

Mastergradsoppgave
JUS399

Due diligence ved virksomhetskjøp

- risikoplasseringen i etterkant av undersøkelsene

Kandidatnr: 179064

Veileder: Filip Truyen

Antall ord (inkludert fotnoter): 14 515

01.06.2011

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>4</u> |
| 1.1 | OPPGAVENS TEMA..... | 4 |
| 1.2 | PROBLEMSTILLING | 5 |
| 1.3 | RETTSKILDER / BAKGRUNNSRETT | 5 |
| 1.4 | AVGRENSNING..... | 7 |
| <u>2</u> | <u>GENERELT</u> | <u>8</u> |
| 2.1 | VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE | 8 |
| 2.1.1 | HVA ER EN VIRKSOMHET? | 8 |
| 2.1.2 | ULIKE TYPER VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER | 8 |
| 2.1.3 | KJØPSLOVENS ANVENDELSE VED ULIKE TYPER VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER..... | 9 |
| 2.2 | DUE DILIGENCE | 11 |
| 2.2.1 | DUE DILIGENCE – KORT OM HISTORIE | 11 |
| 2.2.2 | FORMÅL MED DUE DILIGENCE | 11 |
| 2.2.2.1 | Risikomomenter ved virksomhetskjøp..... | 11 |
| 2.2.2.2 | Risikobegrensning | 12 |
| 2.2.3 | DUE DILIGENCE-PROSESSEN..... | 14 |
| 2.2.3.1 | Avtale om due diligence | 14 |
| 2.2.3.2 | Due diligence-undersøkelser..... | 14 |
| 2.2.3.3 | Due diligence-rapport | 15 |
| 2.2.3.4 | Den endelige kjøpsavtalen | 16 |
| 2.2.4 | ULIKE TYPER DUE DILIGENCE | 16 |
| 2.2.5 | KOSTNADENE VED DUE DILIGENCE | 17 |
| 2.2.6 | DUE DILIGENCE-PROSESSENS ULIKE INNHOLD..... | 18 |
| <u>3</u> | <u>UTGANGSPUNKTENE VED KJØPSLOVENS MANGELSBESTEMMELSER.....</u> | <u>19</u> |
| 3.1 | PARTENES AVTALEFRIHET – KOMMER EGENTLIG BAKGRUNNSRETTE TIL ANVENDELSE? | 19 |
| 3.2 | KJØPSLOVENS BESTEMMELSER OM MANGLER | 20 |
| 3.3 | ”SOM DEN ER”-SALG..... | 20 |
| <u>4</u> | <u>KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT OG SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT.....</u> | <u>23</u> |

| | | |
|------------|---|------------------|
| 4.1 | INNLEDNING..... | 23 |
| 4.2 | LEGISLATIVE HENSYN BAK RISIKOPLASSERING VED VIRKSOMHETSKJØP | 23 |
| 4.3 | HVA KJØPER MÅTTE KJENNE TIL..... | 24 |
| 4.4 | KJØPERS AKTSOMHET VED UNDERSØKELSENE | 25 |
| 4.4.1 | AKTSOMHETSNORMEN ETTER KJL. § 20 ANNET LEDD | 25 |
| 4.4.2 | IDENTIFIKASJONSSPØRSMÅL VED EKSTERN BISTAND | 27 |
| 4.5 | MOMENTER VED VURDERINGEN AV KJØPERS AKTSOMHET | 28 |
| 4.5.1 | UTGANGSPUNKT VED BRUK AV DUE DILIGENCE OG HVA INNEBÆRER BRUK AV BEGREPET? | 28 |
| 4.5.2 | SELGERS ÅPENHET OG ANDRE FORHOLD PÅ SELGERS SIDE..... | 29 |
| 4.5.3 | KJØPERS PROFESJONALITET – ER EKSPERTISE NØDVENDIG? | 32 |
| 4.5.4 | KJØPETS VERDI | 34 |
| 4.5.5 | TIDSMOMENTET I FORHOLD TIL OMFANGET AV TILGJENGELIG INFORMASJON PÅ DATAROMMET | 35 |
| 4.5.6 | VIRKSOMHETENS KOMPLEKSITET | 36 |
| 4.5.7 | TYPE INFORMASJON | 37 |
| 4.5.8 | INDIKASJONER PÅ FEIL OG MANGLER I MOTTATT INFORMASJON | 39 |
| 4.5.9 | SELGERS PROFESJONALITET OG RELASJON MELLOM PARTENE..... | 40 |
| 4.5.10 | DEN SAMLEDE VURDERINGEN AV AKTSOMHETSNORMEN..... | 41 |
| 4.6 | SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT | 42 |
| 4.6.1 | UTGANGSPUNKT FOR SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT | 42 |
| 4.6.2 | HVEM KAN IDENTIFISERES MED SELGER? | 44 |
| 4.6.3 | SAMMENHENGEN MELLOM OPPLYSNINGSPLIKTEN OG UNDERSØKELSESPLIKTEN | 46 |
| 5 | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>48</u> |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Hvert år inngås det et stort antall avtaler om overdragelse av næringsvirksomhet i Norge. Det å kjøpe en virksomhet er noe ganske annet enn å kjøpe en sofa eller en bil. En virksomhet er et mye mer komplisert kjøpsobjekt. Dette fører til at undersøkelsene som kjøper gjør på virksomheten er mer omfattende og sammensatt enn ved andre kjøp.¹ Kort sagt kan man si at både prosessen rundt kjøpet og den eventuelle mangelsvurderingen i etterkant blir mer komplisert ved virksomhetskjøp enn ved andre typer kjøp.

Due diligence har de siste tiårene vokst fram som en mer og mer selvfølgelig del av slike virksomhetskjøp.² Begrepet due diligence brukes i praksis som en betegnelse på en ”systematisk gjennomgang av et selskap for å identifisere risikoforhold vedrørende selskapet”.³ Kjøperen vil ved avtalt due diligence få innsyn i deler eller hele virksomheten som skal kjøpes. Due diligence-prosessen vil på den måten gjøre partene i stand til å plassere ulike risikoforhold hos hverandre før overtakelse. Dette gjøres gjerne i såkalte garantikataloger.

Begrepet due diligence har i seg selv ikke et fast rettsinnhold i norsk rett.⁴ Begrepet kan oversettes med “*tilbørlig aktsomhet*” og er utledet fra den amerikanske kontraktretten. I amerikansk rett inngår begrepet i en annen avtalerettslig tradisjon, nemlig i en sammenheng der avtalen ikke er endelig før på et mye senere tidspunkt enn i norsk rett.

Innføringen av ordningen har bydd på en del utfordringer for både kjøpere og selgere av virksomhet i Norge.

¹ Se avsnitt 2.2.2.1 for mer utfyllende om dette.

² Hagstrøm (TfF-1999-391) skriver for eksempel på side 391 at due diligence og enkelte andre anglo-amerikanske avtalebegrep er blitt en ”*naturens orden*” i forretningslivet.

³ Knudsen (TfF-2000-306) på side 306.

⁴ I RG-2009-1363 blir begrepet kalt en ”*fremmed fugl i norsk rett i den forstand at det ikke er klart hvilke implikasjoner begrepet har*”.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen i denne oppgaven er å klargjøre hva slike due diligence-undersøkelser i realiteten medfører for den eventuelle mangelsvurderingen i ettertid.

For å avgjøre risikoplasseringen vil det bli fokus på hvor strenge krav som kan stilles til kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt og hvordan disse må ses i sammenheng med hverandre.

1.3 Rettskilder / bakgrunnsrett

Virksomhetskjøp berører flere områder innenfor jusen.

Det finnes ingen spesifikk lov som gjelder ved kjøp av virksomheter. Det følger imidlertid av kjøpsloven (kjl.) § 1 første ledd at denne gjelder for alle kjøp *”for så vidt annet ikke er fastsatt i lov”*.⁵

De typiske tvistene i etterkant av virksomhetsoverdragelse vil være spørsmålet om det foreligger en mangel som følge av at virksomheten har lavere verdi enn kjøper forutsatte ved avtaleinngåelse. Sentrale lover vil da være kjøpsloven §§ 17-20 som omhandler varens egenskaper, selgers opplysningsplikt, selgers forbehold og kjøpers undersøkelsesplikt.

Ettersom kjøpsloven etter § 3 er deklatorisk vil det ved inngått avtale om kjøp imidlertid alltid være avtalen som er det primære rettsgrunnlaget. Ved virksomhetskjøp vil det derfor alltid være et betydelig element av kontraktsrett. Slike virksomhetskjøpskontrakter er normalt svært omfattende, men det er likevel vanskelig å regulere alle tenkelige spørsmål som kan oppstå ved eventuelt mislighold. Kjøpsloven kan da få betydning som bakgrunnsrett, både når det oppstår spørsmål som ikke er regulert i avtalen, og som argument ved tolkningen av avtalens bestemmelser.⁶

Videre vil det ved kjøp av virksomhet også være rettsregler fra selskapsretten som vil være av betydning for selskapets og selskapsmedlemmenes rettsstilling. Også arbeidsretten vil inneholde lover og regler som vil være viktige for spesielt arbeidstakerne i det oppkjøpte

⁵ Problemstillinger rundt anvendelsen av kjøpsloven tas opp i oppgavens avsnitt 2.1.3.

⁶ Se mer i avsnitt 3.1.

selskapet. Videre kan konsesjonskrav, nødvendige tillatelser og annen rettslig rammeloavgivning for virksomheten være av stor betydning for kjøper. Når tema i denne oppgaven er due diligence-prosessen og dens rettslige konsekvenser vil det imidlertid hovedsakelig være de kjøpsrettslige og kontraktsrettslige sidene av virksomhetskjøp som er av interesse.

Det finnes enkelte artikler om temaet i Tidsskrift for Forretningsjus, og spesielt Margrethe Buskerud Christoffersen har belyst temaet med både artikler og boken ”*Kjøp og salg av virksomhet*”.

Som oppgaven vil vise er det enkelte momenter som kan trekkes ut fra rettspraksis som foreligger på området, men det er generelt lite rettspraksis å støtte seg til her. Dette kan ha sammenheng med at slike saker som oftest ender i voldgiftsretten.⁷

På grunn av lite rettspraksis på området vil også praksis rundt avhendingslova bli brukt i oppgaven. Avhendingslova er på mange områder identisk med kjøpsloven, blant annet bygger forarbeidene på forarbeidene til kjøpsloven.

Obligasjonsretten i Norge er dessuten basert på samme fundament som i de øvrige nordiske land. Med unntak av Danmark er alle kjøpslovene basert på Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) som er FN-konvensjonen for løsørekjøp.⁸ Også den danske kjøpsloven baserer seg i stor grad på de samme kjøpsrettslige prinsippene som resten av Norden. Dessuten er også avtaleloven utviklet i et nordisk samarbeid. Likheten mellom rettssystemene tilsier derfor at nordisk rettspraksis på dette området er godt egnet som illustrasjon, og den kan også gi relevante argumenter ved anvendelsen av norsk rett.

Ved siden av å tolke kontrakten blir derfor det sentrale i fastleggelsen av risikoplasseringen å tolke bakgrunnsrettens regler om mangler, undersøkelsesplikt og opplysningsplikt i samsvar med formålet slik at vi får en hensiktsmessig plassering av risiko. For å kunne foreta slike formålsbetraktninger er det viktig å forstå hvilken funksjon due diligence har, noe som blir gjennomgått i oppgavens avsnitt 2.

⁷ Eriksrud (TfF-1996-1) side 9 skriver at de fleste tvistene om virksomhetsoverdragelser ”synes å finne sin løsning gjennom voldgift”.

Også Krüger (1999) side 92 påpeker at næringskjøp sjelden bringes til ordinær domstolsbehandling.

⁸ Hagstrøm (2002) skriver på side 22-40 om CISG og dens betydning for norsk kjøpsrett.

1.4 Avgrensning

Temaet for denne oppgaven er omfattende. Oppgaven avgrenses til å gjelde due diligence som foretas av kjøperen. Dette er det mest vanlige. Selger vil også i noen tilfeller foreta en selvstendig due diligence-undersøkelse for å kartlegge virksomheten før salg, en såkalt sellside due diligence, men dette har ikke like interessante rettslige konsekvenser.

Videre tar jeg som utgangspunkt at kjøperen gjennomfører due diligence etter at det er inngått avtale, enten en bindende kjøpsavtale eller i form av en intensjonsavtale.

Potensielle kjøpere kan også foreta en forberedende⁹ due diligence ved hjelp av offentlig tilgjengelig informasjon før de går inn i forhandlinger. Dette gjøres for å oppnå et best mulig grunnlag for å avgjøre om man vil inngå avtale og til hvilken pris man skal legge seg på. Etterfølgende⁹ due diligence blir ikke et tema i oppgaven. Dette vil si å gjennomgå selskapet i etterkant av overtakelse i den hensikt å bekrefte at avtalte garantier er oppfylt.

Når begrepet due diligence brukes i denne oppgaven er det altså i de tilfeller der kjøper gjennomgår virksomheten etter at en form for avtale er inngått, men før overtakelse har funnet sted.

Oppgaven avgrenser mot problemstillinger som er knyttet til garantiene som gjerne blir avtalt mellom partene i etterkant av due diligence. Oppgaven avgrenser også mot vurderingen av hva som er ”*grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro*” etter kjl. § 20 annet ledd. Det er aktsomhetsnormen sett i sammenheng med opplysningsplikten som er det sentrale temaet i oppgaven. Avgrensningen av oppgaven vil utdypes mer etter hvert som begrepene klargjøres i den generelle delen i avsnitt 2.

⁹ Forberedende og etterfølgende due diligence blir gjerne kalt henholdsvis pre due diligence og post due diligence.

2 Generelt

2.1 Virksomhetsoverdragelse

2.1.1 Hva er en virksomhet?

En virksomhet defineres noe ulikt etter hvilken kontekst begrepet blir brukt i. I denne oppgaven finner jeg det mest hensiktsmessig å definere det som en ”forretningsmessig drift av et sammensatt formueskompleks”.¹⁰ Det at formueskomplekset har en ”forretningsmessig drift” får fram at det drives med sikte på økonomisk overskudd. Dette er helt sentralt for virksomheter som er tema i denne oppgaven, ettersom det er de økonomiske sidene ved virksomheten som får betydning når eventuelle mangler skal vurderes.

I denne oppgaven vil begrepene selskap og virksomhet bli brukt om hverandre.¹¹

2.1.2 Ulike typer virksomhetsoverdragelser

En overdragelse av virksomhet vil innebære et eierskifte. Eierskifte kan skje gjennom flere ulike transaksjoner, for eksempel arv, fusjon, fisjon, gave osv. Ved arv og gave vil det ikke være aktuelt med mangelsansvar, og slike overdragelser er derfor ikke interessante i forhold til problemstillingen i denne oppgaven. Oppgaven avgrensner også mot de særlige problemstillingene rundt mangler ved fusjon og tingsinnskudd. I denne oppgaven behandles bare de frivillige overdragelsene mot vederlag av markedsmessig verdi.

Overdragelse av virksomhet kan skje ved to ulike transaksjonsformer, enten som et innmatsalg eller som et aksjesalg.

¹⁰ Slik også Christoffersen (JV-2005-19) side 20.

¹¹ Begrepet ”selskap” kan være noe upresist ettersom det også kan være snakk om et konsern. For enkelhets skyld velger jeg likevel å bruke ordet selskap ved siden av virksomhet for å variere språket slik at det blir bedre flyt i oppgaven.

Ved aksjesalg overdras virksomheten gjennom at aksjer overføres til kjøper. Virksomhetens eier forblir da den samme juridiske person. Alle forpliktelser som ligger i selskapet vil som hovedregel følge med ved aksjekjøp.

I motsetning til ved aksjesalg vil det ved et såkalt innmatsalg være slik at hver enkelt eiendel som inngår i virksomheten skifter eier. Det vil typisk være driftsløsøre, fast eiendom og kontrakter med leverandører, kunder og ansatte. Overføring av kontrakter vil da kreve samtykke fra de involverte ettersom disse får en ny kontraktsmotpart å forholde seg til.

Fordelen med innmatskjøp er at risikoen er mindre enn ved aksjekjøp. Grunnen til det er at man ikke overtar forpliktelser og ansvar som ligger i selskapet.

2.1.3 Kjøpslovens anvendelse ved ulike typer virksomhetsoverdragelser

Spørsmålet blir så hvordan kjøpsloven får anvendelse ved overdragelse av virksomhet.

Kjøpsloven er i utgangspunktet innrettet mot typisk løsørekjøp.¹² Dette kan tale mot at den får anvendelse ved virksomhetskjøp. På den andre siden følger det av § 1 at loven gjelder ”så vidt ikke annet er fastsatt i lov”.

Ved innmatssalg må det spørres om virksomheten skal anses som et helhetlig kjøpsobjekt, eller om enkelte bestanddeler reguleres av kjøpsloven mens andre bestanddeler reguleres av særlover. I sistnevnte tilfelle vil i så fall fast eiendom som følger med virksomheten måtte vurderes ut fra avhendingslova.

Det har tidligere vært usikkert hvordan spørsmålet skal løses.¹³ Svaret er fortsatt ikke avklart i rettspraksis, men gode grunner kan tale for at kjøpsloven får anvendelse for virksomheten som en helhet. Målet med et innmatskjøp er jo gjerne ikke bare å få eiendomsretten til de enkelte bestanddelene, men å få en samlet økonomisk utnyttelse av dem.¹⁴ Det er da naturlig at virksomhetens bestanddeler ses på som en helhet.

¹² Eriksrud (TfF-1997-1) side 2.

¹³ Haugstad/Gustavsson (TfF-1997-13) side 21.

¹⁴ Christoffersen (TfF-2004-373) side 380. For mer utfyllende om dette spørsmålet, se Christoffersen (2007) side 75-78.

Særlover vil da kun få anvendelse dersom virksomheten er snever og passer til en konkret særlov, for eksempel der en virksomhet kun består av fast eiendom med tilbehør. Da vil avhendingslova i sin helhet få anvendelse på hele virksomheten. Hovedregelen må imidlertid bli at kjøpsloven får anvendelse ved spørsmål om det foreligger en mangel, og at mangelsvurderingen må knyttes opp mot virksomheten som en helhet.

Spørsmålet blir så hvordan kjøpsloven kan anvendes ved aksjesalg. Det at kjøpsloven omfatter aksjekjøp er for så vidt ikke tvilsomt. Det følger forutsetningsvis av § 80. Det som imidlertid er tvilsomt er om mangelsreglene skal anvendes i forhold til selve eksistensen av aksjene eller til de underliggende verdiene i selskapet man har kjøpt aksjer i.

Spørsmålet må anses avklart i forhold til kjøp av 100 prosent av aksjene. I Bodum-dommen ble det slått fast at vurderingen av om det forelå mangel måtte knyttes ”til virksomheten, og ikke til de ulike aksjeposter som overdras etter avtalene med de selgende aksjonærer”.¹⁵ Mangelsvurderingen måtte med andre ord knyttes til selskapets underliggende verdier. Dette er fornuftig, all den tid det i slike tilfeller er de underliggende verdiene i virksomheten som er målet med aksjekjøpet.

Ved kjøp av mindre enn 100 prosent av aksjene er dette mer problematisk. Det er ikke enighet i teorien om dette. Ved kjøp av mindre aksjeposter over børs uten forhandlinger må det likevel være klart at det bare er egenskaper ved selve verdipapiret som kan være relevante. Motsetningsvis er det rimelig klart at mangelsvurderingen må knyttes til de underliggende verdiene i selskapet i et tilfelle der det er kjøpt en aksjepost på for eksempel 90 prosent, og målet med kjøpet var å overta driften av selskapet og utnytte selskapets verdier. I et slikt tilfelle vil kjøper kunne tvangsinnløse de resterende 10 prosent av aksjene i henhold til aksjeloven § 4-26 første ledd.

Også ved kjøp av mindre aksjeposter kan det være at mangelsvurderingen må knyttes til de underliggende verdiene. Det har i nordisk teori blitt lansert flere ulike kriterier for å trekke hvor grensen skal settes.¹⁶ Gode grunner kan tale for at grensen ikke settes for høyt. Det vil være naturlig at mangelsvurderingen kan knyttes til de underliggende verdiene i tilfeller der

¹⁵ Rt. 2002 s. 1110, side 1117-1118.

¹⁶ Christoffersen (2007) side 86 med videre henvisninger. Se side 82-88 for en utførlig fremstilling av problematikken rundt mangelsvurderingen ved aksjekjøp.

disse verdiene har vært målet med kjøpet, og dette har vært klart for selger ved forhandlingene. Derimot er det mindre trolig at de underliggende verdiene har vært målet for kjøp som foregår over børs uten at det har funnet sted forhandlinger mellom partene. I slike tilfeller er det derfor grunn til å knytte mangelsvurderingen til selve verdipapiret.

I denne oppgaven forutsettes det at det foreligger et innmatssalg eller et aksjesalg av en slik art at det kan gjøres gjeldende mangler i forhold til underliggende verdier. Kjøpslovens mangelsregler vil da få anvendelse på selskapet som sådan dersom ikke annet følger av partenes avtale.¹⁷

2.2 Due diligence

2.2.1 Due diligence – kort om historie

Due diligence er et begrep og en prosess som har kommet til nordisk rett de siste tiårene. Begrepet og prosessen oppsto i den angloamerikanske verdipapirretten i etterkant av børskraket i 1929. Meningen var at kjøperne skulle kunne sikre at opplysningene som ble gitt i salgsprospekter ikke var misvisende.¹⁸

Due diligence-undersøkelser ble vanlige i Norden på 1980-tallet, og har etter hvert blitt en integrert del av norsk og nordisk kontraktsrett. Utviklingen må sannsynligvis ses i sammenheng med anglo-amerikanske firmaers sentrale stilling i det internasjonale finansliv.¹⁹ Det er liten tvil om at slike undersøkelser og dertil følgende kontraktspraksis er kommet til norsk rett for å bli. Det er tydelig at aktørene i markedet anser due diligence for å være en hensiktsmessig del av virksomhetskjøp.

2.2.2 Formål med due diligence

2.2.2.1 Risikomomenter ved virksomhetskjøp

Når et selskap kjøper et annet er det selvsagt fordi et oppkjøp anses å føre til verdiskapning. Verdiskapning skjer gjennom såkalte inntekts- og kostnadssynergier.

¹⁷ Se avsnitt 3.1 for mer om anvendelsen av kjøpsloven når det inngås store kontrakter.

¹⁸ Se om dette Lindholm (DnJ-38-2008) side 275.

¹⁹ Hagstrøm (TfF-1999-391) side 392.

En virksomhet er et mye mindre konkret og håndfast kjøpsobjekt enn for eksempel en bil, noe som gjør det mye vanskeligere å vurdere den samlede verdien av et eventuelt kjøp.

For det første vil verdien av en virksomhet være dynamisk. Den svinger i takt med marked og konjunkturer. For det andre er en virksomhet sammensatt av diverse formuesobjekter, rettigheter og forpliktelser. Virksomheten kan bestå av produksjonsmidler, varelager, faste eiendommer, krav mot tredjemenn, rettigheter av ulike slag, kunderegister m.v., foruten gjeld og andre forpliktelser.²⁰ Det kan være vanskelig å få en god og nøyaktig oversikt over dette, og det kan også være vrient å fastslå den konkrete verdien av de ulike bestanddelene.

Det kan være at selskapets forpliktelser er større enn hva virksomhetskjøper forventet. Det kan være at immaterielle rettigheter ikke er gyldig stiftet eller at tredjemenn har rettigheter i dem. Det kan være at kontraktene er mer byrdefulle eller mindre gunstige enn virksomhetskjøper hadde grunn til å tro. Denne oppramsingen illustrerer at det finnes mange ulike risikomomenter for en kjøper av virksomhet, men er på ingen måte ment å være uttømmende.

Videre kan kjøper ha behov for å foreta undersøkelser for å gjøre egne beregninger av forventet verdi. Verdien av en virksomhet kan nemlig avhenge av kjøpers formål med kjøpet, og hvilken kompetanse, eiendeler, kontrakter og kontakter han ellers har.

Risikoen for at det senere vil avdekkes forhold ved virksomheten som avviker negativt fra kjøpers forventninger på avtaletidspunktet gjør at kjøper som oftest vil betinge seg en rett til å foreta en undersøkelse av virksomheten før denne overtas.²¹ Det er denne undersøkelsen som gjerne kalles due diligence.

2.2.2.2 Risikobegrensning

Som vist ovenfor er det en del risikomomenter for kjøper av virksomhet. Formålet med due diligence er kort sagt å begrense denne risikoen. En due diligence skal avdekke og plassere risiko ved virksomheten. På denne måten skal undersøkelsene bidra til at negative overraskelser i ettertid blir unngått slik at kjøpet blir mest mulig vellykket.

²⁰ Slik som beskrevet i Eriksrud (TfF-1996-1) side 1.

²¹ Haugstad/Gustavsson (TfF-1997-13) side 14.

Due diligence-undersøkelsene får en viktig betydning for innholdet i partenes avtale. Ulike risikomomenter som er avdekket vil som regel fordeles i etterkant av undersøkelsene i såkalte garantikataloger. Kjøper vil typisk kreve garantier om forhold som anses å være usikre. Har kjøper avdekket negative forhold av betydning kan det også være aktuelt med prisavslag eller endring av avtalen. For kjøper vil det være en klar fordel å forhandle om prisavslag før noe er betalt enn i tilfeller der han krever tilbakebetaling av allerede overførte penger. I de mest alvorlige tilfellene kan undersøkelsene føre til at kjøper vil trekke seg fra avtalen.

For kjøper vil det også være en annen fordel av å ha inngående kjennskap til målselskapets indre forhold før overtakelse. Dette kan nemlig gjøre overtakelsesprosessen enklere og mer effektiv.

Det er ikke bare kjøper som drar fordel av due diligence. For selger vil det være en fordel at kjøperen gjennom en due diligence føler seg mer komfortabel med virksomheten. Dette kan føre til at kjøperen er villig til å betale mer for virksomheten, eller at han i det minste godtar en snevrere adgang til å gjøre gjeldende mangelskrav. En kjøper som får foreta due diligence vil heller ikke ha det samme behovet for å kreve sikkerhet for deler av kjøpesummen i en periode etter overtakelse. En slik undersøkelse før overtakelse gir selger økt forutberegnelighet i etterkant av avtalen ettersom det minsker risikoen for tvister i ettertid.

Mothensynet for selger er først og fremst at en utenforstående får inngående kjennskap til selskapets indre anliggender, noe som spesielt har betydning dersom kjøper er en konkurrent. Videre vil selger ha ønske om en raskest mulig transaksjonsprosess, og en due diligence kan forsinke dette noe. Det må også nevnes at en due diligence på langt nær fjerner all risiko, verken for kjøper eller selger. Det er tross alt store mengder informasjon som kjøper må gjennomgå på begrenset tid.²² Samtidig kan det være store kostnader forbundet med undersøkelsene, noe som kan gjøre det uhensiktmessig å foreta grundige undersøkelser.²³ Praksis rundt virksomhetskjøp viser at selger som regel godtar at det foretas due diligence. Fordelene anses altså som oftest å være større enn ulempene.

²² Se mer om dette blant annet under avsnitt 4.5.5 og 4.5.6.

²³ Se mer i avsnitt 2.2.5. Dette vil også være et gjennomgående hensyn i forhold til hvilke krav som stilles til kjøpers aktsomhet, se avsnitt 4.2, 4.5 og 4.6.

2.2.3 Due diligence-prosessen

2.2.3.1 Avtale om due diligence

Det å få innsyn i virksomheten som skal kjøpes er selvsagt ikke noe kjøper har krav på uten hjemmel. Etter at endelig avtale om kjøp, eller eventuelt intensjonsavtale om kjøp, er kommet i stand vil partene som regel inngå en særskilt due diligence-avtale. I denne avtalen vil det typisk avtales hvilke opplysninger som skal gjøres tilgjengelige for kjøper, omfanget av og fremgangsmåten ved undersøkelsene, og tidspunktet for undersøkelsen. Hvilket behov for informasjon kjøper har ved slike undersøkelser vil avhenge av virksomhetens kompleksitet og hvilket formål kjøper har med kjøpet. Det kan derfor avtales både begrenset og fullstendig due diligence. Kjøper vil gjerne måtte underskrive en taushetserklæring i forhold til opplysningene han får kjennskap til gjennom den forestående undersøkelsen, en såkalt konfidensialitetsavtale.

2.2.3.2 Due diligence-undersøkelser

Etter at avtale med selger er inngått vil kjøperen som regel skaffe profesjonell bistand for å utføre due diligence-undersøkelsene. Dette kan avhenge noe av virksomhetens størrelse, men stort sett vil virksomhetens sammensatte karakter gjøre det nødvendig med profesjonell hjelp. Normalt trengs det bistand fra advokater og revisorer, og gjerne trengs det også konsulenter på tekniske, kommersielle og eventuelt andre fagfelt. Disse rådgiverne omtales i det følgende som due diligence-teamet.

Prosessen som nå skisseres er typisk, men ingen fasit på hvordan det gjøres. Kunnskap om prosessen og variasjonene i prosessen er viktig for å forstå nyansene i hvordan vurderingene av eventuell risikoplassering blir i ettertid.

Due diligence-teamet vil først av alt utarbeide en liste over diverse forhold ved virksomheten som anses å være av interesse.²⁴ Omfanget av en slik liste varierer selvsagt, men det er viktig at den gjøres grundig slik at teamet unngår å forbigå vesentlige forhold. Både interne og eksterne forhold ved bedriften vil være av interesse. Selv om teamet gjerne bruker en standard

²⁴ Dette kalles gjerne ”request-list” i finansverden, men vil i oppgaven bli omtalt som spørsmålslisten.

spørsmålsliste er det viktig at denne listen i tillegg skreddersys hvert enkelt selskap. Selger vil som regel godta å stille dokumenter til disposisjon.²⁵

Deretter vil vanligvis alle dokumentene samles i et såkalt datarom. Det er flere grunner til at slike datarom blir etablert. For det første får man samlet alle dokumentene på ett sted, noe som gjør at teamet kan arbeide tett sammen. På denne måten effektiviseres arbeidet. For det andre slipper selger at kjøpers team forstyrrer driften av virksomheten. For det tredje sikrer dette selger kontroll, slik at det er mindre sannsynlig at eventuelt konfidensielle dokumenter og opplysninger lekkes ut. For det fjerde kan man enklere sikre notoritet. Med dagens virtuelle datarom er det lett å finne ut hvilke dokumenter som har vært tilgjengelige, og det kan føres logg over hvem som har vært inne på de ulike dokumentene. Ikke-elektroniske dokumenter kan enkelt kopieres og forsegles etter gjennomført due diligence. Dette kan være viktig ettersom det kan bevise hva kjøper har undersøkt dersom det oppstår tvister om mangelskrav eller garantibrudd i ettertid.

2.2.3.3 Due diligence-rapport

Informasjonen som gjennomgås skal så vurderes. Som oftest vil due diligence-teamet utarbeide en rapport til kjøper om funnene. Det viktigste i rapporten vil være å angi konkrete feil og mangler som er avdekket gjennom undersøkelsene. På denne måten blir rapporten verdiskapende for kjøper. Vanligvis vil det også følge med en mer generell beskrivelse av virksomheten. Det er også praktisk å legge ved virksomhetens viktigste avtaler, protokoller, offentlige pålegg og i tillegg en oversikt over mottatte dokumenter og selgers skriftlige svar på spørsmålslisten. Rapporten skal gi kjøper et overblikk over selskapets tilstand og mulige risikomomenter. Sentrale spørsmål som bør besvares i rapporten vil være om virksomheten formaliserer sine avtaler, beskytter sine rettigheter og overholder lover og forskrifter.²⁶

Det er i tillegg vanlig at det legges ved en erklæring fra selger om at alle relevante opplysninger om virksomheten er stilt til disposisjon, og at det ikke er tilbakeholdt informasjon av betydning for kjøper. Dette gir dermed ytterligere notoritet i forhold til

²⁵ Christoffersen (TfF-2004-373) side 405.

²⁶ Les om dette på side 20 i Haugstad/Gustavsson (TfF-1997-13).

hvordan og i hvilket omfang selger har oppfylt sin opplysningsplikt. Selgers forpliktelse til å gi en slik fullstendighetserklæring bør avtales før due diligence.²⁷

Hensikten med en god rapport vil ved siden av å gi kjøper oversikt over mulige risikomomenter også bidra til å gjøre overtakelsen av selskapet enklest mulig.

2.2.3.4 Den endelige kjøpsavtalen

Kjøper er nå satt i stand til å vurdere de ulike risikomomenter, noe som kan få betydning for innholdet i den endelige kjøpsavtalen. Avtalen vil nemlig som regel reforhandles etter foretatt due diligence. I den endelige avtalen blir det vanligvis opprettet såkalt risikokatalog der det går fram hvem som har risikoen for ulike mer eller mindre konkrete forhold ved virksomheten. Det avtales gjerne også hvilke rettsvirkninger kjøperens undersøkelse skal ha for hans rett til senere å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.²⁸

Det kan være at kjøper ved undersøkelsene har oppdaget forhold ved virksomheten av negativ art. Det kan da bli aktuelt å kreve prisavslag. Dersom selger ikke godtar kravet om prisavslag eller de negative forholdene er graverende nok kan det bli aktuelt for kjøper å trekke seg fra avtalen.

2.2.4 Ulike typer due diligence

En virksomhet er som nevnt et sammensatt kjøpsobjekt. Dette gjør at en god og grundig undersøkelse krever tverrfaglighet.

Prisen på en virksomhet avhenger i stor grad av virksomhetens økonomiske forhold. Det er derfor av sentral betydning å gjennomføre en finansiell due diligence. Her vil selskapets regnskaper, budsjett og økonomi gjennomgås. Skatte- og avgiftsmessige forhold vil være av betydning, og også avsetninger, pensjoner, forsikringer og lignende kan være av interesse.

Det vil også være viktig å avdekke hvilke rettigheter og plikter selskapet har. Dette gjennomgås ved en juridisk due diligence. Fokuset vil her være på selskapets kontrakter med kunder og leverandører, eierforhold, forsikringsforhold, arbeidsavtaler, patenter og om

²⁷ Knudsen (TfF-2000-306) side 318.

²⁸ Slik som beskrevet i Haugstad/Gustavsson (TfF-1997-13) side 25.

selskapet er involvert i nåværende eller fremtidige tvister. Skatte- og avgiftsmessige forhold kan bli et tema også her.

Videre vil en kommersiell due diligence undersøke selskapets posisjon i markedet. Dette er viktig for å få et mer fremtidig perspektiv på investeringen. Vesentlige forhold her vil være selskapets kunderelasjoner, teknologi og utviklingsmuligheter. I forhold til utviklingsmuligheter vil det være sentralt å vurdere markedet selskapet opererer i, for på den måten å gjøre rede for selskapets konkurranseposisjon. Solid innsikt i bransjen er naturligvis vitalt for at dette skal bli en vellykket vurdering.

Dette er de tradisjonelle typene due diligence.²⁹ I nyere tid har det blitt vanlig med flere former for due diligence, og en mer detaljert oppdeling.

En teknisk due diligence vil typisk ta for seg tilstanden til selskapets tilhørende eiendom og driftsmidler. Man kan også operere med såkalt management due diligence som er en gjennomgang av selskapets ledelse og ansatte. En teknologisk due diligence vil gå nærmere inn på produktløsninger. Videre vil en miljømessig due diligence redegjøre for selskapets miljøforhold, mens en operasjonell due diligence skal identifisere forbedringsområder. Det vil naturligvis kreves ulike typer konsulenter for å bidra med sakkyndig bistand på de ulike områdene.

Andre typer og benevnelser av due diligence kan helt sikkert tenkes. Grensene mellom disse formene for due diligence er ikke alltid så lett å trekke. Det er derfor svært viktig med et visst samarbeid mellom de ulike due diligence-aktørene for at ikke betydningsfulle forhold faller utenfor undersøkelsene.

2.2.5 Kostnadene ved due diligence

Det å utføre en fullstendig due diligence er svært kostbart. Som vist ovenfor blir det svært ofte brukt ekstern bistand ved gjennomgangen, noe som kan være helt nødvendig for at gjennomgangen skal bli verdiskapende og dermed hensiktsmessig. Advokater, revisorer og andre rådgivere tar som regel godt betalt for å bistå kjøper. Det kan ta dager, uker eller til og

²⁹ Knudsen (TfF-2000-306) side 306.

med måneder å gjennomgå alt, selv med et team bestående av flere. Kostnadene kan fort komme opp i millioner av kroner.

Ettersom det ikke en gang er sikkert at kjøper har lyst til å kjøpe virksomheten etter gjennomgangen kan det være risikabelt å påbegynne en slik prosess. I USA og andre steder har det derfor utviklet seg en tendens til at kjøper mottar et såkalt “*break fee*” fra selger dersom handelen droppes. Dette er en kompensasjon til kjøper som bruker tid og penger på et kjøpsobjekt uten at det blir noe av handelen. Dette har etter hvert også kommet inn i norsk forretningsliv, og det er derfor grunn til å tro at dette blir mer og mer vanlig i de kommende årene.

Også en mer begrenset due diligence-gjennomgang kan innebære store utgifter, spesielt for kjøpere av mindre virksomheter som kanskje ikke har så mye ressurser.

Samfunnsøkonomisk er det ikke heldig at kostnadene blir uforholdsmessig høye. Dette er et viktig moment i forhold til hvor strenge krav som må stilles til kjøpers aktsomhet ved due diligence, noe oppgaven kommer tilbake til i avsnitt 4.2 og 4.4 – 4.6.

2.2.6 Due diligence-prosessens ulike innhold

Som gjennomgangen ovenfor har vist er ikke due diligence er fast begrep. Prosessen kan ha flere funksjoner, og det er derfor ikke slik at begrepet er ensbetydende med nøyaktig spesifiserte undersøkelser som alltid er like. Forskjellene mellom ulike virksomheter kan være svært store, noe som spiller en vesentlig rolle i forhold til hvordan prosessen legges opp. Dessuten kan ulike kjøpere ha ulike formål med oppkjøpet. Due diligence må med andre ord skreddersys til hvert enkelt kjøp, både i forhold til kjøpers formål og til hvilken type virksomhet det er snakk om. Dette er viktig å vite for å forstå vurderingene som gjøres i avsnitt 4.5 og 4.6. For å forstå nyansene i undersøkelsesplikten og opplysningsplikten må man altså ta med seg kunnskap om hvordan due diligence-prosessen foregår og hvilke formål som ligger bak en slik ordning.

3 Utgangspunktene ved kjøpslovens mangelsbestemmelser

3.1 Partenes avtalefrihet – kommer egentlig bakgrunnsretten til anvendelse?

Som nevnt vil det gjerne utarbeides store og detaljerte kontrakter mellom kjøper og selger av virksomhet. Hensikten med slike lange kontrakter er ofte et ønske om å regulere alle mulige tenkelige saker som kan dukke opp i forbindelse med kjøpet i ettertid. Mange aktører i finansverden ønsker at juridiske dommers kompetanse skal være begrenset til å konstatere at det foreligger kontraktsbrudd, og deretter kun anvende kontrakten for å utmåle virkningene av dette.³⁰

Ettersom kjøpsloven er deklarasjonsrett vil slike avtaler bli det primære rettsgrunnlaget å forholde seg til. Det vil i en del tilfeller likevel være bruk for kjøpsloven, på tross av at kontraktene er fylldige.

For det første er det vanskelig å regulere alle tenkelige spørsmål som kan oppstå i forbindelse med et virksomhetskjøp, selv i lange og omfattende kontrakter. Det kan da oppstå behov for å utfylle kontrakten med bestemmelser i kjøpsloven.³¹ For det andre kan kjøpsloven komme inn som et argument ved tolkningen av avtalens bestemmelser. For det tredje kan det tenkes at kontrakten inneholder motstridende klausuler om hvem som bærer ansvaret, og da må man igjen falle tilbake til bakgrunnsretten.³² For det fjerde vil prinsippet om opplysningsrisiko være vanskelig å avtale seg bort fra.³³

Det kan dessuten være de nøyaktig samme vurderingene som må foretas etter kontraktens bestemmelse som etter kjøpsloven. Det er vanlig at det avtales at virksomhetskjøper ikke kan gjøre gjeldende krav knyttet til forhold han “burde ha fått kunnskap” om.³⁴ Dette blir en tilsvarende mangelsvurdering som etter kjl. § 20 annet ledd.

³⁰ Se mer om dette i Tvede-Møller (DnJ-35-1999) side 160.

³¹ Se for eksempel LB-1999-2118 der lagmannsretten ikke utelukker at det kan “være grunnlag for å påberope seg kjøpslovens mangelsregler i tillegg til avtalens egen regulering av mangler.”

³² Haugstad/Gustavsson (TfF-1997-13) side 26.

³³ Se Hagstrøm (TfF-1999-391) side 396-397.

³⁴ Se Christoffersen (2007) side 143.

Det forutsettes videre at kjøpsloven kommer til anvendelse i forhold til vurderingen av om det foreligger en mangel ved virksomheten.

3.2 Kjøpslovens bestemmelser om mangler

Utgangspunktet i norsk kjøpsrett er at partene har risikoen for egne forventninger og forutsetninger. For at kjøper skal kunne påberope seg mangelsbeføyelser som prisavslag, erstatning eller heving må det derfor foreligge en mangel. Hva som er en mangel følger av kjøpsloven §§ 17-20.

Utgangspunktet for mangelsvurderingen fremgår av § 17 første ledd, jf. § 17 tredje ledd. Det følger av denne at *”[t]ingen skal være i samsvar med de krav til art, mengde, kvalitet, andre egenskaper og innpakning som følger av avtalen”*.

Regelen viser at det sentrale i vurderingen er forholdet mellom hvordan kjøpsobjektet i virkeligheten er og hvordan det fremsto i avtalen. Det ligger i en kjøpsavtales natur at det skal være en viss balanse mellom partenes ytelser, altså prisen som betales og den varen som mottas. Prisen vil derfor være en pekepinn på hvor kjøper i utgangspunktet skal legge forventningene til kjøpsobjektet.

Selgers opplysningsplikt følger av § 18, og disse reglene må leses i sammenheng med kravet til kjøpers undersøkelsesplikt i § 20. Se mer om dette i avsnitt 4.

3.3 ”Som den er”-salg

Dersom det er avtalt et såkalt *”som den er”*-salg eller lignende forbehold vil mangelsvurderingen måtte knyttes opp til kjl. § 19.

Et *”som den er”*-forbehold må naturligvis i utgangspunktet være uttrykkelig avtalt mellom partene for at det skal få rettslige virkninger. Spørsmålet er om virksomhetskjøp er av en slik art at et slikt forbehold implisitt må legges til grunn mellom partene, selv uten en særskilt avtale om dette. Et eksempel på et slikt kjøp er auksjonssalg av brukte gjenstander.

Forarbeidene til § 19 gir liten veiledning. Det at en virksomhet er et sammensatt kjøpsobjekt som ikke en gang selger kan ha full oversikt over kan tas til inntekt for at slikt forbehold foreligger. Det kan dermed hevdes at kjøperens forventninger ved siden av egne undersøkelser i hovedsak bør baseres på selgerens opplysninger og garantier.³⁵

Spørsmålet må anses avgjort de lege lata etter dommen i Rt. 2002 s. 1110. I dommen som omhandler virksomhetskjøp gjennom kjøp av samtlige aksjer ble det sagt at “[d]et er fra selgerens side ikke tatt noe uttrykkelig forhold, og det er ikke grunnlag for å anvende bestemmelsen i lovens § 19 om “som den er“-salg med det mer begrensede selgeransvar som følger av denne”

Dommen i Rt. 2002 s. 1110 vil bli omtalt også senere i oppgaven. Dommen blir gjerne referert til som Bodum-dommen. I saken overtok kjøper Bodum AS virksomheten Kjøkkenpartneren AS gjennom koordinert overtakelse av samtlige aksjer i selskapet. I ettertid av kjøpet framsatte Bodum krav om heving av kjøpet, jf. kjl. § 39, jf. § 17. Grunnlaget for kravet var at Kjøkkenpartneren hadde en ukjent fordring på over 2 millioner kroner. Høyesterett fant at avviket fra det kjøper med rimelighet kunne forvente å få var så stort at det forelå vesentlig kontraktsbrudd, og kjøper ble dermed gitt medhold i kravet om heving. Videre fikk Bodum også tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen som følge av klanderverdig opptreden fra selgers representant.

Det må etter dette foreligge konkrete holdepunkter for at en virksomhet skal anses å være solgt “som den er”, det er ikke nok at virksomhetskjøp er sammensatte av natur. Spørsmålet blir da om andre forhold mellom partene kan forsvare bruk av § 19 uten at det uttrykkelig er avtalt.

Ofte vil virksomhetskjøpskontrakter inneholde omfattende garantikataloger. Dette kan tolkes som en begrensning av selgers risiko for mangler for andre forhold enn de som er gjengitt i garantikatalogen. Dette har støtte i teorien.³⁶ I Bodum-dommen forelå det ingen garantier fra selger i kontrakten, noe som betyr at dommen ikke er i veien for et slikt syn. Det kan altså være grunn til å tolke omfattende garantikataloger som et uttrykkelig forbehold om at virksomhetens andre egenskaper selges “som den er”.

³⁵ Haugstad/Gustavsson (TfF-1997-13) side 21 er av denne oppfatning.

³⁶ Se Christoffersen (2007) side 372-373.

Dersom det foreligger et slikt forbehold, enten uttrykkelig eller ved omfattende garantier, vil betydningen av kjl. §§ 17 og 18 reduseres. Mangelsvurderingen må da i stedet knyttes opp mot § 19, noe som medfører at terskelen for å gjøre en mangel gjeldende vil bli høyere. Det må da foreligge uriktige opplysninger fra selger, brudd på selgers opplysningsplikt eller “*vesentlig*” avvik fra kjøperens forventninger, jf. § 19 første ledd bokstav a-c. Selv om terskelen er høyere viser dette at en kjøper fortsatt har en viss beskyttelse ved salg “*som den er*”. Dette er rimelig sett ut fra alminnelige lojalitetsprinsipper i kontraktsforhold. Det ville vært uheldig om selger kunne fraskrive seg et hvert ansvar i tilfeller der han selv har opptrådt klanderverdig og der kjøper har mottatt noe som avviker vesentlig fra hans forventninger.

4 Kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt

4.1 Innledning

Mangelsbestemmelsene i §§ 17-19 modifiseres av § 20 som viser til det prinsippet vi kaller kjøpers undersøkelsesplikt. Denne regelen er spesielt aktuell ved virksomhetskjøp der det som regel foretas en due diligence i forkant av overtakelsen.

Det sentrale i de følgende avsnitt er å klarlegge om det er kjøper eller selger som har den endelige risikoen for et forhold ved virksomheten.

4.2 Legislative hensyn bak risikoplassering ved virksomhetskjøp

Det er ulike hensyn bak hvor risikoen bør plasseres. Regelverket inneholder skjønnsmessige vilkår, noe som gir domstolene mulighet til å foreta funksjonsorienterte vurderinger for å komme fram til en hensiktsmessig risikofordeling. Det sentrale spørsmålet er hvem som er nærmest å bære risikoen for at de ønskede relevante opplysningene ikke kom fram. Det er gode grunner til å stille krav til både selgers opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt ved virksomhetsoverdragelse.

På den ene siden vil virksomhetskjøp alltid innebære en viss investeringsrisiko. Det er vanskelig å fastslå den nøyaktige verdien av en virksomhet, og den er heller aldri helt objektiv ettersom den må baseres på den nye eiers forutsetning for den videre driften. Dette taler for at kjøper bør foreta vurderingen av virksomhetens verdi selv.

Videre dreier virksomhetskjøp seg som regel om store verdier, noe som også taler for strenge krav til kjøper. Samtidig taler prinsippet om at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger for at det må stilles strenge krav til virksomhetskjøpers innsats.³⁷ Dette gjelder spesielt siden virksomhetskjøper er næringsdrivende og må kunne forventes å ivareta egne interesser.

³⁷ Se Hagstrøm (2005) side 73.

Også prosessøkonomiske hensyn taler for strenge krav til kjøpers aktsomhet. Ved at kjøper foretar grundige undersøkelser vil han bli klar over flere forhold ved virksomheten før overtagelse, noe som igjen vil føre til færre kostbare tvister for domstolene i ettertid.

På den andre siden er det selger som har best kunnskap om virksomheten. Det er grunn til å stimulere selger til å gi riktig informasjon og ikke holde tilbake opplysninger. Det vil ofte være mindre kostbart enn at kjøper må foreta svært grundige undersøkelser helt på egen hånd. Ved å stille krav til selger vil man påvirke prosessen slik at kjøper får et best mulig beslutningsgrunnlag før den endelige kjøpsavtalen inngås.

Rettsøkonomiske betraktninger tilsier derfor at selger kan være nærmest å bære risikoen, på tross av at mangelen kunne vært avdekket ved grundigere undersøkelser.³⁸ Dette må imidlertid ikke trekkes for langt ettersom det vil være arbeidskrevende for selger å fremskaffe og eventuelt formidle all relevant informasjon. Også hensynene bak kravet til kjøpers aktsomhet taler mot at kravet til selgers opplysningsplikt blir for strengt.

4.3 Hva kjøper måtte kjenne til

Det følger av kjl. § 20 første ledd at forhold som kjøper "*kjente til eller måtte kjenne til*" ikke utgjør en mangel. Det er etter denne uproblematisk at forhold som kjøper uomtvistelig kjente til ikke kan være grunnlag for et mangelskrav. Dette er naturlig ettersom slike forhold kan innberegnes i prisen han er villig til å betale.

Det var lenge omdiskutert i norsk teori om regelens annet alternativ innebar et aktsomhetskrav eller et rent kunnskapskrav med redusert krav til bevis.³⁹ Etter Bodum-dommen og Rt. 2002 s. 696 er det klart at regelen må forstås som et aktsomhetskrav til kjøper. Sistnevnte dom gjaldt riktignok avhendingslova § 3-7, men den nøyaktig samme formuleringen ble her klart ansett som et "*normativt begrep, og ikke som en bevisregel (...)*". Det ble videre sagt at mangel kan foreligge selv om det er uomtvistet at selgeren ikke hadde positiv kunnskap om forholdet.

³⁸ Se Christoffersen (2007) side 179 som blant annet viser til at dette argumentet ble trukket fram i Rt. 2001 s. 369.

³⁹ Christoffersen (JV-2005-19) side 33.

Det kan reises spørsmål om hvilket aktsomhetskrav som kan oppstilles etter regelen. Regelen i § 20 annet ledd ville vært unødvendig dersom kravet var simpel uaktsomhet også etter første ledd, noe som klart trekker i retning av et mindre strengt aktsomhetskrav. I teorien har det vært hevdet at det kreves grov uaktsomhet eller enda mer.⁴⁰

Nøyaktig hvor kravet skal settes spiller mindre rolle. Det må uansett foretas en konkret vurdering av om aktsomhetskravet er oppfylt. Ved virksomhetskjøp der det foretas due diligence vil regelen dessuten som regel settes til side på grunn av det strengere kravet til kjøpers aktsomhet i § 20 annet ledd.

Due diligence-undersøkelser kan imidlertid i enkelte tilfeller også spille en rolle i forhold til denne regelen. Det må stilles strengere krav til hva en kjøper som har utført grundige undersøkelser ”*måtte kjenne til*”, enn en kjøper som ikke har utført lignende gjennomgang.

Etter ordlyden i § 20 annet ledd vil kjøpers krav være i behold der både kjøper og selger har opptrådt grovt uaktsomt. Bruker man derimot § 20 første ledd vil kjøpers krav i et slikt tilfelle falle bort. Kjøper står dermed i en bedre posisjon ved bruk av annet ledd enn ved bruk av første ledd. Dette har neppe vært lovgivers intensjon ettersom kjøper egentlig stilles dårligere i tilfeller der han har foretatt undersøkelse. Sammenheng i regelverket tilsier derfor at det er første ledd som brukes i slike tilfeller.

Kjøpers krav vil derfor i slike tilfeller kun være i behold der han har opptrådt med uaktsomhet som ikke kvalifiserer til bruk av første ledd.

4.4 Kjøpers aktsomhet ved undersøkelsene

4.4.1 Aktsomhetsnormen etter kjl. § 20 annet ledd

Kjøpers undersøkelsesplikt er et godt innarbeidet begrep i norsk kjøpsrett. Begrepet er noe upresist ettersom kjøper ikke har noen egentlig plikt til å undersøke kjøpsobjektet. Kjøpsloven pålegger nemlig ikke kjøper å utføre undersøkelser. Kjøper har heller ikke noe krav på dette. I realiteten viser begrepet kun til at kjøper har en oppfordring til å være aktsom. Dette er et

⁴⁰ Se Christoffersen (JV-2005-19) side 35 med ytterligere henvisninger.

prinsipp som har røtter tilbake i romerretten der det ble kalt *caveat emptor* ("kjøperen skal se seg for").⁴¹ Denne "plikten" til å være aktsom innebærer at en kjøper som har vært uaktsom kan miste retten til misligholdsbeføyelser.

Regelen om denne undersøkelsesplikten går fram av kjl. § 20 annet ledd: "*Har kjøperen før kjøpet undersøkt tingen eller uten rimelig grunn unnlatt å etterkomme selgerens oppfordring om å undersøke den, kan kjøperen ikke gjøre gjeldende noe som han burde ha oppdaget ved undersøkelsen, med mindre selgeren har handlet grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro.*"

Forutsetningen i denne oppgaven er at det foretas due diligence, og regelen får dermed anvendelse ettersom kjøperen da har undersøkt virksomheten i forbindelse med avtaleslutningen. I tilfeller der kjøper ikke har undersøkt virksomheten må det vurderes om det forelå oppfordring fra selger til å utføre slike undersøkelser. En muntlig oppfordring vil være tilstrekkelig ettersom loven ikke inneholder noe formkrav. Vanligvis vil nok virksomhetssejler oppfordre kjøper til en gjennomgang.

Videre kreves det kasualitet mellom mangelen og den eventuelt manglende oppfyllelse av undersøkelsesplikten, jf. "*ved undersøkelsen*". Det er med andre ord ikke nok å slå fast at kjøper ikke har gjennomført en så grundig undersøkelse som han burde. Dersom kjøper ikke ville hatt mulighet til å avdekke forholdet vil hans krav altså være i behold på tross av mangelfulle undersøkelser. Det kan spørres om dette er hensiktsmessig ettersom det ikke er grunn til å beskytte en kjøper som har opptrådt uaktsomt. Ordlyden er likevel klar og det ville uansett vært kunstig å bygge tap av rett på en manglende undersøkelse som ikke hadde gitt kunnskap om mangelen uansett.

Det sentrale spørsmålet blir hva kjøper "*burde ha oppdaget*" ved undersøkelsene. Med "*burde ha oppdaget*" forstås en simpel aktsomhetsvurdering. Det er åpenbart at det skal mindre til for å miste retten til å gjøre en mangel gjeldende enn etter § 20 første ledd. Dette er en naturlig følge av at kjøper har gjort seg kjent med kjøpsobjektet gjennom en undersøkelse, eller eventuelt unngått å følge en oppfordring til å gjøre det. Kjøper har da fått en reell mulighet til

⁴¹ Hagstrøm (2005) side 179.

å gjøre seg kjent med det mangelfulle forholdet, noe som gjør det naturlig at han påtar seg risikoen dersom han burde oppdaget det..

Det nærmere innholdet i aktsomhetsvurderingen må nødvendigvis bli skjønnsmessig og konkret. Som nevnt i avsnitt 4.2 vil det være gunstig om kjøper foretar grundige undersøkelser slik at flere forhold avdekkes på forhånd av prisdiskusjonene. Dette vil føre til færre negative overraskelser for kjøper senere og dermed færre rettssaker i ettertid. Samtidig kan som sagt due diligence innebære store kostnader. På grunn av rettsøkonomiske hensyn vil derfor hvem som kunne oppklart misforståelsen til lavest kostnader være et sentralt moment.⁴² Fastleggelsen av aktsomhetsnormen vil bli tatt opp i avsnitt 4.5.1 – 4.5.10, mens det i avsnitt 4.6 foretas en nærmere vurdering av selgers opplysningsplikt og dens sammenheng med kjøpers forhold.

Dersom kjøper ”burde” oppdaget forholdet vil noe som i utgangspunktet var en mangel etter kjl. § 17-19 likevel ikke innebære en mangel. Da må det til sist vurderes om forhold ved selgerens opptreden kan klassifiseres som ”grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro” slik at mangelskravet likevel er i behold.

4.4.2 Identifikasjonsspørsmål ved ekstern bistand

Ettersom due diligence som regel ikke utføres av kjøper selv, men med bistand av profesjonelle hjelpere, oppstår det for det første et spørsmål om disse må identifiseres med kjøper.

I utgangspunktet er det bare styret, enkelte ledende ansatte og andre med fullmakt som er autorisert til å forplikte et selskap. Kontraktshjelperansvaret vil imidlertid føre til at due diligence-teamet må identifiseres med kjøper. Kontraktshjelperansvaret innebærer at en avtalepart ikke kan fri seg fra ansvar ved å sette bort forpliktelser til andre.⁴³ Kjøper kan dermed miste sitt mangelskrav dersom hans medhjelpere opptrer uaktsomt. Dette er en naturlig løsning, da kjøper er nærmere å bære risikoen for sine egne medhjelpere enn hva selger er.

⁴² Christoffersen (2007) side 204.

⁴³ Se om kontraktshjelperansvaret i Hagstrøm (2003) side 469-477.

Se også Krüger (1991) side 116, som mener at en kjøper som lar en annen foreta undersøkelse på sine vegne må stilles som om det var han selv som inspiserer tingen.

Kjøper står da igjen med muligheten til å stille sitt eget due diligence-team til ansvar. Det kan tenkes ansvar for revisorer, advokater og andre som bistår virksomhetskjøper under due diligence-undersøkelsene. Vanlige erstatningsrettslige regler tilsier at disse kan bli økonomisk ansvarlige dersom de på uaktsom måte ikke har oppdaget forhold av betydning for kjøper, eller feilet i overleveringen av denne informasjonen til kjøper.⁴⁴ Profesjonsansvaret innebærer at culpavurderingen kan bli streng for slike profesjonelle aktører. Det kan imidlertid være vanskelig å påvise uaktsomhet blant aktørene i teamet. Dessuten er det gjerne tatt omfattende forbehold fra aktørene om ansvar for mangler i rapporten.⁴⁵

4.5 Momenter ved vurderingen av kjøpers aktsomhet

4.5.1 Utgangspunkt ved bruk av due diligence og hva innebærer bruk av begrepet?

Det kan spørres om bruk av uttrykket due diligence i kontrakten i seg selv stiller særlige krav til kjøpers aktsomhet.

Som nevnt tidligere betyr due diligence *“tilbørlig aktsomhet”*. Kjøper må altså foreta en aktsom undersøkelse av informasjonen han får om selskapet, og det kan derfor sies at due diligence i praksis virker som en avtaleregulering av undersøkelsesplikten. At kjøper må foreta en aktsom undersøkelse følger likevel uansett av prinsippet i § 20 annet ledd. Det sentrale spørsmålet blir hva kjøper *“burde ha oppdaget”* ved undersøkelsene.

Man kan hevde at selgers opplysningsplikt langt på vei allerede vil være oppfylt ved overlevering av informasjon til kjøper, og at denne informasjonsutvekslingen dermed overfører risikoen for mangler ved virksomheten fra selger til kjøper. I en lagmannsrettsdom ble det uttalt at *“[s]lik retten ser det skjerper due diligence vilkåret kjøperens undersøkelsesplikt”*.⁴⁶ I en tingrettsdom fra 2000 blir det sagt at *“[d]ue diligence forutsetter en meget omfattende gjennomgang av selskapets aktiva og passiva i videste forstand fra kjøperens side. Når selgerne på denne måten gir kjøperne innsyn i bedriftens verdier, representerer det en “undersøkelse” som langt overstiger det en til vanlig regner etter*

⁴⁴ Se Krüger (1999) side 613, som skriver om opplysningssvikt for revisorer ved tilrettelegging av materiale for kjøperen. Han peker på at utviklingen går i retning av skjerpet erstatningsansvar for profesjonsutøvere som eksponerer tredjemenn for påregnelig formuestap.

⁴⁵ Se både Hagstrøm (TfF-1999-391) side 397 og Tvede-Møller (DnJ-35-1999) side 159.

⁴⁶ Side 1099 i RG-2004-1090.

*kjøpsloven § 20 annet ledd.*⁴⁷ Uttalelsen indikerer at bruk av betegnelsen due diligence i en kjøpsavtale forutsetter en betydelig overgang av risiko fra selger til kjøper.

Den rettslige vekten av denne uttalelsen er liten, både fordi den er hentet fra laveste rettsinstans, og også fordi det er sådd tvil om presisheten av uttalelsen i teorien.⁴⁸ Selv om det i de konkrete tilfellene fra dommene nok er riktig at due diligence innebærer en risikoovergang fra selger til kjøper, er det etter min mening også grunn til å være forsiktig med å legge for mye i begrepet.

Som gjennomgangen i avsnitt 2.2.2 - 2.2.6 viste er due diligence bare et begrep på en praktisk fremgangsmåte for undersøkelser som varierer både fra målselskap til målselskap og etter kjøperes ulike formål. Selv om det generelt sett kan sies at selger overfører risiko til kjøper ved å overføre dokumenter med informasjon om selskapet, kan man derfor ikke si at due diligence i seg selv innebærer en klar forutsetning om at risikoen skal plasseres hos kjøper.⁴⁹

Det nærmere innholdet av aktsomhetsnormen må i stedet bestemmes etter en konkret helhetsvurdering av alle relevante forhold. Det er kun på denne måten man kan få en hensiktsmessig plassering av risiko. Omfanget og omstendighetene rundt due diligence-gjennomgangen vil dermed spille den klart mest vesentlige rollen for innholdet av undersøkelsesplikten og opplysningsplikten.⁵⁰ Spørsmålet i det følgende blir hvilke momenter som kan være relevante og hvordan de spiller inn på aktsomhetsvurderingen.

4.5.2 Selgers åpenhet og andre forhold på selgers side

Som oppgaven viste i avsnitt 2.2.3 spiller selger en viktig rolle i due diligence-prosessen. Spørsmålet er om forhold på selgers side dermed også kan påvirke kravet til kjøpers aktsomhet. Merk at dette er en annen vurdering enn om kjøper har krav i behold som følge av selgers uredlige eller grovt uaktsomme forhold, jf. § 20 annet ledd siste alternativ. I dette avsnittet er det selgers opptreden som *påvirkning av kjøpers aktsomhet* som er tema.

⁴⁷ RG-2000-586, side 605.

⁴⁸ Slik som Christoffersen (TfF-2004-373) side 398.

⁴⁹ For profesjonelle parter med et bevisst forhold til begrepet kan det nok likevel være et argument som trekker i retning av at kjøper skal foreta en undersøkelse av en viss kvalitet.

⁵⁰ Det er derfor kunnskap om hvordan prosessen foregår er en så viktig forutsetning for drøftelsene i oppgaven.

Høyesterett var innom problemstillingen i Bodum-dommen. Det ble i dommen argumentert for at kjøper hadde rimelig unnskyldning for å være uvitende om forholdet ettersom Bodum på direkte spørsmål hadde fått bekreftet at egenkapitalen var inntakt og det dessuten var kjent for begge parter at Kjøkkenpartnerens brutto salgsinntekter hadde vært solide under den korte driftstiden. Det ble altså lagt vekt på selgers forhold i forhold til hva kjøper hva kjøper *“måtte kjenne til”* etter § 20 første ledd. Selv om vurderingen her var i forhold til første ledd viser det at selgers forhold kan påvirke aktsomhetsvurderingen. Dette er etter min mening en hensiktsmessig ordning ettersom det kan være forhold på selgers side som kan være årsaken til at kjøper ikke avdekket en mangel før kjøpet.

Virksomhetskjøper er for det første helt avhengig av åpenhet fra selger for å kunne avdekke de fleste forholdene ved virksomheten av betydning.⁵¹ For det andre kan det kanskje foreligge en rimelig grunn til å la være å foreta ytterligere undersøkelser angående forhold som kjøper må kunne forvente å motta spesifikke opplysninger fra selgeren om.

En selger som ikke samarbeider med kjøper kan derfor få problemer med å høres med at mangelsansvaret faller bort på grunn av manglende aktsomhet fra kjøper. Dersom selger derimot tilrettelegger for at kjøper kan få den informasjonen han vil i datarommet er dette et moment som taler for skjerpelse av kjøpers aktsomhet.⁵² Selger må da kunne forvente at kjøper foretar en inngående og solid gjennomgang av dokumentene. Dette følger av lojalitetshensyn.

Det samme vil gjelde i tilfeller der kjøper har fått mulighet til å snakke med selgers ulike rådgivere eller har fått tilgang til dokumentene, selv om informasjonen ikke rent faktisk er overlevert. Dette støttes av argumentasjonen i LB-1999-002188. Virksomhetskjøper krevde prisavslag og anførte forgyves at det forelå brudd på selgers opplysningsplikt. Det forelå uenighet om kjøper hadde sett revisjonsrapporten, men det ble i stedet lagt *“avgjørende vekt på at kjøper hadde fått ubegrenset adgang til å kontakte selskapets regnskapsfører og revisor direkte, uten at det er anført at man har blitt nektet noen informasjon man har bedt om”*.

⁵¹ Se til sammenligning avsnitt 4.5.7 om offentlig tilgjengelig informasjon.

⁵² Det må altså vurderes om selger har oppfylt “kravene” som kjøper har satt opp i spørsmålslisten, se avsnitt 2.2.3.2.

Motsatt kan aktsomhetskravet reduseres dersom selger ikke etterkommer ønskene i spørsmålslisten eller på annen måte ikke bidrar til å legge forholdene til rette. Et eksempel på dette er dersom selger overleverer ufullstendig informasjon som gjør det vanskelig for kjøper å få et helhetlig bilde av virksomheten. Kjøper vil likevel måtte undersøke så godt han kan etter omstendighetene. En mulighet for kjøper i slike tilfeller kan også være å ta forbehold om opplysninger han ikke får utlevert.

Det er ikke enhver tilbakeholdelse av opplysninger om virksomheten som har betydning for undersøkelsesplikten. Det er den illojale fortielse av opplysninger som reglene sikter mot.⁵³ Kjøper må ha hatt grunn til å regne med å få opplysningene for at det skal spille en rolle i forhold til aktsomhetskravet i § 20 annet ledd.

I en dom fra 1959 kom Høyesterett til at kjøper ikke var uaktsom da han lot være å undersøke størrelsen på omsetningen. Han hadde ”fått en klar opplysning om omsetningen, og han fikk ikke noen oppfordring om å kontrollere opplysningene ved hjelp av regnskapene. Han hadde heller ikke grunn til å tvile på at den gitte opplysning var riktig”.⁵⁴ Dette viser den nære sammenhengen mellom selgers opplysningsplikt og kravet til kjøpers aktsomhet.

Selger kan skjerpe kjøpers aktsomhetsplikt ved å opplyse om at konkrete forhold bør undersøkes nærmere. Dersom selgers oppfordring er av mer generell karakter vil dette antakeligvis ikke påvirke kravene til kjøper aktsomhet.

Videre kan det for eksempel tenkes at selger gir beroligende opplysninger eller bagatelliserende forklaringer om bestemte forhold. Dette gjør at kjøper ofte ikke vil ha rimelig grunn til å foreta ytterligere undersøkelser angående forhold.⁵⁵ På denne måten kan kravet til kjøpers aktsomhet begrenses.

Dersom forhold må anses å være tilsikret eller garantert vil dette i utgangspunktet svekke aktsomhetskravet. Noe av poenget med slike egenskaper må være at kjøper skal slippe å bruke ressurser på å undersøke forholdene. Likevel vil det på grunn av lojalitetsplikten være grunn til at kjøper foretar visse undersøkelser også av slike forhold når han har fått overlevert

⁵³ Se Christoffersen (TfF-2004-373) side 384.

⁵⁴ Rt. 1959 s. 581, side 583.

⁵⁵ Et slikt syn har støtte i forarbeidene (Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 63) der det heter at kjøperen beholder sin mangelsrett dersom ”forholdene gir ham rimelig grunn til å begrense [undersøkelsene]”.

informasjon gjennom en due diligence.⁵⁶ Dette kan begrunnes med at overlatelsen av informasjon er en tillitserklæring til kjøper, og dessuten innebærer mye tid fra selgers side. Kravet til kjøpers aktsomhet senkes nok likevel noe, spesielt der tilsikringen gjelder få og/eller konkrete forhold ved virksomheten.

Når det gjelder dokumenter som selger unntar av konfidensialitetshensyn må spørsmålet være om de inneholder viktig informasjon som vanskelig kan fås gjennom den øvrige dokumentasjonen. I tilfeller der dokumentasjonen selger stiller til disposisjon gir et helhetlig og godt bilde av virksomheten kan ikke kjøper påberope seg at han ikke hadde tilgang til enkelte dokument. Han har da hatt tilgang til tilstrekkelig dokumentasjon til at det er naturlig at han bærer risikoen for eventuelle mangler.

Ved tilbakeholdelse av informasjon må man også huske på å se dette i sammenheng med selgers opplysninger ellers. Selger kan for eksempel gi uttrykk for hvilke forhold av relevans som går fram av den utelatte informasjonen. Da vil jo også dette være forhold kjøper burde være klar over.⁵⁷

Drøftelsen ovenfor viser at vurderingen av hva kjøper ”burde ha oppdaget” må ses i lys av forhold på selgers side som kan knyttes opp mot det som gjerne kalles selgers opplysningsplikt. Se mer om dette i avsnitt 4.6.⁵⁸

4.5.3 Kjøpers profesjonalitet – er ekspertise nødvendig?

Spørsmålet i dette avsnittet er om det må forventes at en virksomhetskjøper knytter til seg profesjonell bistand ved undersøkelsene.

Normalt vil aktsomhetskravet fastlegges i lys av kjøpers subjektive forhold.⁵⁹

Virksomhetskjøp er av natur noe profesjonelle aktører driver med. Det forventes at næringsdrivende kan ivareta egne interesser.⁶⁰ Det må derfor oppstilles visse minstekrav til en kjøper av virksomhet. Dette innebærer at forhold i dokumentene som kjøper ikke forstår

⁵⁶ Beskrevet nærmere på side 401-404 i Christoffersen (TfF-2004-373).

⁵⁷ Slik også Christoffersen (TfF-2004-373) side 389 som blant annet viser til en dansk dom i Uff 1994.698 H.

⁵⁸ På grunn av den nære sammenhengen mellom undersøkelsesplikten og opplysningsplikten finner jeg det hensiktsmessig å gå inn på temaet også i etterkant av utredelsen av kravet til kjøpers aktsomhet.

⁵⁹ Se Christoffersen (TfF-2004-373) side 391.

⁶⁰ Se for eksempel Hagstrøm (2003) side 148.

betydningen av kan avstenge et mangelskrav, selvsagt under forutsetning av at informasjonen var egnet til å avdekke forholdet. Slik manglende innsikt er kjøper nærmest til å bære risikoen for. Dette støttes også av det avtalerettslige utgangspunktet om at hver part har risiko for egne forventninger.

Jo mer komplisert virksomheten er, desto større grunn er det for kjøper å benytte profesjonell bistand ved gjennomgangen. Det at kjøper bruker slik bistand fremgår gjerne også implisitt av en avtale om *fullstendig* due diligence. Det er svært få kjøpere som sitter på så bred kompetanse at de er i stand til å foreta en slik kvalitativ undersøkelse uten hjelp. For selger kan det dessuten også være ønskelig at det er eksterne representanter som får gjennomgå dokumentene av hensyn til forretningshemmeligheter som ellers er taushetsbelagte.

Kjøper må derfor som regel knytte til seg profesjonelle hjelpere til å foreta due diligence. Dette er kostnadskrevende, men helt nødvendig for at gjennomgangen skal kunne avdekke vesentlige forhold. Således kan det antakeligvis med rette hevdes at kjøper har en underforstått plikt til å få sakkyndig hjelp der det trengs når kjøper avtaler med selger at det skal foretas due diligence.

Spørsmålet er så hvor langt dette kravet gjelder for kjøpere av mindre virksomheter som kan ha mindre ressurser tilgjengelig. Det kan åpenbart ikke stilles like høye krav til små bedrifter som det gjøres til store selskaper som på jevnlig basis foretar virksomhetsoppkjøp.

Rådgivere er kostnadskrevende, men det må kunne forventes en viss sakkunnskap og profesjonalitet fra en kjøper som begir seg inn på virksomhetskjøp. Det er derfor naturlig at det stilles minstekrav til kjøpers forståelse av elementære forhold rundt virksomheten og bransjen den driver i. Heller ikke kjøper av en mindre virksomhet kan derfor høres med at han ikke var i stand til å forstå betydningen av informasjonen han fikk, så sant profesjonelle aktører ville forstått det.

Dommen i Rt. 2002 s. 1425 støtter et slikt synspunkt. Dommen gjaldt forbrukerkjøp av fast eiendom. Selger hadde gjort kjøper oppmerksom på fuktighet i en vegg uten å kunne fastslå nøyaktig skadeomfang. Kjøper fikk ikke tak i sakkyndig hjelp til å fastslå omfanget, og måtte derfor bære risikoen for uklarheten selv. Hensynene bak en slik risikofordeling vil gjelde enda

sterkere i et virksomhetskjøp der kjøper er næringsdrivende. Kravene må likevel ikke bli så høye at kostnadene blir urimelige sett i forhold til kjøpesummen.⁶¹

4.5.4 Kjøpets verdi

I forlengelsen av drøftelsen i forrige avsnitt kan det reises spørsmål om i hvilken grad virksomhetens verdi spiller en rolle i forhold til hva som forventes av kjøpers due diligence-undersøkelser.

Det ville vært uheldig om de samme kravene stiltes til kjøper av virksomhet til 500 000 kroner som til en kjøper av virksomhet til 50 000 000 kroner. Det er gode grunner til ikke å kreve for mye av kjøpers undersøkelser dersom virksomheten som kjøpes har en lav verdi.

Som nevnt i avsnitt 2.2.5 er due diligence ofte en kostbar affære for kjøper.

Samfunnsøkonomisk vil det være lite hensiktsmessig om selger kunne overlate all risiko til kjøper ved å overgi all informasjon om virksomheten. Dersom all mulig informasjon må gjennomgås grundig vil det bli svært dyrt for kjøper, noe som igjen kan føre til at et oppkjøp ikke svarer seg.

Ettersom kostnadene ved due diligence ikke må bli urimelige eller uforholdsmessige vil derfor virksomhetens verdi være av helt sentral betydning når kravet til kjøpers aktsomhet fastsettes. Ved virksomhetskjøp av relativt lav verdi vil det være hensiktsmessig at det foretas mer begrensede due diligence-undersøkelser. Dette følger av rene forholdsmessighetsbetraktninger. I slike tilfeller er det derfor grunn til å anta at kjøpers undersøkelsesplikt begrenses til kun å gjelde de mest sentrale forhold ved virksomheten. For kjøper vil det da være lurt å ta inn i kontrakten at gjennomgangen skal være begrenset, slik at denne forutsetningen er synlig for selger. Ordinære ulemper knyttet til tidsbruk og kostnader ved reise for å inspisere målselskapet må nok likevel uansett påberegnes.

⁶¹ Slik også Christoffersen (2007) side 201.

4.5.5 Tidsmomentet i forhold til omfanget av tilgjengelig informasjon på datarommet

Due diligence-teamet er ofte utsatt for et stort tidspress. Det er store mengder informasjon som skal gjennomgås i løpet av kort tid. Et spørsmål som reiser seg da er om dette kan senke kravene til kjøpers aktsomhet ved undersøkelsene.

På den ene siden er det først og fremst selger som har interesser i å få en rask avklaring, og dermed gjerne er den som forhandler seg fram til en kort tidsfrist for utførelse av undersøkelsene. Selger er også den som kjenner virksomheten best og dermed den som er best i stand til vurdere hvor lang tidsfrist som trengs.

På den andre siden er kjøper profesjonell og gjerne også den sterkeste parten i avtalen. Selv om selger tar initiativ til kort tidsfrist vil dermed kjøper sjelden kunne presses til dette mot sin vilje. Som regel vil også kjøper være den som har laget spørsmålslisten, og slik kan han ofte styre mengden av informasjon i datarommet.

Det må være klart at ansvaret kan skyves over på selger dersom han har lagt hindringer i veien for kjøper.⁶² Dersom selger prøver å begrave viktig informasjon inni store doser mindre viktig informasjon kan han risikere å stå igjen med risikoen⁶³. Selger kan da kanskje spekulere i at viktige opplysninger i dokumentene blir oversett på grunn av kort tid. Det naturlige for kjøper i en slik situasjon vil være å be om forlenget tid til undersøkelsene, eller eventuelt å innta klausuler i kontrakten om at selger bærer risikoen for forhold som kjøper ikke fikk tid til å se over.

Dette taler mot at tidsmomentet kan vektlegges i særlig stor grad. Illustrerende er også en dansk dom om investeringsavtale i et IT-selskap.⁶⁴ I dommen hevdet investor forgjeves at tidspress var en av grunnene til at det ikke ble tid til å sjekke ut hva samarbeidet mellom selskapet det skulle investeres i og et italiensk joint venture-selskap innebar. Investor måtte bære risikoen for dette selv.

⁶² Se Krüger (1991) side 116, som viser til RG-1976-105.

⁶³ Dette kan imidlertid bli vanskelig å bevise i en eventuell rettssak.

⁶⁴ UfR 2005-761 SH. Se mer om dommens faktum i avsnitt 4.5.8.

Etter mitt syn er det spesielt i tilfeller der selger er den sterkere part og langt på vei presser kjøper til å godta en urimelig kort tidsfrist at tidsmomentet vil spille en rolle.⁶⁵ Det kan bli uforholdsmessig dyrt for kjøper dersom han må sette inn maksimalt av ressurser for å innfri et slikt strengt tidskrav. Kravet til kjøpers aktsomhet kan i slike tilfeller ikke bli for strengt. Det er imidlertid viktig at kjøper ber om å få mer tid eller gir uttrykk for at tiden er for knapp til at undersøkelsene blir gode. Det er naturlig at en kjøper som avtaler en kort tidsfrist uten å gi uttrykk for at han trenger mer tid selv må bære risikoen for dette.

Dersom selger avslår et *velbegrunnet* ønske fra kjøper om mer tid kan dette føre til at hans opplysningsplikt skjerpes. Det ville ikke vært hensiktsmessig hvis selger på denne måten kunne avkortet kjøpers mulighet til å avdekke forhold uten å ta sin del av risikoen for dette. Kravene til kjøpers aktsomhet vil derfor måtte senkes.

4.5.6 Virksomhetens kompleksitet

Enkelte selskaper kan være så store at det vil kreve svært store ressurser å gjennomgå all relevant informasjon. Spørsmålet må da bli om kostnadene ved undersøkelsene blir uforholdsmessig store sammenlignet med kjøpesummen. Hva som er uforholdsmessig må som tidligere nevnt nødvendigvis vurderes i forhold til virksomhetens pris.

Dersom prisen på virksomheten er relativt lav er det grunn til å la selger i større grad bære risikoen for forhold som krever en grundig undersøkelse for å avdekke. Er kjøpsprisen derimot høy er det også her grunn til å forvente at kjøper setter et stort nok team til å jobbe med undersøkelsene.⁶⁶

Kravene til kjøpers undersøkelser er høye, men må samtidig ikke være urealistiske. I en dom fra 1953, som riktignok gjaldt kjøp av et tankskip, hadde kjøper på tross av undersøkelser ikke oppdaget lekkasjen på skipet. Høyesterett skrev: ”*Dette kan neppe bebreides dem. De kunne ikke være i stand til å kontrollere verkstedets arbeid i hver enkelt detalj*”.⁶⁷ Dommen har en viss overføringsverdi ettersom også kjøp av et skip stiller høye krav til kjøpers aktsomhet. Undersøkelsene som var foretatt i saken var ikke like omfattende som en *due diligence*

⁶⁵ Krüger (1991) side 116, nevner tidspress på kjøper fra selgers side som et sentralt moment.

⁶⁶ Ved svært komplekse virksomheter kan det i stedet være mer praktisk med omfattende bruk av garantikataloger.

⁶⁷ Rt. 1953 s. 35, side 48

vanligvis er, men det kan likevel trekkes sammenligninger. Poenget er at det må gå en grense for hva kjøper burde oppdage, også der det foretas due diligence ved virksomhetskjøp.

Igjen vil det være sentralt hvordan kjøperen opptrer overfor selger. Dersom kjøper gir beskjed om at undersøkelserne blir begrensede på grunn av uforholdsmessige kostnader kan kravene til selgers opplysningsplikt skjerpes, iallfall for forhold av stor betydning for verdsettelsen.

Selger kan da for eksempel be om at kjøper bruker tid på å undersøke spesifikke forhold. Aktsomhetskravet i forhold til disse særskilte forholdene vil da kunne skjerpes ettersom kjøper da har en mer overkommelig oppgave å konsentrere seg om.

4.5.7 Type informasjon

Spørsmålet i dette avsnittet er hvordan hvilken type informasjon som kunne avdekket mangelen påvirker risikoplasseringen.

Enkelte typer informasjon er enkelt for kjøper å få tak i. Det vil for eksempel være regnskaper fra Foretaksregisteret og eiendomsforhold i tinglysningsregister. Også registre for immaterielle rettigheter, konsesjoner og opplysninger i løssøreregisteret eller andre registre er opplysninger som kan skaffes uten selgers medvirkning.

Regnskapene er ved siden av å være offentlig tilgjengelig også av svært stor relevans for verdien av et selskap. Også eiendomsforhold kan være viktige, iallfall de største og viktigste eiendommene et selskap innehar. Forarbeidene til avhendingslova viser at dette antakeligvis må anses som forhold kjøper skal undersøke. ”Etter departementets syn kan ein normalt ikkje krevje at ein forbrukarkjøpar undersøker rettsforhold som er registrerte i offentlege registre, t d grunnboka og lausøreregisteret (...) Ved anna enn forbrukarkjøp er det derimot meir nærliggjande å sjå dette som ei plikt for kjøparen, med unntak for dei tilfella der seljaren uttrykkeleg opplyser at alt er i orden.”⁶⁸

Offentlige regnskaper og sentrale eiendomsforhold er derfor informasjon som kjøper ”burde” være klar over etter en due diligence, og sannsynligvis også noe han “måtte” være klar over etter kjl. § 20 første ledd.

⁶⁸ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) side 94-95.

Tilbakeholdelse av offentlig tilgjengelig informasjon vil dermed normalt ikke være selgers risiko.⁶⁹ Illustrerende er en dansk dom i UfR 2001-1293 H. Dommen gjaldt overdragelse av en virksomhet som drev båtutleie. Båtutleiebransjen var vanskelig, noe som blant annet gikk fram av en rapport. Selger hadde latt være å opplyse om dette. Under henvisning til at denne rapporten var offentlig tilgjengelig avviste Høyesterett at selger hadde brutt sin opplysningsplikt overfor kjøper. Kjøpers undersøkelsesplikt rakk altså lengre i et slikt tilfelle.

En eldre norsk høyesterettsdom som omhandler aksjekjøp viser det samme.⁷⁰ Selger hadde latt være å opplyse om at selskapet hadde omfattende gjeld og at det rett før avtaleinngåelsen var utbetalt utbytte til aksjonærene. Retten mente dette forholdet ikke var en mangel ettersom opplysningene kunne blitt funnet ved å lese i Kundgjørelsestidende.

Hvilke registre som kjøper må lete gjennom vil avhenge av hvilken type virksomhet det er snakk om, og hvilke opplysninger kjøper får fra selger, samt eventuelle oppfordringer. Søking i eiendomsregistre er jo for eksempel avhengig av at kjøper får en liste over hvilke eiendommer som inngår i virksomheten. Det må heller ikke stilles for strenge krav til kjøper ettersom det kan være omfattende og dyrt å sjekke absolutt alle offentlig tilgjengelige opplysninger. Det må også ses hen til den antatte viktigheten av opplysningene. Det vil ikke være hensiktsmessig om kjøper måtte benytte altfor store ressurser på å fremskaffe alle tenkelige opplysninger.

Ved siden av offentlige registre kan det også tenkes at informasjon om virksomheter har vært offentlig kjent gjennom media. I hvor stor grad selger kan la være å opplyse om dette uten å bære risikoen for forholdet avhenger av en konkret vurdering. Dersom forholdet kunne blitt avdekket gjennom et enkelt google-søk er det liten grunn til å beskytte en uvitende kjøper. Han må åpenbart bære risikoen for slike forhold. Dersom forholdet derimot er vanskeligere å finne ut av, og det samtidig er en kjøper med lite ressurser, kan det være grunn til å legge risikoen på selger som ikke opplyser om dette dersom forholdene er av sentral betydning for kjøper.

⁶⁹ Se til sammenligning Hov (2002) side 264.

⁷⁰ Rt. 1920 s. 237.

Ved due diligence-undersøkelser der kjøper har tilgang til informasjon i datarommet vil det også forventes at den offentlige informasjonen han har funnet langt på vei kontrolleres. Den interne dokumentasjonen rundt disse forhold vil gi kjøper et dypere og mer inngående innblikk i virksomheten, og dette må derfor anses som noe kjøper burde gjennomgå – iallfall for virksomheter med høy verdi.

Videre vil det kunne spille en rolle om mangelen gjelder noe som kan kalles ekstraordinære forhold. Ekstraordinære forhold vil være mindre sentrale forhold ved virksomheten som av den grunn normalt ikke forventes å inneholde betydningsfulle opplysninger i forhold til virksomhetens verdi, men som likevel har det.⁷¹ Avhengig av graden av hvor ekstraordinære disse forholdene må anses å være, kan det være grunn til å skyve risikoen over på selger. Dette er hensiktsmessig for at virksomhetskjøper ikke skal “tvinges” til å foreta uforholdsmessig dyre og omfattende undersøkelser.

Dette vil ha spesielt stor vekt dersom selger samtidig opptrådte klanderverdig ved å la være å opplyse om forholdene eller be om at kjøper undersøkte dem nærmere.

4.5.8 Indikasjoner på feil og mangler i mottatt informasjon

Kjøper må i utgangspunktet kunne forvente at mottatt informasjon er riktig. Det kan derfor neppe stilles krav til at kjøper kontrollerer informasjonen fra selger.

Derimot kan det ved selvmotsigelser eller andre mistenkelige funn kreves at kjøper undersøker dette nærmere. I Rt. 1934 s. 529 ble det sagt at påviste mangler ved bygningen ”burde ha frem kalt mistanke om at bygningen kunde være angrepet av den ekte hussopp”, og at det derfor var uaktsomt ikke å ”[undersøke] bygningens tilstand nærmere”. Dommen viser at undersøkelsesplikten blir utvidet ved slike betenkelige funn.⁷² Dette betyr at kjøper som for eksempel oppdager feil eller ufullstendighet i regnskapsføringen bør undersøke dette nærmere.

⁷¹ Christoffersen (2007) side 195 viser til et eksempel om latente valutatap. Det vil være for strengt å forvente at kjøper foretar undersøkelser for å avdekke om en virksomhet som ikke driver internasjonal handel kan ha latente tap som følge av valutakjøp.

⁷² Slik også Hagstrøm (2003) side 334.

En dansk dom i UfR 2005-761 SH tar blant annet opp dette. I dommen var det inngått en avtale om investering i et dansk IT-selskap. IT-selskapet hadde utviklet en teknologi som ville gjøre det mulig å vise levende bilder på mobiltelefonen. Selskapet opplyste at det ikke var overdratt teknologi, kunnskap eller software til et italiensk joint venture-selskap. Advokaten som foretok due diligence på vegne av kjøperen påpekte overfor kjøper at han ikke hadde mottatt dokumentasjon som bekreftet dette.

”På trods af de mange advarsler, der var i due diligence-rapporten, og skønt opfordret hertil af advokat Philip Nyholm foretog Teccap imidlertid ikke selv yderligere undersøgelser vedrørende joint venturet, selv om sådanne undersøgelser ville have været lette at foretage.”

Kjøper vant dermed ikke fram med kravene om heving og erstatning. Dommen gjaldt som sagt ikke en virksomhetsoverdragelse, men en investeringsavtale, men den er like fullt egnet til å vise at kjøper bør reagere på mistenkelige forhold.

Kravet til kjøpers aktsomhet kan også skjerpes dersom kjøpesummen er unaturlig lav og dermed gir grunn til å være på vakt. Dette har støtte i Rt. 1959 s. 1172. Kjøper fikk medhold i at sakfører hadde opptrådt erstatningsbetingende, men måtte bære halve tapet selv på grunn av manglende undersøkelser. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens mindretall, som i denne forbindelse uttalte: *“Jeg finner imidlertid at [kjøper] selv burde ha forstått at en forretningsmann ikke utbyr sine inntektskilder til salg på slike for ham ugunstige vilkår, dersom han ikke var kommet opp i økonomiske vanskeligheter”*.

Det fremstår som hensiktsmessig å plassere risiko hos en kjøper som finner slike indikasjoner på at noe er galt eller at noe må sjekkes grundigere. Ved å få slike signal skjerpes aktsomheten, og det er da naturlig at han må bære risikoen for at han ikke undersøker forholdet grundigere.

4.5.9 Selgers profesjonalitet og relasjon mellom partene

Det kan også ha betydning for aktsomhetskravet hvor godt partene kjenner hverandre.⁷³

Dette kan begrunnes i at kjøper har større grunn til å stole på en selger han kjenner godt. Et slikt syn finner man blant annet i Høyesterettsdom fra 1935.⁷⁴

⁷³ Se Christoffersen (TfF-2004-373) side 393 med videre henvisninger i hennes fotnote 62.

Etter min mening har dette momentet svært begrenset vekt når det er snakk om virksomhetskjøp. Slike kjøpsobjekt trengs relativt grundig undersøkelse uansett, og det er derfor vanskelig å se for seg at en virksomhetskjøper kan høres med en argumentasjon om at han trodde ting sto bra til fordi han kjente kjøperen og stolte ekstra på ham.

Selgers navn og rykte kan imidlertid spille en viss rolle i forhold til i hvilken grad kjøper med rimelighet kan stole på opplysningene han får oppgitt, og hvordan han med rimelighet kan tolke disse.⁷⁵ Dette innebærer at selgers profesjonalitet kan spille en viss rolle.

Normalt vil selger uansett kunne ha risikoen for uriktige opplysninger etter § 20 annet ledd siste alternativ og § 19 første ledd bokstav a. Etter min mening blir det derfor helst i tilfeller i skjæringspunktet mellom opplysninger som må anses som generelt skryt og opplysninger som er mer konkrete at selgers profesjonalitet eller relasjonen mellom partene kan tenkes å spille en rolle.⁷⁶

4.5.10 Den samlede vurderingen av aktsomhetsnormen

Drøftelsene ovenfor viser at det stilles høye kvalitetskrav til en undersøkelse ved virksomhetskjøp. Kjøper som foretar due diligence og får utlevert store mengder informasjon om målselskapet påtar seg altså en streng undersøkelsesplikt. Dette er hensiktsmessig for å unngå overraskelser og kostbare rettssaker i ettertid.

Samtidig kan ikke kravene til denne aktsomheten være uforholdsmessige eller urimelige. Det må foretas en samlet vurdering av forhold ved kjøpet, både på kjøpers og selgers side, for å avdekke hvem som bærer risikoen for hva.⁷⁷ Kravene til aktsomhet vil i stor grad bero på hvilken informasjon selger gjør tilgjengelig, den konkrete arbeidsdelingen mellom kjøper og selger, partenes profesjonalitet og innsikt i den konkrete virksomheten og om selger har opptrådt klanderverdig. Helt sentralt blir virksomhetens verdi og kostnadene ved

⁷⁴ I Rt. 1935 s. 1079 det det lagt vekt på at kjøper betraktet selger som ”*sin personlige venn og hadde full tillit til ham*”.

⁷⁵ Se Christoffersen (TfF-2004-373) side 392 som blant annet argumenter med at det i LB-1999-2118 motsetningsvis ble lagt vekt på at kjøper burde skjønt at selger ikke hadde så god greie på tingene han uttalte seg om.

⁷⁶ Se avsnitt 4.6.1.

⁷⁷ Se mer om selgers opplysningsplikt i avsnitt 4.6.1 og 4.6.3.

undersøkelsene. Risikoen må fastlegges etter en vurdering av hvem som er nærmest å bære risikoen for at de ønskede relevante opplysningene ikke kom fram. Dette vil et stykke på vei avhenge av hvem som kunne oppklart misforståelsen til lavest kostnader.

Det er med andre ord ikke bruken av selve uttrykket *due diligence* i avtalen som er bestemmende for hvem som må bære risikoen. I stedet blir det omstendighetene rundt *due diligence*-prosessens *innhold* som er det avgjørende for hvor risikoen skal plasseres.⁷⁸

4.6 Selgers opplysningsplikt

4.6.1 Utgangspunkt for selgers opplysningsplikt

Selgers opplysningsplikt følger av kjl. § 18 og § 19 første ledd bokstav a og bokstav b. Disse reglene viser at selger bærer risikoen dersom han gir gale opplysninger om virksomheten til kjøper, og til en viss grad også dersom han lar være å opplyse om viktige egenskaper ved virksomheten. Det vil da være en mangel dersom feilen reflekterer et økonomisk verdiminus. Dette er et naturlig utslag av kontraktsparters lojalitetsplikt i forhold til hverandre. Spørsmålet er hvor langt opplysningsplikten rekker og i hvilken grad den begrenses av kjøpers undersøkelsesplikt ved virksomhetskjøp.

Reglene om opplysningsrisiko står sterkt i både lovgivning og praksis. Det er derfor tvilsomt om selger kan fraskrive seg risikoen for feilinformasjon som fremkommer under *due diligence*-prosessen ved å innta en integrasjonsklausul eller lignende i kontrakten.⁷⁹

Dommen i Rt. 1959 s. 581 viser dette. Her måtte selger bære risikoen for uriktige opplysninger om salgstill, selv om de ble gitt "*uten forbindtlighet*".

Utgangspunktet ved virksomhetssalg vil være at selger har et betydelig opplysningsansvar i forhold til kjøper. Dette er fordi kjøper åpenbart har et stort behov for informasjon. Det er selger som kjenner salgsobjektet klart best, og kjøper har kun begrenset tilgang til offentlig informasjon om virksomheter. Dette utgangspunktet kan forandres betraktelig ved bruk av

⁷⁸ Se avsnitt 2.2.2 - 2.2.6.

⁷⁹ Hagstrøm (TfF-1999-391) side 397.

due diligence. Kjøper får da tilgang til store mengder informasjon om selskapet, og mye av risikoen kan da måtte overføres til ham.

Det er ikke et krav at opplysningene fremkommer skriftlig.⁸⁰ Det er derimot et krav at de aktuelle opplysningene ”*kan antas å ha hatt innvirkning på kjøpet*”. Det er altså et krav om årsakssammenheng, et såkalt kasualitetskrav. Formuleringen viser likevel at beviskravet for at opplysningene har innvirket på kjøpet ikke er strengt. Det er nok at opplysningene, eller mangelen på dem, sannsynligvis spilte en viss rolle i kjøpers beslutningsgrunnlag.

Videre følger det av forarbeidene at opplysningene må være konkrete og i en viss utstrekning spesifiserte.⁸¹ Dette betyr at det avgrenses mot vagt skryt, for eksempel overdrevne og svevende reklamelignende utspill. I forhold til virksomhetskjøp vil selgers optimistiske, men generelle skryt om forventede økonomiske resultater i fremtiden neppe falle inn under selgers opplysningsrisiko.

En dom i Rt. 1926 s. 692 støtter et slikt synspunkt. Her hadde selger gitt uttrykk for at forretningen var ”*fordelaktig opdreven*”. Dette ble ansett for en for vag formulering til at kjøperen uten nærmere undersøkelser kunne stole på det.

Det er verdt å merke seg at det ikke ligger et krav om at selger har vært klar over feilaktigheten i opplysningene, og heller ikke at han har opptrådt uaktsomt. Selger har med andre ord et objektivt ansvar for opplysningene han gir.

Ved siden av feilaktige opplysninger kan også manglende opplysninger gi grunnlag for at selger må bære risikoen for et forhold, jf. § 18 annet ledd og § 19 første ledd bokstav b.

Et eksempel kan illustrere dette. En selger gir opplysninger om helt korrekte tall vedrørende omsetning og avkastning i hans eiertid. Dette betyr selvsagt ikke at kjøper har et mangelskrav dersom han ikke oppnår det samme. Dersom selgeren samtidig var klar over omstendigheter som gjorde at han på tidspunktet han ga opplysningene visste at kjøper ikke hadde rimelig

⁸⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) side 60. Av bevismessige årsaker må det likevel dokumenteres at opplysningene ble gitt, noe som kan være vanskelig dersom de ikke fremkommer skriftlig.

⁸¹ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) side 60.

mulighet til å oppnå det samme, vil hans manglende opplysning om dette kunne føre til at han kjøper har mangelskrav.

I forhold til manglende opplysninger har ikke selger et objektiv ansvar. Han kan i utgangspunktet kun bli ansvarlig for opplysninger han ”måtte kjenne til”, jf. § 19 første ledd bokstav b. Det vil si at kunnskap som selger ikke hadde rimelig grunn til å være uvitende om omfattes av opplysningsplikten.⁸² Dette vil igjen tilsvare en vurdering av om selger var grovt uaktsom.

Det følger av forarbeidene at ”selgeren vil vanligvis ikke ha opplysningsplikt når det gjelder forhold som kjøperen burde ha oppdaget ved en normal undersøkelse av tingen. Bestemmelsen er derfor mest aktuell i forbindelse med vesentlige egenskaper som ikke kan oppdages ved en vanlig undersøkelse eller som kjøperen for øvrig ikke har mulighet for å kjenne til.”⁸³

Dette betyr at kjøper kan måtte bære risikoen for forhold som selger har latt være å opplyse om, selv om dette var viktige forhold. Samtidig viser bruken av ordet ”vanligvis” at det tas en reservasjon. Dette kommer oppgaven tilbake til i avsnitt 4.6.3.

4.6.2 Hvem kan identifiseres med selger?

Det er ikke bare selger som gir kjøper informasjon om selskapet. Kjøper vil gjennom en due diligence-prosess ofte få opplysninger fra personale i målselskapet og andre som har bistått selger ved salget. Spørsmålet blir da i hvor grad disse kan identifiseres med selger.

Det grunnleggende vurderingstemaet ved identifisering på selgersiden er om forholdet mellom personen som gir opplysningene og selger er av en slik art at det er rimelig grunn til å identifisere i den konkrete situasjon.⁸⁴ Det er ikke tvilsomt at virksomhetselger må identifiseres med selskapets organer, selskapets ledende ansatte og ansatte eller eventuelt eksterne personer som bistår i salgsprosessen overfor kjøper.⁸⁵

⁸² Christoffersen (2007) side 510.

⁸³ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) side 62.

⁸⁴ Se Falkanger (1999) side 370-371.

⁸⁵ Se Christoffersen (2007) side 512, som viser til forarbeidene til avhendingslova i Ot.prp. nr 66 (1990-1991) side 89.

For at ikke selger skal kunne fri seg fra ansvar ved å delegere oppgaver nedover i systemet må også opplysninger fra andre som har bistått ved salget omfattes. Dette kan være advokater, meglere, revisorer og ansatte som har deltatt i kjøpers due diligence-prosess, selv om de ikke er direkte oppnevnt av selger. Opplysninger fra slike vil også kunne spille en rolle for kjøpers motivasjon, noe som også gjør det rimelig å foreta identifikasjon. Selger er helt klart nærmere enn kjøper til å bære risikoen for disse.

Dette støttes av en dom i Rt. 2001 s. 369 som gjaldt avhending av fast eiendom. En takstmann som var oppnevnt av megler var ikke involvert i selve salget, kun i prosessen. Han ble likevel identifisert med selger.

Forarbeidene viser at det kan være et vilkår for identifikasjon at personene som har gitt opplysningene ville hatt fullmakt til å gi de aktuelle opplysningene til kjøper.⁸⁶ En slik avgrensning ivaretar hensynet til selger, slik at han ikke må bære risikoen for enhver opplysning fra enhver ansatt. Det vil også være rimelig at kjøper ikke stoler blindt på alt han hører. Han kan for eksempel be om å få bekreftet opplysningene dersom han hører noe fra personer som ikke har slik fullmakt.

Det er vanskelig å trekke grensen for hvem som har fullmakt til å gi opplysninger. Personer som deltar i due diligence, for eksempel de som blir bedt om å svare på spørsmål fra kjøper, vil utvilsomt ha slik fullmakt. Mer tvilsomt er det om andre personer som ikke forventes å være i kontakt med kjøper i løpet av due diligence-prosessen har fullmakt. I et grensetilfelle kan det være grunn til å se på om kjøper hadde rimelig grunn til å stole på opplysningene han fikk.

Det er naturlig at det er risikobetraktninger som blir det sentrale ved en slik problemstilling, og ikke spørsmål om eventuell fullmakt. Prinsippet om at selger hefter for uriktige eller villedende opplysninger som har vært motiverende for kjøper må derfor rekke langt. Resultatet kan bli at det må foretas identifikasjon selv om informantene i selskapet ikke hadde fullmakt til å gi opplysningene.⁸⁷ Dette er hensiktsmessig ettersom selger må anses å være nærmere enn kjøper til å bære risikoen for opplysninger fra personale i målselskapet.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 66 side 89 og ot.prp. nr. 80 side 60.

⁸⁷ Se Hagstrøm (TfF-1999-391) side 396 for mer om dette.

Dette med identifikasjon er samtidig litt paradoksalt ettersom de ansattes lojalitet kan skifte fra selger til kjøper ved overdragelsen. Det gjør det problematisk for selger å ”slippe løs” de ansatte til å gi informasjon, og er en av grunnene til at selger normalt i stor grad vil styre hvem som gir informasjon til kjøper.

4.6.3 Sammenhengen mellom opplysningsplikten og undersøkelsesplikten

Kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt henger som oppgaven har vist tett sammen. Det er nødvendig å se de i sammenheng for å kartlegge hvem som har risikoen for et konkret forhold.

For det første kan kravet til selgers opplysningsplikt føre til at selger må bære risikoen i tilfeller der han har opptrådt “*grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro*”.⁸⁸ Selv om kjøper “*burde ha oppdaget*” forholdet, og dermed ikke tilfredsstilt det normale kravet til aktsomhet, vil risikoen da likevel være på selgers side. Dette er altså en unntaksregel som kan fange opp brudd på selgers opplysningsplikt. Ordlyden viser at det er de grove tilfeller av tilbakeholdelse av informasjon eller bevisst villedelse som omfattes av begrepene.

Det finnes også ett unntak fra dette unntaket. Dersom kjøper “*måtte kjenne til*” forholdet, jf. § 20 første ledd vil risikoen likevel være hans ettersom det ikke er unntak fra denne regelen i første ledd.⁸⁹

For det andre har oppgaven vist at opplysningsplikten og andre forhold på selgers side også spiller inn i vurderingen av hva kjøper “*burde ha oppdaget*” etter en foretatt due diligence. Dette på tross av at opplysningsplikten som følger av kjl. §§ 18 og 19 første ledd bokstav a og bokstav b blir modifisert av § 20 annet ledd.

Dette følger blant annet av at ytelsen skal være i samsvar med det kreditor på bakgrunn av realdebitors taushet kunne forvente.⁹⁰ Utstrekningen av denne opplysningsplikten vil bero på kontraktsforholdets art.⁹¹ Virksomhetssalg er av en slik art at det må stilles strenge krav til

⁸⁸ Oppgaven avgrensner mot fastleggelsen av terskelen for dette alternativet. Det nevnes her kun overfladisk for å gi leser oversikt over reglene.

⁸⁹ Se avsnitt 4.3.

⁹⁰ Hagstrøm (2003) side 135.

⁹¹ Se Hagstrøm (2003) side 148.

selgers opplysningsplikt ettersom kjøper ikke kan finne ut særlig mye om en virksomhet uten selgers hjelp. På den andre siden er det forhold ved virksomhetskjøp som gjør at det må stilles strenge krav til kjøpers undersøkelsesplikt. Både det forhold at kjøper av virksomhet vil være en profesjonell part og det forhold at virksomheter som regel er dyre kjøpsobjekt støtter dette.⁹²

I tillegg må kravene til kjøpers aktsomhet bli høye når han får anledning til å foreta grundige undersøkelser gjennom due diligence.⁹³ Selgers opplysningsplikt vil et godt stykke på vei være oppfylt gjennom overleveringen av informasjon som kjøper ber om.

Det strenge kravet til kjøpers aktsomhet er formålstjenlig ettersom kjøper dermed oppfordres til gode og grundige undersøkelser som kan hindre dyre rettssaker i ettertid. Det er dessuten ønskelig at terskelen for en mangel ikke settes for lavt slik at man unngår at domstolene blander seg inn i forretningslivet i for stor grad.

Selv om aktsomhetskravet er høyt er det viktig å huske på at ikke-synbare mangler for kjøper ikke er forhold som kjøper ”burde ha oppdaget”, og som derfor kan måtte bli selgers risiko. I spesielle tilfeller kan også mer synbare mangler bli selgers risiko dersom han har opptrådt mer eller mindre klart klanderverdig ved ikke å avklare forholdet for kjøper.⁹⁴ Dette må anses hensiktsmessig ettersom det vil være uheldig om ikke selger, som den parten med mest inngående kjennskap til virksomheten, oppfordres til å gi kjøper best mulig beslutningsgrunnlag før endelig avtale inngås. På denne måten kan rettslige tvister i etterkant av virksomhetsoverdragelser forebygges. Samtidig er det gunstig ettersom det ofte vil være mindre kostbart enn at kjøper må foreta uforholdsmessig grundige undersøkelser.

⁹² Det vil ved forretningsmessige forhold ”være særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger”, jf. Rt. 1988 s. 295, side 301.

⁹³ Slik gjennomgangen i avsnitt 4.5.1 – 4.5.10 viste.

⁹⁴ Se om dette i avsnitt 4.5.2.

5 Litteraturliste

Forkortelser

Litteratur

- Christoffersen (2007) **Margrethe Buskerud Christoffersen:** *Kjøp og salg av virksomhet*, 2007
- Christoffersen (JV-2005-19) **Margrethe Buskerud Christoffersen:** *Virksomhetsoverdragelser – Noen kjøpsrettslige spørsmål i lys av Rt 2002 s 1110 (Bodum-dommen)*, Jussens Venner 2005 side 19-39
- Christoffersen (TfF-2004-373) **Margrethe Buskerud Christoffersen:** *Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet*, Tidsskrift for Forretningsjus, 2004 side 373-406
- Eriksrud (TfF-1996-1) **Sven Eriksrud:** *Kontraksrettslige spørsmål ved overdragelse av virksomhet*, Tidsskrift for Forretningsjus, 1996 side 1-12
- Falkanger (1999) **Aage Thor Falkanger:** *God tro: en studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, 1999
- Hagstrøm (2003) **Viggo Hagstrøm:** *Obligasjonsrett*, 2003
- Hagstrøm (2005) **Viggo Hagstrøm:** *Kjøpsrett*, 2005
- Hagstrøm (TfF-1999-391) **Viggo Hagstrøm:** *"Due diligence" ved virksomhetsoverdragelse*, Tidsskrift for Forretningsjus 1999, side 391-399
- Haugstad/Gustavsson (TfF-1997-13) **Hans Haugstad/Geir Gustavsson:** *Due diligence undersøkelser ved avtaler om overdragelse av næringsvirksomhet*, Tidsskrift for Forretningsjus, 1997 side 13-26
- Hov (2002) **Jo Hov:** *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3. utgave, 2002
- Knudsen (TfF-2000-306) **Knud Jacob Knudsen:** *Praktisk gjennomføring av due diligence*, Tidsskrift for Forretningsjus 2000 side 306-320
- Krüger (1991) **Kai Krüger:** *Norsk kjøpsrett*, 3. utgave, 1991

| | |
|----------------------------|--|
| Krüger (1999) | Kai Krüger: <i>Norsk kjøpsrett</i> , 4. reviderte utgave, 1999 |
| Lindholm (DnJ-38-2008) | Tobias Lindholm: <i>Fremede retsbegreber i nordisk kontraktsret</i> , Det 38. nordiske Juristmøde, 2008, side 262-279 |
| Tvede-Møller (DnJ-35-1999) | Carsten Tvede-Møller: <i>Due diligence-processens indtrængen i nordisk kontraktspraksis</i> , Det 35. nordiske Juristmøde, 1999, side 150-163 |

Lovhenvisninger

LOV 1997-06-13 nr. 44: Lov om aksjeselskaper - aksjeloven
 LOV 1992-07-03 nr. 93: Lov om avhending av fast eiendom - avhendingslova
 LOV-1988-05-13 nr. 27: Lov om kjøp - kjøpsloven
 LOV 1918-05-31 nr. 04: Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer - avtaleloven

Lovforarbeider

Ot. prp nr. 80 (1986-1987). Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp
 Ot. prp. nr. 66 (1990-1991). Om lov om avhending av fast eiendom

Domsregister

Rt. 2002 s.1425
 Rt. 2002 s. 1110
 Rt. 2002 s. 696
 Rt. 2001 s. 369
 Rt. 1988 s. 295
 Rt. 1959 s. 1172
 Rt. 1959 s. 581
 Rt. 1953 s. 35
 Rt. 1935 s. 1079
 Rt. 1934 s. 529
 Rt. 1920 s. 237

RG-2009-1363
 RG-2004-1090
 RG-2000-586
 LB-1999-002188

UfR 2001-1293 H
 UfR 2005-761 SH
 UfF 1994-698 H