålet må i så fall være hvorvidt Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 har tatt avstand fra Høyesteretts synspunkter i Rt. 1998 s. 946.

Sakens tema i Rt. 2014 s. 100 har allerede blitt påpekt som argument i spørsmålet om Rt. 2014 s. 100 er et argument mot ikke-uttalte signeringsforbehold. Begrepet “uttrykke seg” kan ha blitt brukt som følge av at dommens tema var avtalte eller ensidig *påberopte* signeringsforbehold. Begrepet kan dermed fremstå som en slags språklig nødvendighet i den gitte konteksten, i stedet for et uttrykk som er ment å innebære noen videre rettsvirkning. Det kan også nevnes at Høyesterett faktisk henviser til Krügers artikkel, hvor Krüger fremholder at det i visse avtaleforhold er en presumsjon for underskrift som vilkår for binding. Høyesteretts henvisning er i forbindelse med at det er ensidig adgang til å ta signeringsforbehold, et poeng Krüger slutter seg til.¹¹¹ Det at førstvoterende i Rt. 2014 s. 100 henviser til denne artikkelen, gjør at det kan antas at han er kjent med Krügers øvrige argumentasjon i artikkelen. Det må videre legges til grunn at Høyesterett er kjent med Høyesteretts premisser i Rt. 1998 s. 946.

Når Høyesterett må forutsettes å være kjent med både premissene i Rt. 1998 s. 946 og Krügers argumentasjon i *Festskrift til Lars Gorton*, er det nærliggende å tro at dersom Høyesterett ønsket å ta avstand fra at skriftform kan foreligge på kutymegrunnlag, ville det blitt gjort et større poeng ut av det. Rt. 2014 s. 100 fremstår forholdsvis “rett på sak” for å løse den aktuelle tvisten, hvor det aktuelle signeringsforbeholdet bygget på avtalegrunnlag. Dommen fremstår ikke som noen “prinsippavklaring” av skriftform på generelt grunnlag, og å tolke dommen i negativ retning for skriftform på kutymegrunnlag vil muligens være å legge mer i premissene enn det er grunnlag for. Det kan i denne forbindelse nevnes at grunnen til at spørsmålet om en felles presumsjon om skriftform ble kommentert i Rt. 1998 s. 946, var at det var påberopt av parten som hevdet seg ubundet.

¹¹¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 32.

Det er vanskelig å ta endelig stilling til hvorvidt rettsordenen anerkjenner at det kan foreligge kutyme om skriftform ved visse typer avtaleforhandlinger. Spørsmålet har ikke blitt tatt endelig stilling til i rettspraksis, og i litteraturen råder en viss uklarhet med tanke på hvilke type avtaleforhandlinger slike kutyper eventuelt skulle kunne gjøres gjeldende. Avtl. § 1 samt tidligere rettspraksis vedrørende kutyme som rettsgrunnlag tilsier i alle fall at det er rettslig grunnlag for å akseptere en bransjepraksis om skriftform som vilkår for avtalebinding.¹¹² Rt. 2014 s. 100 kan neppe tolkes som et argument i retning av at en slik bransjepraksis ikke vil aksepteres.

4 Konsekvenser av at avtale ikke undertegnes

4.1 Innledning

I dette kapitlet drøftes konsekvensene av at avtale ikke undertegnes, med fokus på prekontraktuelt erstatningsansvar som en mulig sikkerhetsventil. I pkt. 4.2 fremstilles enkelte utgangspunkter for prekontraktuelt ansvar, samt hva som ligger i at en part “står fritt” til å trekke seg fra en forhandling jf. Rt. 2014 s. 100. I pkt. 4.3 drøftes hvilken innvirkning et signeringsforbehold har på lojalitetsplikter som oppstår i løpet av en forhandlingsprosess. I pkt. 4.4 undersøkes om et signeringsforbehold har betydning for hvorvidt et avbrudd fra en forhandling er usaklig.

4.2 Prekontraktuelt ansvar som sikkerhetsventil. Rt. 2014 s. 100s betydning

I dette punktet drøftes prekontraktuelt erstatningsansvar som mulig sikkerhetsventil dersom en forhandling underlagt signeringsforbehold ikke fører til bindende avtale. Ansvarsformen problematiseres gjennom en uttalelse fra Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 om at partene “står fritt” til å forkaste en avtale dersom forhandlingene er underlagt signeringsforbehold.

I Rt. 2014 s. 100 sa Høyesterett følgende:

Konsekvensen av et vilkår om undertegning som forutsetning for avtalebinding, er at man står “helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler”, jf. Rt-1998-946 på side 958. Det kreves altså ingen nærmere begrunnelse.¹¹³

Uttalelsen gir for det første uttrykk for at avtalerettslig binding ikke inntreer før vilkåret om undertegning er oppfylt. Selv om partene er ferdige med forhandlinger og har oppnådd

¹¹² For mer om hva som skal til for at en kutyme skal aksepteres som norm i kontraktsforhold, se Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 punkt 2.4.2 og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004 kapittel 12, pkt. VII.

¹¹³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

enighet om samtlige av avtalens punkter, står en part “helt fritt til å forkaste eller godta” avtalen. Å få en slik mulighet til etterfølgende vurdering av en forhandling, er selve poenget med signeringsforbehold.¹¹⁴

Det er mer interessant å undersøke hva Høyesterett legger i at en part “står fritt” til å forkaste en avtale uten nærmere begrunnelse. Et argument som har vært drøftet av både Krüger og Hagstrøm i relasjon til signeringsforbehold og andre bindingsvilkår, er betydningen av prekontraktuelt erstatningsansvar som en “sikkerhetsventil” dersom en part velger å ikke inngå avtale etter at forhandlingene er ferdige og enighet er oppnådd.¹¹⁵ Når Høyesterett gjentar formuleringen fra Rt. 1998 s. 946 om at en part står “helt fritt” til å forkaste en avtale, kan det spørres hvor langt denne formuleringen må rekke i relasjon til prekontraktuelt ansvar.

Formuleringen “at man står helt fritt” til å forkaste et avtaleutkast gir isolert sett uttrykk for at en part kan trekke seg fra en avtaleforhandling helt uten konsekvenser. Dersom en part står helt fritt til å trekke seg, er det en naturlig ordlydstolkning å forstå utsagnet slik at en part også står fri fra erstatningsansvar. Utsagnet kan imidlertid settes i kontekst. Høyesterett sier at “[k]onsekvensen av et vilkår om undertegning som forutsetning for avtalebinding, er at man står” fritt til å forkaste en avtale selv etter den er ferdigforhandlet. Temaet for uttalelsen virker å være avtalebinding, og å “stå fritt” i det henseende er i så fall at en part kan forkaste et ferdigforhandlet avtaleutkast uten å bli bundet så lenge avtalen ikke er underskrevet. I Rt. 1998 s. 946 brukes også uttalelsen om “å stå fritt til å forkaste” fullstendige avtaleutkast i en bindingskontekst, i det uttalelsen fremgår i et avsnitt hvor Høyesterett drøftet et spørsmål om avtalerettslig binding var inntrådt.¹¹⁶

Høyesteretts uttalelse om at partene “står helt fritt” kan også sammenholdes med Høyesteretts vurdering av forbeholdet i Rt. 2014 s. 100. Høyesterett vurderte tolkningsresultatet lagmannsretten kom til, altså at forbeholdet tatt av Svarstad Hansen var en fraskrivelse av prekontraktuelt erstatningsansvar. Høyesterett vurderer forbeholdet dit hen at det *ikke* dreide seg om fraskrivelse av prekontraktuelt ansvar, men et forbehold mot avtalebinding.¹¹⁷ Når hensikten med et forbehold er å frabe seg binding inntil avtale er underskrevet, gir det liten mening å legge mer i forbeholdet enn hva parten som tok forbeholdet mente.

¹¹⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 30 og 41.

¹¹⁵ Kai Krüger “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270-271) og Viggo Hagstrøm, “Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold”, *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606 (s. 606).

¹¹⁶ Rt. 1998 s. 946 side 958.

¹¹⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 36.

Det er altså nærliggende at Høyesteretts uttalelse om at signeringsforbehold innebærer at en part “står fritt” til å forkaste ferdige avtaleutkast, kun refererer seg til å “stå fritt” i bindingsøyemed. Det er dermed fortsatt av interesse å se nærmere på prekontraktuelt erstatningsansvar i relasjon til signeringsforbehold. Hagstrøm har foreslått prekontraktuelt ansvar som mellomløsning ved avtaleforhandlinger som blir bindende ved underskrift:

For den skuffede part kan det selvfølgelig være ergerlig at det er gått med tid og påløpt kostnader til forhandlinger som ikke har ført til noe. Men dette er nå engang en del av den forretningsmessige risiko. Forhandlinger av denne type føres gjennomgående med lojale intensjoner fra begge sider, slik at det oftest er et nederlag for begge at man ikke lykkes i å nå frem til enighet. Der det forekommer misbruk, kan dette sanksjoneres med erstatningsansvar, jfr. forutsetningsvis Rt. 1992 s. 1110.¹¹⁸

Krüger har motforestillinger mot Hagstrøms synspunkt:

Man bør (...) se med skepsis på et 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 – og ganske særlig når en kuvending av bekvemmelighetsgrunner skjer på spekulativt grunnlag i strid med det som med rimelighet kan betegnes som “god forretningsskikk”. (...) Erstatningsansvar for negativ kontraktsinteresse kan tenkes å fungere som en sikkerhetsventil. (...) Utenom anbudsretten er mellomløsningen negativ kontraktsinteresse ved tilregnelig forhandlingshavari enda ikke utviklet som en realitet i norsk domspraksis.¹¹⁹

Både Krüger og Hagstrøm fremhever muligheten for å anvende prekontraktuelt ansvar som en mellomløsning dersom en forhandling underlagt signeringsforbehold ikke fører til bindende avtale. Krüger virker imidlertid å være skeptisk til hvorvidt det er rettslig grunnlag for å idømme slikt ansvar. I tillegg virker Krüger å være betraktelig mer kritisk til å akseptere at utgiftene som kan oppstå under en avtaleforhandling viser seg å være bortkastede når forhandlingene ikke fører til bindende avtale.

Det er utvilsomt ergerlig å ha store kostnader i forbindelse med et prosjekt som ikke fører til bindende avtale. Hvilke kostnader som pådras vil variere avhengig av forhandlingssituasjonen. I Rt. 2014 s. 100 hadde den svenske selgeren fått avtaleutkast kvalitetssikret av advokat og tilrettelagt for due diligence.¹²⁰ Kvalitetssikringen av avtaleutkastet medførte antakelig en regning fra advokaten, men utover dette var nok ikke

¹¹⁸ Viggo Hagstrøm, “Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold”, *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606 (s. 606).

¹¹⁹ Kai Krüger, “‘Colsing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270-271).

¹²⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43.

forhandlingene voldsomt økonomisk krevende for den svenske selgeren. Å tilrettelegge for due diligence innebærer sjeldent stort mer enn å oversende relevante dokumenter som etterspørres av kjøperens advokat. Selve utførelsen av due diligence dekkes av kjøper, da det kun er kjøper som har interesse av at due diligence utføres. Således er det nærliggende å tro at det var Svarstad Hansen som hadde de største utgiftene i forbindelse med avtaleforhandlingene om Strømstad Marina.

På mer generelt grunnlag kan avtaleforhandlinger medføre store kostnader, særlig ved større foretakstransaksjoner. Slike forhandlinger føres ofte med store ressurser i form av innleid juridisk, økonomisk og teknisk kompetanse. Selve forhandlingene og due diligence-prosessen kan medføre betydelige fakturaer fra henholdsvis advokatfirmaer, revisjonsfirmaer og ingeniører. Om slike kostnader viser seg å være forgjeves som følge av at avtalebinding har vært underlagt signeringsforbehold, vil prekontraktuelt erstatningsansvar kunne aktualiseres som en “sikkerhetsventil”.

Prekontraktuelt erstatningsansvar er i utgangspunktet avhengig av at en part under en kontraktsforhandling opptrer klanderverdig, se Rt. 1998 s. 761 hvor Høyesterett uttaler:

[D]et er en sparsom rettspraksis og ikke noen helt entydig juridisk teori når det gjelder vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Men utgangspunktet må være at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene – illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende. I en nylig utkommet avhandling drøftes også urimelig eller usaklig avbruddsgrunn som et mulig ansvarsgrunnlag, se Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, 1997, særlig side 226 flg.¹²¹

I den aktuelle saken, som dreide seg om hvorvidt en bank hadde inngått avtale om finansiering av et prosjekt med en investor, idømte Høyesterett ikke erstatning.¹²² Høyesterett fremholdt at banken hadde opptrådt “uheldig” i det de hadde hatt lite “ytre klarhet” og “mangel på skriftlighet” i sin behandling av investorens finansiering. Banken hadde imidlertid ikke opptrådt illojalt, i den forstand at investoren ikke hadde blitt forledet.¹²³

Etter dette kan det for det første konkluderes med at Rt. 2014 s. 100 ikke avskjærer adgangen til å idømme prekontraktuelt erstatningsansvar i avtaleforhandlinger underlagt signeringsforbehold. Dersom en part opptrer klanderverdig under en avtaleforhandling vil erstatningsansvar kunne aktualiseres. I det videre må undersøkes hvilke handlemåter som kan

¹²¹ Rt. 1998 s. 761 side 772.

¹²² Per dags dato foreligger ingen fellende Høyesterettsdommer om prekontraktuelt erstatningsansvar. Det finnes imidlertid underrettspraksis hvor erstatning ble tilkjent, se eksempelvis RG 2005 s. 1103.

¹²³ Rt. 1998 s. 761 side 772.

medføre erstatningsansvar, samt om signeringsforbehold som sådan innvirker på klanderverdighetsnormen.

4.3 Signeringsforbeholds innvirkning på lojalitetsplikter

I forrige punkt ble klanderverdighetsnormen som er bestemmende for hvorvidt prekontraktuelt ansvar idømmes introdusert. I dette punktet vil klanderverdighetsnormen utdypes, samt at det vil undersøkes hvorvidt et signeringsforbehold innvirker på lojalitetsplikter som oppstår i en forhandlingsprosess.

Utgangspunktet for prekontraktuelt ansvar er, som fremhevet i Rt. 1998 s. 761, at en part under forhandlingene opptrer illojalt eller lignende. Hvilke handlinger som kan føre til erstatningsansvar i en forhandlingsfase beror i følge Simonsen på to vurderingsmomenter. Det ene momentet beror på lojalitet og tillit, og er ment å beskytte forventninger om at partene vil komme til bindende avtale.¹²⁴ Det andre momentet er rene rimelighetsbetraktninger, eksempelvis hvor store ressurser en part har lagt i en forhandling og styrkeforholdet mellom partene.¹²⁵

Et signeringsforbehold gir partene en forventning om når avtalerettslig binding inntreer, og motsetningsvis en forventning om å være ubundet frem til avtale er undertegnet. Et slikt forbehold vil i tur også innvirke på hvilke berettigede forventninger en part får om hvorvidt forhandlingene vil føre til bindende avtale. Signeringsforbeholdet forskyver tidspunktet for avtalerettslig binding slik at partene "står fritt" til å forkaste et avtaleutkast frem til det er underskrevet. Utgangspunktet må være at når en part har forbeholdt seg muligheten til å stå fritt inntil avtale er underskrevet, kan det ikke anses illojalt at parten faktisk benytter seg av en slik mulighet. Lojalitetshensyn ivaretas av klarhetskravet, slik at bindingsvilkåret bare kan gjøres gjeldende dersom det er tatt så klart at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kunne forstå forbeholdet.¹²⁶

Selv om en part i utgangspunktet kan stå fritt til å forkaste et ferdigforhandlet avtaleutkast, må det undersøkes hvilke modifikasjoner dette utgangspunktet må tåle. Allerede innledningsvis må det legges til grunn at de klare misbrukstilfellene må kunne sanksjoneres mot med erstatningsansvar. Simonsen trekker som eksempel frem at en part går i forhandlinger uten "seriøse intensjoner" om å inngå avtale, tilfeller av industriell spionasje og lignende bevisste

¹²⁴ Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997 s. 241.

¹²⁵ Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997 s. 246 og 249.

¹²⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

skadetilføyelser. Ved slike tilfeller dreier det seg om uomtvistet overskridelse av klanderverdighetsnormen.¹²⁷ Dersom en part gjør seg skyldig i slikt åpenbart misbruk vil erstatningsansvar kunne aktualiseres uavhengig av om en part trekker seg fra forhandlingene under påskudd av at det var tatt signeringsforbehold.

En annen mulig modifikasjon som kan gjøres er at partene i løpet av forhandlingene pådrar seg særskilte lojalitetsplikter. Rt. 1992 s. 1110 er egnet til illustrasjon. Dommen dreide seg om hvorvidt det var inngått avtale om oppføring av boligblokk mellom Stiansens Entreprenørforretning A/S og OBOS. Partene hadde nedfelt en slags intensjonsavtale, i dommen kalt “Oktoberavtalen”, hvor det aller meste av betydning i byggeprosjektet var avklart med unntak av pris og noen mindre detaljer. Høyesterett kom til at bindende avtale ikke var inngått mellom partene, i det prisen var et helt sentralt element ved oppføringen av boligblokkene.¹²⁸ Høyesterett uttalte i tillegg at OBOS ikke “var bundet til å godta den pris som Stiansens krevde”.¹²⁹

Ved spørsmålet om prekontraktuelt ansvar er dommen av interesse på grunn av følgende uttalelse fra Høyesterett, fremsatt etter at Høyesterett konkluderte med at avtalen ikke var bindende:

Det jeg nå har sagt, innebærer ikke at jeg mener at OBOS sto helt fritt til å kunne avslå pristilbud fra Stiansens side. Oktoberavtalen må innebære en forutsetning om at OBOS lojalt vurderer de pristilbud Stiansens fremsetter, og eventuelt gjennom forhandlinger medvirker til en løsning av uløste spørsmål. Et brudd på disse forutsetninger ville etter omstendighetene kunne ha medført at OBOS ble erstatningsansvarlig overfor Stiansens for tapte omkostninger til prosjektering m.v.¹³⁰

Høyesterett vurderte ikke hvorvidt slikt erstatningsansvar var inntrådt som følge av at Stiansens ikke hadde fremsatt erstatningskrav. Høyesterett var klare på at det kan oppstå lojalitetsplikter i løpet av en avtaleforhandling, og at brudd på slike plikter kan medføre erstatningsansvar. I Rt. 1992 s. 1110 var det “Oktoberavtalen” som hadde skapt lojalitetspliktene. Avtalen var “forutsatt supplert med nærmere bestemmelser, særlig vedrørende prisen. Når partene senere ikke kom til enighet i prisspørsmålet” var konsekvensen at avtale ikke var inngått.¹³¹

¹²⁷ Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997 s. 195-196.

¹²⁸ Rt. 1992 s. 1110 side 1114.

¹²⁹ Rt. 1992 s. 1110 side 1115.

¹³⁰ Rt. 1992 s. 1110 side 1115.

¹³¹ Rt. 1992 s. 1110 side 1115.

Høyesteretts uttalelse i Rt. 1992 s. 1110 om at OBOS ikke “sto helt fritt” til å avslå pristilbud fra Stiansens må sammenholdes med Høyesteretts dom i Rt. 2014 s. 100. I Rt. 2014 s. 100 uttalte Høyesterett at et signeringsforbehold innebærer at en part står fritt til å forkaste et ferdigforhandlet avtaleutkast.¹³² Som nevnt ovenfor, er det mye som tyder på at Høyesterett kun referer til å “stå fritt” i relasjon til avtalerettslig binding. Dersom “stå fritt” kun refererer til avtalebinding, er det i utgangspunktet ingenting i veien for at det oppstår erstatningsansvar også i forhandlinger underlagt signeringsforbehold. Når det bare er avtalerettslig binding en part står fritt fra inntil avtale er underskrevet, utelukkes det ikke at en part fortsatt lojalt må vurdere avtaleutkastet før avtalen eventuelt forkastes.

På den annen side kan det spørres om lojalitetsplikter som i Rt. 1992 s. 1110 er av noen særlig praktisk betydning dersom det er tatt signeringsforbehold. Selve formålet med et signeringsforbehold er at partene skal ha anledning til å vurdere et ferdig forhandlet avtaleutkast. Dersom en part benytter seg av muligheten til å vurdere en ferdigforhandlet avtale kan det som utgangspunkt ikke anses illojalt om parten forkaster avtalen, selv om partene har kommet til enighet om samtlige av avtalens punkter. I Rt. 1992 s. 1110 fremhevet Høyesterett at OBOS kunne være forpliktet til å medvirke til en løsning av uløste spørsmål gjennom forhandlinger for å unngå å havne i ansvar.¹³³

I situasjoner hvor det er tatt signeringsforbehold vil tilfelle ofte være at alle avtalens spørsmål allerede er løst gjennom forhandlinger. I Rt. 2014 s. 100 var faktum at selgeren av den svenske marinaen og Svarstad Hansen var kommet til enighet om alle detaljer i avtalen. Flere avtaleutkast var utarbeidet og reforhandlet, og det endelige utkastet var kvalitetssikret av partenes advokater.¹³⁴ Høyesterett går i Rt. 2014 s. 100 forholdsvis langt i å antyde at Svarstad Hansen ikke pådro seg noe prekontraktuelt erstatningsansvar i løpet av forhandlingene:

[D]en klare hovedregelen er at man ikke pådrar seg erstatningsansvar ved å avslå å inngå avtale. Når da den svenske motparten i denne saken i forhandlingsfasen utelukkende skulle foreta handlinger som er et ordinært ledd i en kontraktsforhandling, fremstod et eventuelt erstatningsansvar for Svarstad Hansen som en høyst teoretisk mulighet.¹³⁵

¹³² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 33.

¹³³ Rt. 1992 s. 1110 side 1115.

¹³⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 8.

¹³⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 36.

Høyesterett sa ikke uttrykkelig at Svarstad Hansen ikke pådro seg erstatningsansvar, noe som antakelig er en konsekvens av at erstatning ikke ble påberopt i saken. Høyesterett sa at erstatningsansvar for Svarstad Hansen “fremstod” som en høyst teoretisk mulighet. Når Høyesterett knytter uttalelsen om at ansvar kun var en teoretisk mulighet opp mot situasjonen i den konkrete saken, kan Høyesteretts uttalelse ikke forstås slik at retten ser på prekontraktuell ansvar som “høyst teoretisk” på generelt grunnlag. Bruken av ordet “fremstod” taler for at førstvoterende sikter til situasjonen slik den var da signeringsforbeholdet ble tatt. Dette støttes videre opp av at uttalelsen ble avgitt i forbindelse med drøftelsen av hvordan forbeholdet i saken skulle forstås. Senere i dommen, ved vurderingen av om forbeholdet hadde falt bort, omtalte Høyesterett Svarstad Hansen sine handlinger under forhandlingsprosessen som naturlige for hans vurdering av hvorvidt han skulle inngå avtale.¹³⁶

Når Høyesterett la til grunn at prekontraktuell ansvar var en høyst teoretisk mulighet da forbeholdet ble tatt, og i tillegg ikke legger Svarstad Hansen noen klanderverdige handlinger under forhandlingene, er det nærliggende å slutte at Høyesterett ikke ville ha idømt erstatningsansvar dersom det var påberopt. En slik konklusjon må antas å være i tråd med tidligere rettspraksis vedrørende prekontraktuell ansvar, samt litteratur om emnet.¹³⁷ I Rt. 1998 s. 761 side 772, gjengitt ovenfor, fremgår at det må kreves en klanderverdig opptreden. Ut fra faktum og Høyesteretts vurdering i Rt. 2014 s. 100 hadde Svarstad Hansen neppe utvist noen klanderverdig opptreden. Simonsen fremhever at omfanget av ressursbruken i avtaleforhandlingene er et sentralt rimelighetshensyn ved bedømmelsen av hvorvidt prekontraktuell erstatningsansvar skal idømmes. Er det stor ressursbruk i forbindelse med en transaksjon, er det større behov for å beskytte ressursbruken gjennom erstatningsansvar og vice versa.¹³⁸ Når den svenske motparten i Rt. 2014 s. 100 ikke skulle foreta noen investeringer utover det som er vanlig i en forhandlingsprosess, er beskyttelsesbehovet ikke like stort.

Ut fra dette kan sluttes at lojalitetsplikter som oppstår i løpet av en forhandlingsprosess, slik som i Rt. 1992 s. 1110, antagelig er av mindre praktisk betydning i forhandlinger underlagt signeringsforbehold. Dersom en part uansett står fritt til å forkaste et ferdig forhandlet avtaleutkast uten å bli prekontraktuell erstatningsansvarlig, er det neppe grunn til å “tvinge”

¹³⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 42.

¹³⁷ Se Rt. 1998 s. 761 side 772 gjengitt ovenfor.

¹³⁸ Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 s. 257.

en part til å gjennomføre forhandlingene. Dersom lojalitetsplikter som i Rt. 1992 s. 1110 oppstår og en part lojalt må vurdere og gjennom forhandlinger medvirke til løsning av uløste spørsmål, er faktum at signeringsforbeholdet gjør at parten allikevel kan trekke seg selv om partene løser spørsmålene. Dersom ansvar skal inntre som følge av at en part trekker seg, må begrunnelsen for at parten trekker seg i så fall være usaklig, jf. Rt. 1998 s. 761. I hvilken grad usaklige avbruddsgrunner kan utløse ansvar skal undersøkes i neste punkt.

4.4 Signeringsforbehold og usaklige avbruddsgrunner

I dette punktet sammenholdes Høyesteretts uttalelse i Rt. 1998 s. 761 om usaklige avbruddsgrunner med Rt. 2014 s. 100. Det vil i denne forbindelse undersøkes hvorvidt et signeringsforbehold innvirker på hva som anses som usaklige avbruddsgrunner. Til slutt vil betraktningene om prekontraktuelt erstatningsansvar i relasjon til signeringsforbehold sammenfattes.

I Rt. 2014 s. 100 var Svarstad Hansens begrunnelse for å trekke seg fra avtalen at helseproblemer ikke ville tillate han å vie prosjektet så mye oppmerksomhet som han følte det krevde.¹³⁹ Denne avbruddsgrunnen kan holdes opp mot Rt. 1998 s. 761, hvor Høyesterett taler om “urimelig eller usaklig avbruddsgrunn som et mulig ansvarsgrunnlag” med videre henvisning til Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*.¹⁴⁰

Hva som ligger i at en avbruddsgrunn er “urimelig eller usaklig” kan for det første illustreres gjennom Høyesteretts vurdering i Rt. 1998 s. 761. Høyesterett vurderte forholdet mellom banken og Hansen slik at prekontraktuelt ansvar ikke kunne komme på tale, siden banken ikke hadde opptrådt illojalt. Når det kommer til avbruddsgrunnen uttalte Høyesterett følgende:

Jeg ser det videre som klart at bankens beslutning i juni 1991 om ikke å gi ytterligere kreditt, i seg selv var saklig begrunnet – Kinaprojektet var åpenbart meget risikofylt, sikkerhetene var sunket i verdi, og beslutningen samsvarte godt med en vanlig bankmessig vurdering. Jeg viser også til at banken ikke sa opp engasjementet umiddelbart, men ga Hansen mulighet til å komme videre med finansieringen av prosjektet på annen måte.¹⁴¹

Høyesterett fremhevet at bankens vurdering om å nekte kreditt bygget på hensyn av økonomisk art, som åpenbart er sentrale i en banks vurdering av om kreditt skal ytes. Banken lot også investoren komme med forslag på andre finansieringsløsninger på lojal måte.

¹³⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 9.

¹⁴⁰ Rt. 1998 s. 761 side 772.

¹⁴¹ Rt. 1998 s. 761 side 772 og 773.

Sammenholdes dette med Svarstad Hansens avbruddsgrunn i Rt. 2014 s. 100 er det likhetstrekk. Svarstad Hansens helseproblemer gjorde at han ikke hadde kapasitet til å skjøtte sine plikter som styremedlem eller gå videre med noen utviklingsprosjekter.¹⁴² I tillegg hadde han lyttet til forslag fra blant annet advokat Jegersberg som var ment å lette hans deltakelse.¹⁴³ At en kjøper på grunn av helseproblemer ikke har kapasitet til å gå inn i et prosjekt må anses å være et saklig hensyn, i alle fall når prosjektet forutsatte personlig deltakelse og kapasitet.

I passasjen i Simonsens *Prekontraktuelt ansvar* Høyesterett viser til i Rt. 1998 s. 761 fremheves følgende:

Det ligger (...) implisitt i aktsomhetsnormen at aktørene et stykke på vei må kunne utøve *et diskresjonærskjønn hvor det er plass for feilbedømmelser*. Har den utbrytende part først lagt saklige hensyn til grunn for sitt standpunkt, vil et erstatningskrav normalt ikke kunne føre frem selv om det er foretatt en lite skjønnsom avveiningen av de ulike hensyn. På den annen side nyter ikke aktørene noen erstatningsrettslig immunitet på dette området. *Klart urimelige vurderinger må det kunne reageres på, især når avgjørelsen om å bryte ut har islett av misbruk.*¹⁴⁴

Simonsen hevder altså at en avgjørelse om å bryte ut av en kontraktsforhandling kan føre til ansvar dersom avgjørelsen bygger på klart urimelige vurderinger. Hva som gjør en vurdering urimelig virker, slik Høyesterett formulerte seg i Rt. 1998 s. 761, å være at hensynene bak vurderingen ikke er avtalen vedkommende. I bankens vurdering om ikke å kontrahere med investoren i Rt. 1998 s. 761, hadde banken vektlagt hensyn som “samsvarte godt med en vanlig bankmessig vurdering”. På samme måte må det antas at Svarstad Hansens beslutning om ikke å kjøpe Strømstad Marina bygget på saklige grunner, da han antok at hans helseproblemer ikke ville tillate han å drifte og videreutvikle marinaen slik han hadde planlagt. Som sitatet fra Simonsen ovenfor viser, er det ikke avgjørende at Svarstad Hansen vurderte sin helsesituasjon riktig. Simonsen fremhever at det må være rom for feilvurderinger, og Svarstad Hansens avbrudd ville dermed neppe vært noe mindre saklig selv om det eksempelvis skulle vise seg at hans helse bedret seg kort tid etter at han trakk seg fra avtalen.

Når det kommer til hvilke vurderinger som ikke regnes som saklige avbruddsgrunner, trekker Simonsen frem eksempelvis avbrudd motivert av motpartens “trosvik, rase, hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse”. Å nekte kontrahering basert på slike hensyn er straffbart etter strl. § 349 a, og som Simonsen påpeker må bestemmelsen antas å “være bærer

¹⁴² LB-2013-62186.

¹⁴³ LB-2013-62186.

¹⁴⁴ Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997 s. 234 (mine kursiveringer).

av et rettspolitisk grunnsyn” som også kan medføre privatrettslige konsekvenser.¹⁴⁵ Avbruddsgrunner som dette må antakelig føre til ansvar uavhengig av om en avtaleforhandling er underlagt signeringsforbehold eller ikke.

Utenom tilfellene hvor avbrudd begrunnes i klart urimelige vurderinger, er “den klare hovedregelen at man ikke pådrar seg erstatningsansvar ved å avslå å inngå avtale”.¹⁴⁶ Det er altså kun i helt spesielle tilfeller at prekontraktuell ansvar i det hele tatt vil kunne komme på tale. Med dette kan det vendes tilbake til Hagstrøm og Krügers syn på prekontraktuell ansvar som en mulig sikkerhetsventil dersom en forhandling underlagt signeringsforbehold ikke fører til avtale.

Både Hagstrøm og Krüger virker i og for seg å være enige i at prekontraktuell ansvar ikke vil være en sikkerhetsventil utenom i unntakstilfellene. Hagstrøm fremhevet at misbruk kan sanksjoneres med erstatningsansvar.¹⁴⁷ Krüger fremhever at “negativ kontraktsinteresse ved tilregnelig forhandlingshavari enda ikke [er] utviklet som en realitet i norsk domspraksis”.¹⁴⁸ Forskjellen i Hagstrøm og Krüger sine standpunkt er at Hagstrøm mener at tap pådratt i mislykkede kontraheringsforsøk er “en del av den forretningsmessige risiko”. Krüger mener at det bør ses “med skepsis på et tapsbringende forhandlingshavari som ikke søkes underbygget med saklige grunner”.¹⁴⁹

Det er uklart hva Krüger legger i “saklige grunner”. Som nevnt viser rettspraksis og juridisk litteratur at et forhandlingsavbrudd til en viss grad må underbygges av saklige grunner, selv om det antakelig må være rom for feilvurderinger. Helt usaklige grunner som eksempelvis baserer seg på kjønn, legning og etnisitet er på den annen side åpenbart usaklige. Krüger taler om “kuvendinger av bekvemmelighetsgrunner [som] skjer på spekulativt grunnlag i strid med det som med rimelighet kan betegnes som ’god forretningsskikk’”.¹⁵⁰ Dersom Krüger taler om handlinger som har karakter av å være illojalt avbrudd tilsier tidligere rettspraksis og juridisk litteratur at slikt kan sanksjoneres mot med erstatningsansvar.

¹⁴⁵ Almindelig borgerlig Straffelov 22 mai 1902 nr. 10 (strl.) og Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 s. 228.

¹⁴⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 36.

¹⁴⁷ Viggo Hagstrøm, “Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold”, *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606 (s. 606).

¹⁴⁸ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 271).

¹⁴⁹ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270).

¹⁵⁰ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270).

Krüger virker imidlertid ikke å være enig i at det i slike tilfeller kan idømmes erstatningsansvar, i det han sier at “negativ kontraktsinteresse ved tilregnelig forhandlingshavari enda ikke [er] utviklet som en realitet i norsk domspraksis”.¹⁵¹ Krüger henviser videre til blant annet Rt. 1992 s. 1110 som et eksempel på rettspraksis hvor det er “tilløp” til prekontraktuelt erstatningsansvar. Rt. 1998 s. 761 kommenteres ikke av Krüger selv om dommen forholdsvis klart legger til grunn at det kan idømmes erstatning ved illojal opptreden eller urimelig/usaklig avbrudd.

Hvorvidt det er noen reell uenighet mellom Krüger og Hagstrøm er dermed vanskelig å si. Begge virker å være enige i at det burde sanksjoneres mot illojalt avbrudd av kontraktsforhandlinger. Krüger virker å være skeptisk til at det er rettslig grunnlag for å idømme slik erstatning. Rt. 1998 s. 761 stiller imidlertid Høyesterett opp en norm for idømmelse av prekontraktuelt ansvar. Det legges til grunn at det må kreves “klanderverdig opptreden”, og virker også å tilslutte seg Simonsens synspunkter om urimelig eller usaklig avbruddsgrunn.¹⁵² I Rt. 2014 s. 100 anerkjennes også ansvarsformens eksistens, i det Høyesterett sier at det ikke kan utelukkes at partene “kan pådra seg erstatningsansvar ved ikke å fullføre forhandlingene til en bindende avtale”. Høyesteretts uttalelse Rt. 2014 s. 100 om at prekontraktuelt ansvar kun var en “høyst teoretisk mulighet” kan neppe gis generell betydning. Som nevnt ovenfor virker denne uttalelsen å bygge på at partene for det første ikke skulle påføres noen særlige omkostninger under forhandlingene, og for det andre at Svarstad Hansen ikke opptrådte illojalt.

Alt i alt virker ikke Rt. 2014 s. 100 å ha noen særlig innvirkning på gjeldende rett ved prekontraktuelt ansvar. Et signeringsforbehold gjør lojalitetsplikter som oppstår under forhandlingene, som i Rt. 1992 s. 1110, litt mindre praktiske i den forstand at signeringsforbehold gir partene en mulighet til å lojalt ferdigforhandle en avtale, men fortsatt trekke seg fra forhandlingene. Å trekke seg fra en forhandling medfører i utgangspunktet ikke ansvar, noe som stadfestes i Rt. 2014 s. 100.¹⁵³ I tilfeller hvor avbruddet er i strid med lojalitet eller har karakter av å være misbruk vil prekontraktuelt erstatningsansvar være aktuelt som “mellomløsning”. I de tilfeller hvor prekontraktuelt erstatningsansvar ikke kan aktualiseres, må avbruddet antas å være mer eller mindre saklig begrunnet. De utgifter partene har påløpt i

¹⁵¹ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 271).

¹⁵² Rt. 1998 s. 761 side 772.

¹⁵³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 36.

slike tilfeller må bæres av partene. Dette kan for enkelte være hardt å svelge, men som Hagstrøm påpeker er dette en del av forretningslivets risiko.¹⁵⁴

5 Bortfall av signeringsforbehold

5.1 Innledning

I dette kapitlet drøftes hvordan et i utgangspunktet gyldig signeringsforbehold kan falle bort, slik at signeringsforbeholdet ikke lenger kan gjøres gjeldende mellom partene. I pkt. 5.2 redegjøres for de rettslige utgangspunktene for bortfall av signeringsforbehold, slik de er formulert i Rt. 2014 s. 100. I pkt. 5.3 analyseres hvilke handlinger som kan føre til at et signeringsforbehold faller bort.

5.2 Den rettslig bakgrunnen for bortfall

I dette punktet redegjøres det for den rettslige bakgrunnen for bortfall av signeringsforbehold, slik Høyesterett stilte opp utgangspunktene i Rt. 2014 s. 100. Utgangspunktene for bortfallsvurderingen belyses også med en gjennomgang av de bortfallsgrunnene Høyesterett vurderte i saken.

Etter at Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 konkluderte med at det aktuelle forbeholdet i saken måtte forstås som et signeringsforbehold, gikk Høyesterett inn i en vurdering av om forbeholdet var falt bort:

Svarstad Hansen kunne dermed, forutsatt at det ikke under forhandlingsprosessen har skjedd noe som medfører at forbeholdet er bortfalt, avslå å inngå avtalen uten noen nærmere begrunnelse. Spørsmålet blir dermed om det har inntruffet omstendigheter som gjør at forbeholdet ikke kan gjøres gjeldende.¹⁵⁵

Videre tilføyde Høyesterett:

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. De påberopte bortfallsgrunnene må vurderes mot denne rettslige bakgrunnen.¹⁵⁶

I det videre skal de rettslige rammene for bortfall av signeringsforbehold kartlegges. En slik kartlegging må gjøres med utgangspunkt i de ovenfor siterte uttalelsene fra Høyesterett.

¹⁵⁴ Viggo Hagstrøm, "Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold", *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606 (s. 606).

¹⁵⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 38.

¹⁵⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39 (min kursivering).

Høyesterett startet med å presisere at når et signeringsforbehold først er bindende mellom partene kan en part avslå å inngå avtale uten nærmere begrunnelse. Dette kan imidlertid bare gjelde dersom “det ikke under forhandlingsprosessen har skjedd noe som medfører at forbeholdet er bortfalt”. Måten Høyesterett formulerte seg på gir i alle fall anvisning på at det legges til grunn at et signeringsforbehold *kan* falle bort. Når det kommer til hva som skal til, sa Høyesterett at det må “kreves klare holdepunkter” for at et signeringsforbehold har falt bort.

Høyesterett begrunner kravet om “klare holdepunkter” for bortfall i forutberegnelighetshensyn. I Høyesteretts argumentasjon ligger en beskyttelse av forventninger. Dersom et signeringsforbehold først er tatt tilstrekkelig klart, er i utgangspunktet begge avtaleparters forventning at binding ikke skal inntre før et endelig avtaleutkast er signert. De “klare holdepunkter” som kreves for at et signeringsforbehold skal falle bort, må som konsekvens være egnet til å skape forventninger hos en avtalepart om at signeringsforbeholdet ikke lenger gjelder.

Høyesterett la til at “[d]e påberopte bortfallsgrunnene må vurderes mot denne rettslige bakgrunnen”. Høyesterett kom i Rt. 2014 s. 100 til at signeringsforbeholdet ikke var bortfalt. En analyse av Høyesteretts vurdering av de påberopte bortfallsgrunnene vil i så fall bidra til å klargjøre hva Høyesterett legger i “klare holdepunkter” gjennom en negativ avgrensning. De påberopte bortfallsgrunnene vil si noe om hva som *ikke* er å regne som “klare holdepunkter” for at et signeringsforbehold er bortfalt.

I avsnitt 40 avfeide Høyesterett at forbeholdet hadde falt bort som følge av at det ikke ble gjentatt i avtaleutkastet. Høyesterett påpekte at “[e]t slikt krav ville være en ren felle for den som har tatt forbeholdet”. Denne uttalelsen kan tas til inntekt for to ting: For det første kan det ikke stilles noe “formkrav til formkravet”. Når en part ikke behøver å gjenta et signeringsforbehold i et skriftlig avtaleutkast, tilsier dette at så lenge signeringsforbeholdet er tilstrekkelig klart er det uten betydning i hvilken form signeringsforbeholdet tas. Dette er en naturlig konsekvens av at det i utgangspunktet er formfrihet ved avtaleinngåelse, slik det påpekes i Rt. 2014 s. 100 avsnitt 29. For det andre kan uttalelsen tas til inntekt for at det ikke er nødvendig å minne motparten på at det er tatt signeringsforbehold i løpet av forhandlingsprosessen. Et slikt krav fremstår unaturlig og forhandlingshemmende. Gjentatte påminnelser om at partene har adgang til å trekke seg fra forhandlingene uten begrunnelse vil

kunne bidra til å forsure forhandlingsklimaet.¹⁵⁷ Dersom en part lar være å minne motparten om signeringsforbeholdets eksistens, er dette ikke et klart holdepunkt for at signeringsforbeholdet ikke lenger gjelder.

Videre vurderte Høyesterett hvorvidt signeringsforbeholdet var bortfalt fordi a) det ble oppnådd enighet om nærmest alle avtalens detaljer, og b) fordi Svarstad Hansen kvalitetssikret avtaleutkastet og foretok due diligence av selskapet.¹⁵⁸ Begge disse bortfallsgrunnene ble avfeid som følge av at det ville stride med signeringsforbeholdets formål dersom handlingene hadde ført til bortfall. Høyesterett påpekte at signeringsforbeholdets formål “er å gi partene mulighet for en etterfølgende vurdering av forhandlingsresultatet og å skape klarhet med hensyn til når det foreligger en bindende avtale”.¹⁵⁹ Høyesteretts fremheving av at signeringsforbehold er ment å gi mulighet for etterfølgende vurdering av forhandlingsresultatet er interessant. I forbindelse med kvalitetssikringen av avtaleutkast samt gjennomført due diligence fremhevet Høyesterett følgende:

Begge deler inngikk som en naturlig del av grunnlaget for Svarstad Hansens vurdering av om han skulle inngå avtalen. Med samme begrunnelse som foran [signeringsforbeholdets formål] kan heller ikke denne innsigelsen føre fram.¹⁶⁰

Selv om Høyesteretts argumentasjon spesifikt knyttet seg til kvalitetssikring av avtaleutkast og due diligence, kan argumentasjonen tas til inntekt for en mer generell rettssetning. Handlinger som gjennomføres for å utvide vurderingsgrunnlaget for hvorvidt en part ønsker å inngå avtale, kan åpenbart ikke føre til at forbeholdet faller bort. Slike handlinger vil være naturlige i en forhandling, og det er vanskelig å se for seg hvordan slike handlinger skulle være egnet til å gi en avtalepart berettigede forventninger om at signeringsforbeholdet ikke lenger gjelder.

At handlinger som er naturlige i en forhandling ikke kan føre til bortfall av signeringsforbehold, støttes videre av Høyesteretts behandling av den fjerde bortfallsgrunnen som var påberopt. Thomas Johnsson Förvaltning AB anførte at de hadde innrettet seg på at avtale ville bli inngått. De hadde imidlertid ikke foretatt noe annet enn å arrangere en

¹⁵⁷ Anders Chr. S. Ryssdal, ”Den som tier samtykker?”, *Tidsskrift for forretningsjus*, 1998 s. 127-135 (s. 135).

¹⁵⁸ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 41 og 42.

¹⁵⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 41.

¹⁶⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 42.

besiktigelse av marinaen, samt kvalitetssikret avtaleutkastet og tilrettelagt for due diligence. Høyesterett uttalte:

Det er altså ikke gjort gjeldende noen innrettelseshandlinger ut over det som er en naturlig del av en forhandlingsprosess. I en slik situasjon er forbeholdet klart ikke bortfalt, og det er ikke nødvendig å gå inn på hva resultatet ville ha blitt om Jonsson hadde foretatt investeringer i marinaen i tillit til at Svarstad Hansen ville undertegne avtaleutkastet.¹⁶¹

Høyesterett valgte altså å ikke gå nærmere inn på hvorvidt innrettelseshandlinger kan føre til bortfall av signeringsforbehold. Det som uansett er klart, er at handlinger som er naturlig i en forhandlingsprosess ikke kan tas til inntekt for at et signeringsforbehold er falt bort. Dette gjelder uavhengig av om det er avtaleparten som trekker seg fra avtalen som utfører handlingene, eller om det er motparten. Hvorvidt innrettelseshandlinger kan føre til bortfall av signeringsforbehold vil jeg komme tilbake til nedenfor.

Den siste bortfallsgrunnen Høyesterett tok stilling til er bortfall som følge av passivitet. Nok en gang valgte Høyesterett å ikke utpense nærmere hvorvidt passivitet kan føre til bortfall av signeringsforbehold. Høyesterett nøyde seg med å påpeke at Jonsson “må ha blitt kjent med Svarstad Hansens vegring mot å inngå avtalen” på møtet mellom partene i månedsskiftet mars/april 2011. Etter dette møtet ventet Svarstad Hansen i to måneder, noe som “klart ikke [kan] medføre at [forbeholdet] er bortfalt”.¹⁶² Høyesterett starter “passivitetsfristen” fra det tidspunktet Jonsson fikk kunnskap om Svarstad Hansens avtalevegring. Dette gir uttrykk for at det overhodet ikke kan være snakk om noen passivitetsbortfall før en avtalepart blir kjent med at avtalemotparten ikke ønsker å inngå avtale. Dette kan tas til inntekt for at det er unødvendig å minne motparten om signeringsforbeholdets eksistens i løpet av en forhandlingsprosess. Om signeringsforbeholdet skal utfylle sin rolle, må det tillates å ligge urørt så lenge forhandlingene pågår. Hvorvidt passivitet for øvrig kan føre til bortfall av signeringsforbehold kommer jeg tilbake til i neste punkt.

For å sammenfatte må det altså kreves klare holdepunkter for at et signeringsforbehold er falt bort. Handlinger som er en naturlig del av forhandlingsprosessen kan ikke føre til bortfall, uavhengig hvem av avtalepartene som foretar seg handlingene. Det må også tillates at et signeringsforbeholds eksistens ikke er et tema mellom partene så lenge forhandlingene pågår.

¹⁶¹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43.

¹⁶² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 44.

5.3 Hvilke handlinger kan føre til bortfall?

5.3.1 Handlinger i tillit til at avtale vil inngås. Introduksjon til CISG art. 29 (2)

I forrige punkt var fokuset rettet mot grunnkravet om at det må kreves “klare holdepunkter” for at et signeringsforbehold skal falle bort. I dette punktet vil fokuset være rettet mot hvilke holdepunkter som kan føre til at et signeringsforbehold faller bort. Drøftelsen tar utgangspunkt i Rt. 2014 s. 100. Spørsmålet belyses ytterligere gjennom en lagmannsrettsdom som berører bortfallsproblematikk. Lagmannsrettens avgjørelse sammenholdes med CISG art. 29 (2), som omhandler såkalte “written modification”-klausuler.

Til tross for at Høyesterett i Rt. 2014 s. 100 kom til at signeringsforbeholdet i den aktuelle saken ikke var bortfalt, la Høyesterett til grunn at et slikt bortfall kan forekomme. Dette fremgår av følgende uttalelsene:

Svarstad Hansen kunne dermed, *forutsatt at det ikke under forhandlingsprosessen har skjedd noe som medfører at forbeholdet er bortfalt*, avslå å inngå avtalen uten noen nærmere begrunnelse.¹⁶³

Som følge av hvordan saken for Høyesterett lå an, var det ingen bortfallsgrunner som ble utførlig drøftet av førstvoterende. Den mest generelle uttalelsen om bortfall Høyesterett kom med, er at det må foreligge klare holdepunkter for bortfall. Dette må ligge i bakgrunnen for de videre bortfallsvurderingene.¹⁶⁴ Høyesterett gikk ikke inn på hvorvidt signeringsforbeholdet kunne falt bort dersom Jonsson hadde foretatt investeringer i marinaen.¹⁶⁵ På samme vis valgte Høyesterett å ikke gå inn på hvorvidt passivitet kunne føre til bortfall, da førstvoterende fant det klart at to måneder uansett ikke var tilstrekkelig til at signeringsforbeholdet kunne ha falt bort.¹⁶⁶

Av alle bortfallsgrunnene som var påberopt i saken er det altså kun investeringer i tillit til at avtale vil bli inngått, samt passivitet som Høyesterett lot “henge i luften” med hensyn til hvorvidt de kan føre til bortfall av signeringsforbehold. Det vil dermed være naturlig å ta utgangspunkt i disse potensielle bortfallsgrunnene i den videre analysen av hvilke omstendigheter som kan føre til bortfall.

¹⁶³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 38 (min kursivering).

¹⁶⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

¹⁶⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43.

¹⁶⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 44.

Når Høyesterett valgte å ikke gå nærmere inn på verken om og eventuelt hvordan investeringer i avtaleobjektet eller passivitet kan føre til bortfall, kan den nærmere kartleggingen av bortfallsregelen ta utgangspunkt i andre rettskilder enn Rt. 2014 s. 100.

Hva som skal til for at et signeringsforbehold faller bort, har ikke Høyesterett tatt stilling til. Det foreligger imidlertid en lagmannsrettsdom hvor problemstillingen ble berørt.¹⁶⁷ Spørsmålet i dommen dreide seg om hvorvidt det var inngått endringsavtale i et allerede eksisterende avtaleforhold mellom en norsk byggherre (CKG) og en estlandsk entreprenør (KM). Primæraftalen, som dreide seg om montering av moduler til tre bygninger, inneholdt en såkalt “written modification”-klausul. En “written modification”-klausul er et avtalt formkrav som sier at alle endrings- eller tilleggsavtaler som tilføyes en primæraftale må gjøres skriftlig og underskrives.¹⁶⁸ En slik klausulstype er altså et bindingsvilkår viss virkeområde kun er endrings- og tilleggsavtaler. Den omtvistede endringsavtalen i dommen, kalt “Amendment no 1” regulerte blant annet ny sluttfrist for byggeprosjektet samt en ny fremdriftsplan. Endringsavtalen var imidlertid kun underskrevet av entreprenøren, og ikke av byggherren.

Etter at endringsavtalen var utformet hadde begge avtalepartene forholdt seg til de endringer avtalen innebar. Entreprenøren hadde fakturert i henhold til den nye betalingsplanen. Byggherren hadde betalt i henhold til entreprenørens nye fakturering samt innkalt kjøperne av leilighetene til befaring i henhold til den nye fremdriftsplanen. I tillegg hadde partene formriktig inngått en ny endringsavtale kalt “Amendment no 2”. Denne endringsavtalen bygget innholdsmessig på “Amendment no 1”, og forutsatte dermed at den første endringsavtalen var gyldig inngått.

I forbindelse med forsinkelse av prosjektet fremsatte byggherren krav om dagbøter mot entreprenøren. Entreprenøren hevdet at de hadde krav på å utsette sin egen ytelse grunnet forhold på byggherrens side, og at dagbøter dermed ikke var aktuelt. For lagmannsretten var partene enige om at dersom “Amendment no 1” var bindende mellom partene, kunne ikke entreprenøren påberope forhold på byggherrens side som grunnlag for å utsette sin egen ytelse. “Amendment no 1” var dermed av avgjørende betydning for hvorvidt byggherrens dagbøtekrav kunne føre frem.

¹⁶⁷ LB-2012-165200.

¹⁶⁸ Andrea Björklund, “Article 29” i *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary*, München og Oxford 2011 s. 382-390 (s. 387).

Lagmannsretten kom til at “Amendment no 1” ikke var bindende inngått. Lagmannsretten begrunnet sitt resultat med at en godtakelse av at endringsavtalen var inngått ville innebære en tilsidesettelse av “kontraktens eksplisitte formkrav”. Det var ingen holdepunkter for at partene var enige om at formkravet ikke lenger skulle gjelde. I forbindelse med dette uttalte lagmannsretten følgende:

Et krav om skriftlighet og signatur fra begge parter vil ha som hovedformål å sikre forutberegnelighet i avtaleforholdet, og hindre usikkerhet og eventuelt senere tvist om hva partene er blitt enige om. Dette formål vil i betydelig grad bli svekket dersom avtalens innhold eller eksistens, i et tilfelle hvor formkravene ikke er fulgt, likevel skulle kunne fastlegges ut fra en konkret og sammensatt bedømmelse av partenes opptreden.

Videre påpekes det:

Dette tilsier at det i kontraktsforhold hvor det er avtalt særskilte prosedyrer for inngåelse eller endring av avtalen, i utgangspunktet ikke legges vekt på andre disposisjoner eller handlinger fra partene enn beskrevet i de aktuelle prosedyrer. Ikke minst bør dette etter lagmannsrettens syn gjelde i kontraktsforhold mellom profesjonelle aktører, og kanskje særlig – som her – i internasjonale forretningsforhold.

Lagmannsretten tok overhodet ikke stilling til hvorvidt partenes etterfølgende opptreden kunne føre til at formkravet falt bort. Det legges i stedet til grunn at dersom det er avtalt et formkrav mellom to parter, vil avtale aldri kunne inntre etter andre omstendigheter enn hva formkravet foreskriver.

Lagmannsrettens standpunkt må kontrasteres mot Høyesteretts dom i Rt. 2014 s. 100. Høyesterett la til grunn at det må kreves klare holdepunkter for at et signeringsforbehold har bortfalt, slik at signeringsforbeholdets formål ikke forspilles. I likhet med lagmannsretten fremhever altså Høyesterett betydningen av et formkravs formål ved vurderingen av om det er bortfalt. Allikevel er det mye som tyder på at lagmannsretten går for langt i sin beskyttelse av formkravet. Når Høyesterett etterspør “klare holdepunkter” for at et formkrav er bortfalt, er det uforenelig med Høyesteretts dom å legge til grunn at et formkrav overhodet ikke kan falle bort med mindre partene eksplisitt avtaler at formkravet ikke lenger skal gjelde. “Klare holdepunkter” kan riktig nok tolkes som et strengt krav, men formuleringen gir allikevel uttrykk for at ett sted må grensen gå.

Utover de tilfellene hvor partene eksplisitt avtaler at et formkrav ikke lenger skal gjelde, kan det vanskelig tenkes klarere holdepunkter for at formkravet ikke gjelder enn at partene faktisk oppfyller en avtale slik avtalen var tiltenkt. Å oppfylle avtalen var nettopp det entreprenøren og byggherren i lagmannsrettens dom gjorde. De forholdt seg til nye frister både for betaling

og for ferdigstillelse, samtidig som de formriktig inngikk ytterligere endringsavtaler som forutsatte at den første endringsavtalen var gyldig. Lagmannsretten tok ikke hensyn til de forventninger disse oppfyllelshandlingene måtte ha skapt hos byggherren hva bindingsspørsmålet gjelder. Det er åpenbart at partene mente at endringsavtalen var bindende selv om formkravet ikke var oppfylt. Dette underbygges av at entreprenøren faktisk undertegnet avtalen. Entreprenøren påberopte seg byggherrens manglende underskrift som grunnlag for at endringsavtalen ikke var bindende. Byggherrens manglende underskrift må presumptivt følge av en ren glipp.

Som støtte for at lagmannsretten her gikk for langt i å beskytte signeringsforbeholdets formål, kan det også vises til CISG artikkel 29 (2). I artikkelen fremgår følgende:

A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.

Som det følger av artikkelens første punktum, dreier artikkelen seg om såkalte “written modification”-klausuler, slik som den som forelå i lagmannsrettens dom. Av artikkelens annet punktum fremgår at en part mister sin rett til å påberope seg en “written modification”-klausul dersom hans opptreden (“conduct”) tilsier at klausulen ikke skal gjelde, og motparten har satt sin lit til denne opptreden (“relied on that conduct”).

Når det kommer til hvordan CISG artikkel 29 (2) skal forstås, sier Schroeter at bare det å foreslå en endringsavtale er en opptreden som kan avskjære adgangen til å påberope et formkrav. Dersom parten i tillegg påbegynner oppfyllelse av avtalen, er kravet til “conduct” utvilsomt oppfylt.¹⁶⁹ Settes faktum i lagmannsrettens dom inn i denne konteksten, ser vi at entreprenørens handlinger omfattes av “conduct”-kravet i CISG. For det første var det entreprenøren som foreslo at endringsavtalen skulle inngås, og for det andre fakturerte entreprenøren for arbeid i henhold til den nye fremdriftsplanen.

Når det kommer til kravet om “reliance” i CISG artikkel 29 (2), sier Schroeter at en part må ha vist tillitt til motpartens “conduct” gjennom aktive handlinger. Som eksempel på “reliance” nevnes blant annet at en part endrer sin finansielle planlegging og utsetter sine forpliktelser i

¹⁶⁹ Ulrich G Schroeter, “Article 29” i *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, third edition, Oxford 2010 s. 471-489 (s. 485).

henhold til en endringsavtale.¹⁷⁰ I saken for lagmannsretten hadde byggherren både betalt entreprenøren i henhold til endringsavtalens betalingsplan, samtidig som kjøperne av leilighetene ble innkalt til overtakelse i henhold til ny sluttfrist.

Slik CISG artikkel 29 (2) legger opp til at bortfallsproblematikk ved “written modification”-klausuler skal løses, virker det lite tvilsomt at entreprenøren måtte ha mistet sin rett til å påberope seg formkravet ovenfor byggherren slik saksforholdet lå an i LB-2012-165200. Når CISG legger opp til en annen løsning enn lagmannsretten landet på, svekkes lagmannsrettens argumentasjon hvor det fremheves at formkrav må være særlig beskyttet i internasjonale forretningsforhold. CISG er nettopp ment å regulere internasjonal handel, og løsningen CISG legger opp til er for øvrig lagt til grunn i både PECL¹⁷¹ artikkel 2.106 og DCFR¹⁷² Book II – 4:105.

Det er påfallende at lagmannsretten overhodet ikke tar stilling til CISG artikkel 29 (2) ved avgjørelsen av saken. CISG nevnes ikke i lagmannsrettens votum, og ingen av partene påberopte seg bestemmelsen. CISG artikkel 29 (2) er inkorporert i norsk rett gjennom avtl. § 9 a samt kjl. §§ 5 og 87. CISG gjelder for norsk retts del riktig nok bare ved internasjonale løsørekjøp, men det er i utgangspunktet ingen grunn til at regelen skulle være mindre egnet i andre avtaleforhold. Dersom saken i LB-2012-165200 hadde dreiet seg om løsørekjøp mellom en norsk og en estlandsk avtalepart, ville CISGs løsning følge av kjl. § 87 jf. § 5.¹⁷³ Det gir liten mening å la en annen, strengere løsning følge ved andre typer kontrakter når løsningen CISG legger opp til ikke inneholder vilkår som gjør den særlig egnet ved løsørekjøp. CISGs løsning legges også til grunn i EU sine prinsipper for kontraktsrett (PECL og DCFR). Dette taler for at løsningen er alminnelig akseptert i øvrige europeiske land. Det er liten grunn til at Norge skulle ønske å motsette seg en tilsvarende utvikling.

Alt i alt fremstår CISG artikkel 29 (2) sin løsning av bortfallsproblematikken som fornuftig ved såkalte “written modification”-klausuler. CISG artikkel 29 (2) omfatter imidlertid ikke

¹⁷⁰ Ulrich G Schroeter, “Article 29” i *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, third edition, Oxford 2010 s. 471-489 (s. 486).

¹⁷¹ Principles of European Contract Law, utformet av Lando-kommisjonen i den hensikt å samordne kontraktslovgivningen i EU. Prinsippene omfatter ikke bare internasjonale kjøp, men er også ment å gjelde i nasjonal rett mellom forbrukere så vel som næringsdrivende, se Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 46-47.

¹⁷² Draft Common Frame of Reference, utarbeidet som en videreføring av PECL som et ledd i et fremtidig ønske fra EU om å utarbeide en felles europeisk sivillovbok, se Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 47.

¹⁷³ Av kjl. § 5 følger det at CISG gjelder i avtaleforhold som omfattes av CISGs anvendelsesområde. Av CISG artikkel 1 følger at CISG får anvendelse i kjøpsforhold mellom avtaleparter fra forskjellige land, dersom landene partene er fra har tiltrådt CISG. Estland har tiltrådt CISG.

vanlige signeringsforbehold, uansett om de er ensidige eller avtalte. Det kan allikevel tenkes at CISG artikkel 29 (2) egner seg til analogisering ved bortfall av signeringsforbehold. Som allerede nevnt virker ikke artikkelens vilkår å være spesielt tilpasset verken løsørekjøp eller “written modification”-klausuler som sådan. Løsningen bestemmelsen legger opp til bygger på en avveining av hvilke forventninger en viss type handling fra en avtalepart skaper hos sin motpart. Dersom motpartens forventninger manifesterer seg i en faktisk handling i tillit til forventningen, kan formkravet etter omstendighetene falle bort.

5.3.2 CISG art. 29 (2) og vanlige signeringsforbehold

I forrige punkt ble CISG art. 29 (2) illustrert ved hjelp av lagmannsrettens dom i LB-2012-165200. I dette punktet undersøkes i hvilken grad løsningen CISG art. 29 (2) legger opp til kan være anvendelig ved vanlige signeringsforbehold. Spørsmålet søkes besvart ved at artikkelen sammenholdes med Rt. 2014 s. 100. I dette punktet vil fokuset hovedsakelig være rettet mot “reliance”-vilkåret i CISG art. 29 (2). I tillegg vil det undersøkes om “conduct”-kravet i CISG art. 29 (2) er forenelig med Høyesteretts dom i Rt. 2014 s. 100.

Spørsmålet videre blir hvorvidt CISG kan bidra til å klargjøre bortfall av signeringsforbehold tatt i en forhandlingsfase som leter mot en avtale. Som allerede nevnt omhandler CISG art. 29 (2) etter sin ordlyd kun “written modification”-klausuler. Dette betyr at bestemmelsen kun rammer allerede eksisterende avtaler ([a] contract in writing). I forlengelsen betyr også dette at en “written modification”-klausul er et *avtalt* formkrav, i motsetning til signeringsforbehold som kan fremsettes ensidig. Det må også tas hensyn til at CISG kun gjelder internasjonalt løsørekjøp jf. CISG art. 1. Dersom CISG art. 29 (2) skal ha allmenn betydning for bortfall av “vanlige” signeringsforbehold, må det i så fall være på bakgrunn av analogislutninger.

Bortfall av “vanlige” signeringsforbehold må vurderes opp mot at det må “klare holdepunkter” til for at et signeringsforbehold skal kunne falle bort.¹⁷⁴ Dette er som nevnt det lengste steget Høyesterett tar i Rt. 2014 s. 100 i retning av å si noe generelt om hva som skal til for at signeringsforbehold skal falle bort. CISG art. 29 (2) dreier seg hovedsakelig om bortfall som følge av påbegynte oppfyllelshandlinger. Spørsmålet om bortfall grunnet påbegynte oppfyllelshandlinger berøres ikke direkte av Høyesterett i Rt. 2014 s. 100, men som nevnt var Høyesterett inne på bortfall som følge av innrettelseshandlinger.

¹⁷⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

Høyesterett avfeide at signeringsforbeholdet var bortfalt som følge av innrettelseshandlinger i Rt. 2014 s. 100, på den bakgrunn at det ikke var foretatt noen innrettelseshandlinger utover det som er naturlig i en forhandlingsprosess.¹⁷⁵ Høyesterett føyet til at “[n]oen investeringer i marinaen med sikte på et salg av aksjemajoriteten til Svarstad Hansen er ikke opplyst”, og at “det [ikke er] nødvendig å gå inn på hva resultatet ville ha blitt om Jonsson hadde foretatt investeringer i marinaen i tillit til at Svarstad Hansen ville undertegne avtaleutkastet”.

Forskjellen på en innrettelseshandling og en oppfyllelshandling er neppe stor. Rent språklig kan det hevdes at en innrettelseshandling er handlinger som gjøres i den tro at avtale *kommer til å bli inngått*, mens oppfyllelshandlinger er noe som gjøres i den tro at en avtale *har blitt inngått*. Grensen mellom disse vil imidlertid være flytende, da det avhengig av avtaletypen og forhandlingssituasjonen kan være vanskelig å stadfeste om en part handler i den tro at en avtale *er* inngått, eller i den tro at avtale *vil* inngås. Felles for både innrettelses- og oppfyllelshandlinger er at det er tale om at en part foretar handlinger ment for oppfyllelse av en avtale. Dersom slike handlinger skal føre til bortfall, legger CISG art. 29 (2) opp til at handlingene må bygge på en “conduct” fra motparten som skaper forventninger om at avtalen er bindende.

Som nevnt må en innrettelseshandling, dersom den skal kunne føre til bortfall, i alle fall gå utover hva som er vanlig i en forhandlingsprosess.¹⁷⁶ Høyesterett fremhevet at det ikke var opplyst om “*investeringer* i marinaen med *sikte på et salg* av aksjemajoriteten til Svarstad Hansen”. Bruken av ordet “investeringer” er neppe tilfeldig. Begrepet står som kontrast til handlinger som er en naturlig del av en forhandling. Å foreta investeringer i marinaen med sikte på salg vil gå utenfor hva som må anses som vanlig i en forhandlingsprosess. Investeringer med sikte på salg illustrerer at skillet mellom en innrettelseshandling og en oppfyllelshandling kan være flytende, og at det er liten grunn til å ilegge skilnaden rettslig betydning. I forhandlinger hvor det er tatt signeringsforbehold og avtalen ikke er underskrevet vil formkravet for binding uansett ikke være oppfylt. Vurderingen vil dermed måtte være om det foreligger “klare holdepunkter” for at signeringsforbeholdet har falt bort mellom partene, uavhengig av om det er tale om en innrettelses- eller oppfyllelshandling.

Bruken av ordet “investeringer” i kontrast til handlinger som er vanlige i en forhandlingsprosess, sier noe om hvilke handlinger som må foretas av den part som innretter

¹⁷⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43.

¹⁷⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43.

seg på at avtale vil bli inngått. Det første poenget som kan fremheves er at det antakelig må dreie seg om en aktiv handling. En rent passiv “tro” på at avtale vil inngås er ikke en “innrettelseshandling”, og er neppe forenelig med at det må kreves “klare holdepunkter” for at et forbehold har falt bort. En part kan være så overbevist om at enighet vil oppnås som han bare vil, men så lenge avtaledokumentet ikke er underskrevet kan ikke en slik overbevisning være tilstrekkelig til at avtalen blir bindende. Om en slik overbevisning skulle være tilstrekkelig vil terskelen for bortfall være meget lav, og signeringsforbeholdets formål vil forspilles.¹⁷⁷

Et annet poeng er at en innrettelses- eller oppfyllelshandling nødvendigvis må være en del av den eventuelle fremtidige avtalen. I Rt. 2014 s. 100 var utvikling av marinaen en planlagt del av avtalekomplekset dersom avtalen hadde blitt bindende inngått.¹⁷⁸ Høyesteretts uttrykksmåte gir som nevnt antydning på at bortfall kunne blitt aktuelt dersom det hadde blitt foretatt investeringer i marinaen. En slik investering ville dermed vært i tråd med hva partene presumptivt diskuterte under forhandlingene, og således en “tjuvstart” på oppfyllelse av avtalen.

Et eget spørsmål som kan stilles er om Høyesteretts bruk av ordet “investeringer” innebærer at en handling må medføre et økonomisk tap for at signeringsforbehold skal kunne falle bort. Det er vanskelig å si hvorvidt Høyesterett har ment å innføre et slikt vilkår for at signeringsforbehold skal falle bort. Høyesterett tok som nevnt ikke noen videre stilling til bortfall av signeringsforbehold som følge av at dommens faktum ikke la opp til det. Bruken av ordet “investeringer” er allikevel konsekvent, i det Høyesterett også uttalte at de ikke vil gå inn i den hypotetiske situasjon at “Jonsson hadde foretatt investeringer i marinaen i tillit til” at avtalen ville bli bindende.¹⁷⁹

I CISG art. 29 (2) er det ikke et krav om økonomisk tap for at en “written modification”-klausul skal falle bort. Under forberedelsene av CISG var visstnok et slikt krav diskutert, men kravet endte ikke opp med å tas med i den endelige versjonen.¹⁸⁰ CISG art. 29 (2) krever bare at en part har handlet i tillit (“reliance”) til en “conduct” som tilsier at formkravet ikke lenger gjelder. Det er alminnelig antatt at passiv “reliance” ikke er tilstrekkelig for at et formkrav

¹⁷⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

¹⁷⁸ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 5.

¹⁷⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43.

¹⁸⁰ Ulrich G Schroeter, “Article 29” i *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, third edition, Oxford 2010 s. 471-489 (s. 487).

skal falle bort. Parten som påstår formkravet bortfalt, må aktivt ha handlet i tråd med den bestridte tilleggsavtalen.¹⁸¹ Følgen er at en “reliance” etter CISG ofte vil medføre en økonomisk konsekvens for den aktivt handlende part, da det primært er økonomiske interesser som står på spill i kjøpsavtaler. Noe krav om økonomisk tap finnes allikevel ikke.

Ved bortfall av signeringsforbehold vil de samme hensynene stort sett gjøre seg gjeldende. Det er vanskelig å tenke seg at en innrettelses- eller oppfyllelshandling fra en part ikke skulle medføre et økonomisk tap. En slik handling må som nevnt gå ut over hva som er vanlig i en forhandlingsprosess, og avhengig av avtaletypen vil slike handlinger som regel medføre økonomiske konsekvenser. Hvorvidt det er hensiktsmessig å stille krav om økonomisk tap for at signeringsforbehold skal falle bort, er usikkert. Høyesteretts bruk av ordet “investeringer” i Rt. 2014 s. 100 virker å være kontekstuell, i den forstand at investeringer i marinaen ville vært den mest nærliggende innrettelshandlingen å drøfte. På samme måte som for CISG er det liten grunn til å avgrense handlinger som kan føre til bortfall til handlinger som medfører et økonomisk tap. Selv om økonomisk tap ofte vil være konsekvensen, er det ikke utenkelig at forhandlinger basert på ideelle interesser også kan medføre innrettelshandlinger viss konsekvens kan bli bortfall av signeringsforbehold.

Dersom bortfall skal være aktuelt, må altså parten som hevder et signeringsforbehold bortfalt utføre en aktiv handling som står i sammenheng med oppfyllelse av avtalen. Videre må det undersøkes om et tilsvarende krav som “conduct”-kravet i CISG art. 29 (2) må innfortolkes.

Kravet om “conduct” i CISG art. 29 (2) går som nevnt ut på at de oppfyllelshandlinger en part gjør i den tro at en tilleggsavtale er bindende, må være motivert av en “conduct” hos motparten. Høyesterett sa ikke uttrykkelig at en innrettelses- eller oppfyllelshandling må være motivert av motpartens handlemåte. Høyesterett uttalte følgende:

I en slik situasjon er forbeholdet klart ikke bortfalt, og det er ikke nødvendig å gå inn på hva resultatet ville ha blitt om Jonsson hadde foretatt investeringer i marinaen *i tillit til at Svarstad Hansen ville undertegne avtaleutkastet*.¹⁸²

Høyesteretts bruk av ordet “tillit” kan tilsa at tilliten på et eller annet vis måtte vært skapt av Svarstad Hansen. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til hvorvidt Svarstad Hansen faktisk hadde skapt slik tillit. Som det fremgår av dommens premisser, er det lite som tilsier at

¹⁸¹ Ulrich G Schroeter, “Article 29” i *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, third edition, Oxford 2010 s. 471-489 (s. 486).

¹⁸² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43 (min kursivering).

Svarstad Hansen hadde foretatt seg noe annet enn å forhandle.¹⁸³ Å utøve handlinger som er vanlig i en forhandlingsprosess kan ikke skape forventninger hos motparten om at et signeringsforbehold er bortfalt. Som Høyesterett sier, ville signeringsforbehold “ha liten praktisk betydning” om så var tilfelle.¹⁸⁴

Høyesterett vurderte ikke Svarstad Hansens opptreden, og det er neppe grunnlag for å si at Svarstad Hansen hadde skapt forventninger om at forbeholdet var falt bort. Det er allikevel gode grunner som taler for at et “conduct”-krav tilsvarende CISG art. 29 (2) må innfortolkes om bortfall skal være aktuelt. Høyesterett fremhevet selv betydningen av at signeringsforbeholdets formål ikke forspilles.¹⁸⁵ Om det ikke oppstilles et krav tilsvarende “conduct” i CISG, vil parten som tok forbehold være avskåret fra å påvirke hvorvidt forbeholdet faller bort. Dette vil skape en utrygghet ved bindingsspørsmålet, og således bidra til å forspille formålet med et signeringsforbehold.

5.3.3 “Conduct”-krav ved vanlige signeringsforbehold

I forrige punkt ble det konkludert med at et “conduct”-krav kan tenkes å gjøres gjeldende også ved vanlige signeringsforbehold. I dette punktet undersøkes hvilke handlinger som kan medføre bortfall av signeringsforbehold. I tillegg vil det fremheves enkelte forskjeller ved vanlige signeringsforbehold som kan bidra til at kravet om “conduct” justeres.

I Rt. 2014 s. 100 uttalte førstvoterende at han ikke fant grunn til å vurdere hva resultatet hadde blitt dersom “Jonsson hadde foretatt investeringer i marinaen *i tillit til at Svarstad Hansen ville undertegne avtaleutkast*”.¹⁸⁶ Ut fra denne uttrykksmåten er det nærliggende å slutte at handlingen som motiverer innrettelse må skape en viss forventning om at avtalen kommer til å bli inngått. Videre må det være klart, som nevnt, at handlinger som normalt inngår i en forhandlingsprosess ikke kan skape noen særlig forventning om at avtale vil bli inngått. Slike handlinger foretas for å skape et vurderingsgrunnlag for hvorvidt en part ønsker å inngå avtale, og sier i så måte lite om hvorvidt avtalen kommer til å bli inngått eller ikke.¹⁸⁷ Ut over vanlige forhandlingssamtaler hvor partene forsøker å oppnå enighet om avtalens punkter, må også gjennomføring av due diligence, kvalitetssikring av avtaleutkast og lignende anses som vanlige i en forhandlingsprosess.

¹⁸³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 4 til 9.

¹⁸⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 41.

¹⁸⁵ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

¹⁸⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43 (min kursivering).

¹⁸⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 42.

Når det kommer til hvilke faktiske handlinger som kan føre til bortfall kan litteratur om CISG art. 29 (2) bidra til å eksemplifisere. Som eksempler på “conduct” etter CISG art. 29 (2) viser Schroeter blant annet til at en part enten utfører oppfyllelshandlinger, eller aksepterer at motparten påbegynner oppfyllelse.¹⁸⁸ Om parten som hevder seg ubundet har utført oppfyllelshandlinger, og motparten i tillegg har påbegynt oppfyllelse i tillit til dette, kan det være liten tvil om at et signeringsforbehold har falt bort. Rt. 2014 s. 100 legger listen for bortfall ved “klare holdepunkter”, og det kan vanskelig tenkes klarere holdepunkter for at et signeringsforbehold ikke lenger gjelder enn at begge partene faktisk oppfyller avtalen. En slik handlemåte levner liten tvil om at partene reelt sett er enige om å inngå avtale.¹⁸⁹

Det kan også spørres om oppfyllelshandlinger fra parten som hevder seg ubundet alene burde være nok til et forbehold faller bort. Etter CISG art. 29 (2) er ikke dette tilstrekkelig. I tillegg til kravet om “conduct”, må kravet om “reliance” også være oppfylt. Hvorvidt det er grunnlag for å gjennomføre dette uavkortet for norsk retts vedkommende er ikke like klart. Som nevnt legger Høyesterett opp til at det må “klare holdepunkter” til for at et signeringsforbehold skal falle bort.¹⁹⁰ Dersom en part ensidig har tatt signeringsforbehold, vil det være kunstig om samme parten påbegynner oppfyllelse av avtalen for senere å hevde seg ubundet på grunn av et formkrav han åpenbart ikke hadde ment å håndheve i utgangspunktet. En slik handlemåte fremstår som misbruk av signeringsforbehold. Det vil stride mot all rimelighet at en avtalepart kan bruke et signeringsforbehold som en billig utvei fra en avtale han ikke ser seg tjent med. Dersom en parts mening var at avtale var inngått, må parten også finne seg i å gå den tunge veien om erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom han ønsker å trekke seg fra avtalen.

Ensidige signeringsforbehold er ment å være en mulighet for en part til å frabe seg binding inntil den endelige avtalen er vurdert.¹⁹¹ Dersom en avtalepart iverksetter oppfyllelse, er dette et “klart holdepunkt” for at parten har kommet til at han ønsker å inngå avtalen. Signeringsforbeholdet har således utspilt sin rolle, og det er ingen grunn til å la et signeringsforbehold stå seg i slike tilfeller. Det kan oppstå tilfeller hvor en part anser det nødvendig å påbegynne oppfyllelse mens forhandlingene enda pågår. I slike tilfeller kan en

¹⁸⁸ Ulrich G Schroeter, “Article 29” i *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, third edition, Oxford 2010 s. 471-489 (s. 485).

¹⁸⁹ Se ovenfor, hvor LB-2012-165200 drøftes.

¹⁹⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

¹⁹¹ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 262).

mulig mellomløsning være at parten som tok signeringsforbehold må “fastholde” forbeholdet ovenfor motparten. Dette kan eksempelvis gjøres gjennom at parten opplyser motparten om at oppfyllelshandlingene foretas under en forutsetning om at avtalen blir bindende først ved underskrift.¹⁹²

Dersom en motpart påbegynner oppfyllelse, og avtaleparten som hevder seg ubundet har akseptert denne oppfyllelsen, er løsningen etter CISG art. 29 (2) at formkravet faller bort. CISG gjelder som nevnt i utgangspunktet bare ved kjøp av løsøre. Av denne grunnen dreier det meste av litteraturen i dette henseende seg om at en part eksempelvis mottar en forsending av varer i tråd med en muntlig endringsavtale. I slike tilfeller er det åpenbart at parten som hevder seg ubundet er klar over at motparten har påbegynt oppfyllelse i tråd med endringsavtalen. I forlengelsen er det også åpenbart at parten får en handleplikt om han mener at endringsavtalen ikke gjelder.

I andre typer avtaleforhold enn løsørekjøp vil ikke alltid parten som hevder seg ubundet få en like klar indikasjon på at motparten har iverksatt oppfyllelshandlinger. Faktum, slik det lå an i Rt. 2014 s. 100, er egnet til å illustrere dette. Høyesterett fant som nevnt ikke at det var gjort gjeldende noen innrettelseshandlinger utover det som var vanlig i en forhandlingsprosess.¹⁹³ Dersom den svenske motparten faktisk hadde foretatt investeringer i marinaen med sikte på salg, er det liten grunn til å tro at Svarstad Hansen ville fått kunnskap om disse investeringene med mindre han hadde fått de uttrykkelig opplyst. Som det fremgår av faktum, var ikke Svarstad Hansen på marinaen med unntak av befaringen før forhandlingene startet.¹⁹⁴

Situasjonen slik den lå an i Rt. 2014 s. 100 må antas å være vanlig ved en rekke forhandlingsavtaler. En potensiell kjøper har gjerne liten mulighet for innsikt i hva motparten foretar seg på sin side, med mindre motparten opplyser kjøper om hva han foretar seg. Dette er en konsekvens av at forhandlingene gjerne skjer i møterom, over e-post og telefon. En kjøper har dermed ikke nødvendigvis samme mulighet til å motsette seg at selger påbegynner oppfyllelse av avtalen. I slike situasjoner kan det tenkes at det må innfortolkes et kunnskapsvilkår for at CISG art. 29 (2) skal kunne anvendes analogisk.

¹⁹² Se Viggo Hagstrøm, “Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold”, *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606 (s. 604), hvor Hagstrøm fremhever at dersom to parter er klar over at det fortsatt er uenighet dem i mellom, kan ikke oppfyllelshandlinger føre til binding.

¹⁹³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 43.

¹⁹⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 3.

En slik løsning følger naturlig av at det er manglende reaksjon fra parten som hevder seg ubundet som medfører bortfall dersom motparten har påbegynt oppfyllelse. Det er med andre ord passivitet fra parten som hevder seg ubundet som skaper forventninger hos motparten om at formkravet ikke vil håndheves. Dersom en part skal kunne ha anledning til å motvirke slike passivitetsvirkninger, må det følge av et visst incentiv, se eksempelvis Rt. 2001 s. 1288. Dommen dreide seg om hvorvidt det var inngått bindende entreprisedavtale mellom PEAB og Gate Gourmet. Partene hadde i et møte blitt enige om at PEAB skulle oversende en vurdering av arbeidene som skulle gjøres for Gate Gourmet, hvorpå Gate Gourmet “umiddelbart” skulle vurdere PEABs tilbakemelding og deretter sende brev om kontraktsinngåelse.

I stedet for å vente på PEABs vurdering av arbeidene, sendte Gate Gourmet i forkant et brev til PEAB som ga uttrykk for at de “ville inngå kontrakt med [PEAB]”.¹⁹⁵ Gate Gourmet mottok like etterpå PEABs vurdering, hvor PEAB ga uttrykk for at de ønsket omtrent 500 000 kroner mer enn partene tidligere hadde diskutert, som følge av korte tidsfrister i fremdriftsplanen. Gate Gourmet så på dette som en “overraskelse”, og ble “irritert over kravet”.¹⁹⁶ De hadde imidlertid ikke gitt uttrykk for denne misnøyen ovenfor PEAB, noe som ga PEAB “rimelig grunn til å tro at selskapet hadde fått oppdraget”.¹⁹⁷

Dommen illustrerer betydningen av at en passiv part må ha et incentiv til å handle dersom passiv opptreden skal føre til rettstap. Dersom en part under avtaleforhandlinger påbegynner oppfyllelshandlinger, må en part dermed nødvendigvis få en form for kunnskap om oppfyllelshandlingene. Uten slik kunnskap vil ikke parten ha noe incentiv til å handle, og bortfall kan ikke skje.

5.3.4 Bortfall som følge av passivitet

I dette punktet undersøkes hvorvidt et signeringsforbehold kan falle bort som følge av passivitet, med utgangspunkt i passivitetsvurderingen Høyesterett foretok i Rt. 2014 s. 100. Dette punktet avgrenses mot de “passivitetsbortfall” som ble gjennomgått i punktet ovenfor, med utgangspunkt i CISG art. 29 (2).

I Rt. 2014 s. 100 uttalte Høyesterett følgende om bortfall av signeringsforbehold som følge av passivitet:

¹⁹⁵ Rt. 2001 s. 1288 side 1299.

¹⁹⁶ Rt. 2001 s. 1288 side 1300.

¹⁹⁷ Rt. 2001 s. 1288 side 1300.

Slik denne saken ligger an, finner jeg ikke grunn til å gå inn på om og i tilfelle under hvilke omstendigheter et signeringsforbehold overhodet kan falle bort ved passivitet. For min avgjørelse av denne saken er det tilstrekkelig å vise til at Jonsson/Jessing allerede ved møtet i månedsskiftet mars/april 2011 må ha blitt kjent med Svarstad Hansens vegring mot å inngå avtalen. At han da ventet i to måneder med i tillegg å vise til forbeholdet, kan klart ikke medføre at det er bortfalt.¹⁹⁸

Høyesterett var klar på at forbeholdet ikke var bortfalt ved passivitet i Rt. 2014 s. 100. Møtet i månedsskiftet mars/april Høyesterett viste til var møtet hvor Jonsson/Jessing forsøkte å “få affären i hamn”. Møtet ble avholdt som konsekvens av at Svarstad Hansen hadde opplyst advokat Jegersberg om at han helte “mot ikke å gjennomføre innkjøpet”.¹⁹⁹ I den påfølgende tiden etter møtet gjorde Jonsson gjennom advokat Arild Karlsen noen ytterligere forsøk på å få Svarstad Hansen til å undertegne avtalen. 1. juni 2011 påberopte Svarstad Hansen signeringsforbeholdet i en e-post til Arild Karlsen.²⁰⁰

Høyesterett la til grunn at Svarstad Hansens to måneder med passivitet før han påberopte seg forbeholdet “klart ikke [kunne] medføre at det er bortfalt”. Høyesterett regnet passivitetens forløp fra tidspunktet den svenske motparten ble kjent med at Svarstad Hansen ikke ønsket å inngå avtale. Lagmannsretten la i motsetning til Høyesterett til grunn at forbeholdet hadde falt bort som følge av passivitet. Lagmannsretten regnet passivitetens forløp fra tidspunktet forbeholdet ble fremsatt. Retten påpekte at “[s]igneringsforbeholdet ble ikke berørt av noen av partene etter at” det ble fremsatt den 28. mai 2010. Som følge av at partene hadde diskutert overdragelsen av marinaen i “full harmoni” måtte forbeholdet anses bortfalt som følge av passivitet.²⁰¹

Høyesterett avfeide med andre ord at passivitetsfristen må regnes fra tidspunktet forbeholdet tas. Dette bygger opp om at en part ikke trenger å gi motparten påminnelser om forbeholdets eksistens i løpet av forhandlingsprosessen. Fristen regnes fra tidspunktet en part blir kjent med at motparten vegrer seg for å inngå avtale. Når det kommer til hva som eventuelt skal til for at et forbehold kan falle bort som følge av passivitet, sa Høyesterett følgende:

Slik denne saken ligger an, finner jeg ikke grunn til å gå inn på om og i tilfelle under hvilke omstendigheter et signeringsforbehold overhodet kan falle bort ved passivitet.²⁰²

¹⁹⁸ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 44.

¹⁹⁹ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 9.

²⁰⁰ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 10.

²⁰¹ LB-2013-62186. Lagmannsrettens passivitetsvurdering har karakter av å være en subsidiær begrunnelse, da lagmannsretten kom til at forbeholdet ikke kunne forstås som et signeringsforbehold.

²⁰² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 44.

Høyesterett brukte uttrykket “om og i tilfelle under hvilke omstendigheter” et signeringsforbehold kan falle bort ved passivitet. Uttrykksmåten gjør at det er et åpent spørsmål hvorvidt passiv opptreden etter at en part har gjort sin avtalevegring kjent i det hele og det store *kan* føre til bortfall.

Høyesterett nøyde seg med å si at de to månedene Svarstad Hansen brukte klart ikke kunne være nok til at signeringsforbeholdet var falt bort. Så vidt det fremgår av sakens faktum hadde Svarstad Hansen gjennom hele perioden på to måneder holdt fast ved at han ikke ønsket å inngå noen bindende avtale grunnet sin helsetilstand.²⁰³ Av lagmannsrettens saksfremstilling fremgår at Svarstad Hansen i denne perioden hadde fortalt advokat Jegersberg at han ville “få bukt med helseproblemer før jeg går inn i nye prosjekter”.²⁰⁴ Av tingrettens saksfremstilling fremgår at Svarstad Hansen i samme periode opplyste Jonssons advokat Arild Karlsen at “[j]eg har ikke helt slått fra meg deltakelse men ønsker verken å forplikte meg eller binde opp selger”.²⁰⁵

Uttalelsene gjengitt i lagmannsretten og tingretten gir uttrykk for at Svarstad Hansen var klar på at han ikke ønsket å inngå bindende avtale, men at han ikke ønsket å “brenne alle broer”. Svarstad Hansen opplyste motparten om at han ikke hadde slått fra seg deltakelse, og at han kunne ha interesse for prosjektet dersom helsen hans tillot det. Svarstad Hansens uttalelser i perioden fra Jonsson/Jessing ble kjent med hans avtalevegring virker å være utslag av forretningsmessige vurderinger. Uttalelsene gir inntrykk av at han ønsket å holde muligheten for oppkjøp åpen i fremtiden dersom helsen hans ble bedre. Jonsson/Jessing var på sin side åpenbart interessert i å gjennomføre salget så fort som mulig, noe som viser seg gjennom deres gjentatte forsøk på å få Svarstad Hansen til å signere avtalen etter at de ble kjent med helseproblemene hans.²⁰⁶

Det kan antas at situasjonen slik den fremstod i Rt. 2014 s. 100 vil være vanlig i avtaleforhandlinger underlagt signeringsforbehold, hvor én av partene av en eller annen grunn ikke ønsker å inngå avtale. Å opprettholde forretningsforbindelser for eventuell fremtidig handel vil antakelig være ønskelig for partene i slike situasjoner. En part kan dermed ønske å opprettholde en god tone med sin forhandlingsmotpart, samtidig som parten er klar på at han på nåværende tidspunkt ikke ønsker å inngå noen avtale. Signeringsforbeholdet er en rettslig

²⁰³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 10.

²⁰⁴ LB-2013-62186.

²⁰⁵ TOSLO-2012-101950.

²⁰⁶ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 9 og 10.

begrunnelse for å si seg fri fra avtalen dersom den ikke er underskrevet. Å påberope seg et slikt forbehold vil neppe være ønskelig før situasjonen har eskalert såpass mye at rettslig tvist fremstår som eneste utvei.

Det var først etter gjentatte forsøk på å overtale Svarstad Hansen til å signere avtalen at forbeholdet ble påberopt. Advokat Jegersberg hadde foreslått en rekke løsninger for å lette arbeidspresset for Svarstad Hansen, blant annet at advokat Jegersberg selv stilte opp vederlagsfritt som Svarstad Hansens styrerepresentant i to år.²⁰⁷ Det er neppe unormalt at en forhandling i så måte fortsetter selv etter at en part har uttrykt vegring mot å inngå avtale. Situasjonen vil antakelig ofte fortone seg slik at parten som ikke ønsker å inngå avtale vil opprettholde sin forretningsforbindelse, mens motparten vil forsøke å overtale parten til allikevel å inngå avtalen.

Høyesterett uttalte i Rt. 2014 s. 100 at to måneder klart ikke kunne medføre bortfall. Når to måneder “klart” ikke var lang nok tid, kan det sluttet at tidsaksen i alle fall må være vesentlig lengre enn to måneder. Ut fra det ovennevnte kan det spørres hvorvidt det i det hele tatt burde forekomme passivitetsbortfall i slike tilfeller. Høyesterett holder som sagt åpent hvorvidt passivitet i det hele tatt kan føre til bortfall. Det er i utgangspunktet ikke noe galt i at en part av mer forretningsstrategiske hensyn velger å ikke påberope seg et signeringsforbehold som grunnlag for å trekke seg fra en avtale, men heller forsøker å løse saken i minnelighet.

I så måte er det kanskje uheldig med passivitetsvirkninger som i for stor grad båndlegger slike forretningsstrategiske hensyn. Å sette en klar passivitetsfrist kan virke konfliktskapende mellom partene i den forstand at en part “tvinges” til å forsure en i utgangspunktet velfungerende debatt mellom partene, fordi en part må påberope seg signeringsforbeholdet før det bortfaller. Å legge til grunn at et signeringsforbehold i slike tilfeller ikke kan falle bort kan muligens være hardt ovenfor motparten som etter beste evne forsøker å få avtalen på plass. Parten som ønsker å få en avtale på plass er imidlertid ikke uten handlingsalternativer. Det er ingenting i veien for at en part, dersom utsiktene for å slutte avtalen ser dårlig ut, retter seg mot andre potensielle kjøpere. For å unngå at forhandlingsprosessen trekkes ut i det lengste er det heller ingenting i veien for at partene avklarer en siste frist for å påberope seg et signeringsforbehold. Å la spørsmålet om fremdrift og passivitetsbortfall av forbehold reguleres av partene selv er kanskje mer fornuftig med tanke på hvor stor variasjonsbredde det

²⁰⁷ LB-2013-62186.

kan være i forskjellige typer avtaleforhandlinger. Slike frister burde fortrinnsvis avklares tidlig i forhandlingene for å gi forhandlingsprosessen klare rammer.

5.3.5 Bortfall som følge av en parts uttalelser under forhandlingene

I dette punktet spørres det om partenes uttalelser og opptreden under forhandlingene og rundt tidspunktet for kontraktsslutning kan føre til bortfall. To typetilfeller vil drøftes for å illustrere problemet. Det første typetilfellet er skissert av Kai Krüger, basert på “en konkret sak i norsk oljeindustri barndom som ikke kom til domstolene”.²⁰⁸ Det andre typetilfellet som vil drøftes bygger på lagmannsrettens dom i LG-2014-21337.

Spørsmålet om i hvilken grad partenes uttalelser under forhandlingene kan føre til bortfall av signeringsforbehold behandles ikke i Rt. 2014 s. 100. Utgangspunktet må allikevel også her være at det må kreves klare holdepunkter for at et signeringsforbehold har falt bort.

Når det kommer til uttalelser partene fremsetter ovenfor hverandre under en forhandling må det i alle fall være klart at partene står fritt til å avtale vekk et signeringsforbehold. Dersom et signeringsforbehold er tatt ensidig må det være tilstrekkelig at parten som tok forbeholdet gir beskjed om at bindingsvilkåret ikke lenger gjelder. Dersom motparten i en slik situasjon motsetter seg at bindingsvilkåret fjernes, må det være mest nærliggende å tolke en slik uttalelse som at motparten ensidig fremsetter et nytt signeringsforbehold. Når signeringsforbehold tas ut av forhandlingssituasjonen på denne måten er det imidlertid ikke et “bortfall”, men et utslag av partenes vilje og råderett over egen forhandlingssituasjon.

Annerledes blir situasjon dersom en part ikke har ment å gi uttrykk for at et signeringsforbehold ikke lenger gjelder, men motparten har forstått parten på denne måten. En uttalelse fra Krüger kan illustrere situasjonen:

Partene kan ha tatt start-adekvate forbehold om fristilling (...) som så senere kan være oppfattet som frafalt fordi tempoet øker og finalisering etter forhandlinger fra skanse til skanse kommer på kritisk tidslinje for den påtenkte kontraktsavvikling. Partene går så over til å sette frist for aksept av fremsendte forhandlingsutspill i et scenario der adressaten har rimelig grunn til å tro at avsenderen nå handler etter “take it or leave it” i tett forståelse med sine overordnede slik at de første forbehold ikke lenger gjelder.²⁰⁹

²⁰⁸ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270, fotnote 26).

²⁰⁹ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 270, fotnote 26).

Situasjonen Krüger beskriver kan tenkes å oppstå i tilfeller hvor partene har satt en frist for påbegynnelse av et prosjekt, eller eventuelt satt en sluttfrist for når forhandlingene må være gjennomførte. Krüger antyder at situasjonen må løses slik at partene anses å ha gått vekk fra en åpen forhandlingssituasjon underlagt forbehold, og over i en “tidskritisk utveksling av tilbud med forutsetning om akseptfrist inn mot avtl Kap 1-modellen”.²¹⁰ Partene blir i så fall bundet ved tilbudsmottakerens overensstemmende aksept av tilbudet.²¹¹ Spørsmålet videre blir om løsningen Krüger foreslår er i tråd med Rt. 2014 s. 100.

Utgangspunktet for bortfall er at det må klare holdepunkter til. Krüger gir uttrykk for at overgangen fra åpen forhandling underlagt forbehold til en forhandling ført etter tilbud og aksept skjer ved at en part fremsetter tilbud underlagt svarfrist. Sammenholdt med at “sluttfristen” for forhandlingene begynner å nærme seg, mener Krüger at dette er egnet til å gi motparten rimelig grunn til å tro at det opprinnelige forbeholdet ikke lenger gjelder. Hvorvidt dette kvalifiserer som et klart holdepunkt for bortfall er tvilsomt. “Klare holdepunkter” gir uttrykk for en forholdsvis høy terskel for bortfall. En akseptfrist på et tilbud er ikke nødvendigvis et klart holdepunkt for at et forbehold ikke lenger gjelder. Akseptfrister i slike situasjoner som Krüger beskriver vil gjerne inntas for å sørge for at forhandlingene har fremdrift i tråd med “sluttfristen”. Det er vanskelig å se at det å sette slike frister for å få fortgang i en forhandlingsprosess skal være et “klart holdepunkt” for at forbeholdet ikke lenger gjelder.

Formålet bak at det kreves klare holdepunkter for bortfall, er at et signeringsforbehold blant annet er ment “å skape trygghet med hensyn til når det foreligger bindende avtale”.²¹² Dette formålet vil i stor grad forspilles i en hektisk forhandlingssituasjon dersom det ikke skal mer til for bortfall enn at partene setter frister for å svare på forhandlingsutspill. Tryggheten signeringsforbeholdet er ment å bringe inn i forhandlingssituasjonen kan være desto viktigere jo mer hektisk slutføringen av en forhandling blir. Behovet for å skaffe seg en oversikt over avtaleforholdet etter hyppig utveksling av tilbud- og mottilbud med korte tidsfrister, kan åpenbart være stort.

På den annen side kan det hevdes at det er parten som ønsker å stå fritt som må motvirke at motparten får forventninger om at det handles etter “take it or leave it”. Det å sette en klar

²¹⁰ Kai Krüger, “‘Closing’-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger” i *Festskrift til Lars Gorton*, Lund 2007 s. 261-280 (s. 269-270).

²¹¹ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Bergen 2014 s. 63.

²¹² Rt. 2014 s. 100 avsnitt 39.

tidsfrist på noe som for motparten kan forstås som et “endelig” tilbud kan muligens skape en slags plikt for parten som ønsker å stå fritt til å klargjøre forutsetningene. I Rt. 2014 s. 100 var Høyesterett klar på at forbeholdet ikke kan falle bort som følge av at det ikke ble gjentatt i avtaleutkastet utarbeidet av advokat Jegersberg forut for møtet 9. september 2010.²¹³ Denne uttalelsen kan forstås slik at det ikke kan kreves at en part gjentar et forbehold, også i et tilfelle som skissert av Krüger. Som Høyesterett bemerket vil det å gjenta et slikt forbehold være “en ren felle for den som har tatt forbeholdet”.²¹⁴

I hvilken grad situasjonen i Rt. 2014 s. 100 og situasjonen Krüger skisserer er sammenlignbare er et annet spørsmål. Av lagmannsrettens saksfremstilling fremgår at den svenske motparten ble anmodet om å komme med forslag til fremdriftsplan på forhandlingene.²¹⁵ Hvorvidt en slik fremdriftsplan ble utarbeidet og fulgt, og hva som eventuelt var sluttfristen for forhandlingene fremgår ikke av faktum. Forhandlingene pågikk imidlertid en stund etter avtaleutkastet 9. september 2010, så det kan antas at forhandlingene ikke hadde kommet “på kritisk tidslinje for den påtenkte kontraktsavvikling” som i situasjonen Krüger taler om.

Selv om situasjonene ikke er helt sammenlignbare, spørs det om forskjellene i situasjonene er tilstrekkelig til å fravike Høyesteretts standpunkt i Rt. 2014 s. 100. Høyesterett uttalte at det ville vært “en ren felle for den som har tatt forbeholdet” å stille “[e]t slikt krav [om at forbeholdet må gjentas]”. Høyesteretts bruk av ordene “den som har tatt forbeholdet” gir inntrykk av at Høyesterett ikke nødvendigvis knyttet uttalelsen konkret opp mot saksforholdet i Rt. 2014 s. 100. Uttalelsen bærer preg av å være generelt utformet, og som nevnt er det gode grunner som taler for at det ikke burde stilles krav om at forbehold gjentas senere i forhandlingene. En av grunnene er at gjentatte påminnelser om fristilling kan forsure forhandlingsklimaet. Et annet poeng er at en part som har tatt et “start-adekvat” forbehold som utgangspunkt må kunne stole på at forbeholdet står seg gjennom forhandlingene. Når det kreves “klare holdepunkter” for at dette utgangspunktet skal fravikes, vil det være betenkelig dersom en diffus overgang til en tilbud- og akseptsituasjon som en part antakelig selv ikke er klar over skulle føre til bortfall.

²¹³ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 40.

²¹⁴ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 40.

²¹⁵ LB-2013-62186.

Etter dette kan det konkluderes med at det neppe kan føre til bortfall at en forhandling endrer karakter i form av at partene handler under kortere tidsfrister for å ferdigstille avtalen før en påtenkt “sluttfrist”.

En annen problemstilling som kan drøftes er hvordan situasjonen stiller seg dersom en part får inntrykk av at et bindingsvilkår er oppfylt, når den faktiske situasjonen er slik at bindingsvilkåret ikke er oppfylt. I LG-2014-21337, tidligere omtalt i kapittel 3, kom lagmannsretten til at en forutsetning om departementsgodkjenning ikke kunne gjøres gjeldende ovenfor en motpart som følge av at motparten hadde fått inntrykk av at slik godkjenning var innhentet. Lagmannsretten foretok vurderingen som et spørsmål om klarhetskravet var oppfylt. Som tidligere nevnt mener jeg at lagmannsretten heller burde behandlet problemstillingen som et spørsmål om forutsetningen om departementsgodkjenning var “falt bort”.²¹⁶

Den faktiske situasjonen i LG-2014-21337 var slik at Staten hadde tatt et klart forbehold om at en avtale om leie av Statens Hus i Stavanger skulle godkjennes av departementet før avtalen ble bindende. Prosessen med å finne utleier ble gjennomført gjennom en tilbudsinnbydelsesprosess. Etter at prosessen var gjennomført mottok utleieren et brev om kontraktstildeling. I kontraktstildelingen var ikke forbeholdet om departementsgodkjenning inntatt. Brevet om kontraktstildeling inneholdt en avklaring av alle vesentlige punkter i leieavtalen. I tillegg fremhevet lagmannsretten at Fylkesmannen, som var utleiers kontaktperson gjennom hele forhandlingsprosessen, ikke hadde gitt “signaler som tilsa at ankende parter burde undersøkt nærmere om departementet hadde gitt godkjenning”.

Det må foreligge klare holdepunkter for at forutsetningen om departementsgodkjenning ikke skulle kunne gjøres gjeldende ovenfor utleier. I LG-2014-21337 var situasjonen slik at en part ikke hadde gjentatt et bindingsvilkår på et senere tidspunkt. I Rt. 2014 s. 100 uttalte Høyesterett at å kreve gjentakelse av forbehold i avtaleutkast og lignende ville være “en ren felle” for parten som tok forbeholdet.²¹⁷ I motsetning til sammenligningen med tilfelle skissert av Krüger, er det for situasjonen i LG-2014-21337 såpass stor forskjell i sakenes faktum at det kan være grunn til å tillegge forskjellen rettslig betydning.

For det første kan det være grunn til å tillegge forskjellen i forhandlingssituasjon betydning. Når partene befinner seg i en anbudslignende prosess hvor flere tilbydere inngir forslag til

²¹⁶ Om bruken av begrepet “bortfall” i denne konteksten, se pkt. 3.2.1.

²¹⁷ Rt. 2014 s. 100 avsnitt 40.

avtalens innhold for deretter å gå i forhandlinger om de nærmere detaljene i avtaleforholdet, vil det for tilbyderer definitivt bygge seg opp en forventning om binding dersom han mottar et brev om “kontraktstildeling” hvor forbeholdet ikke er gjentatt. Som lagmannsretten fremhevet var det på bakgrunn av brevets formulering naturlig for utleieren å legge til grunn at departementets godkjenning var innhentet da utleieren mottok brevet. Situasjonen skiller seg dermed fra Rt. 2014 s. 100, hvor det var tale om å innta forbeholdet i et avtaleutkast som det var forutsatt at partene skulle forhandle videre om. Et brev om kontraktstildeling gir inntrykk av at forhandlingene er avsluttet og at alle forbehold er avklart.

For det andre har bindingsvilkårets art betydning. En departementsgodkjenning kommer ikke nødvendigvis til uttrykk ovenfor en motpart på samme måte som en signatur på et avtaledokument. Hvorvidt departementet godkjenner en avtale er i større grad et internt anliggende som kan fremstå som mer fjerntliggende for en godtroende motpart å kontrollere. I LG-2014-21337 ble dette underbygget av at Fylkesmannen, som både var kontaktperson i forhandlingene og i tillegg er Statens representant i fylket, ikke hadde gitt utleier noen grunn til å undersøke hvorvidt godkjenning var innhentet. Det måtte fremstå som nærliggende for utleier å anse forutsetningen som oppfylt når Fylkesmannen ikke hadde gitt noen signaler om at departementsgodkjenning fortsatt gjensto.

Lagmannsrettens konklusjon lar seg med andre ord forsvare. Utleier mottok en “kontraktstildeling” hvor forutsetningen ikke var gjentatt. I tillegg hadde ikke utleier fått noen øvrige grunner til å undersøke hvorvidt godkjenning var innhentet. Disse forholdene måtte for utleier fremstå som “klare holdepunkter” for at manglende departementsgodkjenning ikke ville gjøres gjeldende som grunnlag for at binding ikke var inntrådt.

I hvilken grad lignende vurderinger kan gjøres gjeldende i mer “vanlige” forhandlings situasjoner mellom private parter vil antakelig være situasjonsbetinget. Det er mer fjerntliggende at en part skulle kunne være i god tro om at en motpart har skrevet under en avtale dersom motparten rent faktisk ikke har underskrevet. Selv om to parter ikke nødvendigvis underskriver en avtale i fellesskap er det vanlig at avtalen signeres i flere eksemplarer og deretter oversendes motparten. En slik løsning ble brukt i saken som forelå Høyesterett i Rt. 2014 s. 100, hvor det i det endelige avtaleutkastet het at “[a]vtalen er utstedt i to eksemplarer, hvorav Partene har mottatt hvert sitt.”²¹⁸ Dersom det unntaksvis skulle

²¹⁸ Dette fremgår av tingrettens saksfremstilling, se TOSLO-2012-101950.

forekomme at partene ikke skal motta hvert sitt underskrevne kontraktsdokument og en av partene ikke underskriver avtalen, kan situasjonen muligens sammenlignes med tilfelle i LG-2014-21337. Om bortfall skal være aktuelt i et slikt tilfelle må det antakelig kreves at parten som ikke underskriver på et eller annet vis ikke gir motparten grunn til å undersøke hvorvidt avtalen er underskrevet. Dette kan eksempelvis skje gjennom at det gis uttrykk for at avtalen er eller kommer til å bli underskrevet i nærmeste fremtid. I et slikt tilfelle kan situasjonen til en viss grad få preg av å være et passivitetstilfelle, hvor parten som ikke ønsker å inngå avtale får plikt til å opplyse motparten om sin avtalevegring etter at motparten har signert og oversendt kontraktsdokumentet.

Drøftelsene av henholdsvis typetilfelle skissert av Krüger og situasjonen slik den var i LG-2014-21337 viser hvordan partenes uttalelser og opptreden potensielt kan danne “klare holdepunkter” for at et bindingsvilkår har falt bort. Dersom en part opparbeider seg berettigede forventninger om at et signeringsforbehold enten ikke vil gjøres gjeldende eller at bindingsvilkåret er oppfylt, kan forbeholdet potensielt falle bort. Om slike berettigede forventninger skal føre til bortfall må de være skapt av en uttalelse, eventuelt en manglende uttalelse fra motparten.

REGISTER

LOVER

Almindelig borgerlig Straffelov 22 mai 1902 nr. 10.

Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp.

FOLKERETTSLIGE INSTRUMENTER

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (Wien, 1980).

Principles of European Contract Law (PECL) (2002).

Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2009).

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles) (Roma, 2010).

RETTSAVGJØRELSER

Høyesterett

Rt. 1952 s. 1160.

Rt. 1953 s. 581.

Rt. 1961 s. 1022.

Rt. 1966 s. 857.

Rt. 1981 s. 445.

Rt. 1984 s. 44.

Rt. 1991 s. 1335.

Rt. 1992 s. 1110.

Rt. 1998 s. 761.

Rt. 1998 s. 946.

Rt. 2001 s. 1288.

Rt. 2011 s. 410.

Rt. 2014 s. 100.

Lagmannsrettene

RG 2005 s. 1103.

LB-2012-165200.

LB-2013-62186.

LG-2014-21337.

Tingrettene

TOSLO-2012-101950.

LITTERATUR

Björklund, Andrea, "Article 29" i *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary*, Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (red.) (München og Oxford 2011) s. 382-390.

Bryde Andersen, Mads, *Grundlæggende aftaleret*, 2. omarbejdede udgave (København 2002).

Bryde Andersen, Mads, *Praktisk aftaleret*, 3. udgave (København 2009).

Calissendorff, Gotthard, "Kurt Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1993-1994 s. 236-241.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. udgave (Oslo 2001).

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. udgave (Bergen 2014).

Hagstrøm, Viggo, "Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold", *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606.

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett* (Oslo 2009).

Huser, Kristian, *Avtaletolkning* (Bergen 1983).

Krüger, Kai, "'Closing'-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger" i *Festskrift til Lars Gorton*, Eva Lindell-Frantz m.fl. (red.) (Lund 2007).

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett* (Bergen 1989).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004).

Ramberg, Jan og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 8. upplagan (Stockholm 2010).

Ryssdal, Anders Chr. S., "Den som tier samtykker?", *Tidsskrift for forretningsjus*, 1998 s. 127-135.

Schroeter, Ulrich G, "Article 29" i *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, third edition, Ingeborg Schwenzer (red.) (Oxford 2010) s. 471-489.

Simonsen, Lasse, *Prekontraktuel ansvar* (Oslo 1997).

Woxholth, Geir, "Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100", *Nytt i Privatretten*, 2014 s. 17-22.

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utgave (Oslo 2014).

ANDRE KILDER

Advokatfirmaet Wiersholms internettsider, sist besøkt 3.5.2015.

(<http://www.wiersholm.no/current/Nyheter/Utfisjoning-av-fast-eiendom-og-etterfoelgende-aksjesalg>).