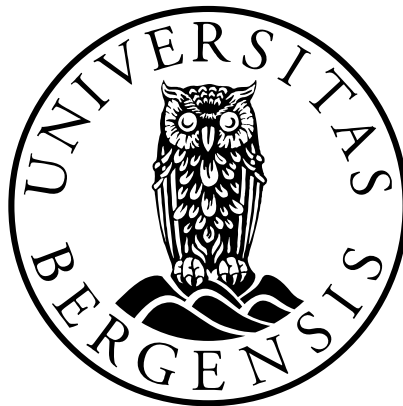


Mangelsspørsmål ved kjøp og salg av virksomhet

Særlig om selgers risiko for uriktige, villedende og mangelfulle opplysninger i og utenfor kontrakt

Kandidatnummer: 10

Antall ord: 14534



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	4
1.1	INTRODUKSJON AV EMNET	4
1.2	DEFINISJONER	5
2	RETTSKILDEBILDET	6
2.1	LOVREGULERING	6
2.2	KJØPSLOVEN	7
2.2.1	Kjøpslovens anvendelse på virksomhetsoverdragelse ved aksjesalg	7
2.2.2	Kjøpslovens anvendelse på virksomhetsoverdragelse ved innmatssalg	8
2.3	AVTALELOVEN	9
2.4	RETTSPRAKSIS	9
DEL II	UTGANGSPUNKTER	11
3	RISIKOFORDELING ETTER BAKGRUNNSRETT OG KONTRAKT	11
3.1	OPPLYSNINGSRISIKO, OPPLYSNINGSPLIKT OG UNDERSØKELSESPLIKT	11
3.2	SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT	12
3.3	KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT	13
4	VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE	15
4.1	AVTALESLUTNINGEN VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER	15
4.2	SELKAPSGJENNOMGANG	15
4.2.1	Kort om datarom og virtuelle datarom	17
DEL III	RISIKOFORDELING ETTER BAKGRUNNSRETTEEN	18
5	BAKGRUNNSRETTENS ANVENDELSESOMRÅDE	18
5.1	NÅR KOMMER BAKGRUNNSRETTEEN TIL ANVENDELSE	18
5.2	UTGANGSPUNKTET FOR MANGELSVURDERINGEN VED VIRKSOMHETSKJØP.	19
5.2.1	Innledning	19
5.2.2	Den konkrete mangelsvurdering	19
5.2.3	Prinsipper i avtaletolkningen	20
6	OPPLYSNINGSRISIKO	21
6.1	INNLEDNING - AVVIK FRA DET SOM ER OPPLYST	21
6.2	HVILKE OPPLYSNINGER ER OMFATTET	21
6.2.1	Hva er en opplysning	21
6.2.2	Uriktige, villedende og mangelfulle opplysninger	23
6.2.3	Hvordan er opplysningene fremkommet	25

6.2.4	Når opplysningene er fremkommet.....	25
6.3	IDENTIFIKASJON - HVEM HEFTER SELGER FOR.....	26
6.4	OPPLYSNINGEN MÅ HA VIRKET INN PÅ KJØPET	27
6.5	RETNING AV OPPLYSNINGENE.....	29
6.6	NÆRMERE OM DEN ENDELIGE RISIKOPLASSERINGEN – KRYSNINGEN MELLOM KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT, SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT OG OPPLYSNINGSRISIKO.....	30
DEL IV	RISIKOFORDELING REGULERT I KONTRAKT.....	32
7	AVTALEREGULERING AV RISIKOFORDELINGEN FOR OPPLYSNINGER.....	32
7.1	INNLEDNING	32
7.2	FORMÅLET MED KONTAKTSMEKANISMENE.....	32
7.3	GARANTIER OG GARANTIKATALOG.....	33
7.4	GARANTIER VEDRØRENDE SELGERS OPPLYSNINGER.....	35
7.4.1	Informasjonsgarantier	35
7.4.2	Rekkevidden av informasjonsgarantier.....	35
7.4.3	Generelle informasjonsgarantier og spesifikke garantier	36
7.5	FULLSTENDIGHETSERKLÆRINGER	38
7.6	INTEGRASJONSKLAUSULER	39
7.7	AVTALERETTSLIG SENSUR AV KONTRAKTSMEKANISMER.....	42
7.7.1	Sensur av integrasjonsklausuler	43
7.7.2	Sensur av garantikatalogens virkning som ansvarsfraskrivelse	44
DEL V	AVSLUTNING.....	47
8	AVSLUTNING OG OPPSUMMERING	47
9	KILDER	49

DEL I

1 INNLEDNING

1.1 Introduksjon av emnet

Ved virksomhetsoverdragelser er det alltid en fare for at kjøper etter avtaleinngåelse avdekker forhold som ikke er i samsvar med opplysninger gitt av selger eller noen selger svarer for. I slike situasjoner vil det oppstå spørsmål om kjøper har et mangelskrav mot selger.

Virksomheter er sammensatte og uoversiktlige kjøpsobjekter. Det finnes begrenset med tilgjengelig offentlig informasjon om virksomhetene, fordi denne informasjonen typisk inneholder forretningshemmeligheter, personalinformasjon og taushetsbelagte forhold. Det at virksomheter ikke kan offentliggjøre informasjon om interne forhold og drift medfører en betydelig informasjonsskjevhet mellom partene. Virksomhetsselger sitter på all informasjon om virksomheten. Kjøper på sin side er avhengig av å få informasjon fra selger for å gjøre sine vurderinger før et kjøp. Informasjonsskjevheten medfører at det må utveksles betydelige mengder informasjon om den virksomhet som skal selges. I etterkant av transaksjonen kan det vise seg at det er blitt fremsatt uriktig, villedende eller mangelfull informasjon av selgeren. Temaet for denne oppgaven er mangelsproblemer relatert til opplysninger ved kjøp og salg av virksomheter.

I utgangspunktet regulerer bakgrunnsretten risikofordelingen for uriktige, villedende eller mangelfulle opplysninger. Imidlertid er det vanlig at partene ved en virksomhetsoverdragelse allokere risikoen seg imellom ved en omfattende kjøpekontrakt. Oppgaven vil gi en redegjørelse for hvordan risikofordelingen reguleres i henholdsvis bakgrunnsretten og kontrakt. Videre vil oppgaven belyse de rettslige problemstillingene som aktualiseres etter både bakgrunnsretten og i kontrakt.

Ettersom virksomhetsoverdragelser skjer i stadig økende omfang anses oppgavens tema som praktisk.¹ Økt transaksjonsvolum har medført at det har utviklet seg en egen næring som yter juridisk, finansiell og teknisk bistand ved kjøp og salg av virksomheter. Som en følge av denne profesjonaliseringen, velger partene i stadig større grad å regulere vekk

¹ Aabø-Evensen (2011) s. 34.

bakgrunnsrettens mangelsregler. Det er blitt vanlig at kontraktene ved virksomhetsoverdragelser er omfattende og inneholder avanserte kontraktsmekanismer. Partene i virksomhetsoverdragelser er næringsdrivende og avtalefriheten er følgelig vidtrekkende. Av den grunn kan partene i stor utstrekning regulere risikofordelingen for opplysninger gjennom garantier, ansvarsfraskrivelser og såkalte integrasjonsklausuler. Selv om partene har fordelt risikoen for opplysninger ved kontrakt, oppstår det ofte mangelsspørsmål.

Frem til Margrethe Buskerud Christoffersen utga sin avhandling om kjøp og salg av virksomheter i 2008, var temaet lite behandlet i norsk kontraktsrett. Siden Christoffersens avhandling har det skjedd en utvikling i transaksjonsmarkedet og måten virksomheter selges på. Teknologisk fremgang har muliggjort bruk av nye løsninger slik som digitale datarom. Dette medfører nye problemstillinger, hvilket gir rom for nye drøftelser.

Ettersom emnet er vidt er det nødvendig å foreta avgrensninger. For det første avgrenses det mot kjøp av noterte aksjer. Handel over børs er underlagt streng regulering med en rekke særregler. Videre vil oppgaven kun behandle frivillige virksomhetsoverdragelser. Det avgrenses også mot følgene av en mangel, det vil si misligholdsbeføyelsene.

Oppgaven omfatter 5 deler. Del I inneholder en analyse av rettskildebildet for virksomhetsoverdragelser. I oppgavens del II redegjøres for sentrale begreper relatert til risikofordelingen for opplysninger. I tillegg redegjøres for hvordan informasjonsflyten ved virksomhetsoverdragelser normalt foregår. I oppgavens del III belyses risikofordelingen for opplysninger hvor mangelsspørsmål reguleres av bakgrunnsretten. I del IV redegjøres for risikofordelingen når partene har regulert opplysningsrisikoen i kontrakt. I tillegg vil denne delen også problematisere tilfeller der kontraktsreguleringen strider mot preseptorisk rett. I del V gjøres noen avsluttende og oppsummerende bemerkninger.

1.2 Definisjoner

Det anses hensiktsmessig å definere enkelte begreper ettersom disse verken er legaldefinert eller har en entydig forståelse i juridisk teori. Ytterligere begreper vil bli presentert underveis.

Med «*virksomhet*» menes i denne fremstillingen en forretningsmessig drift av et sammensatt formueskompleks.² Virksomheten må drive med aktivitet av et visst omfang eller varighet.³ Det selskapet som driver virksomheten som skal kjøpes omtales som «*målselskapet*».⁴

En «*virksomhetsoverdragelse*» forstås som en transaksjon hvor et selskap overføres fra en eier, «*selger*», til en ny eier, «*kjøper*».

Overdragelse av virksomhet kan skje ved «*aksjesalg*» og «*innmatssalg*». Ved «*aksjesalg*» overtar kjøper andeler i selskapet som driver den underordnede *virksomheten*.⁵ Ved «*innmatssalg*» overdras virksomheten som et sammensatt formueskompleks direkte til kjøper. Et innmatssalg innebærer at hver enkelt eiendel i virksomheten overføres direkte. I den videre fremstilling benyttes begrepet «*virksomhetsoverdragelse*» både om overdragelser i form av *aksjesalg* og *innmatssalg*.⁶

Med risikofordeling menes spørsmålet om hvem som er nærmest å bære risikoen for et forhold. I juridisk teori kan dette forstås som både vederlagsrisikoen og oppfyllelsesrisikoen. I denne fremstillingen er det først og fremst vederlagsrisikoen det siktes til, slik Christoffersen (2008) s. 30 benytter begrepet.

2 RETTSKILDEBILDET

2.1 Lovregulering

Det finnes ikke en egen lov for kjøp og salg av virksomheter, og følgelig heller ingen særskilt regulering av mangelsspørsmål ved virksomhetsoverdragelser. Derfor kommer det alminnelige kjøpsrettslige lovverket til anvendelse. De mest sentrale lovene for oppgavens tema er kjøpsloven og avtaleloven.

Et særtrekk ved kjøpsretten er at lovverket er utformet igjennom et fellesnordisk lovsamarbeid. Dette innebærer at lovens materielle løsninger stort sett er felles i de nordiske

² Christoffersen (2005) s. 20.

³ Woxholth (2010) s. 32.

⁴ Se tilsvarende hos Engholm Hansen og Lundgren (2014) s. 29.

⁵ Christoffersen (2008) s. 27.

⁶ Selv om transaksjonsformene er ulike, er det i forhold til oppgavens tema ikke grunn til å skille. I all hovedsak vil mangelsreglene være sammenfallende ved begge former for overdragelser. Mangelsreglene presenteres samlet for begge salgsformer. Der det foreligger avvik mellom de to formene fremheves dette.

kjøpslovene, men med enkelte avvikende nasjonale løsninger.⁷ Denne fellesnordiske rettsenheten gjør at rettskilder fra både Sverige og Danmark vil være egnet til å kaste lys over norsk rett. Nordisk rett vil derfor her bli brukt for å eksemplifisere, uten at det foretas en dypere komparativ analyse.

2.2 Kjøpsloven⁸

2.2.1 Kjøpslovens anvendelse på virksomhetsoverdragelse ved aksjesalg

Det følger av kjøpsloven § 1 at loven gjelder for «kjøp» såfremt ikke annet er fastsatt ved lov. Ettersom det ikke er noen lov som regulerer aksjesalg generelt, gjelder kjøpsloven. Dette fremgår forutsetningsvis av kjøpsloven § 80, og eksplisitt av lovens forarbeider; «[l]oven gjelder f.eks. også overdragelse av verdipapirer, fordringer og andre rettigheter».⁹ Kjøpsloven er derfor utgangspunktet ved virksomhetsoverdragelser i form av aksjekjøp.

Kjøpsloven er imidlertid utformet med sikte på mindre sammensatte kjøpsgjensstander enn virksomheter. En virksomhet er ikke ett konkret objekt, men kan bestå av en rekke ulike formuesobjekter, rettigheter og forpliktelser. Det oppstår derfor en del særlige problemstillinger ved virksomhetsoverdragelser. Dette ble drøftet av Høyesterett i Bodumdommen Rt.2002.1110.¹⁰ Saken omhandlet mangelsspørsmål ved kjøp av en virksomhet som solgte kjøkkenutstyr. Det ble fremholdt i dommen at «bestemmelsene [i kjøpsloven] primært er utformet med sikte på vanlig løsørekjøp» og av den grunn vil «loven anvendt på virksomhetsoverdragelse ved kjøp av aksjer reise[] særlige problemstillinger.» En del av disse problemstillingene vil bli behandlet i den videre fremstillingen.

Avhandlingen avgrenses mot en omdiskutert problemstilling, nemlig spørsmålet om *hvordan* kjøpslovens mangelsregler kommer til anvendelse ved kjøp av aksjer.¹¹ Diskusjonen relaterer seg til aksjers tosidige karakter. På den ene side er en aksje en omsettelig formuesrettighet i seg selv. På den annen side utgjør aksjen et indirekte eierskap i den underliggende virksomhet. Det er derfor ikke klart om mangelen må knytte seg til den underliggende virksomhet eller til egenskaper ved selve aksjene. Dette kan formuleres som et spørsmål om

⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 19.

⁸ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 48.

¹⁰ Heretter Bodum-dommen.

¹¹ En omfattende gjennomgang av problemstillingen gjøres av Christoffersen (2005) s. 22-24. Hun henviser til Gunnar Karnell, «Om värdefel vid överlåtelse av rörelse drivande aktiebolag», *Festskrift till Knut Rodhe* (1976) s. 271, Ola Åhman, «Betydelseprövningen vid företagsöverlåtelser», *SVJT* (1990) særlig s. 480-482 og Hagström (2006) s. 68-69.

hva som er salgsgjenstanden, aksjene eller virksomheten.¹² I Bodum-dommen slo Høyesterett fast at der det foretas en virksomhetsoverdragelse hvor samtlige aksjer i selskapet overdras, vil mangelsvurderingen knyttes til den underliggende virksomhet. Dommen forutsetter at kjøp av samtlige aksjer i et selskap, anses som et kjøp av virksomhet. Kjøper kan følgelig påberope seg kjøpslovens mangelsregler, uten at det hefter noen feil ved aksjene som sådan.

Dersom en overdragelse vurderes som et salg av aksjer, og ikke virksomhetssalg, vil selger kun innstå for egenskaper ved aksjene og ikke for virksomheten. Dette er for eksempel aksjenes eksistens og selgers eierskap til disse. Bodum-dommen avklarte ikke hvor grensen går nedad for hvor stor andel av et selskaps aksjer som må overdras for at det er tale om virksomhetsoverdragelse. Denne oppgaven omhandler mangelsproblemer ved den underliggende virksomhet. Det forutsetts derfor i den videre fremstillingen at 100 prosent av et selskaps aksjer overdras.

2.2.2 Kjøpslovens anvendelse på virksomhetsoverdragelse ved innmatssalg

Hverken kjøpsloven eller lovens forarbeider berører spørsmålet om kjøpsloven er anvendelig ved virksomhetsoverdragelse ved innmatssalg. Likevel synes det å være enighet i teorien at ved virksomhetsoverdragelser hvor 100 prosent av et formueskompleks selges samlet, kommer kjøpsloven til anvendelse.¹³ Det kan imidlertid drøftes om kjøpsloven må suppleres av de enkelte særlover som gjelder for gjenstandene i virksomheten.

Sven Eriksrud er av den oppfatning at kjøpsloven ikke alene er tilstrekkelig som rettskilde ved mangelsproblemer.¹⁴ Det må etter vurdering foretas en todelt mangelsvurdering. Først må det vurderes om den enkelte gjenstand i virksomheten er mangelfull. Denne vurderingen må foretas med utgangspunkt i den særlov som gjelder for gjenstanden. Dersom det konstateres å foreligge en mangel ved gjenstanden, vurderes det om dette innebærer at virksomheten som helhet har en mangel. Denne andre vurderingen gjøres etter kjøpsloven.

Christoffersen skisserer en annen løsning. Hun tar til orde for at mangelsproblemer ved salg av virksomheter ved innmatssalg i sin helhet vil reguleres av kjøpsloven. Vurderingstemaet etter denne modellen er om det foreligger en virksomhetsoverdragelse eller ikke. Dette kan være regulert i kjøpekontrakten, men må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Anses salget som en

¹² Hagstrøm (2006) s. 68.

¹³ Christoffersen (2008) s. 75-76.

¹⁴ Eriksrud (1996) s. 2.

virksomhetsoverdragelse vil de særlover som ellers gjelder for virksomhetens enkeltgjenstander ikke komme til anvendelse.¹⁵ Ett eksempel som kan belyse vurderingstemaet er et salg av en virksomhet som kun består av en fast eiendom. Ettersom virksomheten i sin helhet er drevet rundt denne eiendommen, taler gode grunner for at dette ikke er en virksomhetsoverdragelse, men et eiendomssalg. I så fall vil avhendingsloven komme til anvendelse.¹⁶

Jeg finner Buskeruds løsning mest naturlig. For det første ønsker virksomhetskjøper i de fleste tilfeller å få kontroll på selve virksomheten, altså den forretningsmessige driften, og ikke de enkelte gjenstander. Av den grunn vil det være mest naturlig å la mangelsvurderingen ta utgangspunkt i virksomheten som et samlet formueskompleks. Rettsanvenderen unngår på denne måten en kunstig oppdeling hvor formålet med kjøpet ikke inngår i vurderingen av det enkelte objekt etter en særlov. I tillegg er det ikke alltid slik at virksomheten som overdras inneholder gjenstander som reguleres av særlover. Dersom det er tale om en kunnskapsbedrift, vil problemstillingene ved lovvalget være helt ulike de som gjelder for en produksjonsbedrift. Formålsbetraktninger og rettslikhet tilsier etter mitt skjønn at det er oversiktlig om kjøpsloven regulerer alle virksomhetskjøp.

2.3 Avtaleloven¹⁷

Mangelsreglene i kjøpsloven har en side til avtalelovens ugyldighetsregler. En mangel grunnet uriktige opplysninger etter kjøpsloven, vil også kunne være av en slik karakter at den har påvirket avtalen og derfor foreligger det en tilblivelsesmangel. Av den grunn vil avtaleloven til anvendelse.¹⁸

Selv om partene ved virksomhetsoverdragelser er kommersielle aktører med en vidtrekkende avtalefrihet, er det enkelte grunnleggende rettslige prinsipper som ikke kan reguleres vekk. Der partenes kontrakter er i strid med preceptoriske regler kan det oppstå spørsmål om avtalemessig ugyldighet eller avtalesensur. Dette behandles i oppgavens del V.

2.4 Rettspraksis

Det er kun et fåtall høyesterettsdommer som omhandler mangelsspørsmål ved virksomhetsoverdragelser. Det finnes noe underrettspraksis som omhandler selgers risiko og

¹⁵ Christoffersen (2008) s. 76.

¹⁶ Avhendingsloven. *Lov om avhending av fast eiendom* 3. mars 1992 nr. 93.

¹⁷ Avtaleloven. Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

¹⁸ Woxholth (2012) s. 229.

ansvar for mangler. En antatt årsak til det begrensede antall dommer på dette området er at partene i konfliktene er profesjonelle næringsdrivende. Tvister løses ofte i minnelighet eller ved voldgift, og ikke for de alminnelige domstoler.¹⁹ Etersom voldgiftsdommer i hovedsak ikke publiseres, vil det i denne fremstillingen ikke bli referert til voldgiftspraksis.

¹⁹ Eriksrud (1996) s. 9. fremhever at det oppstår tvister, men at disse ”synes å finne sin løsning gjennom voldgift”.

DEL II UTGANGSPUNKTER

3 RISIKOFORDELING

3.1 Opplysningsrisiko, opplysningsplikt og undersøkelsesplikt

Utgangspunktet i norsk rett er at hver av kontraktspartene bærer risikoen for egne forventninger og forutsetninger.²⁰ Utgangspunktet må imidlertid ses opp i mot den alminnelige lojalitetsplikten som gjelder i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten oppstiller en form for minstestandard til forventet opptreden partene imellom, - partene er til en viss grad forpliktet å ivareta hverandres interesser.²¹ Lojalitetsplikten gir opphav til en rekke spesifikke rett- og pliktrelasjoner.²² Som utslag av lojalitetsplikten må selger gi vesentlig informasjon til kjøper (opplysningsplikt). Denne informasjonen må være korrekt og fullstendig (opplysningsrisiko). Samtidig kan ikke kjøper påberope seg et forhold som han var eller burde vært kjent med før kjøpet (undersøkelsesplikt).

Denne avhandlingen vil i hovedsak omhandle spørsmål om selgers risiko for opplysninger som viser seg å være uriktige, mangelfulle eller villedende. I det videre vil dette omtales som «*opplysningsrisiko*» slik Haaskjold benytter begrepet.²³ Krüger omtaler dette som selgers «*beskrivelsesrisiko*», men denne begrepsbruken er i liten grad innarbeidet i norsk rett.²⁴ Mislighold av opplysningsplikt og opplysningsrisiko omtales samlet som «*opplysningssvikt*».²⁵

Det er imidlertid ikke mulig å behandle opplysningsrisikoen isolert. Opplysningsrisikoen må vurderes opp i mot andre regler som påvirker den endelige risikoplasseringen. Reglene om selgers *opplysningsplikt* virker parallelt med opplysningsrisikoen. Både der det er ureddelig å ikke gi opplysninger og i tilfeller hvor det gis uriktige opplysninger kan virksomhets selger

²⁰ Hagstrøm (2011) s. 154.

²¹ Woxholth (2012) s. 272.

²² *Op.cit.*

²³ Haaskjold (2013) s. 525.

²⁴ Krüger (1999) s. 159.

²⁵ Undertiden brukes «opplysningsrisiko», «opplysningsplikt» og «opplysningssvikt» om hverandre. Hov og Høgberg (2016) s. 148 bruker eksempelvis opplysningsrisiko om det som tradisjonelt er omtalt som opplysningsplikt. Dette begrunner de med at «plikterminologien er litt misvisende». Jeg er i utgangspunktet enig i argumentasjonen. Det å gi informasjon er ikke en plikt som kan kreves oppfylt igjennom dom. Poenget er at *fraværet* av å gi opplysninger kan medføre ansvar. Imidlertid er opplysningsplikt så innarbeidet i norsk rett at det vil skape forvirring om det gis et nytt innhold. Av den grunn benyttes i denne fremstilling begrepene opplysningsrisiko og opplysningsplikt slik de normalt forstås i obligasjonsretten.

måtte bære risikoen. Derfor kan ikke selger i frykt for å gi uriktige opplysninger holde seg fullstendig taus. I tillegg vil også kjøpers *undersøkelsesplikt* påvirke risikofordelingen.

Opplysningsplikten og undersøkelsesplikten vil i det videre behandles der dette er nødvendig for oversikten over risikofordelingen mellom partene, og presenteres kort i det følgende.

Resten av oppgaven sentreres rundt problemstillinger relatert til opplysningsrisiko.

3.2 Selgers opplysningsplikt

Prinsippet om selgers opplysningsplikt er lovfestet i en rekke av lovene på kontraktsrettens område. Blant dem kjøpsloven § 19 første ledd bokstav b.²⁶ Bestemmelsen angir at en mangel foreligger dersom selger har «*forsømt å gi opplysning om vesentlige forhold ved tingen [...] som han måtte kjenne til og som kjøperen hadde grunn til å rekne med å få*». I tillegg fremgår det at forsømmelsen må kunne «*antas å ha innvirket*» på avtalen.

Opplysningsplikten omfatter både positive og negative forhold ved virksomheten. Et positivt forhold angir *eksistensen* av en nærmere angitt omstendighet. Et negativt forhold angir *fravær* av konkrete omstendigheter.²⁷ Av juridisk teori fremgår det at hypoteser, antakelser, rådgivning og veiledning ikke omfattes av opplysningsplikten.²⁸ Virksomhets selger er eksempelvis ikke pliktig å komme med sitt syn på fremtidig utvikling i bransjen.

En vesentlig forskjell mellom selgers opplysningsrisiko og selgers opplysningsplikt er at opplysningsplikten omfatter krav om subjektiv skyld.²⁹ Virksomhets selger må kunne klandres for ikke å ha overholdt sin plikt til å gi informasjon. Dersom selger ikke visste eller burde vite om forholdet, kan han heller ikke klandres.³⁰ Opplysningsrisikoen er derimot objektiv.³¹ Dette innebærer at selger kan ilegges risikoen for uriktige, villedende eller mangelfulle opplysninger selv om han er uten skyld. Eksempelvis kan en selger som fremsetter uriktige opplysninger om maksimal produksjonskapasitet for en fabrikk, i den tro at de var korrekte, likevel måtte bære risikoen for opplysningene.

²⁶ Kjøpsloven § 19 regulerer i utgangspunktet tilfeller hvor tingen er solgt «som den er». Basert på en «fra det mer til det mindre» betraktning må det faktum at opplysningsplikten slår igjennom ovenfor virksomhets selgers forbehold, tilsi det at også gjelder en plikt til å gi opplysninger der det ikke er tatt forbehold. Se Krüger (1999) s. 192 og Hagstrøm (2011) s. 149.

²⁷ Haaskjold (2013) s. 540.

²⁸ *Op.cit.* s. 541.

²⁹ Haaskjold (2013) s. 530.

³⁰ Christoffersen (2008) s. 510.

³¹ Haaskjold (2013) s. 530.

3.3 Kjøpers undersøkelsesplikt

Kjøpers undersøkelsesplikt har røtter tilbake til den romerrettslige maksimen *caveat emptor* – «kjøperen må se seg for».³² Av kjøpsloven § 20 fremgår det at en kjøper ikke kan påberope seg som «mangel noe han kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet». Bestemmelsen ilegger ikke kjøper en undersøkelsesplikt. Derimot angir den at kjøper bærer risikoen dersom han ikke har fulgt selgers oppfordring om å foreta undersøkelser eller at han har foretatt utilstrekkelige undersøkelser. Det gjelder følgelig en aktsomhetsnorm for kjøper. Virkningen av at kjøper forsømmer sin undersøkelsesplikt, er ofte at mangelskravene ikke fører frem.³³

Opplysningsplikten til selger krysses dermed av undersøkelsesplikten. Den kjøper som kjenner til et forhold kan ikke påberope seg at manglende opplysning om forholdet har virket inn på kjøpet. Poenget er da at opplysningspliktens innvirkningselement etter kjøpsloven § 19 første ledd bokstav b. ikke er oppfylt.

Som den videre fremstillingen vil vise, er det vanlig at virksomhetskjøper får muligheten til å foreta en forhåndsundersøkelse av virksomheten før kjøpsavtalen inngås. Dette omtales som en selskapsgjennomgang, eller en due diligence. Her benyttes begrepet selskapsgjennomgang. Forhold som ble oppdaget eller burde blitt oppdaget ved selskapsgjennomgangen, kan i utgangspunktet ikke påberopes av kjøper som en mangel.

Et relevant spørsmål er om muligheten til å gjøre en selskapsgjennomgang medfører et økt aktsomhetskrav for kjøper.

Når selger stiller all informasjon om virksomheten til disposisjon, er det nærliggende å kreve at kjøper faktisk foretar en grundig gjennomgang av informasjonen. Dersom kjøper har fått mistanke om at det er forhold ved virksomheten som er dårligere enn hva selger har opplyst, bør kjøper undersøke dette nærmere. Dersom det for eksempel finnes åpenbare motsigelser i det materiale som foreligger, vil dette kunne medføre at kjøper ikke har noen rimelig unnskyldning til å forholde seg uvitende. Aktsomhetsnormen tilsier at kjøper burde ha undersøkt forholdet. I forlengelsen av dette kan det vektlegges at kjøper selv ofte kan påvirke hvilken informasjon som skal fremlegges, ved å etterspørre informasjon og sende spørsmål.³⁴ Kjøper må derfor være aktpågivende ved en selskapsgjennomgang.

³² Hagstrøm (2011) s. 345.

³³ *Op.cit.*

³⁴ Se mer om dette i punkt 4.

Av rettspraksis fremgår det at dersom partene faktisk har avtalt at det skal gjøres en selskapsgjennomgang, skjerpes undersøkelsesplikten. Et slikt eksempel finnes i RG-2000-586, som omhandlet salg av 100 % av aksjene i et fiskeoppdrettsselskap. Lagmannsretten la til grunn at når kjøper har fått en rett til å foreta en fullstendig gjennomgang av selskapet, skjerpes undersøkelsesplikten.³⁵ Det må derfor kunne legges til grunn at den kjøper som foretar en selskapsgjennomgang forventes å være ekstra aktsom.

Imidlertid vil det kunne fremstå som lettvinnt at selger ikke bærer noen risiko fordi han har tilbudt kjøper å gjøre en selskapsgjennomgang. Hvorvidt tilbud om en selskapsgjennomgang automatisk fører til en skjerpet undersøkelsesplikt, er derfor usikkert. I LG-2010-195103, som omhandlet salg av en transportbedrift, konkluderte flertallet med at dette ikke er tilfellet. *«Selgerne har vist til at kjøperne hadde betinget seg å gjennomføre en due diligence undersøkelse, og gjort gjeldende at dette skjerpet kjøpernes undersøkelsesplikt. [...] Lagmannsrettens flertall er ikke enig i dette. Etter flertallets oppfatning må det riktige være at en avtale om due diligence heller skjerper selgers ansvar for å legge frem fullstendig og korrekt informasjon som grunnlag for undersøkelsen.»*

Etter min mening har løsningen til flertallet i LG-2010.195103 mye for seg. Når kjøper foretar en selskapsgjennomgang må han kunne forvente at informasjonen som fremlegges av selger er riktig. Dersom selskapsgjennomgangen aktiviserer en plikt for kjøper til å foreta ytterligere undersøkelser av troverdigheten og rekkevidden av det materialet som fremlegges vil gjennomgangen være nærmest formålsløs. Også Christoffersen skriver at selve selskapsgjennomgangen er ”basert på en forutsetning om at opplysningene er riktige.”³⁶ Videre kan det også legges vekt på at det er et grunnleggende kontraktsrettslig prinsipp at undersøkelsesplikten ikke suspenderer opplysningsplikten.³⁷

Konklusjonen er derfor at muligheten til å foreta en selskapsgjennomgang skjerper aktsomhetskravet for kjøper. Dette kravet går likevel ikke så langt at kjøper plikter å verifisere de opplysninger som er fremsatt av selger.

³⁵ Hov og Høgberg (2016) s. 163 synes å være enige med dette standpunktet.

³⁶ Christoffersen (2008) s. 485.

³⁷ Hov og Høgberg (2016) s. 163.

4 VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE

4.1 Avtaleslutningen ved virksomhetsoverdragelser

Avtaleslutningen ved kjøp av virksomheter skiller seg fra andre former for kjøp. Den tradisjonelle formen for avtaleinngåelse med suksessiv utveksling av tilbud og aksept følges sjelden. En virksomhetsoverdragelse vil ofte gjennomføres i flere faser, avhengig av størrelsen på transaksjonen. Vanligvis vil en salgsprosess av litt størrelse foregå i 8 faser;³⁸ i) forberedelsesfasen, ii) oppstartsfasen, iii) første forhandlingsfase, iv) undersøkelsesfasen, v) endelig forhandlingsfase. Deretter kommer vi) oppfyllelse av betingelser, vii) avtalens oppfyllelse og viii) integrasjonsfasen.

4.2 Selskapsgjennomgang

Virksomheters sammensatte natur og kompleksitet gjør dem til uoversiktlige kjøpsobjekter. Det vil alltid være en risiko ved kjøp av en virksomhet. Denne risikoen vil være til stede uavhengig av om kjøpsobjektet er et multinasjonalt konsern eller et lite aksjeselskap med kun én eier.

Alle virksomheter har både en intern og en ekstern risiko, som vil følge virksomheten ved transaksjonen. Den interne risikoen vil eksempelvis kunne være at virksomheten er under etterforskning for forurensning, eller at nøkkelpersoner har sagt opp sine stillinger. Den eksterne risikoen relateres til regulatoriske- makroøkonomiske- og markedsmessige forhold, eksempelvis endret markedsmakt hos andre aktører. Begge former for risiko er alltid til stede ved en virksomhetsoverdragelse. Ettersom opplysninger om virksomheter kun i begrenset grad finnes offentlig, har kjøper liten mulighet til å avdekke alle disse risikofaktorene. Derfor ønsker kjøper å foreta en selskapsgjennomgang.

En «*selskapsgjennomgang*» er en undersøkelse av målselskapet som foretas av virksomhetskjøper og gjerne hans rådgivere.³⁹ I teori og praksis anvendes også begrepene «*forundersøkelse*» og «*due diligence*».⁴⁰ Due diligence betyr direkte oversatt «tilbørlig aktsomhet» hvilket illustrerer måten kjøper bør tilnærme seg en virksomhetsoverdragelse.

³⁸ Engholm Hansen og Lundgren (2014) s. 39-48. Forfatterne legger til grunn at det er vanlig med disse 8 fasene. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Det er ikke sikkert at alle fasene benyttes i en virksomhetsoverdragelse, og rekkefølgen kan variere.

³⁹ Avhandlingen avgrenses til kun å omfatte selskapsgjennomgang foretatt av kjøper. Videre avgrenses fremstillingen til kun å behandle undersøkelser som skjer før kjøp. De etterfølgende undersøkelser vil i hovedsak bare føre til reforhandling av avtalen eller at kjøpet blir hevet. Se Engholm Hansen og Lundgren (2014) s. 253.

⁴⁰ Fondevik (2013) s. 269-270.

Det er flere ulike formål med en selskapsgjennomgang. Først og fremst ønsker kjøper å avdekke hvilken risiko det innebærer å overta virksomheten. Risiko som oppdages vil ha betydning for kjøpers vurdering av om kjøpet skal gjennomføres og hvilken pris han er villig til å gi. Selv om norsk bakgrunnsrett er balansert, regulerer den ikke alle tvister som kan oppstå i etterkant av en virksomhetstransaksjon. Selskapsgjennomgangen gir derfor partene en mulighet til å avtaleregulere risikoen på de områdene det oppdages en særlig risiko. Et eksempel kan være at virksomheten er involvert eller forventes å bli involvert i en rettssak. Partene kan avtale at dersom saken ender med tap må selger bære kostnadene, selv etter at kjøpet er gjennomført. Selskapsgjennomgangen bidrar derfor til økt forutberegnelighet for begge parter.

Ved hjelp av informasjonen fra selskapsgjennomgangen får kjøper økt innsikt i virksomheten hvilket gjør at kjøper kan planlegge integreringen av det nye selskapet på en hensiktsmessig måte. Sett fra et samfunnsmessig nytteperspektiv er det positivt med en smidig overgang, slik at ressursene utnyttes best mulig.

Selve selskapsgjennomgangen involverer som regel en rekke ulike profesjoner. I tillegg til en juridisk gjennomgang foretas det ofte en finansiell, teknisk, operasjonell, og kommersiell gjennomgang av selskapet.⁴¹ Den juridiske selskapsgjennomgangen vil fokusere spesielt på selskapsstruktur, selskapsorganisering, arbeidsrettslige og konkurranserettslige forhold. Også rettsforhold om fast eiendom, målselskapets nåværende avtaler, lån og garantier overfor tredjemenn, tvister, og forholdet til offentlige myndigheter bør gjennomgås.

En selskapsgjennomgang vil ikke eliminere all risiko for kjøper. Det kan eksempelvis være forhold på selgersiden som ikke enda er inntrådt, men som oppstår før kjøpet er gjennomført. Dette kan være at virksomheten får offentlige pålegg eller at forholdet til tredjemenn endres. Risikoen for at det kan inntre forhold i etterkant av selskapsgjennomgangen som har utspring i forhold forut for undersøkelsen bør reguleres i avtalen.

Det er også alltid en fare for at det fremkommer uriktig, villendene eller mangelfull informasjon underveis i selskapsgjennomgangen. Det er derfor vanlig å supplere en selskapsgjennomgang med garantier og andre kontraktsmekanismer i selve transaksjonsavtalen.⁴² Ved å legge inn garantier i avtalen kan virksomhetskjøper gjøre en

⁴¹ Aabø-Evensen (2011) s. 646.

⁴² Aabø-Evensen (2011) s. 663.

mindre omfattende selskapsgjennomgang. Dette gjøres i stor utstrekning ved virksomhetsoverdragelser i dag, og gjennomgås i oppgavens del IV.

4.2.1 Kort om datarom og virtuelle datarom

Både den juridiske og den finansielle delen av en selskapsgjennomgang innebærer at store mengder dokumenter må vurderes. Disse dokumentene er som oftest konfidensielle, og må derfor fremstilles for kjøper på en måte hvor de ikke offentliggjøres. Tidligere var det vanlig at virksomhetselger samlet all informasjon i ringpermer som ble plassert på et rom. Derav navnet «datarom». Det har vært en sterk teknisk utvikling siden fremveksten av internett og frem til i dag. Muligheten for å laste opp store mengder data via internett har gjort at «virtuelle datarom» har overtatt for de tradisjonelle datarommene.⁴³ Det oppstår flere problemstillinger relatert til de virtuelle datarommene og selgers opplysningsrisiko. Disse behandles i oppgavens del III.

⁴³ Så sent som i Christoffersen (2008) er virtuelle datarom omtalt kun med ett avsnitt. «I større transaksjoner forekommer det at datarommet organiseres ved at dokumentasjon scannes og lagres elektronisk slik at kjøper ikke får fysisk tilgang til dokumentene» s. 61.

DEL III RISIKOFORDELING ETTER BAKGRUNNSRETTE

5 BAKGRUNNSRETTENS ANVENDELSESOMRÅDE

5.1 Når kommer bakgrunnsretten til anvendelse

Hovedregelen i norsk rett er at kjøpsloven kommer til anvendelse ved virksomhetsoverdragelser dersom partene ikke har fraveket den gjennom kontrakt. Dette gjelder følgelig også for mangelsspørsmål. Av rettspraksis knyttet til kjøpsloven § 3 fremgår at det kreves klare holdepunkter for at kjøpsloven skal anses fraveket.⁴⁴ På samme måte kreves klare holdepunkter i avtalen for at selger har påtatt seg et større ansvar enn det som følger av kjøpsloven.

Selv om partene gjennom avtale har fraveket bakgrunnsrettens utgangspunkt, kan kjøpsloven likevel være relevant. For det første fordi er det vanskelig å kontraktsregulere alle problemstillinger som kan oppstå i etterkant av et kjøp. Se eksempelvis LB-1999-2118. Saken omhandlet salg av alle aksjer i et privat aksjeselskap. Partene hadde kontraktsregulert hva som skulle utgjøre en mangel. Likevel kom lagmannsretten til at det kan ”være grunnlag for å påberope seg kjøpslovens mangelsregler i tillegg til avtalens egen regulering av mangler.”

Dersom partenes kontrakt ikke regulerer en problemstilling, er det sikker rett at man skal se hen til kjøpsrettens løsninger, jfr. bla. HR-2016-1447-A.

«I vår sak får bakgrunnsretten betydning allerede til klargjøring av hvordan tidligere standardavtaler skal forstås, men det kan rent prinsipielt sett ikke være tvilsomt at bakgrunnsretten vil være et relevant selvstendig tolkningsmoment når en sikker løsning ikke følger av den inngåtte avtale.»

Selv om dommen behandler et annet juridisk tema, standardkontrakter i leieforhold mellom næringsdrivende, - kan dommen tas til inntekt for at man faller tilbake på bakgrunnsretten når avtalen er taus. Dette må anses som et generelt prinsipp.

⁴⁴ Haaskjold (2013) s. 143.

Et annet poeng er at selv om partene har fraveket lovens utgangspunkt, benytter kontraktene ofte lovverkets begreper. Eksempelvis kan det være inntatt en klausul i kontrakten om at virksomhetskjøper må reklamere «*innen rimelig tid*», hvilket tilsvarer reklamasjonsfristen i kjøpsloven § 32. Ved tolkning av kontrakten vil tolkningen av det aktuelle begrepet i kjøpsloven være av betydning. Rettspraksis knyttet til kjøpsloven benyttes til utfylling og supplering av kontraktene.

Selv i de tilfeller hvor partene har fastsatt at kontrakten er det eneste mangelsgrunnlaget som kan påberopes, kan bakgrunnsretten være relevant. I enkelte tilfeller vil slike kontrakter stride mot preseptorisk rett, og de vil derfor sensureres i medhold av avtalelovens bestemmelser. Etter sensur vil bakgrunnsretten kunne være relevant som tolkningsmomenter. Dette behandles i punkt 7.

Av det som fremgår over kan det konstateres at kjøpsloven også regulerer mangelsproblemer knyttet til selges opplysningsrisiko.

5.2 Utgangspunktet for mangelsvurderingen ved virksomhetskjøp.

5.2.1 Innledning

I punkt 6 redegjøres for mangelsproblemer som følger av uriktige, villedende eller mangelfulle opplysninger. Først gis imidlertid en kort presentasjon av utgangspunktet for mangelsproblemet. Og ettersom avtalen er utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger en mangel, gjennomgås prinsipper for avtaletolkningen i punkt 5.2.3

5.2.2 Den konkrete mangelsvurdering

Kjøpsloven er utgangspunktet for mangelsvurderingen ved virksomhetsoverdragelser. Det fremgår av kjøpsloven § 17 første og tredje ledd at kjøpsobjektet skal være i samsvar med hva som følger av avtalen. Dersom det er et avvik mellom kjøpsobjekt og avtale foreligger det en mangel. Krüger omtaler bestemmelsen som mangelslærens primærregel.⁴⁵ Kjernen er at selger plikter å levere en kontraktsmessig vare. Bestemmelsen regulerer imidlertid kun de opplysninger som er nedfelt i kontrakt. Risikoen for de fremsatte opplysninger som ikke er

⁴⁵ Krüger (1999) s. 164.

eksplicit regulert i avtalen reguleres av kjøpsloven §§ 18 og 19. Dette behandles i oppgavens punkt 6.

5.2.3 Prinsipper i avtaletolkningen

Hvorvidt det foreligger en mangel beror på en objektiv vurdering av kjøpsobjektet og hva som er avtalt. Hva som er avtalt følger av kontrakten ferdig tolket og utfylt. Ved avtaletolkningen vil subjektive elementer både på selger- og kjøpersiden kunne spille inn. Eksempelvis vil partenes formål og forutsetninger med virksomhetskjøpet kunne trekkes inn. Av kjøpslovens forarbeider fremkommer at *«ikke bare avtalens tekst, men også partenes forutsetninger og andre forhold rundt det enkelte kjøpet kan ha betydning.»*⁴⁶ Partenes forutsetninger ble også fremhevet av Høyesterett i Bodum-dommen. I domsavsigelsen forutsatte Høyesterett at det ved virksomhetsoverdragelse vil være visse grunnleggende forutsetninger om økonomiske forventninger som en kjøper må kunne påberope. Disse forutsetningene kan påberopes selv om de ikke fremgår direkte av kontrakten.

Andre momenter som kan vektlegges i avtaletolkningen er partenes faglige styrke og sakkyndighet.⁴⁷ Ettersom virksomhetsoverdragelser skjer mellom profesjonelle næringsdrivende, er partene i utgangspunktet likeverdige. Men også på næringsområdet kan det være grunnlag for en viss differensiering mellom partene basert på styrkeforhold og ressurser.⁴⁸ For eksempel vil en gründer som selger en liten virksomhet uten hjelp av eksterne rådgivere fremstå mindre profesjonell enn et selskap eller fond som er spesialisert på oppkjøp og videresalg, de såkalte Private-Equity fondene. I slike situasjoner vil for eksempel tolkning av en uklar klausul i kontrakten kunne gå i oppkjøpsfondets disfavør. Oppkjøpsfondet presumeres å ha langt mer kompetanse, ressurser og erfaring med å utforme kontrakter, og vil derfor i større grad bære risikoen ved uklarheter.

Videre vil kjøpesummen også være avgjørende for kjøpers berettigede forventninger. Høyesterett trakk frem pris som et moment i forventningsavklaringen i Bodum-dommen. Her fremgår det at kjøper hadde grunn til å ha høye forventninger *«ikke minst [fordi] prisen for selskapet på kroner 3.600.000 viser at Bodum har gått ut fra at Kjøkkenpartneren var et selskap med sunn økonomi og drift.»* Christoffersen påpeker at det det kan være vanskelig å finne en objektiv verdi på virksomheter, ettersom kjøper ofte tar subjektive forhold i

⁴⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 59.

⁴⁷ Haaskjold (2013) s. 344.

⁴⁸ Krüger (1999) s. 605-606.

betraktning når han bestemmer hvilken pris han kan akseptere og betale.⁴⁹ Derfor er pris på virksomheter mindre egnet til å fastsette hvilke berettigede forventinger kjøper kan enn hva som er tilfellet ved andre kjøpsgjensstander. Utgangspunktet må likevel være at prisen har betydning slik dommen viser, men det vil bero på en konkret vurdering.

6 OPPLYSNINGSRISIKO

6.1 Innledning - Avvik fra det som er opplyst

Dersom opplysningene er blitt kontraktsfestet eller henvist til i kontrakten, vil forholdet som vist reguleres av kjøpsloven § 17. I mange tilfeller vil virksomhets selger ha gitt kjøper informasjon om målselskapet, uten at denne informasjonen har kommet eksplisitt til uttrykk i kontrakten.⁵⁰ Avvik mellom opplysninger som ikke er kontraktsfestet og kjøpsgjensstanden kan også utgjøre en mangel. Dette fremgår av kjøpsloven § 18.

Kjøpsloven § 18 1. ledd fastsetter at dersom «*tingen ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen, dens egenskaper eller bruk og som kan antas å ha innvirket på kjøpet*» foreligger det en mangel.⁵¹

I det følgende redegjøres nærmere for de ulike vilkårene i kjøpsloven § 18. Bestemmelsen regulerer opplysningsrisikoen, og er sentral ved mangelspørsmål som følger av uriktige, villedende og mangelfulle opplysninger.

6.2 Hvilke opplysninger er omfattet

6.2.1 Hva er en opplysning

Begrepet «*opplysning*» tilsier at informasjonen må være egnet til å gi kjøper kunnskap eller forventninger om salgsobjektet. Det må derfor kunne stilles et minstekrav til spesifikasjon og konkretisering av den aktuelle opplysningen. I tillegg må det faktisk være gitt en opplysning. Tilbakeholdt informasjon vil ikke omfattes av bestemmelsen, men faller innunder reglene om misligholdt opplysningsplikt, jfr. kjøpsloven § 19 første ledd bokstav b.

⁴⁹ Christoffersen (2008) s. 407.

⁵⁰ Ettersom § 17 ikke har et krav om innvirkning kan det ha stor betydning for kjøper om han kan påvise at opplysningene er kontraktsfestet.

⁵¹ Kjøpsloven § 18 må ses i sammenheng med regelen i § 19 første ledd a. Av § 19 fremgår det at dersom selger har fremsatt uriktige opplysninger må selger selv bære risikoen også når kjøpsobjektet er solgt med «som den er» forbehold. På denne måten sikrer lovgiver at selger ikke kan villedde kjøper med uriktige opplysninger, for deretter å frasi seg risikoen for disse opplysningene ved «som den er» forbeholdet. Lovgiver har laget en løsning hvor «bordet fanger» selgers uriktige opplysninger, se Krüger (1999) s. 173.

Det er ingen forutsetning at selgeren kan lastes for å ha gitt uriktige opplysninger. Det er en objektiv opplysningsrisiko, som ilegger ansvar uavhengig av skyld.⁵² Videre må opplysningene omhandle målselskapet. Opplysninger om markedet, konkurrenter eller myndighetenes atferd omfattes ikke. Eksempelvis vil selgers kunnskap om at det offentlige vurderer endring av en støtteordning, ikke være en opplysning om virksomheten som sådan.

Et spørsmål er hvorvidt flere opplysninger som isolert anses for å være av mindre betydning, samlet kan anses å være en «opplysning» som kan medføre mangelsansvar.

Man kan tenke seg en virksomhet som i datarommet har lastet opp kundelister og andre dokumenter, hvor det flere steder fremgår at de største aktørene innen den aktuelle næring har hatt en kunderelasjon til virksomheten. Isolert sett vil ikke det at navnet på store aktører finnes i dokumentene være opplysninger kjøper bør innrette seg etter. Når navnene fremgår i flere dokumenter vil kjøper imidlertid kunne få inntrykket av en solid kunderelasjon til disse aktørene. Dersom det viser seg at leveransene til de store aktørene er helt minimale og ligger langt tilbake i tid, vil kjøper kunne ha innrettet seg i den tro at det er mer soliditet i kundemassen enn hva som reelt er tilfellet. Vil de isolert sett uvesentlige opplysningene da samlet sett kunne være en villedende «opplysning» kjøper har vektlagt?

Selger er nærmest å sikre at informasjonen i datarommet er korrekt og fullstendig. Dersom selger kan bli ansvarlig i slike situasjoner kan dette også innebære en ekstra oppfordring til å kontrollere materialet som publiseres. Effektivitetshensyn kan trekke i samme retning, ettersom kjøper i utgangspunktet må kunne stole på totaliteten i den informasjon som er fremlagt. Det vil imidlertid gå en grense. Kjøpers aktsomhetsplikt tilsier at han på et tidspunkt burde få verifisert informasjonen dersom den er en viktig forutsetning for kjøpet. Videre må det også avgrenses mot kjøpers mer spekulative fortolkninger av flere uvesentlige opplysninger.

Innen kjøpsretten er det rom for allmenne lovprisninger av salgsobjektet fra selgers side, uten at dette anses som «opplysning» etter lovens ordlyd. Av kjøpslovens forarbeider fremgår det at «*mange av de opplysninger som gis i markedsføring er så generelle og vage at de ikke uten videre kan brukes som grunnlag for mangelskrav overfor selgeren.*»⁵³ Som eksempel tjener Hotell-dommen i Rt.1932.835. Selger av et hotell på Sollihøgda hadde reklamert med vakker utsikt over Tyrifjorden. Da dette viste seg uriktig, gikk kjøper til sak, men tapte. Høyesterett

⁵² Se mer om dette i punkt 3.2

⁵³ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 60.

uttalte at «den slags reklameprospekter i handel og vandel ikke kan opfattes som eksakte kontraktstilbud er en kjensgjerning som ogsaa kjøperen maatte være klar over.» Krüger beskriver dette som «det legitime spillerum for harmløs overdrivelse og lovprising av salgstingen».⁵⁴ Det kan også nevnes at informasjon som klart bærer preg av overdrivelse og subjektive karakteristikk, rettslig sett heller ikke vil kunne sies å ha hatt innvirkning på kjøpet.

Det overnevnte illustrerer samspillet mellom selgers opplysningsrisiko og kjøpers undersøkelsesplikt. Etter kjøpsloven § 20 kan ikke kjøper gjøre gjeldende som mangel noe han kjente eller burde ha kjent til fra før. Av den grunn vil lovprisinger, som enkelt lar seg undersøke som regel tilsi at selger ikke kommer i mangelsansvar.

6.2.2 Uriktige, villedende og mangelfulle opplysninger

Kjøpsloven § 18 omhandler uriktige, mangelfulle og villedende opplysninger. En *uriktig* opplysning foreligger dersom det er et avvik mellom virksomheten og de opplysninger som er gitt av selger. En *mangelfull* opplysning er ikke i seg selv uriktig, men er fremsatt på en slik måte at den ikke gir kjøperen det fulle og hele bildet av kjøpsobjektet. Opplysninger som er *villedende* er ikke isolert sett uriktige eller mangelfulle, men de er egnet til lede kjøper til å trekke gale konklusjoner. Et eksempel på en opplysning som både er villedende og mangelfull er at selger gir opplysninger om at målselskapet har flere store kontrakter, uten å nevne at disse kontraktene snart utløper. Et annet eksempel kan være en virksomhetsoverdragelse som omfatter en fast eiendom med utleiedel, hvor det forties at utleiedelen ikke har de nødvendige tillatelser.

Særlig der det fremsettes *villedende* opplysninger er det et spørsmål om selger også hadde en opplysningsplikt. Det kan spørres om det er en reell forskjell mellom opplysningsplikten og opplysningsrisikoen på dette punkt.

For å avgjøre hvilket regelsett som benyttes må det gjøres en vurdering av hvilket element som er mest fremtredende; enten tilbakeholdt informasjon eller villedelsen av kjøper.⁵⁵ Antakelig ville nok virksomhets selgeren i eksempelet ovenfor vært pliktig til å opplyse om at utleiedelen ikke er godkjent. Utfallet vil imidlertid ofte bli det samme uavhengig av hvilket regelsett som benyttes. Dog er det en forskjell mellom opplysningsrisikoen og opplysningsplikten. Reglene om virksomhets selgers opplysningsplikt innebærer et krav om

⁵⁴ Krüger (1999) s. 173.

⁵⁵ Christoffersen (2008) s. 457.

subjektiv skyld, jfr. kjøpsloven 19. 1. ledd. Altså må selger ha eller burde forstått at de opplysningene han fremsatte var uriktige for at han skal ilegges ansvar. Opplysningsrisikoen ilegger derimot ansvar uten at selger kan klandres. Dette innebærer at selger som fremsetter villendene opplysninger kan bli ansvarlig uavhengig av om villedelsen har skjedd forsettlig, uaktsomt eller ved en ren unnskyldelig glipp.⁵⁶

En annen problemstilling er om selgers informasjon om fremtidige forhold ved virksomheten er å anse som uriktige, villedende eller mangelfulle.

Det kan som eksempel tenkes tilfeller hvor virksomhets selger har gitt informasjon om den omsetning han har hatt i virksomheten, men hvor kjøper ikke får en tilsvarende omsetning. Spørsmålet blir da om avvik fra den forespeilede omsetning anses som en uriktig opplysning. Å gi selger risikoen for dette vil være lite rimelig. Historiske forhold vil ikke alltid kunne si noe om de fremtidige forhold. Fremtidig omsetning er avhengig av forskjellige faktorer som selger ikke kan bære risikoen for, og som delvis avhenger av kjøper selv. Dette tilsier at så lenge virksomhets selger har fremsatt korrekte opplysninger fra den tid han drev virksomheten, bør dette være tilstrekkelig. Dette utgangspunkt må også antas å gjelde for situasjoner hvor virksomhets selger gjør vurderinger om den videre drift. Dersom disse senere viser seg ikke å stemme, vil det ikke være en mangel så lenge vurderingene bygget på et forsvarlig grunnlag.⁵⁷

En forutsetning for at kjøper skal bære risikoen for sviktende omsetning er imidlertid at virksomhets selgers opplysninger er sannferdige og helhetlige. Illustrerende for dette er Rt.1939.352. Dommen gjaldt overdragelsen av en kiosk hvor kjøper ønsket å få redusert kjøpesummen etter avtaleloven § 33 fordi selger hadde fremsatt uriktig informasjon om driften. Ettersom vurderingsmomentene i avtaleloven § 33 er nokså like dem som følger av kjøpslovens mangelsregler, har dommen overføringsverdi.⁵⁸ I saken hadde kioskens eier gitt et inntrykk av en lønnsomhet som var langt bedre enn de reelle forhold. Kjøper ville dermed aldri kunne oppnå den samme omsetningen som selger hadde reklamert med. Virksomhets kjøper fikk medhold i sitt krav om prisavslag fordi selger hadde fremsatt uriktige opplysninger.

⁵⁶ Hagstrøm (2011) s. 144, Haaskjold (2011) s. 530.

⁵⁷ Christoffersen (2008) s. 452-454.

⁵⁸ Christoffersen (2008) s. 445-448.

Som tidligere belyst er det også samspill mellom opplysningsrisiko og opplysningsplikt. Det medfører et brudd på selgers opplysningsplikt dersom virksomhets selger *vet* at kjøper ikke kan oppnå de samme resultatene, men unnlater å informere om dette.⁵⁹

6.2.3 Hvordan er opplysningene fremkommet

Det er i utgangspunktet likegyldig hvordan opplysningen er fremsatt. Dette fordi det som utgjør vurderingsgrunnlaget ikke bare selve avtalen, men hele kontraktssituasjonen. Av den grunn vil så vel skriftlige som muntlige opplysninger omfattes. De mest praktiske tilfeller er der opplysninger er gitt direkte til virksomhetskjøper. Mangelsreglene er imidlertid ikke begrenset til disse tilfellene. Det er enighet i teorien om at også opplysninger gitt til en ubestemt krets av adressater vil omfattes, eksempelvis opplysninger gitt i annonser og salgsprospekter.⁶⁰

6.2.4 Når opplysningene er fremkommet

Et spørsmål er hvorvidt det er av betydning på hvilket tidspunkt i salgsprosessen informasjonen er fremkommet.

Den første kontakten mellom partene går ofte ut på at selger skal fange kjøpers interesse uten at man på dette tidspunkt ser på detaljene. Det vil av den grunn stilles mindre krav til presisjon enn hva som er tilfellet for informasjon som fremlegges på et senere tidspunkt. Dette henger sammen med at utsagn tidlig i transaksjonsprosessen er «reklamemessige».

Motsetningsvis vil det stilles strengere krav til informasjon som fremkommer senere, slik som i selskapsgjennomgangen eller i sluttforhandlingene. Foreløpige prospekter og liknende er derfor i mindre grad egnet til innrettelse enn informasjon som fremkommer på et avsluttende stadium i salgsprosessen.⁶¹

En annen problemstilling er om informasjon gitt langt tilbake i tid er en «opplysning» som kan vektlegges.

I utgangspunktet er selger ansvarlig for alle opplysninger han har fremsatt om kjøpsobjektet, uavhengig av fremleggelsestidspunktet. Imidlertid kan det i næringslivet og i virksomheter spesielt skje store endringer på kort tid. Kontrakter kan bli terminert, råvarepriser endres eller offentlige tillatelser trekkes tilbake. Dette vil påvirke selskapets drift og verdi. Av den grunn

⁵⁹ Krüger (1999) s. 609.

⁶⁰ Haaskjold (2013) s. 526.

⁶¹ Christoffersen (2008) s. 484-485.

vil det fremstå urimelig for virksomhets selger å hefte for informasjon fremsagt langt tilbake i tid. Det må altså gå en grense bakover i tid for hvilke opplysninger som anses relevante. Grensen er vanskelig å sette konkret, men opplysninger gitt i tilknytning til forhandlinger ved det pågående salget kan klart vektlegges. En salgsbrosjyre laget forut for salgsprosessen vil derfor ha liten vekt. Tilsvarende vil gamle regnskapstall kunne være utdatert.

Dersom virksomhets selger skjønner at kjøper baserer seg på eldre og utdatert informasjon, kan det aktivisere selgers opplysningsplikt.

6.3 Identifikasjon - Hvem hefter selger for

Det er åpenbart at selger hefter for de opplysninger han selv fremsetter. Mangelsansvaret omfatter imidlertid også opplysninger fremsatt av andre som opptrer på vegne av virksomhets selgeren.

Av forarbeidene fremgår det at «selgeren [er] ansvarlig for sine tilsatte og andre lovlige stedfortredere, forutsatt at de har fullmakt til å gi slike opplysninger.»⁶² Dette må forstås slik at stedfortrederen må anses å ha fullmakt til å gi opplysninger på vegne av selger mer generelt.⁶³

Et praktisk spørsmål er hvor langt identifikasjonen til selger rekker. Som belyst er det vanlig at selger er representert av rådgivere som bistår ved salget. Disse rådgiverne vil i salgsprosessen bli identifisert med den part de representerer, med mindre noe annet fremgår særskilt.⁶⁴ Hovedregelen er derfor at virksomhetskjøper kan innrette seg etter opplysninger fremsatt av selgers medhjelpere, uten å forhøre seg direkte med selger.⁶⁵ Det kan tenkes unntak der virksomhets selger har begrenset muligheten for hvem som skal kunne identifiseres med ham. Dette gjøres eksempelvis med opplyse om konkrete personer som kan gi informasjon.

Videre kan det spørres om en i virksomhetens ledelse eller en ansatt i virksomheten kan fremsette opplysninger som kjøper kan innrette seg etter. Eksempelvis vil kjøper ved gjennomgangen av dokumentene i datarommet kunne etterspørre ytterligere informasjon, eller be om å få bekreftet opplysninger underveis. Vil da en person i regnskapsavdelingen til målselskapet kunne binde selger?

⁶² Ot.prp. nr. 80. (1986-1987) s. 60.

⁶³ Haaskjold (2013) s. 530.

⁶⁴ Se eksempelvis Rt.2011.670 hvor eiendomsmegler ikke hadde fullmakt til å fastsette overtakelsestidspunkt for leiligheter kjøpt i et nybygg under oppføring.

⁶⁵ Basert på alminnelige prinsipper om identifikasjon. Se Haaskjold (2013) s. 531.

Utgangspunktet etter forarbeidene er at vedkommende må ha fullmakt til å forplikte selger. Her kommer man inn på spørsmålet om stillingsfullmakt. Disse prinsippene tilsier at ledelsen for regnskapsavdelingen nok vil kunne forplikte selger dersom de gir opplysninger som omhandler bedriftens økonomi.⁶⁶ For en ansatt i regnskapsavdelingen vil nok saken være mer tvilsom, særlig dersom virksomhetens regnskapsavdeling er av noe størrelse. Svaret vil kunne avhenge av opplysningenes art, for eksempel om det kreves særskilt innsikt i ett anliggende. Dersom den ansatte har denne særskilte innsikten vil nok prinsipper om stillingsfullmakt føre til at det skjer en identifikasjon.

6.4 Opplysningen må ha virket inn på kjøpet

Det fremgår av kjøpsloven § 18 at kun opplysninger «*som kan antas å ha innvirket på kjøpet*» vil kunne utgjøre en mangel. Ordlyden «*innvirket på kjøpet*» tilsier at det må foreligge en mulighet for at opplysningene har påvirket kjøpers vurdering eller beslutningsgrunnlaget. Innvirkningskravet omtales undertiden som et krav om kausalitet. Desto mer sentral opplysningen er, jo større er sannsynligheten for at denne har påvirket kjøper.⁶⁷ For eksempel vil en virksomhets omsetningstall være så sentrale at de ofte presumeres å ha innvirket på kjøpet.

Innvirkningskravet ivaretar hensynet til virksomhetsselger. Har opplysningene ikke hatt noen betydning for kjøperen, er det heller ikke naturlig at kjøper skal kunne bygge rett på eventuelle uriktigheter. Det er ikke skjedd en interessekrenkelse av kjøper.

Kravet om innvirkning begrenser selgers opplysningsrisiko på to måter.⁶⁸ For det første må opplysningene være gitt senest ved inngåelsen av kjøpsavtalen. Opplysninger fremsatt etter avtaleinngåelse vil ikke kunne ha virket inn på avtalens innhold. Disse vil imidlertid kunne være tolkningsmomenter for kontraktens innhold. For det annet må informasjonen angå forhold som virksomhetskjøper kan ha lagt vekt på da han inngikk avtalen. Dette vil si at de må være gitt uten forbehold av selger.

Videre følger det av ordlyden i § 18 «*som kan antas å ha innvirket*» at beviskravet til kausalitet ikke er strengt. Dette ble også fremhevet at Høyesterett i Rt.2005.257 hvor førstvoterende la til grunn at ordlyden «*viser at beviskravet for at opplysningene har innvirket*

⁶⁶ Christoffersen (2008) s. 470.

⁶⁷ Haaskjold (2013) s. 536.

⁶⁸ Hagstrøm (2011) s. 144-145.

på kjøpet ikke er særlig strengt.» Terskelen for når et forhold har innvirket på kjøpet er derfor lav.

Innvirkningskravet har også en side til kjøpers undersøkelsesplikt. Dersom kjøper foretar undersøkelser hvor det avdekkes at selger har gitt uriktige eller villedende opplysninger vil det avskjære kausalitet mellom opplysningen og kjøpskontrakten. Den kjøper som vet eller burde vite at en opplysning er uriktig, villedende eller mangelfull kan ikke hevde at denne opplysningen virket inn på avtalen. Forholdet mellom undersøkelsesplikten og innvirkningskravet er ikke behandlet i kjøpslovens forarbeider, men har fått en utførlig omtale i forarbeidene til husleieloven. Et krav om innvirkning finnes nemlig også i husleielovens bestemmelser om uriktige opplysninger. Grunnet likheten mellom lovene, kan husleielovens forarbeider også belyse rettsstillingen etter kjøpsretten. Av forarbeidene følger det at dersom *«leieren [vet] at de aktuelle opplysningene er uriktige, eller har han en begrunnet mistanke om det, kan en neppe anta at de har virket inn».*⁶⁹ Dersom kjøper har en begrunnet mistanke om at opplysningene er uriktige er han pliktig til å undersøke forholdet. Dette vil da være noe kjøper *«måtte kjenne til»* jfr. kjøpsloven § 20.

Et eksempel på at kjøper selv må bære risikoen for uriktige opplysninger når han vet de er uriktige finnes i LG-2009-69472. Saken omhandlet overdragelse av en mindre forretning som solgte asiatiske varer. Selger hadde lovprist virksomheten, og forklart at regnskapene ikke ga noe dekkende bilde av forretningens inntjeningspotensial. Selger fremhevet også at det var muligheter for å tjene penger ved å holde omsetning utenfor regnskapene. I tillegg ble det nevnt at det var en annen interessent som var villig til å betale 200.000 kroner mer for virksomheten.⁷⁰ Virksomhetskjøper gikk til sak da det ble klart at virksomheten i realiteten var verdiløs og egenkapitalen var tapt. Lagmannsretten kom til at det ikke forelå en mangel ved virksomheten. Kjøper hadde selv sett regnskapene som belyste at virksomheten ikke hadde verdi utover 30.000 kroner. Av lagmannsrettens dom fremgår det at ettersom kjøper lot de beskrivelsene hun fikk av forretningens eier være utslagsgivende, selv om hennes bankkontakt hadde informert om at virksomheten var verdiløs, *«må hun selv bære risikoen for sine vurderinger her».* Dommen illustrerer hvordan plasseringen av risiko for uriktige opplysninger beror på begge parters forhold. Kjøper hadde alle forutsetninger for å se

⁶⁹ Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 155.

⁷⁰ Lagmannsretten tok ikke stilling til om det andre budet faktisk var reelt, grunnet en uklar bevissituasjon. Hadde lagmannsretten kommet til at budet var fiktivt, er jeg av den oppfatning at dommens utfall nok kunne blitt annerledes. Dette fordi uriktig informasjon om andre bud er egnet til å skape et inntrykk av at bedriften er verdt mer enn hva som faktisk er tilfellet. Å overdrive hva gjelder andre interessenter er muligens ok, men konkrete bud fremstår som verdiløse vurderinger. Se eksempelvis LA-2005-094838 hvor informasjon om hva kjøper selv hadde betalt for virksomheten var villendene *«Opplysningen antas å ha vært bevisst villedende for å skape inntrykk av at restaurantdriften var mer verdifull enn den var i virkeligheten.»*

selskapets reelle verdi, og var klar over at hun tok en betydelig sjanse ved kjøpet. Selv om kjøper faktisk bygde på de opplysninger selger fremsatte, kom lagmannsretten til at informasjon ikke rettslig sett hadde virket inn på avtalen.

6.5 Retting av opplysningene

Virksomhetsselger som har fremsatt uriktige opplysninger kan unngå mangelsansvar dersom han retter opplysningen overfor kjøper, jfr. kjøpsloven § 18 tredje ledd. Det følger av bestemmelsen at selger ikke bærer risikoen *«når opplysningen i tide er rettet på en tydelig måte.»*

For at opplysningene skal være rettet *«i tide»* er det et krav at dette blir gjort før kontraktsinngåelse. Kun da kan kjøper ta opplysningene i betraktning. Det bakenforliggende hensyn er tilsvarende det som gjelder for innvirkningskravet. Er opplysningen rettet etter kjøpet, vil ikke kjøper kunne områ seg.

Tidselementet kommer på spissen ved virksomhetsoverdragelser, fordi det ofte fremsettes opplysninger på ulike stadier. I tillegg kan også kontrakten bli utarbeidet over et langt tidsrom hvor partene blir enige om de enkelte punkter i kontrakten underveis. Av den grunn kan det spørres om en opplysning er rettet *«i tide»* dersom selger korrigerer informasjonen etter at et punkt i kontrakten er ferdigforhandlet, men før den endelige kontrakt er signert.

Det at deler av kontrakten er ferdig forhandlet vil i seg selv tilsi at det er lite gunstig med nye opplysninger. Eksempelvis kan flere deler av en kontrakt være ferdig forhandlet, hvorpå den indre sammenhengen mellom de ulike delene tilsier at nye opplysninger om ett punkt påvirker alle. Dersom kjøper ikke blir oppmerksom på den indre sammenhengen, vil det kunne fremstå som en felle for kjøper. Det kan i så hevdes at opplysningene ikke er rettet *«i tide»*. Dersom kjøper faktisk blir gjort oppmerksom på sammenhengen mellom punktene, vil kriteriet om at rettelsen har funnet sted før kjøper har forpliktet seg imidlertid være oppfylt.

Videre må opplysninger rettes på en *«tydelig måte»* jfr. kjøpsloven § 18 tredje ledd. Ordlyden tilsier at kjøperen må få med seg at opplysningen er rettet. Av kjøpslovens forarbeider følger det at hva som skal til for at rettingen er tydelig, beror på hvordan de nye opplysningene er gitt. *«Generelt må det kreves at opplysningen rettes på en måte som er like effektiv som den måte den opprinnelig er gitt på.»*⁷¹

⁷¹ Ot.prp. nr. 80. (1986-1987) s. 61.

Forarbeidsuttalelsene aktualiserer en problemstilling ved de virtuelle datarommene. Dersom selger skal rette en feil i et datarom, er det da tilstrekkelig at han foretar rettingen uten å gjøre kjøper oppmerksom på dette?

Det er en utfordring ved enkelte virtuelle datarom at selger kan legge til og fjerne filer uten at dette markeres. For at rettingen skal være *effektiv* slik forarbeidene krever, vil det være et minstekrav at kjøper gjøres oppmerksom på at uriktig informasjon er korrigeret. Dersom kjøper ikke gjøres oppmerksom på rettelsen, vil verken han eller hans rådgivere få noen oppfordring til å gå igjennom materiale de har sett på tidligere. Hvis datarommet er sofistikert og endringer markeres, vil det nok ofte være kjøper som må bære risikoen for ikke å ha observert at det har skjedd endringer. Den aktsomme kjøper plikter å forholde seg til varslingsverktøyene som er oppstilt for selskapsgjennomgangen.

Også ved retting av opplysninger krysses opplysningsrisikoen av opplysningsplikten. Dersom selger forstår at kjøper ikke har fått med seg rettingen, kan han ikke utnytte kjøpers gode tro. Selger plikter å sørge for at kjøper faktisk blir oppmerksom på forholdet.⁷²

6.6 Nærmere om den endelige risikoplasseringen – kryssingen mellom kjøpers undersøkelsesplikt, selgers opplysningsplikt og opplysningsrisiko

Som vist krysses undersøkelsesplikten, opplysningsplikten og opplysningsrisikoen. Det må foretas en avveining av hvem som er nærmest til å bære risikoen for de fremsatte opplysninger. Utgangspunktet er som kjent at virksomhetselger kan bli ilagt risikoen dersom han har fremsatt uriktige, villedende eller mangelfulle opplysninger etter kjøpsloven § 18 første ledd og § 19 første ledd bokstav a. Samtidig kan virksomhetskjøper måtte bære risikoen dersom han burde foretatt undersøkelser av et forhold, jfr. kjøpsloven § 20.

Fastleggelse av den endelige risikoplasseringen reiser to problemstillinger.

En problemstilling er risikofordelingen dersom kjøper ikke har foretatt de nødvendige undersøkelsene etter § 20 andre ledd, og det viser seg at undersøkelsene uansett ikke ville ha avdekket det aktuelle forhold.

⁷² *Op.cit.*

Høyesterett behandlet i Rt.1935.1079 en sak hvor dette kom på spissen.⁷³ Ved salg av en virksomhet som drev med regummiering av bildekk, hadde ikke kjøper foretatt undersøkelse av regnskapene. Regnskapene viste et uriktig bilde av virksomhetens soliditet og økonomi. Høyesterett uttalte, riktig nok i et obiter dictum, - at kjøper nok kunne klandres, men han ble likevel ikke ilagt risikoen for sine manglende undersøkelser. Høyesterett presiserte at regnskapene uansett ikke ville gitt en riktig fremstilling av virksomhetens økonomi. Kjøper ville dermed ikke ha fått noe ut av eventuelle undersøkelser. Følgelig måtte selger bære risikoen, og forholdet ble ansett som en mangel som ga kjøper rett til heving. Dommen synes å bygge på den premiss at dersom kjøper har brutt undersøkelsesplikten, ville han i utgangpunktet ikke ha reell grunn til beskyttelse. Imidlertid vil selgers opplysningsplikt gå foran kjøpers plikt til å undersøke kjøpsobjektet. Når selger ikke fremsetter tilstrekkelig med informasjon, må han derfor bære risikoen uavhengig av om kjøper egentlig ikke var tilstrekkelig aktsom. Dette er et utslag av tanken om at det er selger som er nærmest til å sørge for at alle opplysninger er fullstendige og korrekte.

En annen problemstilling kan oppstå der kjøper har forsømt sin undersøkelsesplikt, samtidig som selger har handlet i strid med redelighet og god tro. Problemstillingen skiller seg fra den tidligere drøftede ettersom kjøpers undersøkelser i dette tilfellet ville ha resultert i at forholdet ble oppdaget.

Av kjøpsloven § 20 andre ledd fremgår ett unntak fra hovedregelen om kjøpers undersøkelsesplikt i situasjoner hvor selger har handlet «*grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro.*» En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at i de tilfeller hvor selger er å klandre vil ikke kjøper bli ansvarlig, selv ved manglende eller mangelfulle undersøkelser. Derfor vil virksomhets selger som ved grov egenskyld som enten forsettlig eller grovt uaktsomt har fremsatt uriktige opplysninger eller holdt tilbake informasjon måtte bære risikoen etter kjøpsloven § 20. Igjen tjener Rt.1935.1079 om salg av bildekkvirksomhet som eksempel. I dommen la Høyesterett til grunn at virksomhets selger hadde handlet uredelig. Selger hadde gitt «*uriktige faktiske opplysninger angaaende omstendigheter av vesentlig betydning for [kjøpers] bedømmelse av salgsgjenstanden.*» Det var derfor i strid med redelighet og god tro om kjøper skulle bli ansvarlig, selv om han ikke hadde foretatt tilstrekkelige undersøkelser av regnskapet.

⁷³ Saken omhandlet avtaleloven § 33, men bestemmelsens innhold har overføringsverdi til kjøpsloven § 20 andre ledd.

DEL IV RISIKOFORDELING REGULERT I KONTRAKT

7 AVTALEREGULERING AV RISIKOFORDELINGEN FOR OPPLYSNINGER

7.1 Innledning

Som fremstillingen har belyst, er opplysningsrisikoen sentral i vurderingen av mangelsspørsmål ved virksomhetsoverdragelser. I mange tilfeller ønsker partene derfor å regulere risikoen for opplysninger i kontrakt. Slik egendefinert risikofordeling kan gi partene økt forutberegnelighet. Ettersom partene ved virksomhetstransaksjoner er næringsdrivende er det et stort spillerom for å benytte kontraktsmekanismer til å regulere risiko. Disse kontaktsmekanismene kan fravike bakgrunnsretten helt eller delvis.

I løpet av de siste 20 årene har virksomhetskjøpkontrakter blitt mer omfangsrike.⁷⁴

Utviklingen med regulering av risiko gjennom sofistikerte og omfattende kontraktsmekanismer er inspirert av angloamerikansk rett. Særlig i amerikansk rett er vanlig å benytte fullstendighetserklæringer, ansvarsfraskrivelser og integrasjonsklausuler ved virksomhetstransaksjoner. Disse kontaktsmekanismene har i nyere tid blitt adoptert i norsk rett.

Bruken av slike kontraktsmekanismer reiser en del problemstilling som behandles i det følgende. Den videre fremstilling omhandler de mest benyttede kontraktsmekanismer som regulerer risikoen for opplysninger mellom partene. Avslutningsvis behandles forholdet mellom kontaktsmekanismene og bakgrunnsretten.

7.2 Formålet med kontaktsmekanismene

Det kan være flere grunner til at partene i en virksomhetsoverdragelse ønsker å benytte kontraktsmekanismer som garantier og integrasjonsklausuler fremfor å følge bakgrunnsretten. Et sentralt formål er å klargjøre risiko- og ansvarsfordelingen. Aabø-Evensen fremhever at

⁷⁴ Aabø-Evensen (2011) s. 741.

selv om norsk bakgrunnsrett er balansert, med regler om opplysningsplikt og opplysningsrisiko, så vil den ikke «*alltid gi tilstrekkelig forutberegnelighet med hensyn til komplekse kjøpsgjensstander som virksomheter.*»⁷⁵ Det anses derfor å være behov for ytterligere forutberegnelighet utover det som følger av kjøpslovens mangelsregler. Dette illustrerer igjen utfordringen med at kjøpsloven ikke er tilpasset virksomhetstransaksjoner. Partene stoler ofte ikke på at kjøpsloven i tilstrekkelig grad vil ivareta deres interesser.

Videre vil muligheten til å skreddersy risikofordelingen mellom partene også muliggjøre virksomhetsoverdragelser som ikke ville funnet sted med kun bakgrunnsretten som beskyttelse. En kjøper som overtar deler av den risiko som etter bakgrunnsretten tilfaller selger, kan ha ønsket å betale en lavere pris. Det er helt legitimt å endre risikofordelingen fra bakgrunnsrettens utgangspunkt. Selger vil for eksempel ikke ha kjennskap til alle deler av virksomheten dersom han selger et stort konsern. Ved bruk av kontraktsmekanismer kan selger begrense hvilken risiko han påtar seg for forhold han ikke kjenner til ved virksomheten. Kontaktsmekanismene øker derfor effektiviteten ved transaksjoner, ettersom selger slipper å foreta undersøkelser av alle forhold ved egen virksomhet før salg.

I tillegg vil muligheten til å benytte ulike kontraktsmekanismer i transaksjonsavtalen være gunstig fra en prosessøkonomisk synsvinkel, ettersom det kan forhindre konflikter.⁷⁶

Eksempelvis vil en ansvarsfraskrivelse sette grenser for hvilke mangelsgrunnlaget som er anvendelig.⁷⁷ Og en integrasjonsklausul vil klargjøre avtaletolkningen.⁷⁸ Dette kan føre til en klarere risikofordeling og færre konflikter mellom partene.

7.3 Garantier og garantikatalog

Det vanligste er å benytte garantier for å fordele risikoen for opplysninger. Dette gjøres ved at selger garanterer for at visse egenskaper ved virksomheten foreligger eller ikke foreligger. Eksempelvis kan virksomhetsselger garantere for at selskapet er lovlig opprettet, eller for at selskapet ikke er involvert i noen juridiske konflikter. Erik Thyness definerer garantier som «*opplysninger om oppkjøpsobjektet som medfører erstatningsplikt dersom de viser seg å være uriktige.*»⁷⁹ Sitatet belyser hvordan garantiene er en form for avtalefestet risikoallokering for

⁷⁵ Aabø-Evensen (2011) s. 823.

⁷⁶ *Op.cit.* s. 213 med henvisning til Schans Christensen, Grænseoverskridende virksomhetsoverdragelser.

⁷⁷ Se punkt 7.8

⁷⁸ Se punkt 7.7

⁷⁹ Thyness (2008) s. 86-87.

opplysninger om virksomheten. Dersom det er egenskaper ved selskapet som ikke stemmer overens med garantien, vil det være å anse som en mangel.⁸⁰

Hva som er virkningene av et garantibrudd vil som regel reguleres i kjøpskontrakten.⁸¹ Ofte vil virkningen være krav på erstatning på objektivt grunnlag. Oppgaven vil ikke behandle eventuelle sanksjoner for garantibrudd.

I norsk rett er det vanlig å skille mellom tre ulike typer garantiutsagn.⁸² Disse er «*selvstendige garantier*», «*tredjemannsgarantier*» og «*egengarantier*». Hovedsakelig er det egengarantier som benyttes ved utformingen av transaksjonsavtaler, og i den videre fremstillingen fokuseres det på disse.

Egemarantiene kan deles i to underkategorier. Dette er for det første «*funksjonsgarantier*» som er selgers garantier for at salgsgjenstanden skal fungere hele garantitiden. Den andre kategorien er «*egenskapsgarantier*» hvor selger garanterer for at gjenstanden har de egenskaper som angitt i avtalen.⁸³ Ved virksomhetsoverdragelser er det vanlig å benytte både funksjonsgarantier og egenskapsgarantier. I praksis er det vanlig å samle selgerens garantier i en såkalt garantikatalog i kontrakten.

Det er ikke uvanlig at transaksjonsavtalen avviker helt fra bakgrunnsretten ved å angi at kunde forhold som er omfattet av garantier kan påberopes som mangler av kjøper. Slike klausuler i virksomhetskjøpskontrakter omtales ofte som «*ansvarsfraskrivelser*», og behandles i punkt 7.7⁸⁴

En problemstilling som kan oppstå, er om en garantikatalog medfører at bakgrunnsretten er fraveket selv om partene ikke har regulert dette eksplisitt. Det er i juridisk teori enighet om at en garantikatalog ikke alene er et tilstrekkelig holdepunkt for å konkludere med at bakgrunnsretten er fraveket.⁸⁵ Det må derfor gjøre en vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Utgangspunktet må tas i garantikatalogen sett under ett. Dersom garantikatalogen er så omfattende og uttømmende at det i realiteten ikke er noe gjenværende rom for bakgrunnsretten, tilsier dette at bakgrunnsretten er fraveket.⁸⁶ I samme retning trekker det

⁸⁰ Christoffersen (2008) s. 214 legger til grunn at dersom kontrakten ikke inneholder bestemmelser om rettsvirkninger av garantibrudd, vil den naturlige løsning være at avvik fra en garanti utgjør et kontraktsbrudd, hvilket er en mangel.

⁸¹ Eriksrud (1995) s. 11.

⁸² Aabø-Evensen (2011) s. 825 med referanse til Carsten Smith, *Kausjonsrett* (1997) s. 25-27.

⁸³ Christoffersen (2008) s. 211.

⁸⁴ Christoffersen (2008) s. 254 og 381.

⁸⁵ Eriksrud (1995) s. 11.

⁸⁶ Christoffersen (2008) s. 367.

forhold at forhandlingene om garantiene har vært så langvarige og detaljerte at begge parter må ha forutsatt at garantiansvar var eneste mangelsgrunnlag.⁸⁷ Videre vil prisen som betales for virksomheten spille en rolle. Dersom kjøper betaler lav pris, vil dette være en indikasjon på at han har påtatt seg risiko som egentlig tilfaller virksomhets selger etter bakgrunnsretten. Kjøper tok en sjanse ved å ta den gunstige prisen i bytte mot en knapp garantikatalog. Kjøper bør dermed ikke få dobbel gevinst ved at han også får sikkerhet gjennom bakgrunnsretten.

Dersom konklusjonen er at partenes avtale ikke fraviker bakgrunnsretten, vil kjøpsloven supplere garantikatalogen ved virksomhetsoverdragelser.

7.4 Garantier vedrørende selgers opplysninger

7.4.1 Informasjonsgarantier

Det er ikke uvanlig at selger garanterer for at de opplysningene han har gitt i salgsprosessen er korrekte. Slike «*informasjonsgarantier*» er ofte generelle og dermed meget vidtrekkende. Et eksempel er at «*Selgeren garanterer at alle opplysninger kjøper har mottatt i salgsprosessen er korrekte.*» I andre tilfeller vil informasjonsgarantiene begrenses i omfang, for eksempel til kun å omfatte all *skriftlig* informasjon.⁸⁸

Bruken av slike informasjonsgarantier har betydning for selgers opplysningsrisiko. Dette blir behandlet i det følgende.

7.4.2 Rekkevidden av informasjonsgarantier

En problemstilling er om selger ved å garantere for at den fremsatte informasjon er korrekt, påtar seg større risiko enn hva som følger av bakgrunnsrettens regler om opplysningssvikt etter kjøpsloven §§ 18 og 19.

Hvor stor risiko virksomhets selger påtar seg ved informasjonsgarantien vil først og fremst bero på en tolking av garantiens ordlyd, i tråd med alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. Det er likevel en vesentlig forskjell mellom informasjonsgarantiene og bakgrunnsretten, ettersom både §§ 18 og 19 inneholder et krav om at informasjonen må «*antas å ha innvirket på kjøpet*». Selv om kjøpslovens ordlyd angir en lav terskel for innvirkning, vil den likefullt utgjøre en skranke for de tilfeller hvor informasjonen ikke har påvirket kjøper. I utgangspunktet vil ikke en tilsvarende begrensning gjelde der selger har gitt

⁸⁷ *Op.cit.* s. 369.

⁸⁸ Christoffersen (2008) s. 254.

en garanti for at all informasjon er korrekt. I disse tilfellene vil alle avvik mellom virksomheten og fremsatt informasjon omfattes av garantien uavhengig av om kjøper har vektlagt den. Virksomhets selger kan derfor sies å påta seg en større risiko for opplysningene ved å gi informasjonsgarantier enn hva han har etter bakgrunnsretten.⁸⁹

Imidlertid vil ofte ordlyden i informasjonsgarantiene begrense deres rekkevidde. Det legges gjerne inn begrensninger i informasjonsgarantiens ordlyd. Et eksempel er at «*Selger etter beste evne*» har fremlagt all informasjon om virksomheten. Formålet med slike terskler er at opplysninger av uvesentlig karakter ikke skal anses å være et selvstendig grunnlag for mangelskrav fra virksomhetsskjøper. I tillegg kan selger ha et behov for å beskytte seg mot risikoen for forhold han ikke har kunnskap om. Eksempelvis kan det være vanskelig for en virksomhets selger å vite med 100 prosent sikkerhet at virksomhetens immaterielle rettigheter ikke er krenket. Det er derfor vanlig at selger gir en garanti hvor det spesifiseres at det «*etter selgers kunnskap*», ikke foreligger krenkelser av selskapets immaterielle rettigheter.

Selv om det ikke innlagt en terskel i ordlyden vil det på enkelte områder innfortolkes et slingringsmonn for unøyaktigheter også der det er gitt en informasjonsgaranti. Det er vanlig at selger ønsker seg en viss feilmargin når det gjelder årsregnskapet. Selger vil derfor ofte bare garantere at årsregnskapet er ført etter regnskapsmessige prinsipper. Dette innebærer at det kan eksistere mindre feil ved årsregnskapet uten at det er et garantibrudd, med mindre feilen strider mot regnskapsmessige prinsipper.⁹⁰ Dermed får virksomhets selger et visst rom for unøyaktigheter.⁹¹

Et tilfelle der garantien må være absolutt, gjelder garantier vedrørende aksjene som sådan. Dette reguleres ofte i et av de første punktene i en garantikatalog. I disse garantiene innestår selger for forhold som at aksjekapitalen er innbetalt og at selger har full eiendomsrett til aksjene. Her er det ikke noe slingringsmonn for unøyaktigheter.

7.4.3 Generelle informasjonsgarantier og spesifikke garantier

En praktisk problemstilling foreligger der det er gitt garantier om spesifikke forhold i tillegg til en mer generell informasjonsgaranti. Garantikatalogen kan inneholde motstridende garantier og det er uklart hvilken garanti som får forrang.

⁸⁹ *Op.cit.*

⁹⁰ En garanti om at regnskapet er ført i henhold til regnskapsmessige prinsipper «behøver overhodet [ikke] å gi kjøper noen som helt trygghet». De regnskapsmessige prinsippene etterlater et stort skjønnsmessig rom. Aabø-Evensen (2011) s. 336.

⁹¹ Christoffersen (2008) s. 217-218.

Et eksempel lånt fra Aabø-Evensen er at kjøper ønsket at selger skal garantere for at alt av selskapets regnskapsinformasjon er korrekt. Virksomhets selger har ikke ønsket en så omfattende garanti, og har derfor kun garantert for at selskapets avlagte årsregnskap er korrekt. Garantien er dermed avgrenset mot det utvidede perioderegnskapet.

Virksomhets selger gir i tillegg en generell informasjonsgaranti om at all informasjon som er fremlagt i salgsprosessen er korrekt. Dersom det viser seg å eksistere feil i perioderegnskapet, vil ikke den spesifikke garantien omfatte forholdet, men det vil være omfattet av den generelle informasjonsgarantien. Det må vurderes om den generelle informasjonsgarantien må tolkes innskrenkende, slik at perioderegnskapet ikke blir omfattet av denne. Drøftelsen forutsetter at virksomhets selger ikke var kjent med at det forelå mangler.⁹²

Dette er et spørsmål om avtaletolkning ved intern motstrid i kontrakt. Dersom ordlyden i den generelle informasjonsgarantien leses isolert, tilsier dette at alle avvik mellom virksomheten og informasjon gitt av selger er å anse som garantibrudd. Imidlertid vil dette fremstå som et lite rimelig resultat. Partene har etter forhandlinger kommet frem til innholdet av garantikatalogen. Ettersom partene ikke ble enige om at perioderegnskapet skulle omfattes er dette heller ikke tatt med i den spesifikke garantikatalogen. Den spesifikke garantien kan ses som en konkretisering av den generelle garantien. Den kaster lys over hva partene i realiteten har blitt enige om. At spesielle bestemmelser gis forrang foran generelle bestemmelser er sikker rett. Og som Haaskjold skriver må dette særlig «*gjelde i tilfeller hvor førstnevnte fremstår som eksplisitte unntak eller presiseringer av sistnevnte.*»⁹³ Dersom selger ikke har villet gå med på å garantere for perioderegnskapets korrekthet, vil det nærmest være å anse som en aksept av risikoen fra kjøpers side om han inngår kjøpsavtalen. Dersom informasjonsgarantien får forrang, vil dette være en tilfeldig fordel for virksomhetskjøper på bekostning av virksomhets selger som ikke ville ta risikoen med å garantere for perioderegnskapet. Det vil også være i tråd med grunnleggende rettslige prinsipper, som lex specialis-prinsippet, å legge en slik tolkning til grunn. Det ville uthule de spesifikke garantiens innhold, dersom den generelle garantien ikke tolkes innskrenkende i overlappstilfellene. Dette taler for at den generelle informasjonsgarantien her må tolkes innskrenkende i kollisjon med en spesifikk garanti.

⁹² Dersom selger kjenner til forholdet og bevisst unnlater å omtale dette, er det brudd på opplysningsplikten.

⁹³ Haaskjold (2013) s. 329.

7.5 Fullstendighetserklæringer

Det er ikke bare gjennom garantier at partene allokere risikoen for opplysninger. I stor utstrekning benyttes såkalte «fullstendighetserklæringer» ved virksomhetsoverdragelser. En fullstendighetserklæring er en erklæring fra selger om at all informasjon av betydning for kjøpers vurderinger er fremlagt.⁹⁴ En fullstendighetserklæring kan lyde; «selger garanterer at alle opplysninger meddelt kjøper før avtalens inngåelse gir et korrekt og fyllestgjørende bilde av målselskapets virksomhet.»⁹⁵ Erklæringen gir kjøper en ekstra sikkerhet ved informasjonsutvekslingen. Dersom det viser seg at selger ikke har oppfylt erklæringens innhold vil det ofte være et grunnlag for mangelskrav fra kjøper.

Et spørsmål som aktualiseres er hvordan en fullstendighetsgaranti fra selger påvirker kravene til kjøpers aktsomhet ved undersøkelser av virksomheten.

En kjøper som får tilgang til materiale om målselskapet har i utgangspunktet en streng aktsomhetsplikt. Kjøper må eksempelvis forventes å se klare motsetninger i datarommet.⁹⁶ Imidlertid må det antas at der selger har garantert for fullstendigheten til det fremlagte materialet, vil kravene som stilles til kjøpers aktsomhet senkes noe. Dette fordi en fullstendighetserklæring gir selger en ekstra oppfordring til å kontrollere det materiale han legger frem. Samtidig vil kjøper ha større grunn til å stole på at all informasjon er fremlagt og at denne er korrekt. Kjøpers oppfordring til å lete etter uriktige, manglende eller villedende informasjon er dermed mindre.⁹⁷ Det er imidlertid en nedre grense for hvor lite aktsom en kjøper kan være selv om selger har avgitt fullstendighetserklæring. Dersom det fremlagte materiale har åpenbare mangler, vil lojalitetsplikten i kontraktsforhold tilsi at kjøper ikke kan stole blindt på fullstendighetserklæringen. Som eksempel kan tenkes et selskap som er avhengig av offentligrettslige tillatelser. Selskapet har avgitt fullstendighetserklæring uten å problematisere at de ikke har fått innvilget søknad om fornying av tillatelsene. Skulle kjøper under selskapsgjennomgangen få mistanke om disse omstendigheter kan ikke kjøper påberope seg en mangel med bakgrunn i fullstendighetserklæringen. Forholdet er så vesentlig at kjøper har en plikt til å kontrollere dette nærmere etter å ha fått kunnskapen. Hvor aktsomhetsgrensen går må vurderes konkret i det enkelte tilfelle.

⁹⁴ Knudsen (2000) s. 318.

⁹⁵ Christoffersen (2008) s. 256.

⁹⁶ Se om dette oppgavens punkt 3.3.

⁹⁷ Christoffersen (2008) s. 256.

En beslektet problemstilling relaterer seg til motstrid mellom en fullstendighetserklæring og en erklæring som fastsetter at kjøper ikke kan gjøre gjeldende krav knyttet til forhold han har eller burde hatt kunnskap om.

I mange tilfeller vil kjøper erklære at han ikke kan gjøre gjeldende som mangel forhold han fikk eller burde fått kunnskap om under selskapsgjennomgangen. Heretter benevnes dette som kjøpers kunnskapserklæringer.

Problemstillingen kommer på spissen dersom det viser seg å være opplysningssvikt i dokumenter innlagt i datarommet som er av en slik karakter at kjøper burde ha oppdaget det under selskapsgjennomgangen. Imidlertid burde selger også vært oppmerksom på forholdet før han avga fullstendighetserklæringen, ettersom det forventes at selger er ekstra aktsom ved avgivelse av fullstendighetserklæringer.

Ved en slik kollisjon oppstår et spørsmål om hvilken erklæring som får forrang. Sett hen til bakgrunnsretten er utgangspunktet at opplysningsplikten til selger går foran kjøpers undersøkelsesplikt. Prinsippene om undersøkelsesplikt og opplysningsplikt er utslag av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Disse prinsippene gjelder også der partene har avtalt seg vekk fra bakgrunnsretten. Derfor kan det argumenteres for at en tilsvarende løsning også må gjelde ved kollisjon av erklæringer i tilfeller som ikke er regulert av lov. At kollisjon mellom erklæringer må løses på samme måte som kollisjon mellom undersøkelsesplikten og opplysningsplikten kan man finne støtte for i dansk rett. Engholm Hansen og Lundgren legger til grunn at fullstendighetserklæringer har samme karakter som kjøpslovens regler om opplysningsplikt og opplysningsrisiko.⁹⁸ Dette taler for at prinsippet om at opplysningsplikten rekker lenger enn undersøkelsesplikten også må gjelde ved kollisjon av erklæringer utenfor de lovregulerte tilfellene.

Har kjøper sett det aktuelle forholdet, er det imidlertid klart at han ikke kan påberope seg erklæringen som grunnlag for en mangel. Lojalitetsplikten i kontraktsforhold tilsier at forsøk på å skaffe vinning på selgers bekostning for forhold kjøper hadde kunnskap om, ikke bør føre frem.

7.6 Integrasjonsklausuler

I mange kontrakter om virksomhetskjøp inntas såkalte «*integrasjonsklausuler*». Dette er kontraktsbestemmelser som fastsetter at kun det som er nedfelt i kontraktsdokumentene skal

⁹⁸ Engholm Hansen og Lundgren (2014) s. 209.

gjelde mellom partene.⁹⁹ Integrasjonsklausuler vil typisk slå fast at kontrakten gir et helt eller delvis uttømmende uttrykk for den avtale som er inngått. Videre kan partene avgrense mot forutgående omstendigheter ved tolkningen av kontrakten.¹⁰⁰ Integrasjonsklausulene representerer derfor en måte å regulere opplysningsrisikoen på. Partene kan eksempelvis avtale at opplysningsplikten og opplysningsrisikoen ikke skal gjelde.¹⁰¹ Tilsvarende kan en integrasjonsklausul fastsette at kontrakten avgrenses fullt ut mot bakgrunnsretten.

Bruken av integrasjonsklausuler er i stor grad inspirert av angloamerikansk rett, og anvendelsen i norsk rett er omdiskutert.¹⁰² Dersom klausulene tolkes bokstavelig, vil kun det som er nedfelt i kontrakten regulere forholdet mellom partene. Dette innebærer en fravikelse av bakgrunnsrettens regler om tolkning og utfylling av kontrakter. Rekkevidden av integrasjonsklausulene vil derfor ha stor betydning ved mangelsspørsmål.

Det kan stilles spørsmål om integrasjonsklausuler som avgrenser mot partenes forutgående forhandlinger eller avtaleutkast kan tolkes etter sin ordlyd.

På den ene side tilsier operasjonshensynet at integrasjonsklausuler må tolkes bokstavelig.¹⁰³ En klausul som fastsetter at kontrakten er uttømmende og avgrenser mot prekontraktuelle forhold, vil fremstå som virkningsløs dersom det er adgang til utfylling med tidligere kontraktutkast. Bakgrunnen for at partene benytter seg av integrasjonsklausuler taler også for at klausulene må tolkes etter sin ordlyd. Ved virksomhetskjøp blir ofte kontrakten til etter langvarige forhandlinger. Det er gjerne mange involverte, og ulike rådgivere har forhandlet om ulike deler av kontrakten. Partene har derfor et legitimt behov for å avgrense mot at innholdet i e-poster, tidligere utkast og liknende skal kunne benyttes i tolkningen av kontrakten. Det må videre kunne forutsettes at næringsdrivende er i stand til å forstå rekkevidden av en integrasjonsklausul.

Haaskjold er av den oppfatning at integrasjonsklausuler er både legitime og fornuftige også med norsk rett som bakteppe.¹⁰⁴ Samtidig presiserer han at klausulene bare får betydning dersom det er tale om på tolke kontrakten på en måte som innebærer et avvik fra det som følger av ordlyden. Kun i slike tilfeller vil integrasjonsklausuler inntatt i norske avtaler kunne

⁹⁹ Hagstrøm (2011) s. 139.

¹⁰⁰ Høgberg (2006) s. 155.

¹⁰¹ Haaskjold (2013) s. 188.

¹⁰² Hagstrøm (2011) s. 140 var kritisk. Han mente at klausulenes stilling etter norsk rett var usikker.

¹⁰³ Operasjonshensynet innebærer at man forsøker å finne frem til en fortolkning som gir kontrakten en selvstendig og fornuftig mening. Se om dette Haaskjold (2013) s. 286.

¹⁰⁴ Haaskjold (2013) s. 190.

føre til at omstendigheter forut for avtaleinngåelsen mister sin betydning i kontraktstolkningen eller eventuelt får redusert sin vekt betydelig.¹⁰⁵

Hagstrøm er mer kritisk og antar at selv om «*klausulen er vedtatt og gyldig, kan den neppe føre til at det som ellers er passert mellom partene, må settes ut av betraktning*».¹⁰⁶

Til tross for skepsis i teorien er det grunn til å tro at integrasjonsklausuler som avgrenser mot partenes forutgående forhandlinger eller avtaleutkast kan tolkes etter sin ordlyd

Den tilsvarende problemstillingen kan oppstå der en integrasjonsklausuler avgrenser mot en konkret lov.

Å avgrense mot en konkret lov vil gi partene relativt overskuelige konsekvenser. Partene kan regulere hva som ellers ville fulgt av loven i kontrakt om det er ønskelig.

Integrasjonsklausuler som fremgår av kontrakter som er omfattende og gjennomarbeidet vil ofte tolkes etter sin ordlyd. I disse kontraktene er det en formodning for at kontrakten faktisk er ment å omfatte alle forhold, og at avgrensingen er gjennomtenkt. Å ta en integrasjonsklausul som avgrenser mot en konkret lov på ordet i slike tilfeller synes rimelig, hvilket også Hagstrøm er enig i.¹⁰⁷ En forutsetning er imidlertid at den lov det avgrenses mot er deklarasjonsklausul.

Et helt annet spørsmål er om det er mulig gjennom integrasjonsklausuler å avgrense mot bakgrunnsretten i sin helhet.

Bakgrunnsretten er så omfattende at det vil kunne gi uante konsekvenser å sette den til side i sin helhet.¹⁰⁸ For eksempel kan det oppstå en tvist som ikke reguleres av kontrakten. Dette vil medføre en juridisk lakune, tvisten kan hverken løses etter kontrakt og heller ikke etter bakgrunnsretten. Som eksempel kan det oppstå forurensingsproblemer som partene ikke tenkte på da de inngikk kontrakten. Har partene avgrenset mot bakgrunnsretten vil ikke forurensingsloven komme til anvendelse.¹⁰⁹ Tvisten står da uten noen klar rettskildemessig løsning. Videre er det en ulempe med en generell avgrensning mot bakgrunnsretten at det kan være uklart hva partene egentlig har ment.

¹⁰⁵ *Op.cit.* 191

¹⁰⁶ Hagstrøm (2011) s. 141.

¹⁰⁷ *Op.cit.*

¹⁰⁸ Christoffersen s. 374-357.

¹⁰⁹ Det antas at deler av forurensingsloven deklarasjonsklausul, jfr. Høyesteretts dom Rt.2007.431.

Dette tilsier at en integrasjonsklausul som inneholder en generell avgrensning mot bakgrunnsretten ikke kan tas bokstavelig.

Et tilfelle hvor en integrasjonsklausul ikke ble tatt bokstavelig, foreligger i Rt.1992.762 Pepsico-dommen. Høyesterett la til grunn at kontrakten som inneholdt en generell integrasjonsklausul ikke løste spørsmålet som hadde oppstått. Høyesterett så derfor til prekontraktuelle forhold for å klarlegge hva partene hadde ment da de inngikk kontrakten. Dommen illustrerer hvordan en helt generell avgrensning ikke vinner frem dersom kontrakten ikke løser spørsmålet og partenes prekontraktuelle forståelse av kontrakten tilsa en annen tolkning. Det samme antas å gjelde i tilfeller hvor integrasjonsklausuler inneholder en generell avgrensning mot bakgrunnsretten.

Gode grunner taler derfor for at integrasjonsklausuler som avgrenser mot spesifikt angitte lover bør kunne tolkes bokstavelig, mens generelle avgrensninger mot hele bakgrunnsretten nok ikke vil tolkes etter sin ordlyd.¹¹⁰ Generelle integrasjonsklausuler vil måtte tolkes innskrenkende, slik Bjørnstad tar til ordet for.¹¹¹

De samme prinsipper må anvendes på adgangen til å avtale at opplysningsplikten og opplysningsrisikoen ikke skal gjelde. Dersom avtalen er gjennomarbeidet og fullstendig vil en integrasjonsklausul som avgrenser mot opplysningsrisiko og opplysningsplikt nok trolig tolkes slik den står.

7.7 Avtalerettslig sensur av kontraktsmekanismer

I denne delen av fremstillingen belyses tilfeller der avtaler må sensureres fordi de strider mot rettsordenens grunnleggende verdier.

Det klare utgangspunktet er at avtalefriheten er meget vidtrekkende i avtaleforhold mellom næringsdrivende. Videre er som kjent kjøpsloven deklarasjonsklar, og partene kan selv velge om de vil påta seg rettigheter og forpliktelser som fraviker kjøpslovens utgangspunkter.

Imidlertid er det også for kommersielle aktører grenser for avtalefriheten. Enkelte prinsipper i obligasjonsretten er så sentrale at de ikke kan reguleres vekk. Dette vil typisk være reglene om svik og uredelighet.¹¹² Preseptoriske rettsregler setter således grenser for avtalefriheten, og

¹¹⁰ Aabø-Evensen (2011) s. 890 legger til grunn at det i transaksjoner er vanlig å avgrense konkret mot kjøpsloven for å unngå denne problemstillingen.

¹¹¹ Bjørnstad (2007) s. 129. Haaskjold (2011) s. 355 er av den oppfatning at man må foreta en rimelighetsbasert utfylling av kontrakten.

¹¹² Christoffersen (2008) s. 395.

derved også for partenes mulighet til å regulere opplysningsrisikoen gjennom ulike kontraktsmekanismer.

Reglene om ugyldighet, avtalerevisjon og sensur finnes i avtaleloven §§ 30, 33 og 36. Avtaleloven §§ 30 og 33 fører til avtalemessig ugyldighet, mens § 36 kan lede til sensur og revisjon av kontrakten. Den videre fremstillingen fokuseres på avtalesensur etter avtaleloven § 36.

Dersom en kontraktsmekanisme som regulerer opplysningsrisikoen, eksempelvis en integrasjonsklausul må anses i strid med preseptorisk rett, vil kjøper kunne kreve at klausulen settes til side i medhold av avtaleloven § 36. I så fall vil bakgrunnsretten, som det vises nedenfor, igjen få relevans ved tolkningen av avtalen.

Avtaleloven § 36 er en generalklausul som fastsetter at en avtale eller et avtalevilkår kan settes til side eller endres dersom det ville virke *«urimelig eller være i strid med god forretningskikk»* å gjøre avtalen eller vilkåret gjeldende. Av avtaleloven § 36 andre ledd fremgår det at det beror på en konkret helhetsvurdering hvorvidt en avtale eller et avtalevilkår er urimelig. Det klare utgangspunkt i norsk rett er at terskelen for å sensurere avtaler mellom næringsdrivende er meget høy. Av lovens forarbeider fremgår det at urimelighetskriteriet er et *«i seg selv ganske strengt kriterium som det ikke vil være kurant å påberope»*.¹¹³ Videre uttalte Høyesterett i Rt.2000.806 at *«i den grad det er tale om å bruke § 36 når det som her er tale om en avtale mellom profesjonelle, bør terskelen i all fall være høy»*. Ettersom forutberegnelighet står ekstra sterkt i kommersielle avtaler, vil avtalesensur i utgangspunktet kun skje unntaksvis.

Rt.1999.922 Salhus flytebro er likevel et eksempel på rimelighetssensur kan skje også i forholdet mellom næringsdrivende. Dette ble uttrykkelig presisert i dommens mindretall. Følgelig kan også kontraktsmekanismer som regulerer opplysningsrisikoen sensureres. Nedenfor drøftes noen konkrete utslag av avtalesensur av kontraktsmekanismer.

7.7.1 Sensur av integrasjonsklausuler

Ettersom integrasjonsklausulene er inngått mellom næringsdrivende er terskelen høy for å anse klausulen som *«urimelig»*. Å sensurere en integrasjonsklausul innebærer at partenes autonomi og mulighet til å regulere risikoen for uriktige opplysninger begrenses. Partene har med viten og vilje begrenset de kilder som kan ha betydning ved tolkningen av kontrakten. I

¹¹³ Ot.prp. nr. 5 (1982-83). s. 30.

samme retning trekker det forhold at *begge* parter i transaksjonen har ønsket å benytte klausulen. For å sikre entydig tolkning av kontrakten er partene sammen blitt enige om at kun kontrakten regulerer det aktuelle forholdet. Dette skiller integrasjonsklausulene fra ansvarsfraskrivelser. Sistnevnte innebærer ofte en ensidig fraskrivelse av ansvar for fremsatte opplysninger, hvilket kan skape ubalanse i kontraktsforholdet mellom partene. Integrasjonsklausulene er derimot presumtvt ønsket av begge parter. De antas derfor å være i begge parter interesse, og gir større forutberegnelighet ved kontraktstolkningen.¹¹⁴ Disse forhold kan tale mot å sensurere integrasjonsklausuler.

Imidlertid kan integrasjonsklausuler føre til urimelige resultater. Høgberg nevner som eksempel at den ene part befinner seg i villfarelse med hensyn til kontraktens innhold, og den annen part forstår dette før avtalen med integrasjonsklausulen signeres.¹¹⁵ Det vil stride i mot redelighet og god tro å gjøre en slik avtale gjeldende. I slike tilfeller vil man nok kunne sensurere integrasjonsklausulen etter avtaleloven § 36. Tilsvarende kan det tenkes «*urimelig*» om selger skulle få en omfattende tilfeldig fordel som følge av at integrasjonsklausulen eliminerer forurensningslovens prinsipper, uten at dette er noe partene har tenkt på i forkant.

Utfallet av en sensur vil avhenge av den enkelte kontrakt. Dersom partene gjennom en integrasjonsklausul har avgrenset mot prekontraktuelle forhold, vil sensuren kunne medføre at forutgående omstendigheter likevel blir relevante i tolkningen.

Dersom en integrasjonsklausul avgrenser mot bakgrunnsretten generelt, vil ikke avtalesensur medføre at hele bakgrunnsrett blir relevant i avtaletolkningen. Ettersom kjøpsloven er utgangspunktet for virksomhetskjøp, tjener denne som eksempel. Dersom en avtale med integrasjonsklausul inneholder en urimelig kort tidsfrist for reklamasjon, vil avtalesensur medføre at integrasjonsklausulen settes til side. Likevel er det ikke sikkert at kjøpslovens regler om reklamasjon gjelder fullt ut. Kjøpsloven vil imidlertid være relevant, partene vil kunne se til loven og bygge på de prinsipper som finnes der.

7.7.2 Sensur av garantikatalogens virkning som ansvarsfraskrivelse

Selger kan fraskrive seg risikoen for den informasjon han gir. Det er i utgangspunktet legitimt å fastsette i kontrakt at utelukkende brudd på garantier kan påberopes som mangler.¹¹⁶ Dette omtales gjerne som «*ansvarsfraskrivelser*», da selger begrenser sin risiko til det som følger av

¹¹⁴ Bjørnstad (2007) s. 129.

¹¹⁵ Høgberg (2006) s. 161.

¹¹⁶ Reglene om misligholdsvirkninger er stort sett deklarasjon, Hagstrøm (2011) s. 642.

garantikatalogen. Uriktige opplysninger som ikke er omfattet av garantikatalogen vil dermed ikke kunne påberopes som en mangel.

Ansvarsfraskrivelser benyttes til allokering av risiko. Et særtrekk ved ansvarsfraskrivelsene er at de innebærer en ensidig risikooverføring. Det tilsier større behov for å kunne sensurere en ansvarsfraskrivelse enn hva tilfellet er for integrasjonsklausuler.¹¹⁷

Hagstrøm antar at «[h]vorvidt en ansvarsfraskrivelse skal opprettholdes beror på et bredt skjønn med forankring i urimelighetskriteriet som er nedfelt i avtaleloven § 36.»¹¹⁸ Som en del av dette skjønnnet er det naturlig å se hen til forholdet mellom prisreduksjonen og ansvarsfraskrivelsen. Det vil i mange tilfeller være et spørsmål om kjøpesummen reflekterer den ekstra risiko kjøper påtar seg.

Det vil imidlertid kunne oppstå situasjoner hvor selger har opptrådt på en måte som gjør det urimelig å opprettholde ansvarsfraskrivelsen. En konkret problemstilling kan være om uriktige opplysninger i et dokument som er lagt inn i datarommet, men som ikke omfattes av garantiene, gjør at ansvarsfraskrivelsen må sensureres.

Det er i juridisk teori antatt at grensen for ansvarsfraskrivelser går ved grov egenskyld, det vil si forsettlig og grovt uaktsomme forhold.¹¹⁹ Dersom det kan påvises at selger bevisst eller grovt uaktsom har holdt tilbake eller fremsatt uriktige opplysninger, kan det være grunnlag for å sette ansvarsfraskrivelsen til side. Det å fremsette uriktig informasjon eller å holde tilbake opplysninger er tradisjonelt ansett å være grovt uaktsomt. Slike tilfeller er derfor i kjernen for avtalerettslig sensur.¹²⁰

Langt mer usikkert er det om simpel uaktsomhet kan medføre sensur. Eksempelvis har selger kunnskap om at selskapet tidligere har drevet en virksomhet som kan ha medført forurensing. Slik forurensing er ikke påvist, og selger har ingen faktisk kunnskap. Drøftelsen forutsetter at kjøpesummen ikke gjenspeiler den økte risikoen for kjøper.

På den ene side tilsier det faktum at det er legitimt med ansvarsfraskrivelser at terskelen for sensur skal være høy. Garantiene benyttes gjerne fordi selger ikke har full oversikt over alle forhold vedrørende den virksomhet han selger. Det vil forhindre effektivitet i omsetningslivet dersom selger må gjennomføre omfattende undersøkelser av alle forhold for å sikre det ikke

¹¹⁷ Bjørnstad (2007) s. 129

¹¹⁸ Hagstrøm (2011) s. 651.

¹¹⁹ Hov og Høgberg (2016) s. 413.

¹²⁰ Christoffersen (2008) s. 43 og 392.

fremsettes uriktige opplysninger. Dette taler for at ansvarsfraskrivelsen ikke skal sensureres ved simpel uaktsomhet.

På den annen side, dersom selger legger inn et dokument med uriktige opplysninger i datarommet uten at kjøper har mulighet til å avdekke at opplysningen er uriktig, vil ansvarsfraskrivelsen kunne bli en felle for kjøper. Selv om kjøper påtar seg ekstra risiko ved ansvarsfraskrivelsen, må det etter mitt skjønn fortsatt gjelde en presumsjon om at opplysningene i datarommet er riktige. Om selger kan fraskrive seg ansvar også for uaktsom opplysningsvikt, vil selgers insentiv til å kontrollere korrektheten av informasjonen han fremlegger reduseres.¹²¹ Der hvor risikofordelingen ikke er balansert, kan det synes «*urimelig eller [...] i strid med god forretningsskikk*» å la kjøper bære risikoen for de uriktige opplysninger som selger uaktsomt har fremsatt.

Når en ansvarsfraskrivelse sensureres vil utfallet ofte være at kjøper kan fremme mangelskrav i medhold av bakgrunnsretten.

¹²¹ Christoffersen s. 399.

DEL V AVSLUTNING

8 AVSLUTNING OG OPPSUMMERING

Informasjonsutveksling er en grunnleggende forutsetning for virksomhetssalg. Informasjonsskjevheten mellom partene gjør at virksomhetskjøper har et behov for å kartlegge risikoen som følger virksomheten ved kjøpet. Det er likevel ikke sikkert at all risiko avdekkes ved en selskapsgjennomgang. Ofte fører uriktige, villedende eller mangelfulle opplysninger til at det reises mangelsspørsmål i etterkant av transaksjonen. Ettersom det er selger som fremlegger informasjonen om virksomheten, er det nærliggende at han må bære opplysningsrisikoen. Imidlertid gjelder det også krav til aktsomhet hos kjøper. Av den grunn kan kjøper eksempelvis ikke gjøre gjeldende som mangel forhold ved virksomheten han kjente eller burde ha kjent. Kjøpers aktsomhetskrav innebærer en begrensning i selgers opplysningsrisiko.

Oppgaven har vist at kjøpsloven gjelder for virksomhetsoverdragelser. I utgangspunktet regulerer derfor kjøpsloven risikofordelingen for uriktige, villedende og mangelfulle opplysninger. Imidlertid er kjøpsloven utformet med sikte på mindre sammensatte kjøpsgjensstander enn virksomheter. Av den grunn velger partene i stadig større grad å regulere risikoen for opplysninger i kontrakt. Ved bruk av avanserte kontraktsmekanismer fraviker partene kjøpslovens deklarasjonelle regler om opplysningsrisiko.

Det må legges til grunn at kontraktsmekanismer som regulerer opplysningsrisikoen dekker næringslivets behov for forutberegnelighet, fleksibilitet og spesialtilpassede løsninger. Likevel er det ikke alltid slik at bruken av avanserte kontraktsmekanismer løser alle spørsmål. Det kan oppstå tvister også om forståelsen av kontraktens ulike mekanismer for regulering av opplysningsrisikoen. Dersom kontraktsmekanismene er i strid med preseptorisk rett eller er uklare, kan bakgrunnsretten bli relevant som tolkningsmoment selv om partene har avtalt en annen risikofordeling. Dette kan medføre at domstolene ikke vil gi en selger som har fraskrevet seg risikoen for uriktige, villedende og mangelfulle opplysninger medhold. At domstolene vil se hen til bakgrunnsretten i slike tilfeller er naturlig, ettersom bakgrunnsretten gir en balansert risikofordeling mellom partene basert på deres forutsetninger og kunnskap om kjøpsobjektet. De urimeligste utslagene av ubalanserte kontraktsmekanismer vil bli sensurert av domstolene. Det kan derfor hevdes at ikke et så stort behov for en omfattende

kontraktsregulering av opplysningsrisikoen, ettersom bakgrunnsretten likevel ofte vil komme til anvendelse.

9 KILDER

Lovregister

Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
Husleieloven	Lov 23. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler

Forarbeider

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)	<i>Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp</i>
Ot.prp. nr. 5 (1982-1983)	Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempningsregel)
Ot.prp. nr. 82 (1997-1998)	Om lov om husleieavtaler

Domsregister

Hotell-dommen	Rt. 1932 s. 835.
	Rt. 1935 s. 1079.
	Rt. 1939 s. 352.
Pepsico-dommen	Rt. 1992 s. 762.
Salhus Flytebro	Rt. 1999 s. 922.
	Rt. 2000 s. 806.

Bodum-dommen Rt. 2002 s. 1110.
Rt. 2005 s. 257.
Rt. 2011 s. 670.
HR-2016-1447-A.

Underrettspraksis

LB-1999-2118
RG-2000-586
LA-2005-094838
LG-2009-69472
LG-2010-195103

Litteraturliste

Bøker

Referanser

Aabø-Evensen (2011) Aabø-Evensen Ole K, *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet: En praktisk tilnærming til prosessene, verktøyene og eksemplene* (Oslo 2011)

Christoffersen (2008) Buskerud Christoffersen, Margrethe, *Kjøp og salg av virksomhet: – risiko og ansvar for mangler* (Oslo 2008)

Engholm Hansen og Lundgren (2014) Hansen, Johannus, Christian Lundgren, *Køb og salg af virksomheder*, 5 utgave (København 2014)

- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelses*, 2 utgave (Oslo 2013)
- Hagstrøm (2006) Hagstrøm, Viggo, *Kjøpsrett*, (Oslo 2006)
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2 utgave (Oslo 2011)
- Hov og Høgberg (2016) Hov, Jo, Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett* (Oslo 2016)
- Høgberg (2006) Høgberg, Alf Petter, *Kontraktstolkning - Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter* (Oslo 2006)
- Krüger (1999) Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4. utgave (Bergen 1999)
- Thyness (2008) Thyness, Erik, Knut Boye og Christine B. Meyer (red.) *Fusjoner og oppkjøp - Juridiske aspekter ved oppkjøpsprosessen*, (Oslo 2008)
- Woxholth (2010) Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 3 utgave (Oslo 2010)
- Woxholth (2012) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 8 utgave (Oslo 2012)

Artikler

- Bjørnstad (2007) Bjørnstad, Henrik Wærstad, «Entire agreement» Digitale utgivelser ved Universitetet i Oslo (DUO)
- Christoffersen (2004) Buskerud Christoffersen, Margrethe, «Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet» *Tidsskrift for forretningsjus*, 2004 s. 373-406.
- Christoffersen (2005) Buskerud Christoffersen, Margrethe, «Virksomhetsoverdragelser - noen kjøpsrettslige spørsmål i lys av Rt 2002 1110 (Bodum-dommen)», *Jussens Venner*, 2005 s. 19-38.

- Eriksrud (1995) Eriksrud, Sven, «Kontraktsrettslige spørsmål ved overdragelse av virksomhet» *Tidsskrift for forretningsjus*, 1995 s. 1-18
- Fondevik (2013) Fondevik, Tord, «Oppkjøp av teknologibedrifter» *Tidsskrift for forretningsjus*, 2013 s. 267-319.
- Hagstrøm (1999) Hagstrøm, Viggo «Due diligence» ved virksomhetsoverdragelse», *Tidsskrift for forretningsjus*, 1999 s. 391-399.
- Knudsen (2000) Knudsen, Knud Jacob, «Praktisk gjennomføring av due diligence*», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2000, s. 306-320