

**INDUSTRIELL SHIPPING - SÆRLIG OM KVANTUMSKONTRAKTER OG
OM DEN KONKURRANSERETTLIGE SITUASJON ETTER EU RETTEN
FOR POOLER ORGANISERT SOM FULL FUNCTION JOINT VENTURES**

Kandidatnummer: 202

Leveringsfrist: 1. juni 2011

Til sammen 36.844 ord

1. juni 2011

INNHALDSFORTEGNELSE

1. <u>INNLEDNING</u>	10
1.1. Industriell shipping og oppgavens temaer	10
a. Innledning	10
b. Tjenestetilbudet til kundene (befrakterne)	12
c. Kundemassene	13
d. Kontraktsportefølje for beskjeftigelse av flåten	13
e. Størrelsen på den tilgjengelige flåte	14
f. Lokal tilstedeværelse	15
g. Nærmere om oppgavens to hovedtemaer	16
h. Den videre fremstilling	18
1.2. Noen sentrale begreper	18
a. Innledning	18
b. Fraktmarkedene	19
c. Teknisk og kommersiell drift	20
2. <u>OVERSIKT OVER POOLAVTALER SOM SAMARBEIDSFORM</u>	22
2.1. Innledning	22
2.2. Begrunnelsene for å inngå avtaler om poolsamarbeid	22
2.3. Funksjonsfordelingen mellom poolen og pooldeltagerne	25
a. Innledning	25
b. Funksjoner som normalt ligger hos pooldeltakerne	26
c. Funksjoner som normalt ligger hos poolen (pooladministrasjonen)	27

2.4.	Summarisk oversikt over de typiske avtalevilkårene i en poolavtale	27
	a. Innledning	27
	b. Formålsbestemmelser	28
	c. Jurisdiksjon, voldgift, lovvalg	28
	d. Poolens organer, organenes kompetanse og avstemmingsregler	28
	e. Fordeling av inntekter, utgifter, overskudd	28
	f. Konkurranseforbud	28
	g. “Exit-klausuler”	29
	h. Rett til å sette inn nye skip	29
	i. Mislighold og misligholdsvirkninger	29
2.5.	Poolkontrollerte skips markedsandeler i de ulike fraktmarkeder	29
	a. Innledning	29
	b. Våtlast markedet	30
	c. Tørrlast markedet	30
	d. Spesiellast markedet (neo-bulk)	30
2.6.	Særlig om betydningen av flåtestørrelse i forhold til kvantumskontrakter	31
	a. Innledning	31
	b. Kostnadsbesparelser	32
	c. Inntektsøkninger	32
	d. Konkurransefortrinn ved anbud på kvantumskontrakter	33
	e. Optimalisering av driften av flåten ved innbefraktning av skip ved behov for tilleggs kapasitet og utbefraktning av ledige skip i markedet	35
3.	KVANTUMSKONTRAKTER	35

3.1.	Innledning	36
3.2.	Betydningen av sjøloven kapittel III	42
3.3.	GENCOA – Innledning og oversikt over kontraktens oppbygning	43
3.4.	Avtaleparter, type last, kvantum, antall skipninger, fraktrate, tidsperiode og geografiske område	44
	a. Innledning	44
	b. Partene i avtaleforholdet	44
	c. Type last og geografisk område (CI.1. Subjekt of Contract)	45
	d. Totalt lastekvantum eller totalt antall skipninger. (CI 2. Total Quantity/Number of Shipments)	46
	e. Kontraktperioden (CI 3. Period of Contract)	48
	f. Lastekvantum pr skipning. (CI 4. Quantity per Shipment)	49
	g. Siste skipning (CI 5. Final Shipment)	50
3.5.	Skipningsprogram og tidsplaner, befrakters nominasjoner av laste- og lossehavner, bortfrakters nominering av skip, certepartier for de enkelte reiser	50
	a. Innledning	51
	b. Skipningsprogram (CI 6. Programme Of Shipments)	52
	c. Befrakters tidsplaner (eventuelt skipningsnotiser) og bortfrakters nomineringer (CI 7. Scheduling/Nomination)	54
	d. Befrakters nominering av laste- og lossehavn(er) (CI 8. Declaration Of Loading port(s) og CI 9. Declaration Of Discharging port(s))	57
	e. Det utførende skip (CI 10. Performing Vessels)	58
	f. Reisecerteparti for de enkelte reiser (Preamble)	59
3.6.	Kansellering av skipning (CI 11. Cancelling Of Shipment)	59

3.7. Frakt, demurrage/despatch og fraktjusteringer	60
a. Innledning	60
b. Frakten (CI 12. Freight)	61
c. Demurrage og Despatch (CI 13. Demurrage/Despatch Money)	61
d. Justering av frakten (CI 16. BIMCO Bunker Price Adjustment Clause)	62
3.8. Mislighold og misligholdsvirkninger	65
3.9. Mislighold fra befrakterens side	67
a. Forsinket betaling av frakt og demurrage (CI 14. Late Payment Of Freight and Demurrage)	67
b. Manglende eller forsinket skipningsprogram, tidsplaner eller nomineringer av laste- eller lossehavn	69
c. Avvisning av skip uten rettslig grunnlag	71
d. Manglende lastevolumer	74
3.10. Mislighold fra befrakterens side	76
a. Innledning	76
b. Manglende eller forsinket nominering av skip	76
c. Nominering av skip som ikke oppfyller kravene i klausul 10, jfr Box 13	79
d. Forsinket ankomst til lastehavn	80
3.11. Øvrige klausuler	81
3.12. Forhandlingsprosessen ved inngåelse og fornyelse av kvantumskontrakter	81
4. OVERSIKT OVER DE KONKURRANSERETTSLIGE SPØRSMÅL	83

4.1. Innledning	84
4.2. EU traktaten art 101	84
4.2.1. Innledning	84
4.2.2. Hovedreglene i art 101 (1)	85
a. Innledning	85
b. Foretakskriteriet	85
c. Samarbeidskriteriet	85
d. Samhandlingskriteriet	86
e. Konkurransbegrensningskriteriet	86
f. Merkbarhetskriteriet	88
4.2.3. Unntaksreglene i Art 101(3)	88
4.2.4. Gruppeunntaket i kommisjonsforordning 2658/2000	89
4.2.5. “Self assesment”	89
4.3. Den historiske utviklingen frem til dagens konkurranserettslige regime	89
4.4. Alternative strukturer for poolsamarbeid	91
5. POOLER ORGANSIERT SOM FFJV – DEN KONKURRANSERETTSLIGE STILLINGEN ETTER EU RETTEN	92
5.1. Innledning	92
5.2. Forholdet mellom art 101 og FKF når det gjelder poolavtaler	93

a.	Innledning	93
b.	Forskjellene på reguleringene i FKF og Art 101	93
5.3.	Oversikt over gjeldene rett etter FKF	95
a.	Innledning	95
b.	Nærmere om definisjonen av FFJV	95
c.	Terskelverdiene	97
5.4.	Anvendelsen av FKF på shippingpooler. Innledning og oversikt over den videre behandlingen	99
a.	Innledning	99
b.	NYK/Lauritzen Cool/Lau Cool JV-saken	100
c.	Wallenius/Wilhelmsen-saken	103
d.	Wallenius/Wilhelmsen/Hundai-saken	107
5.5.	Kravet om at deltagerne skal ha “felles kontroll” over virksomheten	110
a.	Innledning	110
b.	Nærmere om begrepet “kontroll”	110
c.	Kravet om at deltagernes kontroll skal være “felles”	111
d.	Gjennomgang av relevant praksis	112
e.	Oppsummering og konklusjon	116
5.6.	Kravet om at poolen må ivareta de funksjonene som hører inn under en selvstendig og uavhengig enhet	118
5.6.1.	Innledning	118

5.6.2. Kraves det at poolen selv eier skip?	119
5.6.3. Poolen må overta mer enn bare noen funksjoner av deltagerens virksomhet (grensen mellom full-funksjon og partiell funksjon)	119
a. Innledning	119
b. Gjennomgang av relevant praksis	120
c. Oppsummering og konklusjon	121
5.6.4. Hvilken betydning har det om poolen bare, eller i hovedsak, skal operere deltagerens skip	121
a. Innledning	121
b. Relevant praksis	123
c. Oppsummering og konklusjon	124
5.6.5. Hvilke krav stilles til omfanget av poolens kommersielle kontroll over skipene	124
a. Innledning	124
b. Relevant praksis	125
c. Oppsummering og konklusjon	126
5.6.6. Poolens bemanning og faglige kompetanse	127
5.6.7. Poolens beslutningsmyndighet og pooldeltagerens innflytelse	129
5.6.8. Kreves det at poolen har eget utstyr og egne faste fasiliteter knyttet til kommersiell drift og operasjon av skipene?	131
5.6.9. Kreves det at poolen har egen tilleggsvirksomhet?	132

5.6.10. Poolens finansielle ressurser	133
5.6.11. Firmanavn, logo etc.	136
5.6.12. Poolens virksomhet må skape verdier	137
5.6.13. Poolen må være noe mer enn en underordnet salgs- eller markedsføringsagent for deltagerens virksomhet	138
5.7. Hvilke krav stilles til tidshorisonten for poolen?	139
5.8. Særlige spørsmål for pooler med flere enn to deltagere	141
6. I HVILKEN GRAD ER FFJV KONSEPTET EGNET FOR SHIPPING POOLER?	142
6.1. Innledning	142
6.2. Avtaleklausuler om poolens bemanning og ressurser	143
6.3. Poolens økonomi	144
6.4. Avtaleklausuler om poolens organisasjonsstruktur	145
6.5. Stemmebestemmelser	145
6.6. Deltagerens rett til å trekke ut skip	147

6.7. Deltagernes rett til å trekke seg ut fra poolen eller til å kreve poolen oppløst	147
6.8. oppsummering	148
7. Kilder	149

1. INNLEDNING

1.1. Industriell shipping og oppgavens temaer

a. Innledning

Oppgaven omhandler de to adskilte temaene

”Kvantumskontrakter”

Og

”Pooler organisert som ”Full Function Joint Ventures”- den konkurranserettslige stilling etter EU retten”.

Det er kun disse to temaene som behandles grundig og det er bare de juridiske sider av temaene som beskrives og vurderes.

Temaene har den sammenheng at de begge er sterkt knyttet til den type shippingvirksomhet som betegnes som ”industriell shipping”. Sammenhengen behandles senere i pkt. 1. Virksomhetstypen industriell shipping omfatter også en rekke andre temaer av juridisk, økonomisk, logistisk, strategisk og organisasjonsmessig karakter. Disse behandles ikke i oppgaven, men enkelte av dem berøres likevel helt kort i pkt 1 og 2. Siktemålet med pkt 1 og 2 er å plassere oppgavens to temaer i en kommersiell og juridisk sammenheng.

Begrepet ”industriell shipping” er ikke et juridisk begrep, men en kommersiell betegnelse på en spesiell type virksomhet innefor shippingindustrien.

I korte trekk kan industriell shipping beskrives på den måten Wilson ASA beskrev sin forretningside og strategi i et memorandum utarbeidet i forbindelse med et investorseminar i 2005.¹:

”Forretningside

”Rederiets forretningside er å tilby norsk og europeisk industri konkurransedyktige, pålitelige, fleksible og langsiktige transportløsninger. Gjennom store volum og langsiktig kontraktportefølje kan Wilson optimalisere seilingsmønsteret og sikre langsiktig og stabil inntjening.

Strategi

¹ Korte beskrivelser av ”industriell shipping” kan formuleres på mange måter og man kan fokusere på ulike elementer som er typiske for virksomheten. Wilsons memorandum om egen virksomhet er treffende for hvordan mange aktører beskriver denne type shippingvirksomhet. Memorandumet er på 44 sider og kan gjenfinnes via Google søkermotor.

Selskapets strategi er å fokusere på videreutvikling og ekspansjon i det europeiske dry bulk segmentet gjennom:

- Økt volum av langsiktige kvantumskontrakter
- Kjøp av skip
- Oppkjøp av /allianser med andre aktører i bransjen”

Ved industriell shipping fokuseres det særlig på fem hovedelementer. Det er også disse elementene som er de viktigste karaktertrekkene for virksomhetstypen.

- Innholdet av tjenestetilbudet til kundene (befrakterne)
- Avtaleporteføljen for beskjeftigelsen av flåten
- Størrelsen på den tilgjengelige flåte
- Kundemassen
- Lokal tilstedeværelse i aktuell havner

b. Tjenestetilbudet til kundene (befrakterne)

Rederier som driver med industriell shipping tilbyr normalt mer til sine kunder enn bare selve transporttjenestene. Også øvrige deler av kundenes behov i forbindelse med logistikk og vareflyt kan omfattes. Enkelte rederier tilbyr tjenester som kan beskrives som en tjeneste fra ”dør til dør” og ikke bare fra ”havn til havn”. Det kan dreie seg om spesialisert lastehåndteringsutstyr, terminalkapasitet, lagerkapasitet, transport fra havn til produksjonssted, m.v. For kunder der man har langsiktige avtaler tilstreber man å utvikle skreddersydde løsninger tilpasset kundens særskilte behov. Det man tilstreber er å tilby kundene avtaler om nevnte spekter av tjenester som er konkurransedyktige, pålitelige, fleksible og langsiktige.

Odfjell Tankers er et typisk eksempel på et rederi som tilbyr kombinasjon av tjenester som beskrevet over. Rederiet opererer en flåte på 96 kjemikalietankere. Odfjell gruppen og tilknyttede terminaleiere har tankterminaler i 20 havner, som omfatter ca 1.200 tanker og beskjeftiger ca 1.000 personer. På Odfjells hjemmesider fremgår det at selskapets strategi er

”to continue developing our position as a leading logistics service provider for customers worldwide. We aim at maintaining this position through efficient and safe operations of deep-sea and regional chemical tankers and tank terminals.”

Videre heter det at:

“The combination of a global shipping network and terminals at strategic locations makes us a world leader in providing combined shipping and storage services.”

For spesielle typer laster hender det også at rederier bygger skip som et stykke på vei er særskilt tilpasset enkelte store kunders spesielle behov. Dette forutsetter selvsagt at det inngås langvarige kontrakter.

c. Kundemasse (befraktere)

En vesentlig del av kundemassen bør bestå av industrikunder med langsiktige og regelmessige behov for transport av betydelige lastevolumer. Ved gode tjenestetilbud ønsker man å opparbeide langsiktige kunderelasjoner med solide kunder. Gode tjenesteprodukter medfører at man vil stille sterkt ved konkurranse om nye avtaler og gode kunderelasjoner medfører at man stiller sterkt ved fornyelse av inngåtte avtaler.

d. Kontraktportefølje for beskjeftigelse av flåten

Den kontraktsformen som er selve kjernen i den industrielle shippingvirksomheten er kvantumskontraktene.² Vanligvis kommer den helt vesentlige delen av inntektene for de rederier som driver med industriell shipping fra slike kontrakter. Kontraktstypen sikrer langsiktig stabil beskjeftigelse og stabile inntektskilder.

² CoA er forkortelsen for det vanligste engelske uttrykket for kvantumskontrakter, nemlig ”Contracts of Affreightment”.

I pkt 3.1. beskrives en meget omfattende kvantumskontrakt inngått mellom Eitzen og ThyssenKrup. Beskrivelsen illustrerer betydningen av omfattende kvantumskontrakter for rederier og pooler som er involvert i industriell shipping.

e. Størrelsen på den tilgjengelige flåte

Stor tilgjengelig flåte er en av forutsetningene for å være konkurransedyktig i de aller fleste segmentene innenfor industrielle shipping.

Nødvendig størrelse kan oppnås ved egen vekst, ved oppkjøp eller fusjoner eller ved inngåelse av poolavtaler eller andre samarbeidsordninger med andre rederier. Mange poolavtaler er inngått først og fremst for å kunne bli stor nok til å konkurrere om de store kvantumskontraktene og for å kunne få et så stort kontraktsvolum at man oppnår et spekter av stordriftsfordeler. Stordriftsfordelene vil bli behandlet senere i oppgaven.

Et avsnitt i årsrapporten fra kjøleskipspoolen NYKCool³ fra 2008 er illustrerende for betydningen av en stor flåte:

”Because of seasonality and fluctuations in cargo volumes, a large fleet is needed in order to produce efficient logistic patterns around the world. By finding optimal solutions to different cargo combinations, ballast passages are reduced and thanks to our short transit times and dedicated port capacity without congestion, waiting times are minimized. In order to further enhance the cost efficiency of our trades, we carry various dry cargoes and empty containers on return trips to the fruit growing areas.”

Tilsvarende synspunkter er uttrykt av Odfjell Tankers på selskapets hjemmeside:

”...Scale is needed to offer an efficient trading pattern in a global transportation context, thereby maximizing fleet utilization. Our size also allows us to obtain significant purchasing benefits.”

Dersom man er stor nok til å få tilgang til et antall omfattende kvantumskontrakter, vil dette kunne virke selvforsterkende ved at man derved får grunnlag for ytterligere vekst. Med stabile og langsiktige kvantumskontrakter kan man relativt trygt investere i

³ Etableringen av NYKCool poolen behandles i pkt 5.5.b.

ytterligere skip for å betjene avtalene. Et resultat av dette blir igjen at både servicegraden og muligheten for å tilby lavere priser øker på grunn av stordriftsfordelene.

Et avsnitt fra Eitzen Bulk Shippings hjemmeside⁴ illustrerer sistnevnte poeng og underbygger til dels det som i pkt b er sagt om tjenesteproduktene, i pkt c om kundemassen og i pkt d om kontraktsporfølje.

”Eitzen Bulk Shipping is a globally recognized dry bulk operator with a fleet of about 50 - 70 Supramax and Panamax vessels. The company offices and staff are strategically sited around the world, giving Eitzen Bulk Shipping a global reach with a personalized local approach. The company strives to further develop strong and productive relationships with both vessel owners and cargo clients. This focus has enabled Eitzen Bulk Shipping to contract 17 new vessels maintaining a controlled exposure. Earnings are generated from a global portfolio of cargo contracts, backed with a modern flexible fleet....”

For ordens skyld nevnes at også langsiktige tidscertepartier med solide befraktere kan gi grunnlag for kjøp eller kontrahering av skip. Slike certepartier kan tenkes å inngå i kontraktsporføljen for et rederi eller en pool som driver med industriell shipping, men det er ikke typisk for denne type virksomhet.

f. Lokal tilstedeværelse

Stor grad av lokal tilstedeværelse i de havner man normalt anløper er ofte en betingelse for å oppnå høy kvalitet på de tjenestetilbud som er beskrevet i pkt b.

⁴ Se www.eitzen-bulk.com

Et nettverk av lokal tilstedeværelse kan utvikles ved å etablere avdelingskontorer eller ved å bygge opp gode relasjoner til agenter og andre typer lokale tjenesteytere. Velfungerende nettverk gir høy servicegrad og derved god konkurranseevne. Som et eksempel på en aktør som har bygget opp et slikt nettverk kan nevnes Grieg Star Shipping⁵. Selskapets internasjonale nettverk består av avdelingskontorer i 14 havner samt et betydelig nettverk av agenter m.v. Om avdelingskontorenes virksomhet sies følgende på selskapets hjemmeside:

”The branch offices are staffed with experienced commercial people who deals directly with customers in their area from contracts to bookings. The operations staff deal with stowage, loading or discharging of the ships in their area. The branch offices also deal directly with local stevedorers, agents, and other vendors.”

g. Nærmere om oppgavens to hovedtemaer

Det er ikke mulig å belyse alle juridiske sider av industriell shippingvirksomhet på en grundig måte innenfor en masteroppgaves rammer. På grunn av dette er oppgaven derfor begrenset til de to nevnte hovedtemaene, som begge står sentralt for industriell shipping. Som nevnt innledningsvis er de to hovedtemaer:

Kvantumskontrakter

Som nevnt er kvantumskontraktene det helt sentrale elementet i industriell shipping. En bred juridisk behandling av denne kontraktstypen er derfor naturlig. Det er for øvrig relativt sparsomt med nyere juridisk litteratur om kvantumskontrakter.

Min behandling av kvantumskontraktene er knyttet til den mest moderne av de tre standardkontrakter som finnes, GENCOA.⁶ Ved gjennomgangen av de enkelte

⁵ Se www.griegstar.com

⁶ GENCOA er utarbeidet av BIMCO og er fra 2004.

klausulene i GENCOA vurderes også alternative kontraktsrettslige løsninger og i en viss grad norsk bakgrunnsrett.

Pooler organisert som "Full Function Joint Ventures" – den konkurranserettslige stilling etter EU retten

Som påpekt flere steder er størrelsen på den tilgjengelige flåte av vesentlig betydning for de aktører som driver med industriell shipping. Som nevnt i pkt e ovenfor er poolsamarbeid et virkemiddel som kan benyttes for å opparbeide optimal størrelse på flåten. En behandling av poolavtaler er derfor naturlig innenfor rammen "industriell shipping". Det er kun konkurranserettslige spørsmål som behandles i oppgaven.

Jeg begrenser meg til å behandle en spesiell type poolavtaler, nemlig de som er organisert som "*Full Function Joint Ventures*". Heretter benyttes forkortelsen FFJV.

En FFJV pool kan helt kort og upresist beskrives som et poolsamarbeid som er mer fast, integrert og langsiktig enn andre typer pooler og som derved fremstår som en selvstendig uavhengig aktør i et marked. Pooler organisert på denne måten står i en konkurranserettslig særstilling. Det er kun den konkurranserettslige stillingen etter EU retten som behandles. Bakgrunnen for denne begrensningen er kort omtalt i kap 4. Det er i dag kun et fåtall pooler som er organisert som FFJV. De som finnes driver imidlertid en utpreget industriell shipping virksomhet. På grunn av gjennomførte endringer i de konkurranserettslige regelverk for poolavtaler, vil det kunne bli mer vanlig med fullfunksjons joint ventures for skipsfartsvirksomhet i tiden som kommer. Jeg viser i denne forbindelse til pkt 4 – 6. Som en introduksjon til de konkurranserettslige spørsmål som oppstår for fullfunksjons joint ventures, gis det i pkt 4 også en helt kort oversikt over den generelle konkurranserettslige situasjon for shippingpooler.

h. Den videre fremstilling

I pkt 1.2. - 2 gjennomgås enkelte sentrale begreper og de ulike former for poolsamarbeid innenfor skipsfart. Videre gis en kort og summarisk oversikt over de karakteristiske elementer i en poolavtale og over de typiske kommersielle og strategiske formålene med poolsamarbeid. Det som her skrives gjelder alle typer shippingpooler, ikke bare de som er organisert som FFJV.

I pkt 3 behandles kvantumskontraktene.

Pkt 4 inneholder en kort og introduksjon til de viktigste konkurranserettslige spørsmål som oppstår i forbindelse med poolavtaler og i pkt 5 behandles de konkurranserettslige spørsmålene knyttet til pooler organisert som FFJV i henhold til EU retten.

1.2. Noen sentrale begreper

a. Innledning

Innenfor sjøtransport benyttes et høyt antall begreper og betegnelser som er spesielle for denne type virksomhet. Jeg legger til grunn at disse begrepene er kjent. Med noen få unntak forklarer jeg derfor ikke disse. Begrepsbruken innenfor shippingvirksomhet er ikke alltid entydig og innholdet av enkelte ord og uttrykk kan være forskjellig i kontraktsretten, i konkurranseretten og i kommersielle sammenhenger.

Linjefart og trampfart.

Kort og upresist kan man si at trampfart er løsfart. Det karakteristiske for trampfart er at skipet ankommer ulike havner og opererer uten faste ruter.

Rådsforordning 4056/86 definerer trampfart som ”*transport of goods in bulk or in break-bulk in a vessel chartered wholly or partly to one or more shippers on the basis*

of a voyage or time charter or any other form of contract for non-regularly scheduled or non-advertised sailings where the freight rates are freely negotiated case by case in accordance with the conditions of supply and demand”.

Denne rådsforordning er nå opphevet. Likevel gir definisjonen en god beskrivelse av hva trampfart er. At det i enkelttilfeller kan være tvilsomt om man står ovenfor tramp- eller linjefart er ikke lenger av vesentlig betydning. Som det skal bli gjort rede for senere⁷, er det ikke lenger noe gruppeunntak for trampfart på konkurranserettens område.

Trampfarts motsetning er ”linjefart”. Linjefart kjennetegnes ved at eieren, eller linjeoperatøren, kunngjør at skipet, eller eventuelt skipene, vil foreta regelmessige seilinger mellom havner og kan ta imot gods mot fraktvederlag. Tjenesten anses utført når lasten er fremme på bestemmelsesstedet. Stykkgodstransport (Jfr sjøloven kapittel 13) er typisk for linjefart. Transportavtalen er normalt nedfelt i et konnossement (”Bill of Lading”) eller i et sjøfraktbrev (”Sea Waybill”).

I enkelte sammenhenger benyttes uttrykket ”spesialfart” eller spesiallast markedet (”neo-Bulk”) som et tredje alternativ i forhold til trampfart og linjefart.⁸

b. Fraktmarkedene

Fraktmarkedet deles gjerne opp i følgende tre hovedmarkeder:

- *Tørrlast markedet* (”Dry Cargo”) Dette markedet omfatter tørre laster, som ikke krever spesiell behandling i laste- eller lossehavn. Jernmalm er et typisk eksempel.

⁷ Se pkt 4.

⁸ Se bl.a. neste punkt om dette.

- *Våtlast markedet* ("Liquid Cargo") Dette markedet omfatter laster som transporteres i flytende stand og som derfor krever skip som er konstruert for å frakte slike laster. Råolje er et typisk eksempel.
- *Spesiellast markedet* ("Neo-bulk") Dette markedet omfatter tørre laster som krever spesielle foranstaltninger i laste- og lossehavner og skip med spesielle egenskaper. Papirmasse er et typisk eksempel.

c. **Teknisk drift og kommersiell drift**

To grunnleggende funksjoner ved skipsfart er *teknisk drift* og *bemanning* av skipene. Det er vanlig at disse funksjonene ivaretas i sammenheng og av samme selskap, men det er ikke nødvendigvis slik. Teknisk drift omfatter blant annet ansvar for løpende vedlikehold, løpende teknisk drift av skipene, ansvar for planlagte og ikke-planlagte reparasjoner, dokking og klassing, opprettholde reservedelslager m.v. Bemanning omfatter ansettelse og ledelse av mannskap og offiserer, samt andre typiske arbeidsgiverfunksjoner.

Teknisk drift og bemanning er en viktig del av *reders* funksjoner og ansvar. Det er ikke uvanlig at rederier kontraherer ut disse funksjonene til selskaper som spesialiserer seg på denne type tjenester.

Kommersiell drift og operasjon av skipene omfatter i grove trekk alle funksjoner knyttet til beskjeftigelse av skipene, bl.a. markedsføring, kontraktsforhandlinger om certepartier m.v., kontraktsinngåelser, planlegging av reisemønstre, planlegging av utnyttelse av lastekapasiteten, planlegging av havneanløp m.v. I utgangspunktet ligger disse funksjoner hos reder. Der reder har inngått tidscerteparti for et skip, er det tidsbefrakter som overtar disse funksjonene. Reder kan også overlate disse funksjoner til management selskaper eller andre.

Ved poolsamarbeid overføres den kommersielle driften og operasjon til poolen, mens deltakerne beholder den tekniske drift og bemanningen av skipene.

Linjekonferanser og poolavtaler

Linjekonferanse er betegnelsen på en samarbeidsavtale der to eller flere aktører, som driver med linjefart, samarbeider om godsbefordring i en eller flere bestemte ruter innenfor et avgrenset geografisk område, og virksomheten skjer i henholdt til ensartede eller felles fraktrater og andre omforente vilkår⁹.

En *poolavtale* er en annen type samarbeidsavtale. Et kjennetegn for en pool, og for øvrig også for andre typer samarbeidsavtaler ("joint ventures"), er at det er et samarbeid mellom rederier som beholder sin egen juridiske identitet. Det typiske er at det dannes et felles organ som er en selvstendig juridisk person, for eksempel et aksjeselskap eller ansvarlig selskap. Samarbeidsforholdet kan i noen tilfeller være så løst at det neppe kan karakteriseres som et selskap i selskapslovgivningens forstand.¹⁰

En *befraktningspool* er en pool der flere rederier går sammen om å markedsføre sin tonnasje i fellesskap. En befraktningsspool kan typisk være organisert slik at det opprettes et aksjeselskap (poolselskapet) som står for markedsføringen og befraktningen av de av deltakernes skip som er stilt til disposisjon for poolen. Det er vanlig at de inntekter skipene genererer fordeles mellom deltakerne i henhold til avtalte fordelingsnøkler, ofte basert på et system med "pool points".

Deltagerne utøver sin innflytelse i poolsamarbeidet gjennom sin egenskap av eiere eller deltakere i poolen, altså gjennom poolens organer. Den daglige drift av poolen og dets skip utføres av den daglige ledelse.

Denne oppgaven omfatter bare befraktningsspooler. Andre typer poolsamarbeid, for eksempel samarbeid om innkjøp av viktige varer og tjenester til skipene, behandles ikke.

⁹ Linjekonferanseloven 8. juni 1984 nr. 55 §2 bokstav e.

¹⁰ "Sjørett" 7. utgave. Thor Falkanger og Hans Jacob Bull. Side 136-137

Av og til benyttes også ordet ”*tramp pool*” i bransjen. I dette ligger at poolen kun er engasjert i tramp markedet, i motsetning til i linjefart markedet¹¹ og muligens i motsetning til spesiallast markedet.

Denne oppgaven omfatter både pooler som opererer i trampmarkedet og pooler i spesiallastmarkedet. Jeg benytter derfor stort sett begrepene pool eller shipping pool.

2. OVERSIKT OVER POOLAVTALER SOM SAMARBEIDSFORM

2.1. Innledning

Når poolsamarbeid som organisasjons- og samarbeidsform skal beskrives og analyseres er det særlig fire elementer som står sentralt:

- Hvilke fordeler deltakerne oppnår. Dette behandles i pkt 2.2.
- Hvordan de normale rederifunksjonene er fordelt mellom pooldeltakerne på den ene side og poolen (pooladministrasjonen) på den annen side. Dette behandles i pkt 2.3.
- De typiske avtalevilkårene i en poolavtale. Dette beskrives helt summarisk i pkt 2.4.
- Konkurranserettslige rammebetingelser. Dette behandles i pkt 4 – 5.

2.2. Begrunnelsene for å inngå avtaler om poolsamarbeid¹²

¹¹ En poolavtale innfor linjefart vil ha sterke likhetstrekk med en linjekonferanse.

¹² Disse spørsmålene er blant annet behandlet i Skipsfart, side 89 flg, Packard, William V., Shipping pools, Lloyds of London Press, 2. utg, 1995, Haralambides, “the Economics of bulk shipping pools, extract from Maritime Policy 2 management, s. 21 flg (1996), I Hans Jacob Bull og Helge Stemshaug: EC Shipping Policy (1996), side 188 og i EU REPORT COMP/2006/D2/002, Legal and Economic

Det er en rekke argumenter for å delta i poolsamarbeid. De enkelte argumenters vekt og betydning kan variere fra segment til segment. Det kan se ut til at det ikke finnes poolsamarbeid i LNG¹³ segmentet og kun en pool i kjøleskip segmentet¹⁴. Det er ingen juridiske hensyn som tilsier at pooler ikke er hensiktsmessige i disse spesielle markedene, men aktørene har tydeligvis vurdert det slik at det ikke er tilstrekkelige kommersielle argumentene for å inngå slike samarbeidsavtaler her.

De tradisjonelle argumenter for å inngå poolsamarbeide er særlig:

- (a) Oppnå en sterkere markedsposisjon og en god “image and brand”

At størrelse i en rekke sammenhenger har betydning for markedsposisjon er ikke tvilsomt. Man vil stille sterkere i avtaleforhandlinger, man vil kunne by på avtaler som forutsetter store flåter, etc. Når det gjelder “merkenavn” og “image”, kan det også medføre en positiv effekt forutsatt at pooldeltakerne tilstreber å synliggjøre poolsamarbeids navn og greier å knytte en positiv image til navnet i forhold til tonnasje kvalitet, pålitelighet, kvalitet på operasjonen, fleksibilitet mv. Slike effekter vil det nødvendigvis ta flere år å opparbeide. Denne begrunnelsen for å opprette store pooler og derved betydelige markedsposisjoner er bl.a. formulert i en brosjyre¹⁵ fra det Hong Kong baserte rederiet Pacific Basin Shipping Limited:

”Nurturing long-term customer relationships

Trough the International Handybulk Carriers (“IHC”) pool that it founded and operates, Pasific Basin has established a market position and reputation as the leading supplier in the Handysize sector of industrial freight services.....

Analysis of Tramp Maritime Services, heretter kalt “Fearnley-rapporten”, s. 243 flg. Jeg har særlig basert meg på Fearnley-rapporten.

¹³ LNG (flytende naturgass) er et særskilt segment innenfor våtlast segmentet

¹⁴ Se Fearnley-rapporten s. 244-245.

¹⁵ Brosjyren ”Pacific Basin Shipping Limited, Industrial shipping services for the world’s leading commodity companies” (Funnet via Google. Utgivelsesdato fremgår ikke.)

We are able to provide this with the backing of our large fleet....”

(b) Kostnadseffektivitet ved innkjøp av varer og tjenester

Også her gir størrelse en bedre posisjon. Muligheten for å oppnå gunstige avtaler i forhold til kjøp av bunkers, proviant, etc blir bedre. Det samme gjelder andre typer varer og tjenester.

(c) Kostnadseffektivitet ved kommersiell operasjon og management

Ved å opprette en felles struktur for kommersiell operasjon og management, vil hver deltaker oppnå betydelige besparelser. De samlede kostnader knyttet til lønninger til hovedadministrasjon, lokalleie, IT utgifter, utenlandskontorer eller agentnett, mv. vil synke for den enkelte deltaker. Relativt sett er dette særlig tilfelle for små og mellomstore rederier.

(d) Risikospreding i på inntektssiden

Ved at man setter sine skip inn i en pool og derved blir deltaker i en større flåte, der fraktinntektene fordeles etter poolpoints eller lignende, deles risikoen for ikke-beskjeftigelse av skipene. Dette er den mest typiske risikospredningseffekten. I tillegg kan en pool som opererer mange skip redusere markedsrisikoen ytterligere ved å beskjeftige deler av flåten under kvantumskontrakter, andre under korte eller lange tidscerterpartier og andre i spotmarkedet.

I Fearnley-rapporten¹⁶ påpekes det at enkelte pooler vil kunne tilby deltakerne forskjellige typer deltakelse, avhengig av hva slags risikoprofil de ønsker. Noen vil kunne ønske trygge inntekter ved at deres skip i hovedsak beskjeftiges under relativt lange tidscerterpartier, mens andre ønsker å ta del i de risikoer og muligheter som ligger

¹⁶ Se side 244 pkt 964 i rapporten

i at store deler av deres flåte opereres i spotmarkedet. Poolen kan sy sammen forskjellige typer “risikopakker” som er tilpasset de enkelte deltageres risikovillighet.

(e) Effektivisering av operasjonen

Med en stor flåte vil man også kunne oppnå en optimalisering i forhold til operasjonen av flåten. Man vil kunne legge opp operasjonen slik at det blir færre reiser uten last og slik at skipene dirigeres slik at de befinner seg i Asia når det er tid for klassing, vedlikehold, mv. Man slipper da å gjøre dette dyrt i Europa eller å gå uten last til Asia for å gjøre det billig der. Se nærmere om dette i pkt 2.4.b nedenfor.

(f) Gunstigere finansiering

I Fearnly-rapporten¹⁷ påpekes det at pooldeltagelse vil kunne gi den enkelte deltaker gunstigere finansiering ved kjøp eller nykontrahering av skip. Reduserte kostnader og tryggere inntjening vil kunne tillegges vekt av den finansierende bank eller av eventuelle investorer som skyter inn egenkapital.

2.3. Funksjonsfordelingen mellom poolen og pooldeltakerne

a. Innledning

Det er vanlig med en funksjonsfordeling som innebærer at alle tekniske forhold knyttet til skipene ligger hos deltakerne, mens de kommersielle og operasjonelle forhold knyttet til skipenes beskjeftigelse langt på vei ivaretas av poolen. Dette vil følge av selve poolavtalen og av de eventuelle tidscertepartier for de enkelte skip der deltakeren ser bortfrakter og poolen befrakter.

¹⁷ S.244 pkt 966

b. Funksjoner som normalt ligger hos pooldeltakerne

(i) Teknisk drift og bemanning

Dette er en meget viktig del av rederidriften og ligger sannsynligvis alltid hos de enkelte deltakere. Rederiet kan ha valgt å kontrahere ut denne funksjonen til tredjemenn, men det er da rederiet og ikke poolen som gjør dette. Inn under denne funksjonen ligger også ansvar for å opprettholde klassen, vedlikehold, nødvendige dokkinger, etc. Selv om det er det enkelte rederi som har ansvaret, må verftsopphold skje i samråd med pooladministrasjonen.

(ii) Kontrahering og kjøp av skip

Også dette er rederiets ansvar og risiko. Inn under dette ligger også eventuell utvikling av skipsdesign, etc.

I faste og langsiktige poolavtaler vil det nok være diskusjoner mellom poolen og rederiet om hva slags tonnasje poolen trenger, design utvikling, mulighet for langsiktig beskjeftigelse m.v.

(iii) Finansiering av kontrahering eller kjøp av skip

Også dette er det enkelte rederis ansvar og oppgave. Som tidligere nevnt kan pooldeltakelse være et element ved forhandlingene med banken om finansieringsbetingelser.

(iv) Forsikring

Kasko- og P&I forsikring er de enkelte rederiers ansvar. Det samme gjelder andre typer forsikringer knyttet til skipene.

c. Funksjoner som normalt ligger hos poolen (pooladministrasjonen)

- (i) Organisere, administrere og bemanne pooladministrasjonen.
- (ii) Organisere og utvikle eventuelle utenlandskontorer og agentnett.
- (iii) Markedsføring av skipene.
- (iv) Opptre som kontraktspart med befraktere, kunder og andre medkontrahenter.
- (v) Kommersiell management og operasjon.
- (vi) Eventuell strategiutvikling.
- (vii) Diskusjonspartner med pooldeltakerne i forhold til utvikling av skipsdesign, skipstyper og eventuelt spesialutstyr (lastehåndteringsutstyr m.v.)

2.4. Summarisk oversikt over de typiske avtalevilkårene i en poolavtale.¹⁸

a. Innledning

I dette avsnittet gis kun en summarisk oversikt over de typer spørsmål som normalt er regulert i en poolavtale. Intensjonen er ikke å foreta noen rettslig vurdering av de kontraktsrettslige spørsmålene. Per i dag finnes det ingen standardavtale for poolsamarbeid. Alle poolavtaler er derfor skreddersydde for den enkelte pool. Det har likevel utviklet seg en kontraktspraksis for hvilke typer klausuler som normalt er med og for alternative løsningsmodeller for de sentrale kontraktsrettslige spørsmålene. De senere årene har konkurranserettslige rammebetingelser i stor grad påvirket utformingen av en del sentrale avtaleklausuler. I regi av BIMCO er det under utarbeidelse en "Standard Pooling Agreement". Endelig versjon forventes å foreligge sent 2011 eller tidlig 2012.

De typiske klausultyper i de fleste poolavtaler er som følger:

¹⁸ Jeg har i dette avsnittet basert meg på Fearnley-rapporten, s. 249 flg, og på avtaler eller avtaleutkast jeg har fått tilgang til.

b. Formålsbestemmelser

Det er vanlig at det i formålsbestemmelser eller i tilsvarende klausuler er uttrykt at formålet er å øke skipenes inntjening og å redusere og effektivisere kostnadene. Det sies ofte noe om hvilke type trades poolen skal operere i og noe om skipstyper m.v.

c. Jurisdiksjon, voldgift, lovvalg

Alle poolavtaler inneholder slike klausuler. De fleste har bestemmelser om at avtalen er regulert av engelsk rett og med voldgift i London.

d. Poolens organer, organenes kompetanse og avstemmingsregler

Dette vil alltid være regulert. Deltakernes stemmerett vil ofte være basert på antall skip eller antall pool points den enkelte har. Normalt har deltagerne det endelige ordet i viktige spørsmål (derunder kontraktsinngåelser som gjelder lange kontrakter) mens poolen har eksklusiv kompetanse i spørsmål knyttet til den løpende driften.

e. Fordeling av inntekter, utgifter, overskudd

Dette er ofte svært kompliserte klausuler og normalt har man laget et poolpoint system der mange elementer er med i en formel.

f. Konkurransforbud

Også dette er et forhold som ofte er regulert. Enkelte ganger kan det være en utfordring å regulere rekkevidden av konkurransforbudet.

g. "Exit-klausuler"

Et sentralt spørsmål er på hvilken måte og i h.t. hva slags frister deltakerne kan trekke ut sin tonnasje. Vanligvis vil det være en oppsigelsesperiode på mellom 6 og 12 måneder.¹⁹

h. Rett til å sette inn nye skip

Enkelte avtaler inneholder særlige klausuler om dette, men det er også vanlig at dette ikke er spesielt regulert.

i. Mislighold og misligholdsvirkninger

Poolavtaler inneholder alltid klausuler om mislighold og misligholdsvirkninger. De vanligste rettsvirkninger av vesentlig mislighold fra en pooldeltakers side er at den/de andre deltaker(e) får rett til å utløse vedkommende deltaker eller rett til å heve poolavtalen og avvikle samarbeidet. Ved utløsningsalternativer skal utløsningssummen ofte settes til bokførte verdier eller til en prosentvis andel av disse. Utløsningen vil å så fall være lite gunstig for den som utløses.

2.5. Poolkontrollerte skips markedsandeler i de ulike fraktmarkeder

a. Innledning

Pooler kontrollerer et meget betydelig antall skip og er representert i de fleste markeder. I Fearnley rapporten²⁰ er det gitt en oversikt over markedsandelene for de ulike pooler i de ulike markeder. Nedenfor gjengis disse tallene, men bare poolenes samlede markedsandel innefor hvert marked. I rapporten fremgår det også hvor stor markedsandel hver enkelt pool har. Markedsandelene er beregnet på basis av antall skip og ikke på basis av tonnasje kapasitet (der skipenes lastekapasitet beregnes)

¹⁹ Se Fearnley-rapporten s.251, pkt. 1017

²⁰ Se side XVI flg i rapporten

I rapporten er det for øvrig opplyst at det i 2006 eksisterte opp imot 45 pooler.²¹ Disse opererte ca 1.300 skip.

b. Våtlast markedet

(i) Kjemikaliemarkedet

Tre pooler opererer i dette markedet. Disse har en samlet markedsandel på ca 5 %.

(ii) CCP markedet (rene petroleumsprodukter)

Ti pooler opererer i dette markedet. Disse har en samlet markedsandel på ca 14 %.

(iii) Råolje markedet

Seks pooler opererer i dette markedet. Disse har en samlet markedsandel på ca 14 %.

(iv) DPP markedet ("Dirty Petroleum) og LNG markedet (Flytende naturgass)

I disse markedene opererer det ingen pooler.

(v) LPG markedet (Flytende petroleums gass)

Ti pooler operer i dette markedet. Disse har en samlet markedsandel på ca 60 %.

c. Tørrlast markedet

11 pooler operer i dette markedet. Disse har en samlet markedsandel på ca 5 %.

d. Spesiellast markedet (neo-bulk)

(i) Kjøleskipsmarkedet

En pool opererer i dette markedet. Denne har en markedsandel på ca 11 %²²

²¹ Se rapporten side 252- 272.

(ii) OHBC markedet (Open Hatch Bulk Carriers) (Dette er bulk skip med spesielle og store lasteluker)

To pooler opererer i dette markedet. Disse har en samlet markedsandel på ca 12 %.

(iii) Andre spesiellast markeder

I Fearnley rapporten legges det til grunn at det bare er i de to ovennevnte spesiellastmarkeder at pooler opererer. Dette må bety at ro-ro/bilskipsmarkedet anses som linjefart eller at WalleniusWilhelmsen ikke oppfattes som en pool. Jeg nevner i denne forbindelse at det i Wallenius/Wilhelmsen/Hyundai saken ²³ble avgjort at bilskipsmarkedet er spesialfart og ikke linjefart. Jeg er heller ikke enig i at Wallenius”Wilhelmsen ikke er en pool, jfr behandlingen i pkt 5.5. (Jeg er imidlertid enig i at den ikke er en tramp pool. Det var bare tramp pooler som ble analysert i Fearnley rapporten.)

2.6. Særlig om betydningen av flåtestørrelse i forhold til kvantumskontrakter

a. Innledning

Som nevnt har flåtestørrelsen en helt sentral betydning i industriell shipping, særlig i forhold til kvantumskontraktene. Mange skip til disposisjon gir muligheten for optimalisering av flåten ved betjeningen av kvantumskontraktene. Dette gir høy servicegrad, reduksjon av kostnadene og økning av inntektene.

b. Kostnadsbesparelser

²² I tillegg til den ene pool som er nevnt i Fearnley rapporten (side XXI), så opererer også NYKCool i dette markedet. NYKCool (tidligere NYKLauCool) er omtalt i pkt 5.5. nedenfor. I Fearnley rapporten er lagt til grunn at NYKCool ikke er en pool. Det kan herske delte meninger om dette.

²³ Se omtalen i pkt 5.5.

Som tidligere nevnt er stordriftsfordeler år man konkurrerer om verdifulle kvantumskontrakter en viktig årsak til at man etablerer pooler innenfor industriell shipping.

Det er også betydelige stordriftsfordeler om man driver for eksempel i det tradisjonelle bulkmarkedet og i all hovedsak opererer i spot markedet og/eller baserer seg på korte eller lange tidscertepartier for de enkelte skip. Stordriftsfordelene ligger da først og fremst på kostnadssiden knyttet til innkjøp av varer og tjenester og til administrasjonen.

Med en stor flåte og et betydelig antall kvantumskontrakter i kontraktsporføljen vil man kunne oppnå betydelig kostnadsbesparelser i forbindelse med dokking. Dokking er dyrt. Kostnadene består av tre hovedelementer:

- Selve dokkingskostnaden. Denne kostnaden er betydelig høyere i Europa enn i Østen.
- Tidstapet ved dokkingen.
- Reiser uten last fra siste lossing til verftet og fra verftet til neste lossing.

Om man har et stort antall kvantumskontrakter, og for eksempel noen gjelder transport fra Brasil til Europa og andre fra Brasil til Østen, kan man planlegge et dokkingsprogram for hele flåten. Man sørger da for at det skip som skal dokkes alltid settes inn på en reise til Østen rett før dokking og til den av de lossehavner man har i sin kontraktsporfølge som ligger nærmest det verft man skal dokke hos. Dette gjelder også for de skipene som normalt betjener for transportene mellom Brasil og Europa. De kan settes inn på en reise fra Brasil til Østen på en enkeltreise for å oppnå nevnte dokkingsbesparelse.

c. Inntekstøkninger

Det kan sies at den typiske reder eller pool som opererer sine skip i det normale marked er opptatt av å oppnå best mulig rate og beskjefligelse for det enkelte skip på relativt

kort sikt. De som baserer sin virksomhet på kvantumskontraktmarkedet fokuserer mer på hele flåten og på hvordan den best kan utnyttes i samspill for å oppnå en høyest mulig samlet fortjeneste. Ved at man har et høyt kontraktsvolum og mange skip kan man sette sammen seilingsmønstre for skipene som medfører at man lettere kan utnytte skipenes fulle lastekapasitet for hver reise. Man kan lage kundetilpassede seilingsmønstre selv der kunden ikke benytter skipenes fulle kapasitet. Om seilingsmønstrene er relativt faste og regulære, vil man kunne planlegge med sikte på å få tilleggslaster fra andre avskipere. Om regulariteten blir tilstrekkelig høy mellom enkelte havner, blir farten mellom disse havnene sammenlignbare med linjefart, med de muligheter for å ta opp tilleggslaster dette gir.

Mange kvantumskontrakter gjelder transport en vei, for eksempel biler fra Japan til Europa, containere fra Kina til USA, papir produkter fra Brasil til Østen etc. Er flåten tilstrekkelig stor vil man lettere kunne dirigere denne slik at man i større grad kan få returlaster for derved å redusere antall reiser uten last.

d. Konkurransefortrinn ved anbud på kvantumskontrakter

Er man stor og har bygget opp en stor portefølje av kvantumskontrakter og kunderelasjoner vil man oppnå bl.a. følgende konkurransefortrinn²⁴:

- Man kan tilby et betydelig nettverk av seilingsmønstre, kanskje et globalt nettverk.
- Den tilbudte service blir høy fordi man da kan være mer fleksibel ved endringer i kundens behov.

På grunn av god lastekapasitetsutnyttelse vil man kunne tilby bedre priser og likevel oppnå en god fortjeneste.

²⁴ Punktene nedenfor er blant annet basert på Fearnley rapporten side 243 flg og på de sitater som er gjengitt i pkt 1 – 3 fra rederier som er engasjert i industriell shipping.

- På grunn av flåtestørrelsen er muligheten for å tilby skip som passer til eventuelle spesielle behov for enkelte kunder større.
- Man kan ha råd til å investere i eget utstyr, for eksempel lastehåndteringsutstyr.
- Man kan ha faste leieavtaler for terminalplass i sentrale områder.
- Man kan bygge opp høy kompetanse i administrasjonen slik at man kan gi kundene en god oppfølging.
- Man kan ha et betydelig nettverk av agenter eller utenlandskontorer som effektiviserer laste- og lossingsoperasjonene og som kan kommunisere enkelt med kundene om praktiske forhold knyttet til lastene og andre forhold.
- Ved at man på grunn av ovennevnte forhold vil ha en løpende tett kommunikasjon med kundene om alt fra overordnede logistikkspørsmål til relativt små praktiske utfordringer ved enkeltreisene, får man et så nært og tett forhold til kundene at det blir en høy terskel for disse til å gå over til annen tilbyder av kvantumskontrakter ved neste kontraktsinngåelse.

Når det gjelder kvantumskontrakter for avanserte eller svært spesielle laster kommer andre stordriftsfordeler i tillegg til de som er listet opp over:

- Rederen (eventuelt pooldeltakerne) kan bygge spesialskip som i en viss grad er tilpasset kundenes behov. Det oppstår her en slags gjensidig avhengighet mellom kundemasse og reder. Rederen bør, for å kontrahere slike skip, ha en høy grad av sikkerhet for at han opprettholder de viktigste kunderelasjonene over en relativt lang periode. Dette kan han oppnå nettopp fordi også kundene har behov for å få tilgang til den spesialtilpassede skipstype.
- Man kan tilby skreddersydde løsninger i form av spesialisert lastehåndteringsutstyr.
- Kundene vil langt på vei basere sin logistikk på at den spesielle skipstypen og de skreddersydde løsninger som er tilgjengelig for dem.

Momentene over viser hvor mye størrelse betyr når man som reder ønsker å basere hoveddelen av sin virksomhet på kvantumskontraktmarkedet. Er man for liten er man lite konkurransedyktig. Det kan være vanskelig å få tilgang til de attraktive kvantumskontraktene selv om man tilbyr fraktrater som ligger under konkurrentenes. Dette gjelder særlig ved laster som er spesialiserte. Fordi størrelse betyr så mye, er fordelene ved å inngå poolavtaler innenfor disse segmentene tilsvarende store. Dette viser også hvor viktig det er med langsiktighet innenfor disse segmentene. Pooler som etableres her vil derfor måtte ha et relativt langt perspektiv med strenge bindingsklausuler. Det er særlig innenfor kvantumskontraktmarkedet for spesialiserte laster det er aktuelt å etablere pooler som organiseres som FFJV.

e. Optimalisering av driften av flåten ved innbefraktning av skip ved behov for tilleggskapasitet og utbefraktning av ledige skip i spot markedet

Et rederi eller en pool som i hovedsak opererer i kvantumskontraktmarkedet vil ha god oversikt over hvilket tonnasjebehov man har på kort- og mellomlang sikt for å kunne betjene kontraktkundene. Om man i perioder har behov for tilleggstonnasje, vil man ha god tid på seg til å planlegge innbefraktning passende skip på tidscerteparti eller reisecerteparti for å være i stand til å oppfylle sine forpliktelser. Dette vil man kunne gjøre på en kostnadseffektiv måte når det gjelder levering og tilbakelevering av skipene under certepartiene.

Videre vil man alltid kunne bedømme om man i perioder får overskuddstonnasje. Her kan man sette ut skipene på tidscertepartier eller på reisecertepartier i de perioder man ikke har bruk for dem.

3. KVANTUMSKONTRAKTER²⁵

²⁵ Dette kapittel er i all hovedsak basert på følgende juridiske fremstillinger: *Thor Falkanger og Hans Jacob Bull*, Sjørett, Oslo 2010, (*Falkanger/Bull*)s. 424 – 429, *Thor Falkanger*, Kvantumskontrakten i lys av formularene Intercoa og Volcoa samt Sjølovekomiteens utkast til lovregler av 1985, Marius nr. 110, Oslo 1986, (*Falkanger*), *Lars Gorton og Rolf Ihre*, A practical guide to Contracts of Affreightment and

3.1. Innledning²⁶

Kvantumskontrakter er en kontraktstype som benyttes der befrakter har et langvarig og forholdsvis regelmessig transportbehov for betydelige volumer av relativt ensartet last.

Kvantumskontraktene er en relativt ny kontraktstype. Bruken av kontraktstypen økte i midten av 1950 årene. De siste ca 30 - 40 år har kontraktsformen blitt stadig mer brukt.

I pkt 2.2. er det gitt en oversikt over hvilke hensyn som særlig begrunner rederienes ønske om å etablere poolsamarbeid. En viktig begrunnelse er ofte at man vil bli stor nok til å kunne konkurrere om og betjene flere store kvantumskontrakter. Det er særlig under kvantumskontraktene at rasjonaliseringsgevinstene vil kunne øke i takt med det antall skip man disponerer.

De fleste pooler med en viss tidshorisont er etablert nettopp for å kunne betjene kvantumskontrakter. Dette gjelder særlig for pooler organisert som FFJV. Velkjente eksempler på dette er WalleniusWilhelmsen (bilskip – ro/ro skip) og NYK Cool (kjøleskip). Disse poolene blir beskrevet i pkt 5.5. Kvantumskontraktene har en rekke betegnelser²⁷. I sjøloven brukes ordet ”kvantumskontrakt”. For øvrig benyttes også betegnelse ”skipningskontrakt”, ”tonnasjeavtale”, ”årskontrakt”, ”transportkontrakt”, ”fraktkontrakt”, ”kontraktsfart”, ”Volume Contract of Affreightment”, ”Contract of

Hybrid Contracts, second edition, London 1990 (*Gorton/Thre*), *Lars Gorton*, Volume Contracts of Affreightment – Some Features and Principles, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Sockholm 2010 (*Gorton*), BIMCO, explanatory notes to GENCOA, NOU 1993:36 Godsbefordring til sjøs, *Trond Solvang*, Kommentarer til sjøloven Kap 14, III Kvantumskontrakter, Norsk lovkommentar (*Solvang*) og *William J. Honan*, Contract of Affreightment, 2008 (*Honan*) Dette er en disposisjon fra et foredrag. Denne note er ment som en generell henvisning til de skriftlige fremstillinger det er vist til ovenfor. I det følgende er det bare henvist til forfatterne enkelte steder.

²⁶ I Gorton, s 71 flg gis en relativt grundig beskrivelse av kvantumskontraktenes karakter både fra en kommersiell og juridisk synsvinkel.

²⁷ Se Bl.a. Solvang note 780.

Affreightment (ofte forkortet COA), m.v. I oppgaven benyttes begrepet ”kvantumskontrakter”.

En portefølje av kvantumskontrakter er et helt vesentlig element i industriell shipping. Jeg har derfor valgt å gi en bred fremstilling av denne kontraktsformen²⁸. Det er kontraktsformens helhet som gjør den til en hensiktsmessig kontraktstype. Det er derfor unaturlig å begrense behandlingen til noen klausultyper og problemstillinger. Enkelte klausultyper er selvsagt viktigere enn andre i forhold til industriell shipping. Dette gjelder særlig de klausuler som åpner for fleksibilitet, opsjoner og dynamikk. Disse klausultypene behandles grundigere enn andre.

En kvantumskontrakt kan betegnes som en rammeavtale²⁹ der de kommersielle vilkårene og overordnede juridiske vilkår er avtalt. Tanken er at det skal gjennomføres et visst antall reiser (ofte et høyt antall) over en periode. I kvantumskontrakten vil det normalt være bestemt at de enkelte reisene skal gjennomføres på basis av et reisecerteparti, som normalt er tatt inn som et vedlegg til avtalen og som derved utgjør en del av avtaleforholdet. (I de senere årene er det også en del eksempler på at man benytter tidscerteparti i stedet for reisecerteparti for reisene.³⁰ Jeg har fått opplyst at dette er en kontraktsteknikk som særlig benyttes for shuttle-tankere. Perioden for tidscertepartiet settes til den tid reisen ventes å ta, kanskje med særlige bestemmelser om forlengelse eller forkorting av perioden. Systemet med en overordnet kvantumskontrakt og et certeparti for hver reise er nærmere beskrevet i pkt 3.5. f.

Avtaleformen benyttes først og fremst der befrakters transportbehov gjelder laster av ensartet type³¹, for eksempel regelmessig transport av råvarer til egen produksjon. Det kan også dreie seg om behov for transport i forbindelse med eksport av råvarer eller ferdige produkter. For enkelte produkter og/eller trades vil avtalene være sesongbaserte.

²⁸ Som nevnt i pkt 1, er det også skrevet relativt lite om denne kontraktsformen i de senere år.

²⁹ Se for eksempel Gorton, side 64 flg

³⁰ Se Solvang note 780

³¹ Gorton side 71

Et eksempel på dette er skipninger av kull fra Svalbard. Skipningene må nødvendigvis foregå i den isfrie del av året.

Kvantumskontraktene inneholder normalt bestemmelser om³²:

- Type last
- Type skip
- Avtalens varighet
- Seilingsområde
- Antall reiser og volumer (ofte angitt ved en ”range”, det vil si en øvre og nedre grense)
- Priser
- Nominerings- og notifikasjonsprosesser

Det som kjennetegner kvantumskontraktene er at bortfrakteren normalt står fritt til å utføre den enkelte reise med den tonnasje han selv ønsker, forutsatt at skipene oppfyller de krav som er angitt i kvantumskontrakten. Transportforpliktelsene er med andre ord normalt ikke knyttet til spesifiserte skip. Bortfrakter kan sies å ha påtatt seg en generell transportforpliktelse. Dette er en viktig forskjell fra det som er vanlig i tids- og reisecepartier.

Bortfrakter påtar seg å transportere et visst kvantum som skal forflyttes til bestemte tider. Kvantumet er normalt oppgitt som et intervall enten i form av et intervall for antall reiser eller som et intervall for samlet lastevolum under kontrakten eller for hvert år under kontrakten. Man kan tenke seg mange kombinasjoner og løsninger på dette punktet.

³² Se også Solvang note 780

I enkelte kontrakter er det ikke avtalt noe bestemt om kvantum eller antall reiser, men bare at bortfrakter påtar seg å transportere det som er befrakters behov i perioden. Slike kontrakter kalles gjerne ”requirement contracts” eller ”behovskontrakter”.

Det er flere fordeler ved å benytte kvantumskontrakter som avtaleform. Befrakter får dekket sitt transportbehov for store mengder last over en lengre periode ved en enkelt avtale selv om omfanget av transportbehovet er usikkert. Han slipper derfor å slutte ett og ett skip på tidscerteparti, på certeparti for konsekutive reiser eller på separate reisecertepartier. Befrakter sikrer seg altså tonnasjetilgang fra en bortfrakter han stoler på for hele transportbehovet i den avtalte periode. Han får også kontroll over transportkostnadene i perioden ved at det normalt er avtalt faste frakter for lastevolumene. Det er likevel eksempler på at det avtales justeringsmekanismer eller andre systemer for endringer av frakten.³³

For bortfrakter innebærer avtaleformen en stor grad av frihet i forhold til hvordan de enkelte transporter skal skje. Som nevnt er transportforpliktelsen normalt ikke knyttet til ett eller flere nærmere angitte skip, men til en liste over godkjente skip eller til visse spesifiserte kriterier. Innenfor disse rammer er det bortfrakter som beslutter hvilke skip som skal benyttes. Den viktigste fordelen for bortfrakter er at han sikrer seg beskjefligelse for en del av flåten i en viss periode, som ofte kan være relativt lang. Samtidig sikrer avtalen fleksibilitet ved at han kan velge å benytte det skip som passer best i forhold til den totale disponeringen av den tilgjengelige flåte.

Det finnes tre typer standard kvantumskontrakter. Det er likevel svært vanlig at den enkelte avtale er en ”skreddersydd” individuell avtale for det enkelte avtaleforhold.³⁴ De tre standardformularene er:

- INTERCOA 80, som er utarbeidet av Intertanko i 1980 og som er ment benyttet i tankfart.

³³ Se nærmere om dette i pkt 3.7 nedenfor.

³⁴ Se Solvang note 780.

- VOLCOA, som er utarbeidet av BIMCO i 1982 og som er ment benyttet for alle typer tørrlast
- GENCOA, som er en modernisert utgave av VOLCOA utarbeidet av BIMCO³⁵ i 2004.

Ved gjennomgangen av kvantumskontrakter i pkt 3.3. – 3.13 tas utgangspunkt i GENCOA og fremstillingen er bygget opp slik at klausul for klausul kommenteres. I kommentarene vil det til dels bli vist til de løsninger som er valgt i INTERCOA 80 og i VOLCOA og til noen typiske problemstillinger. Norsk bakgrunnsrett vil også bli behandlet i enkelte sammenhenger.

Som nevnt over er VOLCOA og GENCOA tørrlastavtaler mens INTERCOA 80 er en tanklastavtale. Mange av forskjellene i formularene er begrunnet i at det er forskjellige behov for tørrlast og tanklast. Ved tanklaster kan det for eksempel være særlige behov knyttet til coating³⁶ og rengjøring av lastetankene.

Som en illustrasjon av det omfanget en kvantumskontrakt kan ha og av de synergieffekter den kan gi bortfrakteren, siteres en pressemelding³⁷ fra Eitzen Bulk Shipping AS etter at selskapet inngikk en langsiktig kvantumskontrakt med ThyssenKrupp i april 2010. Sitatet gir også et innblikk i hva størrelse og et vel utviklet industriell shipping produkt betyr ved forhandlinger om å bli tildelt en omfattende kvantumskontrakt.

” Eitzen Bulk Shipping enters into a long term Contract of Affreightment for 50 mill tons of steel slabs with ThyssenKrupp

³⁵ The Baltic and International Maritime Council.

³⁶ Coating er et dekkmiddel som benyttes ved den innvendige overflatebehandling av lastetanker for olje- og kjemikalielaster. For en del typer laster er coating kvaliteten svært viktig.

³⁷ Eitzen Bulk Shipping AS, Company announcement No. 11/2010, 28 April 2010.

Eitzen Bulk Shipping has reached an agreement with ThyssenKrupp Slab International B.V., a joint venture between ThyssenKrupp and Vale, for the transportation of about 50 million metric tons of steel slabs from Brazil to USA and Europe, over a period of 11 years.

The contract will commence in the fourth quarter of 2010 and expire in third quarter of 2021. The steels slabs will be transported by a combination of Panamax and Supramax carriers. The commitment is equivalent to approximately 30,000 vessel days corresponding to about 7.5 Panamax / Supramax vessels annually. Due to the limited number of cargoes in 2010, the contract will not impact earnings expectations for 2010.

The total contract revenue is expected to be approximately DKK 4 billion (727 MUS\$). Following a two years process ThyssenKrupp selected Eitzen Bulk Shipping as the final carrier in competition with several other global shipping companies, due to Eitzen Bulk Shipping's ability to provide an innovative and complete logistic solution.

During the last few years Eitzen Bulk Shipping has secured substantial long term contracts, while simultaneously entering into contracts for 16 new vessels to be constructed at Japanese shipyards.

Axel C. Eitzen, Chairman of Board says 'With this significant contract, we continue our strategic focus on long term partnerships with large industrial clients, such as ThyssenKrupp. This will allow us to continue expanding our relationship with shipyards and ship owners, who are also thinking long term.'

The contract will also create substantial synergies with the already established trading pattern of Eitzen Bulk Shipping, optimizing vessel utilization and increasing opportunities for gaining market share for cargoes being shipped out of the USA. Per Lange, CEO, says "We are very pleased to have entered into a long term contract of affreightment with ThyssenKrupp. This is an important milestone in executing our strategy to expand our Panamax activities and to secure critical mass in our main trade areas. Company announcement

Over the last few years Eitzen Bulk Shipping has been able to create a strong platform in the important Brazilian market. This has been done through our own office in Rio de

Janeiro, and investments in port terminal facilities. I am therefore in no doubt that Eitzen Bulk Shipping is able to derive substantial synergies between this contract and our existing business.”

Pressemeldingen fremhever de fleste av de elementer som inngår i industriell shipping. Videre illustrer kontrakten sammenhengen mellom industriell shipping og kvantumskontrakter som kontraktstype. Stikkordsmessig fokuserer pressemeldingen særlig på følgende:

- Avtalen gjelder for en lang periode (11 år), for store volumer (ca 50 millioner tonn), for ensartet last og store fraktinntekter (ca DKK 4 milliarder)
- Det var en langvarig forhandlingsperiode som ledet frem til kontraktsinngåelsen og Eitzens konkurransefortrinn var blant annet evnen til å tilby innovative og komplette logistikk-løsninger.
- Denne kontrakten utgjorde et viktig element i Eitzens portefølje av langsiktige transportkontrakter. Opparbeidelsen av denne porteføljen har gjort Eitzen i stand til å ha bestilt 16 nybygg.
- Med denne store kontrakten fortsetter man strategien med å fokusere på langsiktige samarbeidsavtaler med større industrikunder.
- Kontrakten bidrar til å skape betydelige synergieffekter og til optimalisere utnyttelsen av flåten. Derved får man en bedre mulighet til å oppnå økede markedsandeler for last ut fra USA.
- Kontrakten gir muligheten til å øke i aktivitetene i Panamax³⁸ markedet, noe som medfører at man vil kunne oppnå optimal størrelse i dette markedet.

3.2. Betydningen av sjøloven kapittel III.

Kvantumskontraktene er omhandlet i sjøloven §§ 362 – 371. Alle bestemmelsene er deklarasjonelle og de er kortfattede. Bestemmelsene har sannsynligvis svært liten praktisk betydning. Det utarbeides alltid relativt utfyllende avtaler når

³⁸ Panamax er betegnelsen på en skipstype, betegnet etter størrelse.

kvantumskontrakter inngås. Det skjer antakeligvis nokså sjelden at sjølovens bestemmelser kommer til anvendelse ved at de regulerer spørsmål som ikke er omhandlet i den enkelte kvantumskontrakt. Det er likevel eksempler på at misligholdsvirkninger ikke er regulert i standardavtalene. Bakgrunnsretten vil da komme til anvendelse. Sjøloven kan også komme inn som tolkningsfaktor dersom kvantumskontrakten viser til norsk rett og en avtaleklausul er uklar.

Sjølovens kapittel om kvantumskontrakter kan uansett ha en viss nytte som en liste over spørsmål man må vurdere å regulere i den kvantumskontrakten man skal inngå og som eksempler på hvilke løsninger man kan velge.

3.3. GENCOA – Innledning og oversikt over kontraktens oppbygning

Som nevnt ovenfor er det svært vanlig at partene utformer individuelle kvantumskontrakter. Det er imidlertid en økende tendens til at standardkontrakter benyttes, i det minste som et utgangspunkt. Det vil likevel kunne være nødvendig med betydelige individuelle tilpasninger. Man kan gjøre dette ved ulike kontraktsteknikker. Det er tre typiske måter å gjøre dette på:

- Man skriver en helt ny avtale, men benytter en standardavtale som en mal og en huskeliste for hvilke spørsmål som må avtalereguleres.
- Man benytter standardavtalen, men foretar endringer ved å omformulere klausuler og/eller ved å stryke klausuler og legge inn nye in teksten.
- Man benytter seg av ”Riders” eller ”Rider Clauses”. Dette er en betegnelse på et sett av *tilleggs klausuler* til de som er med i standard avtalen. Rider klausuler regulerer ofte mer detaljerte eller særskilte forhold og tas inn etter Part II i kvantumskontrakten, jfr neste avsnitt.

GENCOA er bygget opp med såkalt ”Box-layout”, som benyttes i avtaler utarbeidet av BIMCO. Kontrakten starter med en Part I der en del opplysninger skal fylles inn i

angitte felt ("Boxes") og en Part II som består av standard avtalevilkår.³⁹ Vanligvis utarbeides også en tilleggsdel med "Riders". Antall bestemmelser i Rider delen skal angis i Box 31 i Part I. I Part I gis opplysninger om megler, reder eller bortfrakter, befrakter, dato for kontraktsinngåelsen og opplysninger som er relevante i forhold til avtaleklausulene i Part II.

I det følgende behandles de sentrale juridiske spørsmålene for kvantumskontraktene med utgangspunkt i GENCOA.

3.4. Avtaleparter, type last, kvantum, antall skipninger, fraktrate, tidsperiode og geografisk område

a. Innledning

De viktigste kommersielle forholdene i en kvantumskontrakt er: Kontraktperioden, type last, lastekvanta, antall skipninger, frakraten og geografiske områder.

b. Partene i avtaleforholdet

Partenes navn angis i Box 2 og 3. "Owner"⁴⁰ kan enten være et selskap som selv eier de aktuelle skip (eller noen av dem) eller et selskap som baserer seg på innbefraktet tonnasje for å operere disse i markedene. Begrepet "bortfrakter" blir benyttet i denne oppgaven. Begrepet er nøytralt i denne sammenheng. Man er bortfrakter hva enten man eier den aktuelle tonnasje eller ikke. Dette er årsaken til at begrepet "bortfrakter" normalt benyttes om tilbyderer av tonnasje i et certepartiforhold.

For pooler er den klare hovedregel at det er poolen som er kontraktspart i kvantumskontrakten og derved er bortfrakter. Alle forpliktelser og rettigheter under

³⁹ Jfr BIMCO, Explanatory notes to GENCOA, første avsnitt

⁴⁰ I engelsk terminologi benyttes "Owner" både om "reder og om "bortfrakter".

avtalen er derfor poolens og ikke deltakernes. Skipene eies imidlertid av pooldeltakerne og er stilt til poolens disposisjon ved tidscertepartier eller andre avtaleformer.

”Charterer” er det selskapet som mottar transporttjenestene og altså er bortfrakters kunde. Det norske ordet ”befrakter” vil bli benyttet i det følgende. Befrakter vil normalt enten være avskiperen eller mottakeren av de laster kvantumskontrakten omfatter. Om det er avskiper eller mottaker som er befrakter beror på kjøpsavtalen mellom avskiper og mottaker, bl.a. på regulering av når eiendomsretten for varene går over på kjøper, på hvem som skal besørge og betale transporten m.v. Det er heller ikke uvanlig at avskiper og mottaker er samme selskap eller to selskaper i samme selskapsgruppe.

c. Type last og geografisk område (Cl. 1. Subject of Contract)

Klausulen 1, jfr Box 5 – 7 regulerer noen av kjerneforholdene i kontrakten. Bortfrakter forplikter seg til å transportere laster fra avtalt sted til avtalt destinasjon i henhold til Part I, Box 5, 6 og 7. Av klausulen fremgår det også et sentralt prinsipp for kvantumskontrakter. Rederen forplikter seg normalt ikke til å benytte et navngitt skip under kontrakten. Det er altså snakk om en genusytelse.⁴¹ Jeg har fått opplyst at det er svært sjelden at det er avtalt at et spesielt skip skal benyttes. Det er noe mer vanlig at det angis en liste med skip som kan benyttes. Se nærmere om dette i pkt 3.5. e

Hva slags last som skal fraktes angis i Box 5. Hva som skjer i de tilfeller hvor lasten avviker fra det avtalte er ikke regulert i avtalen⁴².

Laste- og lossehavn (eventuelt en range for laste- og lossehavner) beskrives i Box 6 og 7. Fordi kontrakten gjelder et høyt antall transporter over en lang periode, vil det ofte

⁴¹ Se Solvang, note 781

⁴² Falkanger, ”kvantumskontrakter, side 8. punkt 1.

være helt nødvendig for befrakter at losse- og/eller lastehavner angis ved en "range"⁴³ Om for eksempel Toyota inngår en kvantumskontrakt med WalleniusWilhelmsen om transportbehovet for biler fra Japan til Europa for en periode på 2 år, kan man ikke avtale kun en lastehavn og en lossehavn. Toyota kan ha flere produksjonssteder i Japan. I disse tilfellene er det nødvendig med fleksibilitet slik at Toyota kan angi lastehavn fra skipning til skipning i kontraktsperioden. Dette gjelder i enda større grad for lossehavner i Europa. Avhengig av hvor bilene skal leveres vil Toyota ha behov for å variere lossehavnene etter behov i hele Vest Europa, for eksempel til havner i Lisboa, Rotterdam, Liverpool, Hamburg, Drammen m.v.

I eksempelet over vil lastehavner kunne angis for eksempel ved å navngi tre havner i Japan og lossehavner som en "range" – "Western Europe" eller liknende. Er laste- og lossehavner angitt ved "ranges" som er vide, vil dette ofte medføre at notifikasjonsbestemmelsene⁴⁴ og skipningsprogrammet⁴⁵ utformes slik at bortfrakters planleggingsbehov blir tilstrekkelig ivare tatt.

d. Totalt lastekvantum eller totalt antall skipninger. (Cl 2. Total Quantity/Number of Shipments)

Kvantumskontraktens omfang angis normalt ved antall skipninger eller ved totalt lastevolum. Klausul 2 gir partene mulighet til å velge mellom disse ulike modellene. Partene skal angi uttrykkelig hvilket alternativ som er valgt i Box 8.

Alternativet i klausul 2 (a) går ut på at kontraktens omfang er knyttet til et avtalt *lastevolum* for hele kontraktsperioden. Volumet skal angis i Box 8. Volumet kan gjerne angis ved en "range", det vil si en minimumsgrense og en maksimumsgrense, eller

⁴³ En "range" betyr i denne forbindelse en angivelse av de ytre rammene for hvor laste- eller lossehavnene kan ligge. En range kan angis spesifikt (for eksempel "Antwerpen – Rotterdam – Hamburg") eller videre og mer upresist (for eksempel "Arabian Gulf")

⁴⁴ Jfr klausul 6 og 7.

⁴⁵ Jfr klausul 5.

alternativt ”Charterers requirement”, som kan være kombinert med en minimums/maksimums grense.⁴⁶ I Box 8 skal også angis hvem som har opsjon på å fastsette det endelige volum innenfor en eventuell range og når en slik opsjon kan utøves.

Alternativet i (b) går ut på at omfanget er knyttet til et antall *skipninger*. Om dette alternativet benyttes skal antallet angis i Box 8. Det er ikke lagt opp til at partene kan avtale en range for antall skipninger i stedet for et fast antall. Likevel kan partene selvsagt avtale en slik modell.

Befrakter ønsker normalt stor fleksibilitet, mens det fra bortfrakters side er behov for størst mulig grad av forutberegnelighet i forhold til når skipningene vil finne sted. Dette imøtekommes for eksempel ved å avtale at skipningene skal skje ”fairly evenly spread” over perioden eller med et bestemt antall skipninger pr. måned.

Etter sjøloven § 363 er det befrakteren som har valgretten om det er avtalt et spillerom for det samlede lastekvantum for kontraktsperioden. Dette er en presumsjonsregel. Det fremgår av lovforarbeidene at presumsjonen kan fravikes for eksempel der det er forutsatt at de enkelte reiser skal være returreiser i forhold til andre transportforpliktelser.⁴⁷

INTERCOA 80 bruker *årskvanta* med marginer for hvert år, fremfor en angivelse av totalquantum. Dette medfører en uklarhet i de tilfellene hvor det et år skipes for mye eller for lite i forhold til det som er avtalt. Om dette skriver Falkanger:⁴⁸

⁴⁶ Ved behovskontrakter angis intet lastevolum, men kun at det er befrakters behov for transport som skal dekkes.

⁴⁷ Se NOU 1993:36 side 79 og Solvang note 782.

⁴⁸ Se Falkanger side 9 pkt 2.

”Overlifting” i ett år vil være irrelevant. ”Shortlifting” gir den ”uskyldige part” rett til å forlange differansen lagt til det følgende års kvantum, og for så vidt er det forbilledlige regler om når og hvorledes opsjonen utøves.”⁴⁹

e. Kontraksperioden (Cl. 3. Period of Contract)

Kontraksperioden angis i Box 9 og er nærmere regulert i klausul 3. Det vanlige er at det angis eksakte datoer for oppstart og avslutning av kontraksperioden.

I tidscertepartier har man ofte formuleringer knyttet til sluttdato for certepartiperioden, som for eksempel at perioden er 8 måneder ”25 days more or less”. Grunnen til dette er at befrakter kan ha behov for tidligere eller senere tilbakelevering under certepartiet på grunn av avslutningen av den siste reisen. Den tilsvarende problemstillingen er løst i klausul 3 ved at det er bestemt at første liggedag for første skipning ikke skal være før oppstartdato og at kanselleringsdato for siste skipning ikke skal være etter opphørsdato. Det blir derfor en viss fleksibilitet i begge ender av kontraksperioden.

Det er ikke uvanlig at befrakter har opsjoner på forlengelse av kontraksperioden. Man kan også tenke seg at bortfrakter kan ha det. Slike opsjoner er imidlertid ofte kombinert med reforhandling av fraktraten. Dette innebærer at utøvelse av opsjonen forutsetter enighet om ny fraktrate.

I enkelte kvantumskontrakter kan perioden være meget lang. Det vises til Eitzen/ThyssenKrupp avtalen ovenfor. Det er eksempler på at perioden kan være enda lenger enn dette, for eksempel 15 år. I så lange avtaler er det selvsagt viktig at partene foretar grundige vurderinger av eventuelle spesielle systemer for justering av fraktnivået⁵⁰.

⁴⁹ Falkanger, ”kvantumskontrakter”, side 8. punkt 2.

⁵⁰ Dette er behandlet i pkt 3.7. d

Når en pool konkurrerer om en kvantumskontrakt er kontraktperioden et svært viktig element. De fleste poolavtaler inneholder bestemmelser om samtykke fra deltakermøtet ved inngåelse av kontrakter med en kontraktperiode over et nærmere angitt antall måneder eller år. Det vanligste er kanskje en grense på et år. Det er heller ikke uvanlig at lange avtaler krever kvalifisert flertall og kanskje enstemmighet på deltakermøtet. Dersom en pool påtar seg så langsiktige transportforpliktelser og disse forpliktelsene er omfattende, er det viktig at poolen har et tilsvarende langsiktig perspektiv. For langsiktige kvantumskontrakter passer derfor FFJV poolene særlig godt.

f. Lastekvantum pr skipning. (Cl 4. Quantity per shipment)

I klausul 4, jfr Box 10 legges det opp til at det skal angis en minimums- og maksimumsgrense for det kvantum som skal transporteres for hver reise og at det er bortfrakter som har opsjon på å fastsette lastevolumet innenfor disse grenser.⁵¹

Denne reguleringen passer godt for avtaleforhold der skipets fulle lastekapasitet skal benyttes ved hver reise. Det vil da være bortfrakter som har behov for opsjonen fordi det kan variere hvor mye last det enkelte skip kan ta. Ofte vil jo bortfrakter ha rett til å benytte et hvilket som helst skip så lenge det dekkes av beskrivelsene i klausul 10, jfr Box 13. Bortfrakters opsjon på å fastsette kvantum der det er stort avvik mellom maksimums- og minimumskvantum medfører at han får stor fleksibilitet ved nominasjonen av skip.⁵² Fleksibiliteten vil også kunne benyttes til å utnytte ledig lastekapasitet til å ta med lønnsom tilleggslast fra andre avskipere dersom dette passer med reiseruten. Fleksibiliteten vil likevel kunne være begrenset i avtalen. Ofte er det beskrevet hvilke skipstyper som kan benyttes, for eksempel Panamax 80.000 – 90.000 MT.

Sjøloven § 363.2. ledd inneholder en tilsvarende regulering, det vil si at det er bortfrakter som har valgretten.

⁵¹ BIMCO Explanatory notes to Gencoa, Clause 4.

⁵² Se Solvang note 782

Mange av de kvantumskontraktene som inngås er basert på en struktur der det er befrakter som har opsjonen. Dette gjelder særlig der det er forutsatt at bare deler av skipenes lastekapasitet skal benyttes av befrakter for en del reiser. (I slike tilfelle vil det være opp til bortfrakter å skaffe annen passende last for å øke fortjenesten.)

g. Siste skipning. (Cl 5. Final Shipment)

Mot slutten av kontraksperioden kan det hende at det restkvantumet etter kontrakten er svært lite og vesentlig mindre enn de aktuelle skips lastekapasitet.

I disse tilfellene er det lite rimelig at bortfrakteren skal utføre den siste reisen med for eksempel halv last eller måtte gå i markedet for å innbefrakte et mindre skip⁵³. Ofte vil det ikke være mulig å finne annen last fra passende laste- og lossehavner for å fylle opp den ledige kapasiteten. For visse typer trades vil dette kunne være et mindre problem, for eksempel ved containerfrakt fra Kina til USA.

Her er det to praktiske løsninger som er mest nærliggende. Restkvantumet kan falle bort eller bortfrakteren får krav på normal last. Spørsmålet er regulert i klausul 5, jf. Box 11. Her skal angis det minste kvantum bortfrakteren er pliktig til å ta. Dersom restkvantumet er lavere enn det som er angitt i Box 11, kan bortfrakteren nekte å utføre skipningen. Bestemmelsene i klausul 5 jfr Box 11 går foran klausul 2 (a) og klausul 4.

Det er svært viktig for bortfrakter at Box 11 fylles ut. Om det *ikke* er gjort er han bundet av klausul 2 (a) om totalkvantum for kontraksperioden selv om det siste lastevolum er klart lavere enn det som er angitt i klausul 4 om lastekvantum pr skipning.

3.5. Skipningsprogram og tidsplaner, befrakters nominasjoner av laste- og lossehavner, bortfrakters nominering av skip, certepartier for de enkelte reiser

⁵³ Falkanger, "Kvantumskontrakter", side 10. punkt 4.

a. Innledning

Klausulene om skipningsprogram, tidsplaner, befrakters nominasjoner av laste- og lossehavner og bortfrakters nominasjon av det skip som skal utføre den enkelte reise må ses i sammenheng. Det systemet disse klausuler til sammen representerer utgjør selve kjernen i kvantumskontraktene. Klausulene er viktige juridisk og bortfrakters evne til å utnytte sin flåte innenfor dette systemet er avgjørende for den lønnsomhet han kan oppnå.

Jeg har fått opplyst at partene på disse punktene ofte utarbeider individuelle avtalevilkår og detaljerte prosedyrer basert på erfaringer fra de spesielle behov befrakter har. Den avtalte prisen for volumet som skal fraktes er selvsagt viktig for lønnsomheten. Likevel er muligheten til å operere kvantumskontraktene og den tilgjengelige flåten på en optimal måte kanskje like viktig. En optimal operasjon av en portefølje av kvantumskontrakter forutsetter en stor tilgjengelig flåte og avtaleklausuler som åpner for fleksibilitet og optimalisering.

Kort forklart er systemet i de aller fleste kvantumskontrakter av et visst omfang og varighet bygget opp på følgende måte:

Det utarbeides et *skipningsprogram* for hele kontraktsperioden eller for deler av denne (for eksempel for 6 måneder⁵⁴). Dette er et overslag over antatt lastevolum og antall reiser i perioden skipningsprogrammet omhandler. Lastevolumer og antall reiser kan være angitt for eksempel for hver måned i programperioden.

Det utarbeides *tidsplaner* for perioder av kontraktsperioden. Her angis det mer presise tidsplaner og nominasjonsprosesser for de enkelte reisene. Videre skal det gis notifikasjoner om laste- og lossehavner der befrakter har valgt mellom flere alternativer.

⁵⁴ Det er også vanlig å utarbeide skipningsprogrammer for kortere perioder, se Solvang note 783. Detaljgraden i skipningsprogrammet kan avhenge av antall reiser pr år.

Ofte er skipningsprogrammene relativt detaljerte og oppdateres jevnlig. I så fall bortfaller behovet for å ha tidsplaner i tillegg.

I løpet av den ovennevnte nominasjonsprosess skal bortfrakter nominere det skipet som skal benyttes. Bortfrakters nominasjon av skip behandles i pkt d nedenfor.

De ovennevnte prosedyrer er grundig behandlet i Falkanger⁵⁵.

I det følgende behandles ovennevnte prosedyrer mer detaljert, stadium for stadium.

b. Skipningsprogram (Cl 6. Programme of Shipments)

Et skipningsprogram er en oversikt over antall skipninger og tidsintervallene mellom disse for en periode. Skipningsprogrammet er svært viktig for både bortfrakter og befrakter. Begge har store planleggingsbehov.

GENCOA er skrevet for alle typer tørrlastkontrakter. Behovene for forskjellige typer laster og transporter (m.a.o. forskjellige ”trades”) og for forskjellige befraktere vil variere. Det er ikke mulig å utforme kontraktsvilkår som passer for alle. Det er heller ikke realistisk å utarbeide et antall alternative kontraktsvilkår partene kan velge mellom. Det ville her uansett vært et stort behov for individuelt utformede klausuler.⁵⁶ Angivelsen av skipningsprogrammet er derfor formulert slik at skipningene skal være ”fairly evenly spread” i kontraktsperioden, jfr klausul 6 (a) En slik formulering passer for mange avtaleforhold. Det fremgår av (a) at regelen kun anvendes om partene ikke har angitt noe annet i Box 12.

Av punkt (b) fremgår det at partene i Box 12 også skal inndele kontraktsperioden i flere underperioder. Det skal også angis hvor mange dager forut for hver underperiode

⁵⁵ Falkanger, s. 13

⁵⁶ BIMCO, Explanatory Notes til klausul. 6.

befrakter skal angi et detaljert skipningsprogram for vedkommende periode der de foretrukne tidspunkter for hver reise spesifiseres. Formålet med bestemmelsen er å sikre forutberegnelighet og optimalisering av planleggingen.

Det er relativt vanlig at det utarbeides skipningsprogrammer for perioder på ca 1 måned. Dersom det er relativt få skipninger pr år vil det kunne være tilstrekkelig med perioder på for eksempel 6 måneder.⁵⁷

I "Sample copy" utarbeidet av BIMCO til bruk for VOLCOA var boksen fylt ut slik:

"The Charterers shall monthly advise the Owners of their shipping programme for each period of 3 moths at least 45 days before the commencement of this period giving their preferred dates for each shipment, it being understood that such shipping programme shall be definite for the first month out of the three and only indicative for the following two months".

I Falkanger⁵⁸ gis følgende kommentar til dette:

"Dvs. at programmet er bindende for den første av de tre måneder det skal omfatte, men selv for den måned er det bare tale om "preferred date".

Bortfrakteren må så foreta nominering av skib, jfr. Boks 16 som i "sample copy" opererer med nominasjon "30 days before the commencement of each particular month" – samt de nærmere regler i kl. 9 om hva nominasjonen skal inneholde.

Er det ikke avtalt noe "specific programme", sier kl. 5 at skibningene skal være "fairly evenly spread over the period".

I BIMCO`s sirkulære⁵⁹ er det – med rette – pekt på at vi her befinner oss på det felt hvor vanskelighetene oftest oppstår i praksis. Man sier at det er umulig å

⁵⁷ Se nærmere om dette bl.a. i Solvang note 783 og NOU 1993:36, s. 79

⁵⁸ Se Falkanger side 15.

regulere alle situasjoner, alle typer programmer, fordi variasjonene er store, og fordi det her dreier seg om et allment formular for tørrlasttransport verden over.”

I litteraturen er begrepet ”fairly evenly spread” og tilsvarende begreper behandlet flere steder.⁶⁰ En vesentlig del av de tvister og uenigheter som oppstår i kvantumskontrakter er knyttet til dette begrepet.

Det er vanskelig å si noe generelt om hvordan begrepet skal fortolkes. Hva som ligger i begrepet må løses ut fra en helt konkret bedømmelse av det enkelte kontraktsforhold. Viktige forhold vil blant annet være de samlede lastevolumer, bortfrakters tilgjengelige flåte, forutsatt regularitet, befrakters behov for fleksibilitet m.v.

c. Befrakterens tidsplaner (eventuelt skipningsnotiser) og bortfrakters nomineringer (Cl. 7. Scheduling/Nomination)

Befrakterens tidsplan er en plan for når skipet skal ankomme lastehavnene for den enkelte skipning. Det normale for de fleste kvantumskontrakter er at tidsplanen angis i to omganger, først en vid og noe upresis angivelse og deretter en mer presis.

Klausul 7 regulerer befrakterens tidsplaner og bortfrakterens nomineringer av det skip som skal benyttes på skipningen. Klausulen legger opp til følgende prosedyre:

- Befrakter skal gi bortfrakteren en ”Provisional Notice” en viss tid før hver skipning.
- Befrakteren skal så gi bortfrakteren en ”Definite Notice”, som er mer presis når man er noe nærmere vedkommende skipning.

⁵⁹ ”BIMCO’s sirkulære er et kommentardokument som ble utarbeidet samtidig med VOLCOA

⁶⁰ Se bl.a. Solvang note 784 med videre henvisninger, NOU 1993:36 side 79-80 og Gorton s 82 – 85, Nordisk Skibsrederforenings Medlemsblad 1999 s. 5675 og 2001 s. 5772.

- Bortfrakteren skal nominere "Vessel or Substitute" en viss tid etter at "Definite Notice" er gitt. I denne nomineringen er det ikke nødvendig å angi hvilket skip, bare lastekapasitet m.v.
- Bortfrakteren nominerer "the actual performing vessel", som skal være i henhold til Cl. 10.
- Befrakteren gir sin "acceptance of the actual performing vessel".

Så snart befrakter har akseptert det nominerte skip, trer det avtalte reisecerteparti i kraft. De aller fleste reisecertepartier inneholder relativt detaljerte notifikasjonsprosedyrer som gjelder for både bortfrakter og befrakter. Sammenhengen mellom kvantumskontrakten og reisecertepartiet på dette punktet, er derfor at første del av varslings-, notifikasjons- og nomineringsprosessen er regulert i kvantumskontrakten og den siste i reisecertepartiet.

Befrakterens "provisional notice" og "definite notice" er regulert i (a). I "provisional notice" angis et tidsintervall for liggedagene⁶¹ for den aktuelle skipningen. Det skal angis i Box 12 hvor mange dager forut for første liggedag notisen må sendes. Også antall liggedager i denne notisen skal være angitt i Box 12. I "definite notice" skal befrakter angi et tidsintervall for liggedagene som ligger innenfor intervallet i "provisional notice". Antall liggedager som her skal angis og når notisen må sendes, skal fylles inn i Box 12.

Systemet er altså at det først angis et relativt vidt tidsvindu, slik at begge parter kan foreta sine foreløpige planlegginger i henhold til dette. Det neste (og siste) tidsvindu skal ligge innenfor det første og er smalere. Begge parter foretar så sin detaljplanlegging basert på dette. Bortfrakter kan bestemme hvilken skipstype (lastekapasitet m.v.) det passer ham best å benytte i forhold til den totale disponering av flåten. En viss tid etter dette nominerer han det skipet som skal utføre reisen basert på tilsvarende vurderinger.

⁶¹ Liggedager – eller liggetid - er nærmere beskrevet i Falkanger/Bull side 341 flg

Notisprosedyren som nevnt over er ment å gi bortfrakter nødvendig tid til å skaffe tonnasje og til å seile til angitt lastehavn innen fristen.⁶² Notisene skal også sikre at lasten er klar når skipet ankommer lastehavn slik at unødige forsinkelser oppstår. Bortfrakter vil derfor på et tidligst mulig tidspunkt kunne planlegge skipets beskjeftigelse etter avsluttet lossing.

Bortfrakters nomineringer er regulert i (b) og (c). Bortfrakters nominering av "vessel or substitute" skal gis innen en frist etter mottatt "definite notice" angitt i Box 12. Denne nomineringen anses som en bekreftelse på enighet om liggedagene angitt i "definite notice" og på at bortfrakter har adekvat tonnasje tilgjengelig. Det er uttrykkelig sagt i BIMCO, Explanatory notes to CENCOA, at uttrykket "or substitute" ikke innebærer noen rett til å sette inn substitutt tonnasje ut over det som måtte følge av avtaleforholdet for øvrig.

Bortfrakterens nominering av "the actual performing vessel" skal skje innen en nærmere frist angitt i Box 12. I denne notifikasjonen skal skipet angis med navn (og eventuelt med nøyaktige spesifikasjoner om disse ikke er kjent for befrakter). I nominasjonen skal det også angis ETA ("Estimated Time of Arrival") i lastehavn og en cirka angivelse av lastekvantum der det er bortfrakter som har opsjon på å angi lastekvantum for de enkelte skipninger i tråd med klausul 4. Som nevnt tidligere vil bestemmelsene i det avtalte reiseCERT-partiet komme til anvendelse fra det tidspunktet det utførende skipet er angitt.⁶³

I henhold til (d) skal befrakter innen 24 timer⁶⁴ etter mottatt notifikasjon om "actual performing vessel" bekrefte at skipet aksepteres. Om bekreftelse ikke gis innen fristen anses bekreftelse for gitt. Er det nominerte skipet ikke i kontraktsmessig stand, har befrakter rett til å avvise det. Et eksempel på en slik avvisning er inntatt i Nordisk

⁶² Se Solvang note 785 og NOU 1993:36 side 80

⁶³ Se Solvang note 787. Det han sier er myntet på sjøloven § 366, men må gjelde også etter GENCOA

⁶⁴ Søndager og helligdager kommer i tillegg, jfr teksten i pkt d.

Skibsrederforenings medlemsblad 2001, s 5825. Her hadde det nominerte skipet en noe lavere lastekapasitet enn det som var avtalt. Dette ga befrakter rett til å avvise det nominerte skipet.

Om skipet ikke avvises innen den avtalte fristen, bortfaller befrakters rett til å avvise det på et senere tidspunkt begrunnet i egenskaper som fremgikk av nomineringen av "the actual performing vessel". Andre mangler, for eksempel dårlig kvalitet på lasterom, kan selvsagt påberopes etter at skipet har ankommet lastehavn.

Befrakters akseptfrist er normalt kort. Det er viktig for bortfrakterens planlegging at han får rask beskjed og befrakter har ingen legitim interesse i å ha lang tid. Det er fornuftig å angi friste i timer og ikke i "days", "working days" eller lignende. Disse begrepene er ikke helt entydige. Etter engelsk rett medregnes for eksempel ikke den dagen notis gis når man beregner hvor mange "working days" som har medgått.⁶⁵

INTERCOA 80 har bestemmelser om skipningsprogram og nomineringer i klausul (B). Bestemmelsene er basert på samme grunnleggende system som GENCOA klausul 7, men er mindre detaljerte.

d. Befrakters nominering av laste- og lossehavn(er) (CI 8.

Declaration of Loading port(s) og CI 9. Declaration of Discharging port(s))

Dersom det er avtalt flere lastehavner eller en geografisk range for lastehavner, skal befrakter nominere lastehavn(er) for hver enkelt lasteoperasjon innen de frister som er angitt i Box 14. Dette følger av klausul 8. Nomineringen må skje senest samtidig med "definite notice" i henhold til klausul 7 (a). Det kan tenkes at skipet skal motta last fra flere lastehavner utpekt av befrakter for samme reise.

⁶⁵ Se nærmere om dette i Steamship Mutual, Newsletter, "Contracts of Affreightments – Nomination Terms", February 2007.

Tilsvarende gjelder for nominering av lossehavner, jfr klausul 9, men her er det ikke lagt opp til at notis skal gis innen et spesifisert antall dager. Notisen må gis så tidlig at skipet ikke blir forsinket og “in sufficient time to permit, if necessary, the preparation of the discharging plan and adjustment of the vessel’s draft and trim”, jfr klausulens ordlyd.

e. Det utførende skip (Cl. 10. Performing Vessels)

I henhold til klausul 10 skal bortfrakter nominere skip for de enkelte reisene som oppfyller de beskrivelser som er angitt i Box 13. At skipet må være sjødyktig fremgår ikke av klausul 10. Om det heller ikke følger av beskrivelsen i Box 13, vil dette følge av det enkelte reisecertepartiet⁶⁶. Uansett vil det alltid være en underforstått forutsetning at skipet skal være sjødyktig.

I Box 13 kan man angi hvilke individuelle skip som kan benyttes. De vil i så fall være angitt ved navn. Man kan også la være å angi individuelle skip, men bare beskrive de kvaliteter skipene minst må ha. Dette er den klart mest vanligste måten å gjøre det på. Det er nettopp denne teknikken som er med på å gi bortfrakter den fleksibilitet som gjør kvantumskontraktene attraktiv som kontraktstype. Typiske elementer som er med i en slik beskrivelse er lastekapasitet, type skip, maksimal alder, lastehåndteringsutstyr, m.v. Av og til kan disse beskrivelsene være relativt detaljerte og omfatte forhold som navn på manager, flagg, klasseselskap, dato for siste klassing m.v.

For tankskip kan det være spesielle behov som må ivaretas ved beskrivelsen. Klausul ”(E) VESSELS” i INTERCOA 80 er et eksempel på dette. Her legges det opp til at bl.a følgende spesifikasjoner skal medtas: Coating⁶⁷ type/alder for tankene, utstyr for å opprettholde ønskede temperaturer av lasten, pumpekapasitet, angivelse av hva slags laster skipet tillates å ha hatt de foregående 2 reiser, m.v.

⁶⁶ Jfr. Falkanger, side 17.

⁶⁷ Coating er det belegg (en slags ”maling”) som påføres lastetanker innvendig. Coating type og kvalitet er svært viktig for mange typer tankfart.

Det stilles naturlig nok mye strengere krav til diverse kvaliteter og egenskaper for et skip som skal frakte høyt spesialiserte og raffinerte oljeprodukter enn for et skip som skal frakte jernmalm. Beskrivelsen av de skipene som kan benyttes under en kvantumskontrakt vil derfor variere vesentlig fra avtale til avtale.

Det kan spørres om bortfrakteren er bundet til å bruke egne skip.⁶⁸ Er skipene angitt ved navn er det klare utgangspunkt at disse må benyttes uansett. Dersom bortfrakter innbefrakter et skip som i alle sammenhenger er like godt eller bedre enn de som er angitt vil løsningen kanskje bli en annen. Dette må bero på en konkret tolkning av avtaleforholdet.

Dersom det bare er skipenes kvaliteter som er angitt i Box 13 må det klare utgangspunktet være at bortfrakter har rett til å innbefrakte tonnasje som oppfyller disse kravene. Også her kan man tenke seg den motsatte løsning etter en konkret fortolkning av avtaleforholdet. Befrakter kan for eksempel ha lagt vesentlig vekt på bortfrakters gode omdømme i forhold til vedlikehold, lastehåndtering og kompetanse hos mannskap ved kontraktsinngåelsen.

f. Reisecerteparti for de enkelte reiser (Preamble)

Det følger av "Preamble" at kontrakten forutsetter at det utstedes reisecerteparti for hver enkelt reise. Det certepartiformularet som benyttes skal være angitt i Box 17 og være vedlagt kontrakten. Den enkelte reise reguleres av dette reisecertepartiet. Certepartiet anses som en integrert del av kontraktsforholdet. Om det skulle være motstrid mellom bestemmelser i kvantumskontrakten og reisecertepartiet går bestemmelsene i kvantumskontrakten foran, jfr Preamble, siste avsnitt.

3.6. Kansellering av skipning (Cl. 11. Cancelling of Shipment)

⁶⁸ Falkanger behandler dette spørsmålet på s. 18

Klausul 11 regulerer virkningene av en kansellering av en skipning og om kanselleringen har betydning for det totale lastekvantum under kontrakten.

Det er uttrykkelig fastslått at dersom en reise kanselleres i henhold til bestemmelse i reiseCERTepartiet, så gjelder kanselleringen bare vedkommende reise. Det kvantum som skulle vært transportert på vedkommende reise blir trukket ifra totalkvantum angitt i klausul 2. I ”BIMCO, Explanatory notes to CENCOA” nevnes at individuelt utarbeidede kvantumskontrakter ofte mangler denne presisering. Det er i disse tilfellene usikkert hvilken betydning en kansellering har for de etterfølgende reiser og hvilken betydning den har for det totale lastevolumet under kontrakten.

Klausul 11 regulerer bare kanselleringer av enkeltskipninger som ikke er et resultat av mislighold⁶⁹ fra den annen parts side. Om dette sies det følgende i ”BIMCO Explanatory notes to GENCOA”:

” It is also important to note that the owners’ failure to provide tonnage or the charterers’ failure to provide cargo must be due to reasons that fall within the exception clause of the underlying charter party. If the owners simply fail to provide a vessel or the charterers a cargo, they are in default of the contract and cannot avail themselves of this provision. The issue of whether the charterers may make a claim for damages resulting from the default or seek to cancel the contract in event of a prolonged failure to provide tonnage is left to background law on repudiation and frustration”.

Mislighold og misligholdsvirkninger behandles i pkt 3.8 flg.

3.7. Frakt, demurrage/despatch og fraktjusteringer

a. Innledning

⁶⁹ Jfr. Formuleringen ”other than by default”.

Fraktrater og eventuelle fraktjusteringer er selvsagt av stor kommersiell betydning for partene. Særlig for langsiktige avtaler er dette et forhold som står sentralt i avtaleforhandlingene. På grunn av dette øker behovet for justeringsklausuler.

b. Frakten (Cl. 12. Freight)

Det følger av klausul 12 at frakten skal betales i henhold til det som er bestemt i Box 14 og på den måte som er bestemt i Box 15. Frakten er gjerne fastsatt til et beløp pr tonn for de aktuelle transportstrekninger.

Om Box 14 og/eller 15 ikke er utfylt, kan det tenkes at det underliggende reisecerteparti gir holdepunkter for å fastsette fraktraten og betalingsvilkår. Om det heller ikke der er holdepunkter for å fastlegge fraktraten må den sannsynligvis fastsettes til markedspris. Denne prisen vil man normalt kunne fastsette ved å innhente megleranslag eller ved å benytte offisielle indekser⁷⁰ om slike eksisterer for den gjeldende tonnasje og last. Det er selvsagt en svært lite praktisk problemstilling at partene ikke har avtalt fraktrate og betalingsvilkår.

INTERCOA 80 er basert på et indekssystem. Det heter i klausul (G) (Freight) at fraktraten skal være en avtalt prosent av "the applicable rate of Worldscale in force at the date of commencement of loading for each voyage.....". Klausulen medfører at befракter betaler gjeldende markedsrate for hver skipning gjennom hele kontraktsperioden. Dette gir mindre forutberegnelighet for partene, men kan likevel være fornuftig, særlig for langsiktige avtaler. Dersom bortfrakter baserer seg helt eller delvis på innbefraktet tonnasje, vil han til enhver tid kunne slutte inn skip på noenlunde tilsvarende vilkår. Behovet for justeringsklausuler bortfaller om man har en slik indeksklausul for frakten.

c. Demurrage og Despatch (Cl. 13. Demurrage/Despatch Money)

⁷⁰ "Worldscale" er en slik indeks.

Demurrage og eventuelt despatch money⁷¹ skal beregnes i henhold til bestemmelser i reisecertepartiet og på basis av de rater som er avtalt i Box 16. Dette følger av klausul 13.

Også når det gjelder demurrage raten er INTERCOA 80 basert på et Worldscale system, jfr klausul (H) (Demurrage)

d. Justering av fraktraten (Cl. 16. BIMCO Bunker Price Adjustment Clause)

Avtaleklausuler for justering av fraktrater kan være svært viktige og det finnes en rekke måter å utforme slike klausuler på.

Klausul 16 inneholder en reguleringsmekanisme for situasjoner der *bunkersprisene* endrer seg i forhold til en pris fastsatt i Box 18 (a). Det er denne fastsatte prisen som danner basis for den avtalte frakt. Videre skal det i Box 18 (e) fastsettes et bunkersforbruk for de aktuelle reiser. Om bunkersprisene stiger beregner man merkostnaden og denne må betales av befrakter. Synker bunkersprisen beregnes besparelsen og denne tilfaller befrakter.

Klausulen innebærer at befrakter bærer hele risikoen for svingninger i bunkersprisene, mens bortfrakter bærer den fulle risiko for endringer i befraktningsmarkedet (ut over de endringer som følger av vesentlige endringer i bunkersmarkedet).

Det er også svært vanlig å avtale *andre typer justeringsmekanismer*. Jeg har fått opplyst at det i kontrakter av meget lang varighet kan være avtalt at frakten skal justeres i

⁷¹ "Demurrage" er betegnelsen på den kompensasjon befrakter i et reisecerteparti skal betale til bortfrakter om skipet blir liggende lenger enn stipulert i reisecertepartiet i laste- eller lossehavn. Det er normalt fastsatt en dagrate for dette. "Dispatch Money" er betegnelsen på den tilsvarende kompensasjon bortfrakter skal betale til befrakter om liggetiden i havn blir kortere enn stipulert i certepartiet. Se nærmere om disse spørsmålene i Falkanger/Bull, Norsk sjørett, side 346 flg.

forhold til endringer i *markedsraten* for eksempel hvert annet år basert på en nærmere avtalt rate indeks.

Frakreguleringsklausuler kan skrives på mange forskjellige måter og kan inneholde et vidt spekter av momenter som skal tillegges vekt ved reguleringene. I Gorton/Ihre⁷² er det gitt en grundig oversikt over en del typer klausuler og problemstillinger. Det følgende er et sammendrag av denne fremstillingen.

- (i) Man kan ha "*hardship*" klausuler der partene har plikt til å forsøke å reforhandle frakten dersom uforutsette vesentlige endringer inntreffer og dette medfører at den avtalte frakt blir urimelig. Ofte rekker ikke slike klausuler lenger enn at partene har plikt til å forhandle og vise forhandlingsvilje. Det er ikke dermed sagt at det blir noe forhandlingsresultat. Forhandlingene kan stanse uten at den som ønsket endringer har fått gjennomslag på noe punkt. Om den ene part er helt urimelig i disse forhandlingene, vil dette kunne være i strid med plikten til å opptre lojalt i kontraktsforhold. Denne plikten, kombinert med at det må legges til grunn at en *hardship* klausul er ment å ha rettslig betydning medfører at partene langt på vei har en rettslig plikt til å forhandle med sikte på å oppnå et forhandlingsresultat.
- (ii) Man kan ha *eskalasjonsklausuler* basert på endringer i *bunkerspriser*. Som nevnt er GENCOA Cl 16 en slik klausul.
- (iii) *Eskalasjonsklausuler* knyttet til *valutaendringer* er også ganske vanlig i langsiktige avtaler. En slik klausul medfører at frakten vil endres om kursforholdet mellom to valutaer endrer seg over en viss margin. Man kan også tenke seg at flere valutaer tas med i en slik formel. Det kan være vanskelig å skrive valutaklausuler slik at de fullt ut dekker partenes intensjoner. Et eksempel på dette finnes i ND 1985 side 234 (norsk voldgiftsdom). Partene i et langsiktig bare boat certeparti hadde her

⁷² Gorton/Ihre side 64 – 72. Se også Gorton, side 89.

utarbeidet en valutaklausul som var tatt inn i et profit split element i hyrebestemmelsen. Da dollarkursen endret seg vesentlig i kontraktperioden fikk valutaklausulen andre virkninger enn det partene hadde tenkt seg. Voldgiftsretten kom til at valutaklausulen kunne endres, bl.a. med hjemmel i avtaleloven § 36.

- (iv) *Generelle eskalasjonsklausuler* er heller ikke uvanlig. Her kan man legge inn en rekke forhold som skal tas med i betraktningen når det avgjøres om fraktraten skal endres. I tillegg til bunkerspriser og valutakurser, kan dette være for eksempel mannskapslønninger, forsikringspremier, havneavgifter m.v.
- (v) Ovennevnte typer eskalasjonsklausuler kan enten være knyttet til indekser eller markedspriser for disse kostnadselementene eller de faktiske kostnader bortfrakter har i relasjon til disse faktorer. Førstnevnte alternativ er foretrukket i følge Gorton/Ihre.
- (vi) I langsiktige avtaler kan man også tenke seg forskjellige typer ”*profit sharing schemes*”. Dersom den avtalte fraktrate etter hvert ligger klart høyere enn markedsraten oppnår befraakter i realiteten en fortjeneste ved at han betaler mindre enn markedspris. En ”profit sharing” bestemmelse vil da kunne innebære at befraakter må avgi en viss del av denne fortjenesten til bortfrakter ved at frakten økes. Tilsvarende vil bortfrakter måtte tåle en viss reduksjon i frakten om markedet synker.
- (vii) Gorton/Ihre nevner også ”Maintenance and Repairs” klausuler. Fraktratenivået knyttes her til bortfrakters vedlikeholds- og reparasjonskostnader. Endrer kostnadsnivået seg endres også fraktraten. En slik klausul passer ikke godt der det ikke er spesifisert hvilke skip som kan benyttes og bortfrakter til dels innbefraakter de skip som benyttes. (Bortfrakter har her ikke ansvar for vedlikeholdet.) Der bortfrakter kun benytter egne skip kan klausulen medføre at bortfrakters interesse i å holde kostnadene nede kan reduseres. En stor del av vedlikeholdskostnadene veltes jo over på befraakter. En fordel ved en slik klausul kan likevel være at kostnadsnivået ikke reduseres så mye at det går ut over kvaliteten på

transportene. Befrakter har en klar interesse i et forsvarlig vedlikehold. Dette gjelder særlig ved langsiktige kontrakter hvor de samme skip skal benyttes i hele perioden.

Jeg har fått opplyst at "Maintenance and Repairs" klausuler særlig benyttes i en del typer offshore-kontrakter.

Gorton/Ihre understreker at de typetilfeller som trekkes frem ikke er en uttømmende liste. Man kan tenke seg flere andre typer klausuler og en rekke eksempler på kombinasjoner av de nevnte typetilfeller.

3.8. Mislighold og misligholdsvirkninger

Innledningsvis behandles noen generelle spørsmål om mislighold og misligholdsvirkninger. I pkt 3.9 behandles mislighold på befrakterens side og i pkt 3.10 mislighold på bortfrakterens side.

I GENCOA er det lagt opp til at en del av misligholdsvirkningene er uregulert i avtalen, slik at bakgrunnsretten kommer til anvendelse⁷³. Dette er et bevisst valg, jfr sitatet fra "BIMCO Explanatory note to GENCOA" i pkt 3.6. Rettstilstanden mellom partene vil da bero på hvilket lands bakgrunnsrett som er valgt.

Lovvalget vil selvsagt kunne ha betydning også i forhold til de øvrige klausuler i avtalen, men det er særlig i forhold til mislighold og misligholdsvirkninger at rettstilstanden under ulike rettssystemer kan variere.

⁷³ I VOLCOA (forgjengeren til GENCOA) var misligholdsvirkningene mer utførlig regulert i avtaleteksten enn i GENCOA. Det vil bli vist til dette underveis.

I den utstrekning bakgrunnsretten blir diskutert, vil diskusjonene i hovedsak være basert på norsk bakgrunnsrett.⁷⁴ Det vil føre for langt å behandle andre lands bakgrunnsrett, selv om det er klart mest vanlig å avtale engelsk bakgrunnsrett med unntak av de få situasjoner der begge parter er norske og i noen andre tilfeller.

Kvantumskontrakter gjelder normalt for perioder av en viss lengde og omfatter store volumer og mange skipninger. Avtaleformen er i utgangspunktet gunstig for begge parter. Det utvikler seg også ofte et tett samarbeid mellom partene i perioden. I normalsituasjonene vil derfor mislighold eller misligholdslignende situasjoner bli løst underveis. Det er først dersom en av partene ønsker å komme seg ut av avtaleforholdet fordi avtalen etter hvert har blitt ugunstig for ham eller tilliten mellom partene er borte at misligholdsspørsmålene kommer på spissen⁷⁵.

Reguleringen av mislighold og misligholdsvirkninger i de aktuelle kontrakter og i norsk bakgrunnsrett reflekterer i stor grad kvantumskontraktens spesielle karakter. Et gjennomgående trekk er derfor at det skal en del til for at strenge misligholdsvirkninger inntre og at det i en viss utstrekning er mulig å reparere misligholdet. Prinsippet om lojalitetsplikt i kontraktsforhold har åpenbart vært et element ved utformingen av standardkontraktene og prinsippet vil også ha betydelig vekt ved bedømmelsen av tvister som må løses etter bakgrunnsretten deri kontrakten ikke løser tvistes spørsmålet. Prinsippet vil her ha særlig vekt fordi det dreier seg om langvarige avtaler som forutsetter et lojalt samarbeid mellom partene. Også prinsippene om tapsbegrensningsplikt vil kunne stå sentralt i slike situasjoner.

⁷⁴ Det er en kjent problemstilling at det kan oppstå spesielle tolkningsproblemer der en standard avtale (for eksempel et tidscerteparti eller en kvantumskontrakt som dette) er skrevet og formulert på bakgrunn av engelsk rettstradisjon og engelsk rett og det er avtalt norsk bakgrunnsrett. Se for eksempel Nordiske Domme (ND) 1983 s. 309 Arica og Erling Selvig i TfR 1986 side 1 flg. Denne problemstillingen behandles ikke.

⁷⁵ Falkanger, side 19. VII.

I en del individuelt utarbeidede kvantumskontrakter er en del av partenes forpliktelser beskrevet som ”best effort” forpliktelser. Dette innebærer at forpliktelsene er mindre presise og at det først foreligger mislighold dersom vedkommende part ikke har utøvet ”best effort”, det vil si sitt ytterste, for å oppfylle kontraktsmessig.⁷⁶ Fordi kvantumskontraktene normalt er langsiktige og forutsetter et nært samarbeid mellom partene, kan det være en god ide å benytte seg av systemet med ”best effort” klausuler. En svakhet ved slike klausuler er likevel at dersom det oppstår vesentlige tvister og uenigheter mellom partene, så vil det kunne bli vanskelig å fastsette innholdet av partenes forpliktelser. Dette vil i visse situasjoner kunne medføre at tvistenivået øker og at det blir vanskeligere å finne frem til minnelige ordninger.

3.9 Mislighold fra befrakters side

Befrakterens hovedforpliktelser består i å levere avtalte lastevolumer, i å utarbeide skipningsprogrammer som avtalt og i å betale frakt i henhold til avtalen. Det er av vesentlig betydning for bortfrakter at disse forpliktelsene oppfylles i henhold til avtalen.

a. **Forsinket betaling av frakt og demurrage (Cl. 14. Late Payment of Freight and Demurrage)**

Klausul 14 gir anvisning på de misligholdsvirkninger bortfrakter kan gjøre gjeldende ved forsinket betaling av frakt eller demurrage.

De løpende faste kostnadene ved å eie og drive skip og de reiseavhengige kostnader er meget høye. Betalingsmislighold fra befrakters side kan ramme bortfrakter hardt. Forsinket betaling *kan* indikere at befrakter har økonomiske problemer. Som det fremgår av pkt (b) nedenfor, får bortfrakter en rett til å suspendere sine forpliktelser inntil betaling skjer.

⁷⁶ Se nærmere om ”Best effort” klausuler i Gorton, Best efforts, in Journal of business law side 143 flg.

Det kreves ikke at betalingsmisligholdet skal være vesentlig for at suspensjonsretten skal inntre. Det er klart naturlig at bortfrakter skal slippe å legge ut på eller planlegge en reise i en situasjon der befrakter er i betalingsmislighold. Suspensjonsretten gir også bortfrakter et godt virkemiddel for å inndrive utestående frakt. Befrakter kan være helt avhengig av transportene og vil derfor måtte strekke seg svært langt for å betale nettopp bortfrakter selv om han har en vanskelig økonomi.

De misligholdsvirkninger bortfrakter, i henhold til klausul 14, kan gjøre gjeldende ved betalingsmislighold er følgende:

- (a) For det første løper det *morarenter* på 2 % pr mnd.
- (b) Bortfrakter får en *suspensjonsrett*. Så lenge forfalt frakt, dødfrakt eller demurrage ikke er betalt har bortfrakteren rett til å ikke nominere ytterligere skip, unnlate å sende skip til lastehavn og unnlate å starte lasting. Om det oppstår tidstap for bortfrakteren fordi et skip er holdt klart for lasting eller for nominering, skal dette kompenseres ved at befrakteren må betale demurrage for den tapte tiden.
- (c) Bortfrakter har rett til å *kansellere* restperioden av kontrakten. Kanselleringsretten forutsetter at bortfrakter gir notis til befrakter om at kansellering vil skje om ikke betaling av utestående frakt, dødfrakt og/eller demurrage ikke har skjedd innen en frist på 120 dager.
- (d) Mulig *erstatningskrav*. Det er uttrykkelig fastslått at et eventuelt erstatningskrav mot befrakter ikke faller bort om bortfrakter utøver sine rettigheter etter (a) – (c). Spørsmålet om det er grunnlag for å kreve erstatning må avgjøres på basis av den avtalte bakgrunnsrett. Norsk bakgrunnsrett om dette fremgår av sjøloven § 370, annet ledd der det heter at bortfrakter ”kan kreve erstatning etter alminnelige kontraktsregler for tap som skyldes at oppfyllelsen stanses⁷⁷ eller, dersom kontrakten heves, at de gjenstående reiser bortfaller.” Etter ”alminnelige kontraktsregler” vil krav på positiv kontraktsinteresse være aktuelt.

⁷⁷ M.a.o. at bortfrakter suspenderer i henhold til (b) ovenfor.

(e) Bortfrakter har rett til å utøve tilbakeholdsrett ("lien") i lasten.⁷⁸

Hevningsretten etter pkt (c) inntreer, som nevnt, først ved et langvarig betalingsmislighold. Isolert sett kan dette virke urimelig. For tidscertepartier oppstår hevningsretten for restperioden raskt ved betalingsmislighold.⁷⁹ Behovet for å heve en kvantumskontrakt er imidlertid vesentlig mindre enn ved tidscertepartier på grunn av bortfrakters suspensjonsrett etter pkt (b). Bortfrakter slipper å pådra seg ytterligere utgifter i forhold til befrakter og han får anledning til å skaffe skipene alternativ beskjeftigelse. På den annen side har han fremdeles latente transportforpliktelser. Disse gjenoppstår så snart befrakter betaler. Dette begrenser bortfrakters disposisjonsfrihet. Befrakters frist på 120 dager til å reparere betalingsmisligholdet synes på bakgrunn av dette som en svært lang frist.

Som det fremgår i neste avsnitt er reguleringene i INTERCOA 80 og i VOLCOA vesentlig strengere mot bortfrakter. Disse nærmer seg det som er vanlig for tidscertepartier.

INTERCOA 80 har i klausul (I) regulert rettsvirkningene av forsinket betaling av frakt og demurrage på en måte som er svært lik GENCOA klausul 14. Kanselleringsretten for den resterende periode av kontrakten inntreer imidlertid mye raskere. Bortfrakter kan kansellere allerede etter en notisfrist på 144 timer. Også VOLCOA har et tilsvarende system, men her er notisfristen for kansellering 96 timer, jfr klausul 18.4

b. Manglende eller forsinket skipningsprogram, tidsplaner eller nomineringer av laste- eller lossehavn.

⁷⁸ Se tilsvarende i sjøloven § 370. tredje ledd. En forutsetning for dette er som hovedregel at befrakter også eier lasten, jfr Solvang note 800. I så fall gjelder sjøpanteretten også for krav som referer seg til tidligere skipninger, jfr Solvang note 800 og NOU 1993:36 side 83. Sjøpanteretten kan også gjøres gjeldende dersom lasten eies av tredjemenn. En forutsetning for dette er at det er utstedt konnossement og at kravet er påført konnossementet. Se Solvang note 803 med videre henvisninger.

⁷⁹ Se bl.a Falkanger/Bull. Side 383.

GENCOA inneholder ingen bestemmelser om rettsvirkningene av forsinket eller manglende skipningsprogram, tidsplaner eller nomineringer av laste- eller lossehavner. Det samme gjelder for INTERCOA 80. Spørsmålene må da avgjøres på bakgrunn av den avtalte bakgrunnsrett. Norsk bakgrunnsrett om disse spørsmålene følger av sjøloven § 368, som lyder slik:

”§ 368. Forsinket melding om skipninger og skipningsprogram⁸⁰

Dersom befrakteren ikke i tide gir melding om en skipning, kan bortfrakteren fastsette en rimelig tilleggsfrist. Oversittes fristen, kan bortfrakteren enten gi melding om skip etter § 366 i samsvar med gjeldende skipningsprogram eller heve kontrakten for den reise det gjelder.

Gir forsinkelsen grunn til å regne med at det vil inntre vesentlig forsinkelse ved melding om senere skipninger, kan bortfrakteren heve kontrakten for den gjenstående del.

Bortfrakteren kan kreve erstatning med mindre forsinkelsen skyldes forhold som nevnt i § 352 tredje ledd.

Dersom befrakteren ikke i tide underretter bortfrakteren om skipningsprogram, kan bortfrakteren fastsette en rimelig tilleggsfrist. Oversittes fristen, kan bortfrakteren heve kontrakten for den gjenstående del. Tredje ledd gjelder tilsvarende.”

Bestemmelsen gir bortfrakter valget mellom flere sanksjoner. Etter første ledd har han to alternativer.

For det første kan han igangsette normale notifikasjonsprosedyrer som om befrakter ikke hadde misligholdt sin forpliktelse på dette punkt. Dette alternativet gir bortfrakter en rett til å igangsette en naturaloppfylleelsesprosess. Som det vil fremgå nedenfor har bortfrakter likevel ikke krav på å naturaloppfylle fullt ut. Om befrakter ikke frembringer last for transporten kan naturaloppfyllelse ikke gjennomføres. Erstatning og/eller hevning er da de mest aktuelle misligholdsvirkningene.

For det annet kan han kansellere den aktuelle reisen.

⁸⁰ Bestemmelsen er kommentert i Solvang note 793-796. Se også Falkanger side 21-22.

§ 368 annet ledd er en bestemmelse om antesipert mislighold. Dersom forsinkelsen ”gir grunn til å regne med” vesentlige forsinkelse ved melding om senere skipninger, kan bortfrakter heve for restperioden. Annet ledd må sannsynligvis tolkes på bakgrunn av norsk bakgrunnsrett om antesipert mislighold. Vilkårene er relativt strenge.

Etter tredje ledd kan bortfrakter, i tillegg til sanksjonene etter første og annet ledd, kreve erstatning. Det som kan kreves erstattet er den positive kontraktsinteresse. Det kan ofte være komplisert å beregne et slikt krav i denne type kontraktsforhold. Erstatningsplikten forutsetter at de force majeure liknende begivenheter som er oppregnet i § 352 tredje ledd ikke foreligger. Det er m.a.o. tale om et kontrollansvar.

VOLCOA inneholder i klausul 14 en bestemmelse om erstatningsplikt og om reduksjon av lastevolumer ved befrakters unnlattelse av å utarbeide et skipningsprogram.⁸¹ Det er noe uklart om klausulen må fortolkes slik at den uttømmende regulerer misligholdsvirkningene eller om sjøloven § 368 første og annet ledd kommer til anvendelse også her om det er avtalt norsk bakgrunnsrett. Etter mitt syn er sistnevnte løsning den mest nærliggende.⁸²

c. Avvisning av skip uten rettslig grunnlag

Befrakter kan tenkes å avvise et skip som er nominert innen gjeldende frister, som ankommer lastehavn tidnok og er kontraktsmessig. Slik avvisning kan skje i forbindelse med nomineringen av skipet i henhold til klausul 7 eller i forbindelse med at det ankommer lastehavn eller skal begynne å laste.

En typisk situasjon hvor spørsmålet kan komme opp er hvor befrakter mener at skipets lastetanker ikke er i henhold til avtalen, mens bortfrakter er av motsatt oppfatning.

⁸¹ Falkanger, ”Kvantumskontrakter” side 21

⁸² VOLCOA Cl 14 sin formulering om at ”no claim whatsoever the Owners may have on the Charterers shall be prejudiced thereby” trekker i denne retningen. Det samme gjør reelle hensyn.

Dersom partene ikke blir enige og spørsmålet derfor kommer på spissen, må befrakter avgjøre om han skal avvise skipet eller ikke. Forut for en slik beslutning vil partene kunne ha innhentet rapporter⁸³ om lastetankenes stand. Om befrakter beslutter å avvise skipet og bortfrakter senere kan bevise at tankene var i kontraktsmessig forfatning, er det spørsmål om bortfrakter kan kreve erstatning og/eller om det får innvirkning på det resterende lastevolumet under kontrakten. Etter omstendighetene kan man også tenke seg at bortfrakter skal kunne heve kontraktens restperiode.

I tvilstilfeller står befrakter ovenfor en meget vanskelig beslutning. Aksepterer han skipet, på tross av at lastetankene muligens ikke er rene nok, risikerer han skade på last og kanskje problemer med lastemottaker. Dersom han avviser skipet, og avvisningen senere viser seg å være urettmessig, risikerer han erstatningsplikt og/eller andre misligholdssanksjoner.

GENCOA inneholder ikke bestemmelser om disse spørsmålene. Det samme gjelder INTERCOA 80.

Når det gjelder norsk bakgrunnsrett, så inneholder ikke sjøloven særskilte bestemmelser om dette. Alminnelig kontraktsrett vil derfor være avgjørende.

Medfører den urettmessige avvisning at man ikke oppnår minimums totalt lastekvantum eller minimums antall skipninger i kontraktsperioden, må bortfrakter ha krav på erstatning for de lidte tapet, eventuelt en rett til å utføre en ekstra skipning senere (Innenfor kontraktsperioden).

Det kan også oppstå tap i tilknytning til den enkelte reise uavhengig av totalkvantum og totalt antall reiser. Bortfrakter kan for eksempel ha blitt påført utgifter ved å sende skip til lastehavn, og/eller ved å måtte kansellere et innbefraktet skip.

⁸³ Slike rapporter kalles besiktigelsesrapporter, survey rapporter m.v. og utarbeides enten av eksterne konsulenter eller besiktigelsesmenn ("surveyors") eller av egne ansatte med nødvendig ekspertise.

Etter omstendighetene vil en urettmessig avvisning kunne representere et vesentlig mislighold eller et vesentlig antesipert mislighold, som gir rett til å heve den resterende del av kontrakten. Et hevningskrav vil stå særlig sterkt om en urettmessig avvisning skjer flere ganger. Kvantumskontrakter er en kontraktsform som forutsetter godt samarbeid og god kommunikasjon over en lengre periode og for et antall skipninger. Behovet for å kunne heve er derfor sterkt om befrakter avviser tonnasje på et grunnlag som klart er uholdbart. Dette kan være en sterk indikasjon på at han ikke har til hensikt å oppfylle sine forpliktelser.

VOLCOA inneholder i klausul 16 reguleringer av dette spørsmålet. Bestemmelsen lyder slik:

”16. Charterers’ Refusal of Tonnage

If the Charterers have refused tonnage validly nominated and in due time, the corresponding quantity shall be deducted from the total quantity under this Contract, unless the refusal results from an event which cannot be avoided or guarded against. However, the Owners shall have the option to postpone the shipment within the period of the Contract, exercisable by giving notice of their decision not later than one month after the failure and advising the Charterers about adjustment of the programme of shipments.

If the Charterers have refused duly nominated tonnage more than three times, unless another number of times is provided in box 23, then the Owners shall have the right of cancelling the remaining part of this Contract. Such right shall be exercised by written declaration and shall not be applicable to any vessels which have been validly nominated.

Whether or not the Owners exercise any right under this Clause, no claim whatsoever that they may have on the Charterers shall be prejudiced thereby.”

Klausulen er kommentert i Falkanger”.⁸⁴

⁸⁴ Falkanger, side 22

Klausulen løser ikke de *erstatningsspørsmål* som kan oppstå. I siste ledd sies det kun at de kravene bortfrakter eventuelt måtte ha ikke påvirkes ved at han benytter seg av sine rettigheter etter første, annet eller tredje ledd. Etter første ledd skal totalt lastekvantum under kontrakten reduseres tilsvarende og etter annet ledd får bortfrakter en rett til å kreve den aktuelle reise utsatt innenfor kontraktsperioden. Etter tredje ledd kan bortfrakter på nærmere bestemte vilkår heve restperioden av kontrakten.

Misligholdsvirkningene i VOLCOA klausul 16 fremstår som rimelige og balanserte og de passer godt med de grunnprinsippene kvantumskontrakter bygger på. Bestemmelsen bidrar til å effektivisere hensynene til fleksibilitet, samarbeid og kontraktsbalanse. Likevel er det ikke grunnlag for å innfortolke slike løsninger under GENCOA og INTERCOA 80 på basis av ulovfestet norsk bakgrunnsrett. Det ville vært å trekke avtaleloven § 36, reelle hensyn og de ulovfestede prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold for langt.

Dersom avvisningen skjer etter at det reisecerteparti som er inntatt i kvantumskontrakten er trådt i kraft, kan man tenke seg at klausuler i det aktuelle reisecertepartiet eller i bakgrunnsretten om erstatning ved urettmessig avvisning av skip i reisecertepartiforhold vil kunne komme til anvendelse eller gi veiledning. Dette gjelder imidlertid kun i forhold til enkelte erstatningsspørsmål. Løsningene vil neppe være annerledes enn de som er skissert ovenfor.

d. Manglende lastevolumer

Rettsvirkningene av at befrakter ikke nominerer tilstrekkelige laster til å komme opp til avtalt minimumskvantum er ikke regulert i GENCOA. Det samme gjelder for VOLCOA. Spørsmålet må derfor løses i medhold av den avtalte bakgrunnsretten.

Når det gjelder norsk rett, så inneholder ikke sjøloven særskilte bestemmelser om dette. Man må derfor løse spørsmålet på basis av ulovfestet alminnelige kontraktsrett. Utgangspunktet må være at bortfrakter har krav på erstatning av den positive

kontraktsinteressen. De erstatningsmessige tapene vil være den antatte nettofortjenesten på de manglende lastevolumer. Jeg går ikke nærmere inn på tapsberegningene. Disse kan være kompliserte og blant annet være avhengig av om det var tilstrekkelig lastekapasitet på de gjennomførte reiser til å ta de manglende volumer eller om det måtte ha blitt gjennomført flere reiser.

De ulovfestede prinsippene om lojalitet i kontraktsforhold og om tapsbegrensningsplikt kan imidlertid føre til at bortfrakter må akseptere en løsning der han ikke mottar erstatning for den positive kontraktsinteresse, men at minimum lastevolum for det etterfølgende år heves med et kvantum som tilsvarer det manglende kvantum inneværende år. En slik løsning vil også være i tråd med for eksempel reguleringen i INTERCOA 80. Den er også i tråd med kontraktstypens grunnleggende filosofi om fleksibilitet og samarbeid. Det er mulig man også kan trekke analogislutninger fra sjøloven § 352 om reisebefrakters tilbaketreden i reisecertepartiforhold. Avhengig av omstendighetene vil bortfrakter her kunne få et krav mot befrakter som langt på vei tilsvarer den positive kontraktsinteressen.⁸⁵ Løsningen må bero på en konkret fortolkning i den aktuelle situasjon der momenter som nevnt over vil ha betydelig vekt.

INTERCOA 80 har særskilte reguleringer for både for lave lastevolumer ("Shortlifting") og for høye lastevolumer ("Overlifting"), se klausul (C) og klausul (D). Når det gjelder "overlifting" for ett år, er det bestemt at dette ikke får noen konsekvenser for de totale kvanta som skal transporteres under kontrakten. For lave lastevolumer er regulert slik:

"If it appears that by the end of a contract year less cargo will have been lifted than agreed to, the party not responsible for the shortlifting shall, until the year is out, have the option to add the cargo not so lifted to quantity agreed for the next year. Such option must be exercised by written notice. In respect of shortlifting in the final contract year. Such option must be exercised by written notice. In respect of shortlifting in the final contract year, the option can only be exercised for loading within the quantity

⁸⁵ Se nærmere i Solvang, note 741 med videre henvisninger om dette.

*limits provided in Clause (A) above, and only for shipment within the first
..... months after the end of the final year.
Whether or not any such option is exercised, no claim which parties may, for any
reason, have against each other shall be prejudiced thereby.”*

Denne klausulen fremstår som godt begrunnet.

3.10. Mislighold på bortfrakters side

a. Innledning

Mislighold fra bortfrakterens side kan hovedsakelig skyldes tre forhold: Forsinket nominering av skip til den enkelte reise, forsinket ankomst til havn for nominert skip og mangler ved det nominerte skip i forhold til det som er avtalt. Man kan særlig tenke seg følgende misligholdsvirkninger: Rett til å heve(kansellere) den enkelte reisen, rett til å heve restperioden av kvantumskontrakten og erstatning.

b. Manglende eller forsinket nominering av skip

Som behandlet i pkt 3.5 c, skjer bortfrakters nominering av skip i to trinn i henhold til klausul 7 (b) og (c). Det nominerte skip må oppfylle beskrivelsene i klausul 10, jfr Box 13.

GENCOA inneholder ikke bestemmelser om rettsvirkningene av at bortfrakter ikke oppfyller nominasjonsbestemmelsene. Spørsmålet må derfor avgjøres på bakgrunn av den avtalte bakgrunnsrett.

For norsk retts vedkommende inneholder sjøloven § 369 bestemmelser om forsinket nominering av skip. Bestemmelsen regulerer befrakters rett til å kansellere den aktuelle reise (første ledd), heve restperioden for kvantumskontrakten (annet ledd) og til å kreve erstatning (tredje ledd). Bestemmelsen lyder slik:

”§ 369. Forsinket nominering av skip

Dersom bortfrakteren ikke i tide gir melding om skip, kan befrakteren¹ fastsette en rimelig tilleggsfrist. Oversittes fristen, kan befrakteren heve kontrakten for den reise det gjelder.

Gir forsinkelsen grunn til å regne med at det vil inntre vesentlig forsinkelse ved melding om skip for senere skipninger, kan befrakteren¹ heve kontrakten for den gjenstående del.

Befrakteren kan kreve erstatning med mindre forsinkelsen skyldes en hindring utenfor bortfrakterens kontroll som bortfrakteren ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden, eller å unngå eller overvinne følgene av.”

Bestemmelsens første ledd gir befrakter rett til å heve avtalen for den aktuelle reise. Hevningsretten etter denne bestemmelsen gjelder altså for *forsinket nominering* av skip og ikke *forsinket ankomst til lastehavn* for skip som er nominert tidsnok.⁸⁶ Dette er to forskjellige situasjoner. Rettsvirkningene av forsinket ankomst til lastehavn er behandlet i pkt (d) nedenfor.

Etter § 369 annet ledd kan befrakter heve restperioden av kontrakten dersom forsinkelsen ”gir grunn til å regne med” at det vil inntre vesentlig forsinkelse ved melding om skip for senere skipninger. Bestemmelsen inneholder elementer av antesipert mislighold. Det må ha oppstått en forsinkelse for ett skip og dette må gi grunn til å anta at det vil oppstå *fremtidige* vesentlige mislighold. Bestemmelsen må være begrunnet i at befrakters behov for god ”flyt” i skipningene. Årsaken til at en bedrift (befrakter) inngår kvantumskontrakter er jo nettopp å sikre seg regelmessig tonnasje tilgang for en lang periode. Om dette ikke slår til vil det kunne få dramatiske konsekvenser for produksjon, logistikk og forholdet til kunder. Det er derfor rimelig at befrakter gis en hevningsrett for restperioden om det er grunn til å frykte at bortfrakter ikke vil oppfylle fremtidige forpliktelser rettidig.

⁸⁶ Se Solvang note 797 og NOU 1993:36 side 82.

Etter tredje ledd vil befrakter etter omstendighetene kunne kreve erstattet den positive kontraktsinteressen. En nærliggende situasjon vil her være at befrakter dekningskontraherer ved å innbefrakte et annet skip i markedet for å gjennomføre den aktuelle reisen (eventuelt også alle senere reiser dersom restperioden av kvantumskontrakten heves). Tapet blir her differansen mellom hva han betaler for dekningstonnasjen og det han skulle ha betalt under kvantumskontrakten. Teoretisk kan man også tenke seg andre tapsposter i gitte situasjoner. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

VOLCOA inneholder i klausul 15 bestemmelser som langt på vei tilsvarer systemet i sjøloven § 369, første og annet ledd. Bestemmelsen lyder slik:

”Owners’ Failure to nominate Tonnage

Should the Owners fail to nominate tonnage according to the applicable provisions of this Contract, the corresponding quantity shall be deducted from the total contracted quantity, except if such failure results from any event which cannot be avoided or guarded against.

However, the Charterers shall have the option to postpone the shipment within the period of the Contract, exercisable by giving notice of their decision not later than one month after failure, and advising the Owners about adjustment of the programme of shipment.

If the Owners have fail to nominate tonnage more than three times, unless another number of times is provided in box 22, then the Charterers shall have the right of cancelling the remaining part of this Contract. Such right shall be exercised by written declaration and shall not be applicable to any vessels which have been validly nominated.

Whether or not the Charterers exercise any option under this Clause, no claim whatsoever that they may have on the Owners shall be prejudiced thereby.”

Klausulen er bygget opp over samme lest som den tilsvarende bestemmelse i VOLCOA klausul 16 om befrakters forsinkede nomineringer og notifikasjoner.⁸⁷ Klausulen

⁸⁷ Se nærmere om klausul 15 i Falkanger, side 23.

regulerer ikke erstatningsspørsmålet. Dette må derfor løses i henhold til den avtalte bakgrunnsretten. For norsk rett blir det altså sjøloven § 369, tredje ledd, jfr det som er skrevet ovenfor.

INTERCOA 80 inneholder ingen bestemmelse om forsinket *nominasjon* av skip, men bare for forsinket *ankomst* til lastehavn. Her vil med andre ord den avtalte bakgrunnsretten komme til anvendelse.

**c. Nominering av skip som ikke oppfyller kravene i klausul 10, jfr
Box 13**

Det kan tenkes at bortfrakter nominerer skip tidsnok, men at skipet ikke oppfyller kontraktens krav. Befrakter kan da avvise skipet, jfr klausul 7 (d). Situasjonen er beskrevet i pkt 3.9.c ovenfor.

Videre kan man tenke seg situasjoner der skipet står på en liste over godkjente skip, men at det likevel vil kunne avvises som ikke kontraktsmessig. For eksempel kan lasterommene være for dårlig rengjort.

GENCOA inneholder ikke bestemmelser som direkte regulerer rettsvirkningene av at skipet avvises. Disse spørsmålene må løses på bakgrunn av den avtalte bakgrunnsretten. Det er ingen uttrykkelig regulering av dette i sjøloven.

Gode grunner taler for at man bør kunne anvende bestemmelsene i sjøloven § 369 analogisk så langt de passer. Et argument for dette er at løsningene i § 369 ligger nær opptil det som ellers ville fulgt av ulovfestet kontraktsrett. De to former for mislighold, nominering av kontaktstridig skip og manglende eller forsinket nominering av skip, har klare likhetspunkter. Også dette taler for en analogisk anvendelse av § 369.

VOLCOA klausul 15, som er behandlet i b ovenfor, gjelder også for nominering av skip som ikke er kontraktsmessig, jfr formuleringen i første linje.

d. Forsinket ankomst til lastehavn

Man kan tenke seg at et skip er nominert til rett tid, men likevel kommer for sent til den aktuelle lastehavnen.

GENCOA inneholder ingen særskilt regulering av rettsvirkningen av denne type forsinkelse.

Befrakter vil imidlertid normalt ha en hevningsrett for den aktuelle reise i henhold til det tilhørende reisecerteparti. Befrakter skal som kjent angi antall liggedager med fastsatte datoer i henhold til klausul 7. Om skipet ikke kommer frem før etter siste liggedag (kanselleringsdato) kan befrakter kansellere den aktuelle reise etter reglene i reisecertepartiet.

Spørsmålet om forsinket ankomst til lastehavnen gir rett til å heve restperioden for kvantumskontrakten kan imidlertid ikke løses med utgangspunkt i reisecertepartiet. Spørsmålet er ikke behandlet i GENCOA. Det må derfor løses på bakgrunn av den avtalte bakgrunnsretten.

Sjøloven inneholder ikke bestemmelser om dette. Spørsmålet er derfor om en slik hevningsrett kan følge av ulovfestede kontraktsrett. Det kreves da at forsinkelsen representerer et vesentlig mislighold av kvantumskontrakten eller eventuelt et vesentlig antesipert mislighold. Forsinket ankomst ved en reise er ikke et slikt mislighold. Om slike forsinkelser skjer ofte og befrakter har varslet at han vil heve kvantumskontrakten om det skjer igjen, kan man etter omstendighetene tenke seg at det oppstår hevningsrett for restperioden. En slik løsning vil være på linje med det som følger av VOLCOA og INTERCOA 80, jfr behandlingen av dette nedenfor.

Spørsmålet om befrakter kan kreve erstatning der han har hevet den aktuelle reisen, bør kunne løses ved en analogisk anvendelse av sjøloven § 369, annet ledd. En slik løsning er i samsvar med det som ville fulgt av ulovfestet bakgrunnsretten.

I VOLCOA er hevningsspørsmålene regulert.⁸⁸ Det følger av klausul 9, annet avsnitt jfr Box 17 at befrakter kan heve den aktuelle reisen om skipet ikke kommer frem innen kanselleringsdato. For at dette regelsettet skal anvendes er det en forutsetning at det er angitt en kanselleringsdato. I henhold til klausul 17 kan befrakter heve kontrakten for den resterende perioden om han tre ganger har kansellert enkeltreiser etter klausul 9. (med mindre et annet antall er fastsatt i Box 24.)

INTERCOA 80 har i klausul (J) et system som er nærmest identisk med VOLCOA klausul 9 og klausul 17.

Erstatningsspørsmålene under VOLCOA og INTERCOA 80 må løses på bakgrunn av bakgrunnsretten på samme måte som for GENCOA.

3.11. Øvrige klausuler

Avtalen inneholder en *force majeure* klausul (Cl. 15. Interruption of Performance), en *krigs-klausul* (Cl. 17. BIMCO War Cancellation Clause 2004) og en *voldgifts- og lovvalgsklausul* (Cl. 18. BIMCO Dispute Resolution Clause)

Klausulene er normale for de fleste certepartforhold og for andre typer shippingavtaler og blir ikke behandlet her.

3.12. Forhandlingsprosessen ved inngåelse og fornyelse av kvantumskontrakter

Det er liten tvil om at en bortfrakter som opererer en stor flåte og som har en betydelig portefølje av kvantumskontrakter har en sterkere forhandlingsposisjon enn mindre

⁸⁸ Falkanger, "kvantumskontrakter". side 23

aktører. De større vil kunne sette sammen optimale seilingsmønstre, bl.a. ved å redusere antall reiser uten last og lengdene på disse. Videre vil man kunne benytte skipenes lastekapasitet optimalt ved at man kan benytte skip på den enkelte reise som passer med lastevolumene. Jeg viser til det jeg har skrevet om stordriftsfordeler generelt og om stordriftsfordelene i forhold til kvantumskontraktsporteføljer.

På grunn av nevnte forholdene vil de større aktørene kunne tilby bedre fraktrater, høyere grad av fleksibilitet ved gjennomføringen av avtalen og større trygghet fordi man kan sette inn skip, selv om det skulle oppstå problemer med de skipene man hadde tenkt å benytte. Videre har de større aktørene ofte et bedre utbygget internasjonalt nettverk i havnene.

Forhandlingene begynner normalt med at befrakter inviterer til å motta tilbud på en kvantumskontrakt. Her angis det en del nøkkelinformasjon om lastene, volumer, laste- og losse havner, kontraktens lengde m.v. Etter en prosess der alle tilbud blir vurdert vil man stå igjen med en eller noen få aktører. På dette tidspunktet starter de mer detaljerte forhandlinger.

Befrakter vil normalt legge betydelig vekt på bortfrakters omdømme og erfaring fra den aktuelle type trade og på den tilgjengelige flåte. Bortfrakter vil se på befrakters omdømme, kredittverdighet, på erfaring i den aktuelle trade og på tilgang på last.

Ved fornyelse av avtalene er det ikke uvanlig at befraktere velger bare å forhandle med den eksisterende medkontrahent om samarbeidet i den første periode har forløpt på en tilfredsstillende måte.

Om de velger å invitere også andre vil den eksisterende bortfrakter i slike situasjoner ha et visst konkurransefortrinn. Han kan ha blitt godt kjent med befrakters spesielle behov og de personer som arbeider med den løpende gjennomføring av avtalene på begge sider har opparbeidet gode samarbeidsrutiner. Dette siste elementet er svært viktig. Det er en tett dialog i hele kontraktsperioden om vesentlige og mindre vesentlige spørsmål.

Begge parter har interesse i at prosessen er optimal og et velutviklet samarbeidsforhold i en stor kvantumskontrakt har stor verdi for begge parter. Om befrakter velger å benytte en annen bortfrakter, tar det tid å bygge opp et tilsvarende forhold.

Ved kontraktsforhandlingene står særlig følgende forhold sentralt:

- Fraktraten. Dette er selvsagt helt vesentlig for begge parter. For langvarige og/eller meget omfattende avtaler vil også fraktjusteringsklausuler være av stor betydning.
- Skipene. Skipstyper og skipsstørrelser er alltid viktig. Øvrige forhold som laste- og losseutstyr, lasterom- eller lastetankkvaliteter, skipenes alder etc, kan ha stor betydning for avanserte laster, men mindre betydning for laster som jernmalm, kull etc. Vanligvis vil bortfrakter ønske at skipene angis så vidt som mulig, mens befrakter ønsker mer presise og snevre angivelser. Enkelte ganger ønsker befrakter at de skip som skal benyttes angis ved navn i avtalen.
- Avtaleperioden. Bortfrakter vil normalt være den parten som ønsker en så lang periode som mulig. Å sikre oppdrag for en lang periode er viktig. Befrakter vil kunne ønske en kortere periode for å kunne stå friere.
- Lastevolumer. Der det avtales en "range" vil differansen mellom minimums- og maksimumsgrensene være viktige forhandlingspunkter.
- Laste- og lossehavner. Normalt er dette ikke et vanskelig tema. Bortfrakter vil nok kunne ønske seg en relativt begrenset range, men befrakters behov må uansett være avgjørende.
- Tidsplaner, seilingsplaner og nomineringsprosesser. Dette er kanskje det vanskeligste forhandlingspunktet og er særdeles viktig. Disse klausulene bør så langt det lar seg gjøre, skreddersys for den enkelte kontrakt og partene må ha et bevisst forhold til egne behov og til hva som er mulig å oppnå. Det er også viktig at klausulene blir så presise som mulig.

4. OVERSIKT OVER DE KONKURRANSERETTLIGE SPØRSMÅL

4.1. Innledning

Det er de konkurranserettslige spørsmålene knyttet til pooler organisert som FFJV som er hovedtema i den konkurranserettslige delen av denne oppgaven. Disse spørsmålene behandles grundig i pkt 5. Målet med det som skrives om de konkurranserettslige spørsmålene i pkt 4, er å sette FFJV poolene i en konkurranserettslig sammenheng.

Behandlingen av de konkurranserettslige spørsmålene i pkt 4 er derfor kortfattet og konsentrert om noen hovedpunkter.

Den grunnleggende konkurranserettslige bestemmelse om poolsamarbeid innenfor EU retten er EU traktaten Art 101. Denne bestemmelsen, og visse tilknyttete regelsett, behandles i det følgende.

Innledningsvis nevner jeg for ordens skyld at også Art 102 om misbruk av dominerende stilling kan tenkes å ha betydning for shipping pooler i visse spesielle markeder. Art 102 behandles ikke i oppgaven.

4.2. EU traktaten Art 101⁸⁹

4.2.1. Innledning

Art 101(1) er konkurransebestemmelsens hovedregel og oppstiller 5 kumulative vilkår for at en samarbeidsavtale skal omfattes av bestemmelsen. Disse vilkårene er ”foretakskriteriet”, ”samarbeidskriteriet”, ”samhandelskriteriet”,

⁸⁹ Det som skrives i dette punkt 4.2 er i stor grad basert på Didrik Nygaard Rangnes, poolsamarbeid i tramp skipsfart, Konkurranserettslige utfordringer under EF-traktaten artikkel 81 (Masteroppgave 2007), Maria Hempel, The end of the shipping pool as we know it? – EC competition law and the legality of of shipping pools, SIMPLY, 2007, side 189 flg og (ukjent forfatter) EC Competition Law in the tramp shipping sector (Masteroppgave 2009, juridisk fakultet, Universitetet i Oslo)

”konkurransbegrensningskriteriet” og ”merkbarhetskriteriet”. I pkt. b – f gis en summarisk gjennomgang av anvendelsen av disse vilkårene på poolavtaler.

Dersom en poolavtale faller innenfor området for Art 101 (1) er den i utgangspunktet ulovlig. Det finnes imidlertid to unntaksbestemmelser. Disse behandles i pkt 4.2.3. og 4.2.4.

4.2.2. Hovedreglene i Art 101 (1)

a. Innledning

Nedenfor behandles de 5 kumulative vilkår.

b. Foretakskriteriet

Vilkåret om at det må dreie seg om foretak følger av Art 101 (1) og går ut på at poolavtalen må være inngått ”between undertakings”. Dette uttrykket tolkes slik enhver type enhet omfattes under forutsetning at den driver økonomisk virksomhet.

Det er ingen tvil om at en shippingpool omfattes av dette vilkåret.

c. Samarbeidskriteriet

Samarbeidskriteriet følger av Art 101 (1) og innebærer at ”agreements”, ”decisions” og ”concerted practices” omfattes av dette vilkåret. Det er i prinsippet ikke et skriftlighetskrav eller et krav om at partene uttrykkelig har brukt ord som samarbeidsavtale eller liknende. Forholdet omfattes av dette vilkåret dersom partene viser felles vilje til å operere i markedet på en bestemt måte.⁹⁰

⁹⁰ Se sak T-347/94 Mayr-Melnhof v Commission

Enhver shippingpool vil omfattes av dette vilkåret.

d. Samhandelskriteriet

Samhandelskriteriet innebærer at en poolavtale omfattes dersom poolen ”may affect trade between Member states.” Ved bedømmelsen av om dette vilkåret er oppfylt ser man på både juridiske, avtalemessige og faktiske forhold. Det skal svært lite til for at dette vilkåret anses som oppfylt. Det vil være tilstrekkelig at enkelte av poolens anløper en havn i EU området.

De aller fleste pooler av betydning vil omfattes av dette vilkåret

e. Konkurransbegrensningskriteriet

I forhold til poolavtaler, er det konkurransbegrensningskriteriet som er det sentrale og kritiske vilkår under testen i Art 101 (1). Ved bedømmelsen av om dette vilkåret er oppfylt er det to hovedspørsmål som må vurderes:

- Om samarbeidet har som formål å begrense konkurransen i et marked eller eventuelt om samarbeidet har slik virking.
- Fastleggelsen av hva som er det relevante marked ved bedømmelsen.

Når avgrensningen av et marked skal fastsettes foretas det en sontring mellom *det relevante produktmarked* (hvilke produkter er konkurrenter på et marked) og *det relevante geografiske marked* (innenfor hvilket geografisk område foregår denne konkurransen.) For at et samarbeidsforhold som oppfyller foretakskriteriet, samarbeidskriteriet og samhandelskriteriet skal kunne virke konkurransbegrensende kreves det at samarbeidspartnerne produkter er innenfor samme produktmarked og innenfor samme geografiske marked.

For shippingpooler er situasjonen at pooldeltakerne tilbyr produktet sjøtransport. Spørsmålet i forhold til markedet ”sjøtransport”, er hvordan man avgrenser ”de et ”relevant produktmarked”. At et lite tørrlastskip og et stort tankskip ikke er innenfor

samme produktmarked er opplagt. Like opplagt er det at to bilskip av omtrent samme størrelse, med omtrent samme design og med omtrent samme utstyr er i samme produktmarked. Jeg går ikke inn på inndelingen av de ulike relevante markeder innenfor sjøtransport, men viser til de grundige behandlingene av dette i pkt 1.2. og 2.6.

De fleste poolsamarbeid omfatter skip innenfor samme produktmarked. Et grunnleggende trekk ved de fleste poolavtaler er nettopp at rederier som har relativt like skip (både når det gjelder type og størrelse) velger å samarbeide. Av den grunn er det sjelden det er tvil om at dette elementet i konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt.

Når det gjelder avgrensningen av det relevante geografiske markedet for de relevante produktmarkeder innenfor sjøtransport, må man kunne oppstille et løst utgangspunkt om at dette er globalt. Det er da bare ett relevant geografisk marked. De fleste skip kan utføre transporttjenester globalt.

Dette er likevel ikke mer enn et løst utgangspunkt. Det må foretas en særskilt vurdering for hvert segment innenfor våtlastmarkedet, tørrlastmarkedet og spesiallastmarkedet.⁹¹ Det antas at alle spesiallastmarkeder er globale. For tørrlast antas det at markedet for de største skip er globalt, mens det kan være separate relevante markeder for de mindre og mellomstore skip. For våtlast skipene antas det at markedet er globalt for de fleste skipstyper, men at det stiller seg annerledes for noen skipstyper.

Når det er fastslått at deltakerne i en pool opererer innenfor det samme markedet, må det vurderes om poolsamarbeidet har som formål eller eventuelt virkning å begrense konkurransen innenfor det aktuelle markedet, jfr formuleringen *"have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition."* Denne vurderingen må foretas på bakgrunn av relativt kompliserte økonomiske vurderinger og innholdet i poolavtalen.

⁹¹ Se pkt 1.2 c og pkt 2.6 om disse markedene.

Det er svært ofte vanskelig å ha en klar oppfatning av om konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt. Det som gjør det spesielt vanskelig er at bedømmelsen må foretas fortløpende. Endringer i markedsforhold og andre ytre omstendigheter kan medføre at en pool som tidligere ikke var omfattet av dette kriteriet senere omfattes.

f. Merkbarhetskriteriet

Dette kriteriet følger ikke av ordlyden i Art 101, men har utviklet seg gjennom EU-domstolens praksis. Kriteriet innebærer at begrensningen av konkurransen må være merkbar. Dette vil si at samarbeidsforhold som har liten konkurransebegrensende virkning ikke omfattes av dette vilkåret. EU-kommisjonen har utstedt en kunngjøring om dette, den såkalte ”bagatellkunngjøringen”⁹². Samarbeidsforhold som faller innenfor området for denne kunngjøringen omfattes ikke av samarbeidsforbudet i Art 101. Det er uklart om shippingpooler dekkes av kunngjøringen.

4.2.3. Unntaksreglene i Art 101 (3)

Om en pool faller innenfor området for Art 101 (1) må det vurderes om den omfattes av unntaksregelen i Art 101 (3). For at dette skal være tilfelle må fire kumulative vilkår være oppfylt. De fire vilkårene overlapper hverandre i stor grad. Vilråene fremgår av bestemmelsens ordlyd. Vilråene er:

- Samarbeidet ”*contributes to improving the production or distribution of goods to promoting technical or economic progress.*” Det er samfunnsmessige effektivitetsgevinster som her skal måles.
- En “*fair share of the resulting benefit*” av samarbeidet skal tilfalle “*consumers*”.
- Poolavtalen må ikke påføre “*the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives.*” Dette vilkåret

⁹² Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81 (1) of the Treaty establishing the European Community.

innebærer at poolavtalen som helhet må være nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinster, og at også de enkelte konkurransebegrensninger som følger av avtalen fremstår som nødvendige.

- Poolavtalen må ikke gi deltakerne *”the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”* Vilåret innebærer at det må være en reell restkonkurranse på det relevante markedet. Konkurransen på markedet må altså ikke utelukkes.

Det vilåret det er mest problematisk å forholde seg til for pooler er sannsynligvis det tredje vilåret (*”the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives.”*).

4.2.4. Gruppeunntaket i kommisjonsforordning 2658/2000⁹³

Poolavtaler kan tenkes å omfattes av det såkalte gruppeunntaket. Dersom det er tilfelle er samarbeidet tillat selv om det i utgangspunktet omfattes av Art 101 (1). En forutsetning for å kunne omfattes av gruppeunntaket er at poolen ikke representerer en markedsandel på over 20 % i det relevante markedet. Som redgjort for i pkt 2.6 er det svært få pooler som overstiger denne grensen. Det er flere tilleggsvilkår som må være oppfylt for at en pool skal kunne omfattes av gruppeunntaket. Disse behandles ikke. Gruppeunntakets anvendelse på trampooler er grundig behandlet i Fearnley rapporten 6.5.5. Det gis likevel ingen klar konklusjon på om unntakets anvendelse på pooler. Den rettslige situasjon er usikker.

4.2.5. ”Self assesment”

⁹³ Regulation 2658/2000 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of specialisation agreements (2000) OJ.L 304/3)

Systemet i henhold til Art 101 er at pooldeltakerne selv fortløpende må ta stilling til om samarbeidet er konkurranserettstridig eller ikke. Til hjelp for pooler og pooldeltakere har EU kommisjonen utstedt ”Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to maritime transport services” (2008/C 245/02)

4.3. Den historiske utviklingen frem til dagens konkurranserettslige regime

I 1987 ble trampfart unntatt fra *håndhevelsesbestemmelsene* etter EUs konkurranserett⁹⁴. Dette innebar i realiteten at tramp pooler fritt kunne opprettes selv om de etter sin karakter i prinsippet var omfattet av daværende Art 81 (i dag Art 101). Etter hvert ble det ansett som en lovgivningsmessig brist at effektive håndhevelsesbeføyelser for trampfarten var fraværende⁹⁵. En Rådsforordning fra 2006⁹⁶ opphevet imidlertid tramp fritaket. Eu kommisjonen har nå full håndhevelsesrett ovenfor aktører i trampfart markedet.

Denne endringen har hatt stor betydning for eksisterende pooler og for inngåelse av nye poolavtaler. Enkelte aktører har ment at endringen innebærer en slutt på de tradisjonelle poolavtaler og at dette kan få meget omfattende konsekvenser.

Hempels oppsummering gir en god beskrivelse av situasjonen⁹⁷:

”The legislation, as it stands today, is not particularly favorable to pools in their current form. Most pool agreements contain elements of price-fixing, allocation of output, non-competition and information exchange and these features are not in accordance with competition law. Prima facie therefore, many pool agreements would appear to be restrictive under competition law and consequently fall within the scope of

⁹⁴ ”Sjørett” 7. utgave. Thor Falkanger og Hans Jacob Bull. Side 136-137

⁹⁵ Kommisjonens Proposal for a Council Regulation avsnitt 12

⁹⁶ Rådsforordning 1419/2006 av 25. september 2006

⁹⁷ Hempel side 211 flg

Article 81 (1). This has also recently been confirmed by the recently published Draft Guidelines.

.....

One extreme scenario is that a majority of the pools may be prohibited under Article 81 (1) and will not be able to justify their existence under Art 81 83). Another possible scenario is that the majority of pools will continue their operation as before , without amending any structures or agreements. The commission has indicated in its Draft Guidelines, however, that the latter scenario is not plausible. The conclusion must therefore be that pools should review their agreements and ensure that they avoid any obvious faux-pas by omitting any unnecessary and restrictive clauses. The result may well be the end of the traditional shipping pool as we know it. What benefits this would bring to competition remains to be seen.”

Situasjonen er fremdeles svært uavklart for shipping pooler.

4.4. Alternative strukturer for poolsamarbeid

Jeg har fått opplyst at rederinæringen, i lys av dagens usikre rettsstilling, vurderer nye strukturer for poolsamarbeid. Man kan tenke seg en rekke modeller for dette. Modellene vil gå ut på at man enten forsøker å falle utenfor område for art. 101(1) eller fanges opp av art. 101 (3), eventuelt av “gruppeuntaket”. Slike modeller behandles ikke. Det som behandles i denne oppgaven er et nærliggende alternativ, nemlig pooler organisert som FFJV. FFJV reguleres av Fusjonskontrollforordningen, som heretter stort sett benevnes som FKF.⁹⁸

Pooler organisert som FFJV behandles i pkt 5.

⁹⁸ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger.

5. POOLER ORGANISERT SOM FFJV – DEN KONKURRANSERETTLIGE STILLINGEN ETTER EU RETTEN⁹⁹

5.1. Innledning

Jeg understreker innledningsvis at det kun er den konkurranserettslige situasjon etter *EU retten* som behandles. Videre er det i all hovedsak det grunnleggende *materielle* spørsmål om hvilke vilkår som må være oppfylt for at en pool skal godkjennes som et FFJV i henhold til FKF jeg vurderer. Jeg behandler derfor ikke prosedyrespørsmål og heller ikke inngrepsspørsmål, se likevel pkt 5.2.b.

Den rettslige regulering av FFJV er en del av den såkalte fusjonskontrollen. Dette er systemet i EU retten, EØS retten og i norsk konkurranserett. Fusjonskontroll er en kontroll av *strukturendringer* i markedet, det vil si med transaksjoner som endrer antall tilbydere eller antall aktører på etterspørselsiden. Begrepet ”fusjonskontroll” er videre enn det ordlyden skulle tilsi. Begrepet omfatter ikke bare fusjoner, men også andre typer endringer som medfører at de aktuelle aktørers identitet og resurstilgang forandres.¹⁰⁰ Poolavtaler - eller andre typer joint venture avtaler - organisert som FFJV er eksempler på slike endringer.

Kontrollen med strukturendringer – derunder av etablering av fullfunksjons joint ventures – skjer i EU retten med hjemmel i FKF. I konkurranseretten er det et grunnleggende skille mellom kontroll med *atferd* og kontroll med *struktur*.¹⁰¹ Bestemmelsene i Art 101 m.v. er eksempler på konkurranserettslige atferdskontrollregler. FKF er et eksempel på konkurranserettslige strukturkontrollregler.

⁹⁹ Dette kapittel er særlig basert på følgende litteratur: *Anders Ryssdal, Joint Ventures – en konkurranserettslig analyse, 2003 (Ryssdal), Olav Kolstad og Anders Ryssdal, Norsk konkurranserett, Bind 1, 2006 (Kolstad/Ryssdal), Olav Kolstad, Cooperate or merge? Structural changes and full-function joint ventures in the shipping industry, i Antipassis (Editor), Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries, 2009 (Kolstad)*

¹⁰⁰ Kolstad/Ryssdal, side 609

¹⁰¹ Disse begrepene og forskjellen mellom atferdskontroll og strukturkontroll er grundig behandlet i *Kolstad/Ryssdal, side 38-49.*

5.2. Forholdet mellom Art 101 og FKF når det gjelder poolavtaler¹⁰²

a. Innledning

En poolavtale vil etter sin art kunne være i strid med Art 101, jfr pkt 4 ovenfor. Et slikt poolsamarbeid kan samtidig være et FFJV i henhold til FKF. Spørsmålet blir da hvordan en slik regelkonflikt løses.

Dersom en FFJV pool er av en viss størrelse, slik at den har EU dimensjon¹⁰³, er den regulert av FKF og *ikke* omfattet av Art 101.

Det er et viktig poeng at det gjelder for alle FFJV pooler at de ikke er undergitt reguleringen i Art 101. Det gjelder altså ikke bare pooler som er store nok til å ha EU dimensjon, men også de som ikke er så store. Konsekvensen er at FFJV pooler kun reguleres av FKF om de har EU dimensjon og at FFJV pooler som ikke har EU dimensjon verken reguleres av FKF eller av Art 101. Dette anses som svært sikker rett.¹⁰⁴

b. Forskjellene på reguleringene i FKF og Art 101¹⁰⁵

Reguleringene i henhold til Art 101 og til FKF er forskjellige i flere relasjoner. Hovedforskjellene er som følger:

¹⁰² Kap 7.2. er i all hovedsak en forkortet fremstilling av side 117 – 121 i *Kolstad*,

¹⁰³ Se nærmere om dette i pkt 5.3. c

¹⁰⁴ Se *Kolstad*, side 120, med videre henvisninger.

¹⁰⁵ Se *Kolstad*, side 118 flg om dette.

(i) Inngrepskriteriene

Etter FKF kan det gripes inn mot en poolavtale dersom den ”*significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position*”.

Det motsvarende kriteriet etter Art 101 (1) er at poolavtalen representerer en “*prevention, restriction or distortion of competition*”.

Terskelen for inngrep er altså vesentlig høyere etter FKF enn etter Art 101.

(ii) Prosedyreregler

Etter FKF skal *kommisjonen* fatte vedtak om eventuelt inngrep mot poolen innen en særskilt frist etter at pooldeltakerne har gitt melding om samarbeidet eller planene om samarbeid. Poolsamarbeidet kan ikke igangsettes før positivt vedtak fra kommisjonen foreligger.

Etter Art 101 skal pooldeltakerne selv bedømme samarbeidets lovlighet (“Self assesment”). Denne vurderingen kan være komplisert og usikker.¹⁰⁶ Det må skje en løpende bedømmelse. Poolsamarbeidet kan igangsettes uten videre. Deltakerne har imidlertid ingen absolutt visshet om at samarbeidet er lovlig i forhold til Art 101.

(iii) Juridisk forutberegnelighet

Et kommisjonsvedtak i henhold til FKF om at et samarbeid er tillatt, er permanent. Så lenge samarbeidets karakter ikke endrer seg vil samarbeidet være tillatt selv om konkurranseforholdet eller andre ytre forhold endrer seg. Dette gjelder også om poolen etter hvert opparbeider seg en sterkere markedsposisjon enn forutsatt da vedtaket ble fattet.

¹⁰⁶ Det vises til det som er skrevet om ”Self assessments” i pkt 4.

Etter Art 101 er situasjonen at den konkurranserettslige vurdering foretas på bakgrunn av en aktuell markedsituasjon m.v. på et gitt tidspunkt. Ved endringer i poolen eller ved ytre endringer utenfor poolens kontroll, vil et samarbeide som tidligere var lovlig kunne bli ulovlig. Pooldeltakerne er derfor nødt til fortløpende å vurdere disse kompliserte spørsmålene. Konsekvensene av en uriktig vurdering av forholdet til Art 101 kan være alvorlige. Sanksjonene mot samarbeidsavtaler som er i strid med Art 101 kan være svært tyngende og kan ha alvorlige konsekvenser.

Som det fremgår, er det klart enklere, og derfor gunstigere, for pooldeltakere å forholde seg til reguleringene i FKF enn til reguleringene i Art 101. Det kan likevel være andre grunner til at deltakerne ikke ønsker å inngå i en pool som er organisert som et FFJV. Dette diskuteres i pkt 6.

5.3. Oversikt over gjeldende rett etter FKF.

a. Innledning

FKF trådte i kraft i 1990. Regelsettet har vært endret flere ganger. Det någjeldende regelsettet er fra 2004.

FKF regulerer flere typer virksomhets sammenslutninger. FFJV er en slik type og det er bare den som behandles i oppgaven.

b. Nærmere om definisjonen av FFJV

Definisjonen av FFJV følger av FKF Art 3 (4) jfr Art 3 (1) (b) Art 3 (1) – (4) lyder slik:

“Article 3

Definition of concentration

- 1. A concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from:
(a) the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings, or
(b) the acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings.*

- 2. Control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or in combination and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular by:
(a) ownership or the right to use all or part of the assets of an undertaking;
(b) rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking.*

- 3. Control is acquired by persons or undertakings which:
(a) are holders of the rights or entitled to rights under the contracts concerned; or
(b) while not being holders of such rights or entitled to rights under such contracts, have the power to exercise the rights deriving therefrom.*

- 4. The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1(b).”*

Det første grunnvilkåret Art 3 (1) (b), der det kreves at noen “overtar kontrollen” over et eller flere foretak. Det andre grunnvilkåret følger av Art 3 (4). Leses disse

bestemmelsene i sammenheng kan man slutte at samarbeidsforholdet omfattes av FKF art. 3 dersom følgende to vilkår er oppfylt:¹⁰⁷

- For det første må fellesforetaket etableres gjennom en foretakssammenslutning. Det følger av definisjonen at dette skjer når to eller flere personer eller foretak direkte eller indirekte helt eller delvis overtar kontrollen¹⁰⁸ over fellesforetaket.
- For det andre må det dreie seg om et fellesforetak som på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som går inn i en uavhengig økonomisk enhet (såkalt “full funksjon”).

Etter dette blir begrepene “felles kontroll” og “fullfunksjon” helt sentrale når man skal bedømme om et samarbeidsforhold faller innenfor anvendelsesområdet for FKF art. 3. Disse begrepene vil bli behandlet nærmere i pkt 5.6 og 5.7.¹⁰⁹

c. Terskelverdiene¹¹⁰

Terskelverdiene for meldeplikt til EU kommisjonen fremgår av FKF art. 1. Verdiene er knyttet til begrepet “the undertakings concerned”.¹¹¹

I Kommisjonens konsoliderte meddelelse om jurisdiksjon¹¹² gis det en veiledning om forståelsen av dette begrepet. I korte trekk er prinsippet at tilknyttede foretak skal

¹⁰⁷ Kolstad, Ryssdal. S. 624

¹⁰⁸ Art 3 nr 2 inneholder nærmere bestemmelser om hva grunnlaget for kontrollen kan være.

¹⁰⁹ Dette er behandlet i Kolstad, Ryssdal, side 625-632 og grundigere i Ryssdal. Det er også grundige fremstillinger i Ritter (2004) “European Competition Law: A Practitioner's Guide” s. 511 flg, og i Bellamy & Child “European Community Law of Competition” side 364-376.

¹¹⁰ Konkurransetilsynets høringsnotat av 22.06.2010 inneholder en del stoff om dette.

¹¹¹ Se art. 1. nr.2, jf. Art. 5 nr. 4 (a)

¹¹² Del c, okt. II.

konsolideres (slås sammen) når de aktuelle terskelverdiene skal beregnes. Når den samlede omsetningen for vedkommende “undertaking concerned” skal beregnes, skal altså også visse andre foretak tas med i beregningsgrunnlaget, jfr. Art. 5 nr. 4 (b) – (e).

Terskelverdiene beregnes altså ved å legge sammen to sett av verdier. For det første må det aktuelle foretaket sin egen omsetning m.v. beregnes. I tillegg skal omsetningen m.v. for visse tilknyttede foretak beregnes.

- Det er ellers verdt å nevne at dersom foretakssammenslutningen består av erverv av deler av et foretak, så skal det for selger kun tas hensyn til omsetningen i den del som erverves..¹¹³

Videre nevnes det at intern omsetning mellom de foretakene som skal slås sammen ikke skal med i beregningsgrunnlaget.¹¹⁴ Det samme gjelder omsetningen mellom de foretakene som slås sammen.¹¹⁵ Den tidligere nevnte konsoliderte meddelelse om jurisdiksjon gir en grundig innføring i hvordan internomsetning skal behandles, se særlig pkt. 5.1 og 5.2.

Terskelverdiene er knyttet til de aktuelle foretaks *omsetningstall*. Tallene fremgår av Art 1 (2) – (3) og er som følger:

Den prinsipale regelen finnes i Art 1 (2). Her fremgår det at fellesforetaket har EU dimensjon dersom følgende to kumulative vilkår er oppfylt:

- (a) Den samlede omsetning for de aktuelle foretakene overstiger EUR 5 milliarder på *verdensbasis*
- (b) Den individuelle omsetning for minst to av de aktuelle foretakene utgjør minst EUR 250 millioner i *EU området*.

¹¹³ Se FKE art. 5.nr. 4, jf. Art. 5 nr. 2, første avsnitt

¹¹⁴ Se FKF art. 5.nr 1, første avsnitt, siste setning

¹¹⁵ Se FKF art. 5. nr. 5, jf. Art 5. nr. 4 (b)

Den subsidiære regelen finnes i Art 1 (3). Det fremgår her at sammenslutninger som ikke oppfyller terskelverdiene i Art 1 (2) likevel har EU dimensjon dersom følgende fire kumulative vilkår er oppfylt:

- a) Den samlede omsetning for de aktuelle foretakene overstiger EUR 2,5 milliarder på verdensbasis.
- b) Den samlede omsetning for de aktuelle foretakene overstiger EUR 100 millioner i hver av minst tre EU medlemsstater.
- c) Omsetningen for hver av minst to av de aktuelle foretakene overstiger EUR 25 millioner i hver av minst tre av de EU medlemsstater som faller innenfor (b).
- d) Omsetningen for hver av minst to av de aktuelle foretakene overstiger EUR 100 millioner i hele EU området.

For både den prinsipale og den subsidiære regelen gjelder EU dimensjon likevel ikke dersom minst 2/3 av EU omsetningen for hver av de aktuelle foretakene skjer i kun en stat.¹¹⁶

Som det fremgår er terskelverdiene høye. Mange shippingpooler vil derfor ikke ha EU dimensjon.

5.4. Anvendelsen av FKF på shippingpooler. Innledning og oversikt over den videre behandlingen

a. Innledning

Som nevnt ovenfor, må følgende vilkår være oppfylt for at en pool skal betraktes som et FFJV:

¹¹⁶ Se Art 1 (2) siste ledd og Art 1 (3) siste ledd.

- Det må dreie seg om en “foretakssammenslutning”.
- Pooldeltagerne må ha “felles kontroll”.
- Poolen må ivareta “alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet”. Dette kriteriet kan igjen deles i to underkriterier,¹¹⁷ nemlig ”funksjonskriteriet” og ”uavhengighetskriteriet”.
- Poolen må være etablert på ”varig grunnlag”.

Vilkåret om at det må dreie seg om en ”foretakssammenslutning” behandles ikke nærmere. Opprettelsen av en pool vil nesten alltid vil skje ved at to eller flere rederier, som allerede betraktes som et “foretak”, inngår en avtale om “sammenslutning”.

Jeg behandler vilkåret om at det må foreligge “felles kontroll” i pkt. 5.5. Vilkåret om at poolen ”må ivareta alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet”, behandles i pkt 5.6. *Varighetsvilkåret* behandles i pkt 5.7.

Jeg understreker at det alltid vil bero på en helhetsvurdering om fullfunksjonstesten er oppfylt. Dette vil kunne innebære at dersom to eller tre vurderingsmomenter er oppfylt med god margin, vil man kunne se mindre strengt på andre momentene.

Tre saker om FFJV står særlig sentralt i forhold til shippingpools. Sakene har stor interesse i forhold til flere av de undervilkårene som må være oppfylt for at en pool skal godkjennes som FFJV. Det er henvist til disse sakene flere steder i oppgaven. Sakene er “NYK/LauritzenCool/LauCool saken”, “Wallenius/Wilhelmsen saken” og ”Wallenius/Wilhelmsen/Hyundai-saken”.

På grunn av at disse sakene er særlige interessante i forhold til shippingpools, foretar jeg i det følgende en grundig gjennomgang av disse.

b. NYK/Lauritzen Cool/Lau Cool JV-saken¹¹⁸

¹¹⁷ Se for eksempel Kolstad/Ryssdal side 628-629.

¹¹⁸ COMP/M. 3798

Dette er en sak som ble behandlet av kommisjonen i henhold til FKF. Kommisjonen vurderte flere sider av transaksjonen i forhold til regelverket i FKF. Kommisjonens vurderinger av om FFJV kriteriene var oppfylt er av betydelig interesse.

*(i) Sakens aktører*¹¹⁹

Lauritzen gruppen er en dansk rederigruppe, som har sin virksomhet innenfor flere segmenter. Et av disse er kjøleskipssegmentet (“reefer vessels”). En betydelig del av reefer divisjonen i gruppen ble drevet gjennom det heleide datterselskapet Lauritsen Cool AB (heretter kalt “LauCool”). LauCool eide ikke selv skip, men innbefraktet kjøleskip på kommersielle vilkår (“arms length”) fra tredjemenn og fra et skipseiende selskap i Lauritzen gruppen. Innbefraktningen skjedde normalt ved at det ble inngått relativt langsiktige tidscertepartier, men det ble også inngått korte certepartier for å komplettere flåten om nødvendig.

NYK er en stor japansk rederigruppe med store interesser innenfor linjefart, bulk virksomhet og logistikk.

NYK og LauCool eide på 50/50 basis selskapet Lauritsen Cool Logistics AB (heretter kalt “LCL”). Dette joint venture selskapet drev med logistikk og tilknyttet virksomhet i forhold til sine kunder.

(ii) Strukturen i det nye joint venture selskapet.

Det avtaleverket kommisjonen fikk forelagt bestod av følgende hovedelementer:

- NYK kjøper 50 % av aksjene i LauCool fra Lauritzen gruppen. Partene sin intensjon er at dette skal bli et FFJV.

¹¹⁹ Beskrivelsen nedenfor er basert på beskrivelsene i kommisjonens beslutning

- NYK overfører sin kommersielle management- og operasjonsvirksomhet til LauCool, inklusiv certepartiene for de skipene NYK hadde innbefraktet.
- NYK overfører sin aksjepost på 50 % i LCL til LauCool, slik at LCL blir 100 % eiet av LauCool.
- NYK og Lauritzen forplikter seg til å stille kjøleskipskapasitet til rådighet for LauCool i en periode (hvor stor kapasitet partene skulle stille til rådighet og for hvor lang periode er tatt ut av den publiserte beslutningen i henhold til Art 17(2) i Council Regulation (EC) No 139/2004 om taushetsplikt for forretningshemmeligheter.)
- LauCool skifter navn til “NYK LauritzenCool AB”.¹²⁰

(iii) Kommisjonens vurderinger av om kravene til felles kontroll og full funksjon var oppfylt.

Kommisjonens vurderinger av spørsmålene om ”felles kontroll” og ”full funksjon” er kortfattede og man er tydeligvis ikke i tvil om at vilkårene for å være et FFJV er oppfylt. Kommisjonens vurderinger gjengis her i sin helhet:

“III. CONCENTRATION

Joint Control

9. Following NYK’s acquisition of 50% of the shares in LauCool, LauCool will be a 50:50 joint venture with NYK and Lauritzen each holding half of LauCool’s issued share capital and enjoying equal voting rights. Pursuant to the Shareholders’ Agreement [description of the decision-making system]. In view of the above, NYK and Lauritzen therefore exercise joint control over LauCool.

Full Function Joint Venture

10. The joint venture concerns a company which is already in operation, and which performs all the functions usually carried out by undertakings in this type of services. LauCool has its own management and possesses the necessary human and financial resources in order to conduct its business on a lasting basis. LauCool’s key asset is its

¹²⁰ Selskapets navn er i dag NYKCool AB

worldwide network of marketing and operational contacts for the transport of perishable goods, the skilled technical expertise of its staff with their specialised industry knowledge and relevant IT skills. The joint venture operates its business autonomously, it has direct contacts with its customers without intervention of the parent companies. The obligation to provide vessel capacity to the joint venture by the parent companies is limited to a transitional [Ö] period. Thereafter, securing reefer capacity will be entirely the responsibility of LauCool's management and subject to arms length commercial negotiations with vessel owners.

11. Having regard to the above, the joint venture will perform on a lasting basis all the activities of an autonomous economic entity. NYK's acquisition of joint control of LauCool therefore constitutes a concentration within the meaning of Article 3(1)(b) of Council Regulation (EC) No 139/2004".

(iv) Kommisjonens øvrige vurderinger

Kommisjonen fastslo at samarbeidet hadde en EU dimensjon med omsetning på over EUR 5 milliarder på verdensbasis, der begge parter omsatte for over EUR 250 millioner i EU området. Omsetningene lå derfor over terskelverdiene. Deretter foretok kommisjonen grundige vurderinger av konkurransevirkningene av sammenslutningen. Jeg går ikke nærmere inn på disse vurderingene, men viser til avgjørelsen.

c. Wallenius/Wilhelmsen-saken¹²¹

Dette er en sak som ble behandlet av norske, svenske¹²² og finske konkurransemyndigheter. Omsetningstallene var ikke høye nok til at det var en EU dimensjon. Partene sendte derfor ikke notifikasjon til kommisjonen.

¹²¹ Se Konkurransetilsynets vedtak A 1999-16, 03.12.99 Wilh. Wilhelmsen ASA og Wallenius rederiene AB

¹²² Konkurranseslutning 450/1999. Vedtaket er på ½ side og sier bare at det ikke er grunnlag for inngrep

Det norske konkurransetilsynet vurderte bl.a. spørsmålet om FFJV kriteriene var oppfylt. Som det vil bli redgjort for nedenfor må det også kunne legges til grunn at kommisjonen har foretatt en tilsvarende vurdering.

(i) *Sakens parter*

Det norske redderiet Wilh. Wilhelmsen ASA er en meget betydelig rederigruppe, som driver innenfor flere segmenter. En viktig del av virksomheten er bilskipsvirksomhet. Walleniusrederierna AB (heretter kalt Wallenius) er en stor svensk rederibedrift, som er særlig engasjert innenfor bilskipsvirksomhet.

Wilhelmsen og Wallenius inngikk i 1999 avtale om sammenslåing av deler av rederienes virksomhet på den måte at de etablerte selskapet WalleniusWilhelmsen Lines AB¹²³ (heretter kalt Wallenius Willhelmsen) på 50/50 basis.

(ii) *Strukturen i det nystiftede poolselskapet*

Hovedstrukturen i poolavtalen var som følger:

- Partene skal hver eie 50 % av aksjene. De skal fra hver utpekes like mange styremedlemmer, men formannsvervet skal rotere. Beslutningene i styret avgjøres ved simpelt flertall. Enkelte viktige beslutninger krever likevel enstemmighet.
- Wilhelmsen og Wallenius beholder eierskapet til skipene samt ansvaret for den teknisk driften og bemanningen av disse.
- Partenes bilskip ble stilt til disposisjon for poolselskapet (Wallenius Wilhelmsen) på tidscertepartier. Ved å være tidsbefrakter for skipene skulle poolselskapet få full kommersiell og operasjonell disposisjonsrett over disse.

¹²³ Selskapet heter i dag WalleniusWilhelmsen Logistics AB

(iii) Konkurransemyndighetenes vurderinger

Det norske konkurransetilsynet skulle ta stilling til om WalleniusWilhelmsen var omfattet av de dagjeldende reglene om *bedriftserverv* eller om det var et *samarbeid* (som i så fall måtte vurderes i forhold til de konkurranserettslige regler om samarbeidsavtaler).

I utgangspunktet er konkurransetilsynets beslutning derfor av noe mindre interesse i forhold til det som er temaet i denne oppgaven. Tilsynet uttalte imidlertid følgende:

“Det er således flere likhetstrekk mellom den grensedragnings som gjøres under EØS-retten og den grensedragnings som er aktuell under konkurranseloven § 3-11. Konkurransetilsynet er dermed av den oppfatning at opprettelsen av fellesforetak ved nystiftelse, som tilføres virksomheten fra morselskapene og som bedømmes som selvstendig fungerende fellesforetak etter EØS-retten, som hovedregel også må anses som bedriftserverv i relasjon til § 3-11.”

På grunn av dette er Konkurransetilsynets vurderinger likevel interessante og rettskildemessig relevante i forhold til spørsmålet om WalleniusWilhelmsen skal anses som et FFJV i forhold til FKF.

WalleniusWilhelmsen avtalen ble også forelagt det svenske konkurransetilsynet. I en kortfattet beslutning ble det lagt til grunn at det ikke var grunn til å gripe inn fra konkurransetilsynets side. Jeg har fått opplyst at en tilsvarende beslutning er fattet av finske konkurransemyndigheter.

EU kommisjonen tok indirekte stilling til FFJV spørsmålet ved en annen anledning. Dette gjaldt en sak der WalleniusWilhelmsen, som en av flere kjøpere, kjøpte opp det franske selskapet CAT.¹²⁴

I kommisjonens beslutning ble det sagt følgende om WalleniusWilhelmsen:

“ 5. WalleniusWilhelmsen Lines AB (WWL) is a pre-existing fule function joint venture formed in 1999 by Wallenius rederiana AB (Wallenius) and Wilh. Wilhelmsen ASA (Wilhelmsen). It provides deep-sea transportation services..... ”

Uttalelsen må innebære at det er en sterk presumsjon for at kommisjonen prejudisielt må ha vurdert om vilkårene for å bli ansett som et FFJV var oppfylt før man beskrev WWL på denne måten.

Fordi Konkurransetilsynets vurderinger er relevante i forhold til FFJV testen i FKF gjengis de relevante delene av tilsynets beslutning:

”Det fremgår av partenes redgjørelse at aksjene skal fordeles likt mellom de to morselskaper. Aksjene vil gi lik stemmerett og partene skal ha fire av totalt åtte styremedlemmer hver. Retten til å utnevne styreformann vil rotere mellom partene. Avgjørelser i styret skal avgjøres ved simpelt flertall, med unntak av enkelte avgjørelser som krever enstemmighet. Dette synes å innebære at morselskapene har felles kontroll med fellesforetaket.

Som nevnt innledningsvis skal morselskapenes virksomhet knyttet til den kommersielle driften av deres ro-ro skip og bilskip overføres til fellesforetaket.....

Fellesforetaket vil ifølge partene operere i et marked i konkurranse med andre rederier og skal selv utføre alle de nødvendige funksjoner i denne forbindelse, herunder markedsføring, salg og kommersiell drift av skipene. Fellesforetaket kan på selvstendig

¹²⁴ Case no IV/m.2722. 25 February 2002

grunnlag beslutte å leie inn nye skip på tidscerteparti fra tredjeparter samt leie ut overflødige skip til andre. Eventuell forretningsvirksomhet mellom morselskapene og eller deres tilknyttede foretak skal etter avtalen skje på såkalt armlengdes avstand og på markedsbaserte vilkår. Fellesforetaket vil inngå befraktningsavtaler i eget navn og på egen risiko. Det skal tilføres tilstrekkelig økonomiske ressurser til å kunne drive selvstendig. Fellesforetaket vil på permanent basis få overført ansatte fra morselskapene.

Morselskapene beholder eierskapet til skipene samt ansvar for løpende kostnader i forbindelse med den tekniske driften av skipene, herunder bemanning og vedlikehold av disse. Fellesforetaket får imidlertid full disposisjonsrett over skipene. Skipene overføres til fellesforetaket på tidscerteparti. At eierskap og kommersiell drift av skipene er delt på denne måten er ikke uvanlig i bransjen. På bakgrunn av ovennevnte må det antas at fellesforetaket vil være i stand til å utføre alle funksjoner som normalt utføres av aktørene på vedkommende marked.

Avtalen mellom partene har i utgangspunktet en varighet på (Opplysningen er unntatt fra offentlighet, offentlighetsloven § 5a, varigheten er lenger enn 6 år,) og vil forlenges med perioder på (opplysningen er unntatt offentlighet, offentlighetsloven § 5a) år inntil den eventuelt blir oppsagt. Det fremgår av den foran nevnte kunngjøring fra Kommisjonen, (Kommisjonens kunngjøring om begrepet ”selvstendig fungerende joint ventures” punkt 15) at et fellesforetak kan anses opprettet på varig basis selv om det foreligger en tidsbegrensning i avtalen. Konkurransetilsynet antar at tidsbegrensningen i denne sak ikke innebærer at fellesforetaket ikke er etablert på varig basis.”

d. Wallenius/Wilhelmsen/Hyundai-saken¹²⁵

Dette er en sak som ble behandlet av kommisjonen i henhold til FKF. Kommisjonen behandlet flere aspekter av transaksjonen i forhold til regelverket i FKF. Det joint

¹²⁵ Case No COMP/M.2879 – Wallenius Lines AB/Wilhelmsen ASA/Huyndai Merchant Marine. November 2002.

venture selskapet som ble etablert, og som var gjenstand for kommisjonens behandling, var ikke en pool. Selskapet hadde egen tonnasje og skulle ikke operere skip eiet av sine eiere. Vurderingene av om FFJV kriteriene er oppfylt er likevel interessant i forhold til FFJV pooler.

(i) Sakens aktører

Sakens aktører var:

- Wilh. Wilhelmsen ASA ("Wilhelmsen") (Jeg viser til beskrivelsen av selskapet i pkt e ovenfor).
- Wallenius Lines AB ("Wallenius") (Jeg viser til beskrivelsen av selskapet i pkt e ovenfor).
- WalleniusWilhelmsen Lines ("WWL"). (Jeg viser til beskrivelsen i pkt e ovenfor).
- Hyundai Merchant Marine Co Ltd (Korea) ("HMM"). Et koreansk rederi med en betydelig flåte innenfor containertransport og biltransport. Rederiet var eid av HMC og KIA. Bilskipsvirksomheten var i all hovedsak basert på transport for HMC og KIA.
- "Ro-Ro Korea". Et joint venture selskap etablert av Wilhelmsen og Wallenius i forbindelse med transaksjonen. Eierfordelingen mellom disse selskapene er ikke oppgitt. Det er grunn til å tro at den er 50/50 som i WWL.
- The Hyundai Motor Company ("HMC").
- "KIA" .

(ii) Transaksjonen

Bilskipsvirksomheten i HMM, derunder bilskipene, transportavtalene med KIA og HMC, internasjonalt nettverk og de opparbeidede ruter skulle overføres til Ro-Ro Korea. Samtidig skulle KIA og HMC få minoritetsposter i selskapet for at de skulle få større innsyn i selskapets drift og økonomi. Dette fordi de var svært avhengig av selskapets transporttjenester i forbindelse med sin bileksport.

WWL var ikke part i transaksjonen, men ved de konkurransemessige vurderinger ble nærværende transaksjon selvsagt sett i sammenheng med WWLs markedsposisjon innenfor biltransport. Disse vurderinger hadde imidlertid ingen betydning i forhold til FFJV vurderingene, som kun omfattet Ro-Ro Korea.

(iii) Kommisjonens FFJV vurderinger

Kommisjonen kom til at FFJV kriteriene var oppfylt. Begrunnelsene gjengis delvis:

”III. CONCENTRATION

12. The acquisition by Wallenius and Wilhelmsen of joint control of the HMM Relevant Business constitutes a concentration within the meaning of Article 3 (1) (b) of the Merger Regulation.

13. The Board of Ro-Ro Korea will be composed of (...) Directors.(...) will be nominated by Wallenius and Wilhelmsen (“Group A Directors”) and (...) by HMC and KIA (“Group B Directors”)The shareholders’ Agreement provides that for the purpose of exercising Group A’s rights under the Agreement, Wallenius and Wilhelmsen shall act jointly as one party, and for the purpose of exercising Group B’s rights under the Agreement, HMC and KIA shall act jointly as one party. The Shareholder’s Agreement provides for a majority vote on matters concerning the strategic commercial behavior of the joint venture, such as appointment of the Chairman and the approval of the business plan and the budget. It can therefore be concluded that Wallenius and Wilhelmsen will exercise decisive influence over the strategic behavior of Ro-Ro Korea and will thus have joint control over the proposed joint venture.

14.....

15. Ro-Ro Korea will operate as a fully autonomous economic entity with its own chairman, CEO and chief financial officer, its own independent management and profit and loss sheets. It will operate its own vessels and will be free to determine its own commercial strategies. It will have its own marketing department, operational departments and issue its own bills of lading. Ro-Ro Korea will therefore be a full-function joint venture within the meaning of Article 3 (2) of the Merger Regulation.”

(iv) Kommisjonens øvrige vurderinger

Kommisjonen konstaterte at omsetningstallene for de relevante selskaper overskred terskelverdiene og foretok deretter grundige konkurransemessige vurderinger. (Det kan nevnes at kommisjonen i forbindelse med disse vurderingene tok stilling til om biltransport er linjefart eller spesialtransport. Under henvisning til de prinsipper som ble nedfelt i TAA¹²⁶ saken ble det fastslått at biltransport er spesialtransport og ikke linjefart.)

5.5. Kravet om at deltagerne skal ha “felles kontroll” over virksomheten

a. Innledning

Som nevnt ovenfor er det i henhold til FKF Art 1(b) jfr. Art 2 et vilkår for å omfattes av FKF at eierne i *fellesskap* overtar kontrollen (“felles kontroll”) over den virksomhet samarbeidet omfatter (m.a.o. over poolen).

b. Nærmere om begrepet ”kontroll”

Begrepet ”kontroll” er definert i Art 3 (2), som lyder slik:

”Control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or in combination and having regard to the consideration of fact and law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking.....”

Kravet er altså at man må ha *mulighet* til å utøve avgjørende innflytelse. Denne betingelse er oppfylt selv om man ikke nødvendigvis kommer til å benytte seg av denne muligheten. Det kreves imidlertid at denne muligheten er permanent og utvilsom.¹²⁷

¹²⁶ Kommisjonsavgjørelse 94/980/EC i sak No IV/34.446 – Trans-Atlantic Agreement (OJ L376, 31.12.1994)

¹²⁷ Se CCJN pkt 16 og Case T-282/02 Cementbouw v Commission, pkt 58, (2006) ECR II-319

Det er et viktig poeng at grunnlaget for kontrollmuligheten kan være rettslig eller faktisk og økonomisk, jfr formuleringen ”*constituted by rights, contracts or any other means...*”. Kontrollmuligheten kan altså være basert på flere ulike grunnlag. Det vanligste grunnlag for kontroll er nok selskapsvedtekter og aksjonær- eller joint venture avtaler.

c. Kravet om at deltakernes kontroll skal være ”felles”

Innholdet av dette vilkåret er utdypet i CCJN (Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004) pkt 62 – 82. Pkt 62 gir en god introduksjon til hva som ligger i begrepet. Pkt 62 lyder slik:

”Joint control exists where two or more undertakings or persons have the possibility of exercising decisive influence over another undertaking. Decisive influence in this sense normally means the power to block actions which determine the strategic commercial behaviour of an undertaking. Unlike sole control, which confers upon a specific shareholder the power to determine the strategic decisions in an undertaking, joint control is characterized by the possibility of a deadlock situation resulting from the power of two or more parent companies to reject proposed strategic decisions. It follows, therefore, that these shareholders must reach a common understanding in determining the commercial policy of the joint venture and that they are required to cooperate.(See also judgement in Case T-282/02 Cementbouw v Commission, paragraphs 42, 52, 67 (2006) ECR II-319)”

På same måte som for begrepet “kontroll”, kan grunnlaget for at kontrollen er ”felles” være enten juridiske eller faktiske forhold.¹²⁸ Kontrollen blir ansett for å være felles dersom partene er tvunget til å bli enige om vesentlige beslutninger knyttet til fellesforetaket.

¹²⁸ Se CCJN pkt 63.

d. Gjennomgang av relevant praksis

I Ryssdal s. 97 – 103 foretas det en utførlig gjennomgang av den mest relevante praksis knyttet til vilkåret om felles kontroll. Nedenfor følger en konsentrert gjengivelse av de saker Ryssdal behandler.

Shell/Exxon¹²⁹

Shell og Exxon skjøt begge inn eksisterende virksomheter i et joint venture. Hver av partene skulle eie 50 % og hver skulle utpeke 3 medlemmer til joint venturets styre. Videre var det bestemt at alle vesentlige beslutninger, derunder beslutninger om forretningsplaner og budsjetter, krevde samtykke fra begge parter.

Det ble lagt til grunn at kravet om “felles kontroll” var oppfylt med en slik struktur.

Thomason/Daimler Benz¹³⁰

Partene skjøt egen virksomhet og kapital inn i joint venture selskapet. I selskapets vedtekter var det bestemt at partene skulle ha like mange representanter i det sentrale selskapsorganet, at formannsvervet skulle rotere og at formannen ikke skulle ha dobbeltstemme. Alle beslutninger krevet enstemmighet. Dersom partene ikke oppnådde enighet om vesentlig beslutninger innen visse frister skulle det igangsettes en prosedyre med budrunder, som skulle ende opp med at en part kjøpte ut den andre.

¹²⁹ D.Comm. 8. juli 1998 OJ (1998) 252/9

¹³⁰ D. Comm. 21. mai 1996 OJ (1996) c 179/3

Det ble lagt til grunn at en slik modell (med likeverdighet i forhold til avstemninger og representasjon i selskapsorganene og med bestemmelse om utkjøp ved “dead lock”¹³¹) tilfredstilte kravene til “felles kontroll”.

Air France/British Airways¹³²

British Airways hadde kjøpt 49,9 % av det franske flyselskapet TAT. De resterende 51,1 % var eiet av det franske holdingselskapet TAT SA. Kommisjonen fant at den noe kompliserte avtalestruktur og den kommersielle totalsituasjonen samlet medførte at partene var gjensidig avhengige av hverandre og at det derfor forelå felles kontroll.

British Airways hadde for øvrig opsjon på å kjøpe de resterende 51,1 % av aksjene innenfor en tidsavgrenset periode (m.a.o. en call opsjon) og TAT hadde opsjon på å selge sine 51,1 % til British Airways innenfor samme periode (m.a.o. en put opsjon). Kommisjonen fant at dette systemet ikke var til hinder for at det forelå felles kontroll.

Kommisjonens beslutning ble brakt inn for domstolen (førsteinstansdomstolen) av konkurrenten Air France. Søksmålet førte ikke frem.

Endemol¹³³

Joint venture selskapet HMG ble etablert av de 2 eierne VMG og RTL. VMG hadde 49 % av aksjene og RTL 51 % og de hadde stemmerettigheter som tilsvarte aksjeinnehavet. Alle vesentlige beslutninger skulle avgjøres i generalforsamlingen. Det var krav om enstemmighet ved slike vesentlige beslutninger. Dersom enstemmighet

¹³¹ “Dead lock” er en betegnelse som ofte benyttes på situasjoner der det er et krav om enighet og slik enighet ikke oppnås. Det vil da ikke bli fattet noe vedtak i det hele tatt og situasjonen kan låse seg mellom partene og for deres felles virksomhet.

¹³² Sak T-2/93 Air France v Commission (1994) ECR II – 323)

¹³³ Sak T-221/95 Endemol Entertainment Holding BV v Commission (1999) ECR II - 12299

ikke ble oppnådd, skulle partene forhandle i en periode på 15 dager. Om man heller ikke da ble enige skulle spørsmålet avgjøres ved simpelt flertall, noe som ville innebære at RTL i utgangspunktet ville ha siste ordet alene. Det var imidlertid en bestemmelse i avtaleverket som ga VMG normal beskyttelse som minoritetsaksjonær. I tillegg var det enkelte beslutninger i forhold til viktige aspekter av virksomheten som krevde enstemmighet.

Kommisjonen kom til at det forelå felles kontroll selv om den ene part eide 51 % av aksjene og hadde 51 % av stemmene på generalforsamlingen og at flere viktige beslutninger kunne bli avgjort ved simpelt flertall (etter en forhandlingsperiode). Det avgjørende var tilsynelatende at enkelte helt vesentlige beslutninger likevel krevde enstemmighet og at kretsen av disse spørsmål var mer omfattende enn hva som er normal minoritetsbeskyttelse.

Avgjørelsen ble brakt inn for EU domstolen, men søksmålet førte ikke frem.

I tillegg til de ovennevnte saker, nevnes ytterligere fire saker:

Wallenius/Wilhelmsen

Konkurransetilsynet fremhevet at ”enkelte avgjørelser” krevet enstemmighet i styret, mens de øvrige ble avgjort ved simpelt flertall. Det ble opplyst at hver eier utpekte 4 styremedlemmer og at styreformannsvervet roterte. Det ble ikke opplyst om styreformannen hadde dobbeltstemme ved stemmelikhet. Det antas at så er tilfelle. Systemet innebærer derfor at den part som innehar styreformannsvervet kan gjennomføre en del beslutninger mot den annen parts stemme, men at dette ikke gjelder for de viktige beslutninger.¹³⁴

Wallenius Lines/Wilhelmsen/Huyn dai

¹³⁴ Man må kunne legge til grunn at Tilsynet med ”enkelte avgjørelser” mener de viktigste avgjørelsene.

Det vises til pkt 13 i kommisjonens vurderinger der det ble fastslått at Wallenius og Wilhelmsen hadde ”felles kontroll” over foretaket ved at de som gruppe hadde flertallet av eierposisjonene og stemmene i selskapet og at de måtte utøve sin stemmerett i fellesskap (og derved var gjensidig avhengig av hverandre). Dette ble sett i sammenheng med at de viktigste spørsmålene for selskapet kunne avgjøres ved flertallsavgjørelse. Wallenius og Wilhelmsen hadde derved full felles kontroll over de viktige beslutninger selv om minoritetsseierne KIA og HMC skulle stemme i mot. Kommisjonens resonnement om at Wallenius og Wilhelmsen har felles kontroll er lett å følge.

Kommisjonen kommenterer imidlertid ikke at de to minoritetsdeltakerne ikke har noen kontroll over de viktige beslutninger i selskapet. Forklaringen må ligge i at formålet med disse eierposisjonene og rett til å utpeke ett eller flere styremedlemmer kun var begrunnet i det legitime behovet for fullt innsyn i virksomheten. Eierpostene og retten til å utpeke styremedlemmer var tydeligvis ikke annet enn et instrument for å effektivisere innsynsretten. Deres interesser i selskapet var begrenset til interessen i å kunne følge med i virksomheten og økonomien til en helt sentral medkontrahent. I forhold til FFJV vurderingen ble de derfor ikke medregnet.¹³⁵

Hitachi/NEC-DRAM/JV¹³⁶

Her var det to deltakere, hver med en eierandel på 50 %. Aksjene hadde lik stemmerett og deltakerne hadde lik representasjon i de styrende organer. Beslutningsdyktighet var betinget av et fremmøte på minst to tredjedeler og det var krav om enstemmighet.

Bertelsmann/Kooperativa Forbundet/Bol Nordic¹³⁷

¹³⁵ Dette er ikke annet enn en spekulasjon da kommisjonen er taus på dette punkt og det ikke er sitert fra aksjonæravtalens bestemmelser som nærmere angir KIAs og HMCs posisjon i selskapet ut over det som er sitert om stemmerettsutøvelse og rett til å utpeke styremedlemmer.

¹³⁶ COMP/JV44 (2000)

¹³⁷ COMP/JV45 (2000)

Også her var det to deltakere, hver med en eierandel på 50 %. Aksjene hadde lik stemmerett og partene hadde lik representasjon i de styrende organer. Det var også et krav om tilslutning fra begge parter.

De to siste avgjørelsene er nevnt fordi de inneholdt en ekstra sikkerhet for at kontrollen virkelig er felles i enhver situasjon. Om en part er forhindret fra å delta, kan ingen beslutning fattes. Normalt er det ikke nødvendig med en slik ekstra sikkerhet for å oppfylle kravet om "felles kontroll."

e. Oppsummering og konklusjon¹³⁸

Ved avgjørelsen av om det foreligger "felles kontroll" må det foretas en helhetsvurdering der man både analyserer det juridiske avtaleverket og den reelle kommersielle situasjon. En viktig test er om partene etter en slik helhetsvurdering er gjensidig avhengig av hverandre, slik at kontrollen av den grunn er felles.

Det kreves ikke at partene har like store eierandeler i poolen. Det er derfor heller ikke noe til hinder for at det er flere enn to deltagere. De aller fleste av de FFJV som er behandlet i juridisk litteratur består likevel av to deltakere.

Det er heller ikke til hinder for at kravet om felles kontroll er oppfylt at den part som har høyest eierandel også har flere stemmer i forhold til en rekke avgjørelser. Det er imidlertid en helt avgjørende betingelse at hver part, også der det er tre eller flere parter, har rett til å blokkere helt vesentlige beslutninger ved en vetorett, dvs. ved at det er krav om enstemmighet ved slike beslutninger.

For shippingpooler er inngåelse av omfattende og langvarige kvantumskontrakter og inngåelse av lange tidscertepartier (både der man befrakter inn eller befrakter ut

¹³⁸ Mine konklusjoner bygger i hovedsak på de ovennevnte saker, på Ryssdal s. 94 – 105 og Kolstad/Ryssdal s. 625 - 628

tonnasje) typiske eksempler på vesentlige beslutninger. Denne type beslutninger er svært viktige for enhver pool. Er det korte eller små avtaler vil det være naturlig å se på det som en del av den daglige drift. For lange eller omfattende avtaler vil det være naturlig å se på det som vesentlige avtaler der det bør være et krav om enstemmighet.¹³⁹ Det er altså ikke bare for beslutninger av helt ekstraordinær karakter det må oppstilles et enstemmighetskrav. Det gjelder også for beslutninger som ligger innenfor poolens normale virksomhet dersom avtalen er tilstrekkelig omfattende. Det er ikke uvanlig at det i poolavtaler er bestemmelser om enstemmighet ved inngåelse av kvantumskontrakter eller tidscertepartier på over 1 år.

Klausuler om put/call prosedyrer dersom partene ikke blir enige vil normalt aksepteres som et alternativ til et absolutt avtalekrav om enstemmighet. En slik avtaleregulering er altså ikke til hinder for at samarbeidet betraktes som et FFJV.

Det er ikke tilstrekkelig at hver part har en vetorett i forhold til spørsmål som tilsvarende normale bestemmelser om minoritetsvern i aksjeselskaper etc. For at det skal foreligge "felles kontroll" må veto retten (i en eller annen form) omfatte klart flere spørsmål enn de som omfattes av normal minoritetsbeskyttelse.

Det kan se ut som om det heller ikke er noe absolutt krav om at deltakerne skal ha rett til representasjon i poolens styre eller i tilsvarende organ. Det avgjørende er vetoretten i viktige saker. Det er sannsynligvis tilstrekkelig at man har en rett til å gjøre denne gjeldende på generalforsamlingen (eller tilsvarende) forutsatt at alle viktige beslutninger avgjøres her.

Vilkåret om veto rett medfører at det er lite praktisk med et større antall deltakerne i FFJV pooler. Om det for eksempel er fem eller flere deltagere, som alle har veto rett, kan man oppleve at det ofte oppstår situasjoner som ikke kan løses. Med mange deltakere kan det også bli tungvint med det alternative regime med utkjøpsklausuler ved uenighet om vesentlige spørsmål.

¹³⁹ Se for eksempel Kolstad side 126 om dette.

5.6. Kravet om at poolen må ivareta de funksjonene som hører inn under en selvstendig og uavhengig enhet

5.6.1. Innledning

I dette avsnitt behandles kriteriene ”funksjonskriteriet” og ”uavhengighetskriteriet”, jfr det som er sagt om disse begrepene i pkt 5.5.a. Når det gjelder det nærmere innholdet i disse kriteriene, gir CCJN pkt 94-102 god veiledning. Det er særlig tre hovedmomenter som fremheves her. Disse er:

- *”Full function character essentially means that a joint venture must operate on a market, performing the functions normally carried out by undertakings operating on the same market”¹⁴⁰.*
- *“A joint venture is not full-function if it only takes over one specific function within the parent companies’ business activities without its own access to or presence on the market”¹⁴¹.*
- *“The strong presence of the parent companies in upstream or downstream markets is a factor to be taken into consideration in assessing the full-function character of a joint venture where this presence results in substantial sales or purchases between the parent companies and the joint venture”¹⁴².*

Disse tre momentene har sterk innbyrdes sammenheng og er til dels overlappende. Behandlingen av disse momentene nedenfor er inndelt i 12 underpunkter. Det bli på denne måten lettere å få frem de sentrale poengene. Man kan dele opp denne behandlingen på flere måter.¹⁴³ Uansett vil kriteriene overlappe hverandre.

Bedømmelsen av om denne delen av FFJV vilkårene er oppfylt, vil, som tidligere nevnt, alltid bero på en totalvurdering. Den sentrale hovedtesen er at poolen må være aktivt på

¹⁴⁰ Se CCJN pkt 94

¹⁴¹ Se CCJN pkt 95

¹⁴² Se CCJN pkt 97

¹⁴³ Se Kolstad/Ryssdal side 628

et marked der den ivaretar alle funksjoner som normalt ivaretas av aktører på det samme markedet og at den har tilstrekkelig uavhengighet fra pooldeltakerne.¹⁴⁴ Den oppdelingen som er benyttet i det følgende er foretatt på bakgrunn av en vurdering av hva som særlig bør undersøkes i forhold til shippingpooler. Behandlingen er delt opp i flere underpunkter enn det som er vanlig og som for eksempel er gjort i Kolstad/Ryssdal og Kolstad, jfr henvisningene i note 147 ovenfor.

5.6.2. Kreves det at poolen selv eier skip?

Det er ikke noe krav om at poolen (m.a.o. poolselskapet) selv må eie skip. NYK/Lauritzen Cool/Lau Cool saken og Wallenius/Wilhelmsen er klare eksempler på dette. Som kjent eide JV selskapene ikke selv skip her. Bakgrunnen for at det ikke oppstilles et slikt krav er at det ikke er uvanlig innenfor shippingvirksomhet at den kommersielle kontrollen over skipene overføres fra rederier til befraktere under tidscertepartier, til management selskaper, til forskjellige former for operatører og til befraktningspooler. Den tjeneste rederier og de over nevnte typer aktører tilbyr til sine kunder er transporttjenester. Det er ikke nødvendig å eie skip for å kunne tilby slike transporttjenester. En pool er derfor fullt ut i stand til å utføre alle funksjoner i markedet for sjøtransporttjenester uten å eie skip. Det sentrale er at poolen må ha avtaler om kommersiell disposisjonsrett over skip som gjør at den er i stand til å tilby og til å gjennomføre transporttjenester.

5.6.3. Poolen må overta mer enn bare noen funksjoner av deltagernes virksomhet (grensen mellom full-funksjon og partiell funksjon)

a. Innledning

Som tidligere nevnt må man ta stilling til en rekke underspørsmål for å avgjøre om poolen kan betegnes som et FFJV. Et av disse er om poolen ivaretar *alle* de funksjonene som normalt ivaretas av aktører på det samme markedet.

¹⁴⁴ Se Kolstad/Ryssdal side 628 med videre henvisninger.

Dette er en særlig aktuell problemstilling for poolavtaler. Grunnen til dette er at tekniske drift, bemanning og kontrahering/kjøp og finansiering av skipene ligger hos deltakerne og kommersiell drift og operasjon hos poolen. Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig til at poolen er et full funksjons JV og ikke bare et partiell funksjon JV.

I CCJN pkt 96 er dette spørsmålet godt illustrert. Som eksempel nevnes JV som eier eiendommer og hovedformålet med strukturen er av skattemessig og finansiell karakter. Det sies om disse tilfellene at dersom eiendomsservervene er *”based on financial resources provided by the parents, it will not usually be considered to be full-function, as it lacks an autonomous, long term business activity on the market and will typically also lack the necessary resources to operate independently.”*

Deretter fremheves det hva som skal til for at det skal foreligge full funksjon:

”This has to be distinguished from joint ventures that are actively managing a real estate portfolio and who act on their own behalf on the market, which typically indicates full-functionality.”¹⁴⁵

Det sies altså at det er en typisk indikasjon på at det foreligger et FFJV der joint venture selskapet aktivt opererer en eiendomsportefølje i markedet på egne vegne. Eksempelet beskriver en virksomhet som har store likhetstrekk med den virksomheten en shippingpool normalt utøver.

b. Gjennomgang av relevant praksis

Spørsmålet om de funksjonene et joint venture har overtatt er for mangelfulle til å oppfylle kravet til full funksjon ble blant annet behandlet i Assicurazioni

¹⁴⁵ Det er her også vist til to saker: Case IV/M. 929 DIA/Veba immobilen/Deutschbau av 23 juni 1997 og Case COMP/M. 3325 Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf av 23 januar 2004.

Generali/Unicredito v Commission¹⁴⁶. Det ble her fastslått at joint venture selv må utføre alle sentrale oppgaver knyttet til sin virksomhet for at full funksjonstesten skal være oppfylt. Dersom joint venture er avhengig av deltakerne for å kunne utføre en eller flere av de oppgavene som normalt tilligger den virksomheten joint venture selskapet utøver, er det ikke et FFJV.

Wallenius/Willhelmsen

Her ble det uten videre lagt til grunn at det ikke er uvanelig i bransjen at et shippingselskap ikke selv har ansvaret for teknisk drift mv., men kun for kommersielle driften og operasjonen av skipene. Mange operatører baserer seg helt eller delvis på tonnasje innbefraktet på tidscertepartier. Som kjent er rollefordelingen her at rederiet (bortfrakter) står for teknisk drift, bemanning m.v., mens befrakter har den kommersielle kontroll og opererer skipet i markedet. Et poolselskap opererer derfor på samme måte som mange andre aktører i shippingbransjen.

c. Oppsummering og konklusjon

Man kan trykt kunne si at en pool oppfyller FFJV vilkårene selv om teknisk drift, bemanning, forsikring m.v. av skipene ligger hos pooldeltakerne som eiere av skipene. Disse funksjonene er selvsagt en svært viktig del av shippingvirksomheten. Likevel er det ikke nødvendig for en aktør i markedet for kommersiell drift av en flåte skip å utføre disse funksjonene. Markedet for kommersiell operasjon av skip er et eget marked og man har full tilgang til dette markedet uten å ivareta de tekniske funksjonene m.v.

5.6.4. Hvilken betydning har det om poolen bare, eller i hovedsak, skal operere deltakernes skip.

a. Innledning

¹⁴⁶ Assicurazioni Generali SpA and Unicredito SpA v Commission of the European Communities (1999) ECR II-203, se særlig para 71-77

Hovedformålet med pooler er å skaffe optimal beskjeftigelse og fortjeneste for deltakernes skip. Dette er gjerne nedfelt i formålsbestemmelsen eller i andre bestemmelser i poolavtalen. Normalt åpnes det også for at poolen kan innbefrakte skip fra tredjemenn i markedet for å oppfylle sine transportforpliktelser eller for å optimalisere driften.

Det kan spørres om en pool er tilstrekkelig uavhengig fra eierne når den i utgangspunktet særlig skal operere pooldeltakernes skip. Et joint venture er for bundet til eierne der det er underleverandør, videreselger eller foredler av eiernes produkter.¹⁴⁷ Konsekvensen vil være at FFJV vilkårene på dette punktet ikke er oppfylt.

Det er ikke noe i veien for at det er kommersielle bånd mellom et joint venture og eierne basert på langvarige avtaler. Det er imidlertid viktig at slike avtaler er inngått på kommersielle vilkår¹⁴⁸ og at joint venture selskapet tilfører verdier ved sin egen virksomhet.

Problemstillingen er behandlet i CCJN pkt 97-102. I det følgende siteres de avsnittene som er av særlig betydning for shippingpooler:

”(97) The strong presence of the parent companies in upstream or downstream markets is a factor to be taken into consideration in assessing the full-function character of a joint venture where this presence results in substantial sales or purchases between the parent companies and the joint venture. The fact that, for an initial start-up period only, the joint venture relies almost entirely on sales to or purchase from its parent companies does not normally affect its full-functioning character. Such a start-up period may be necessary in order to establish the joint venture on a market. But the period will normally not exceed a period of three years, depending on the specific conditions of the markets in question.”

¹⁴⁷ Se Kolstad/Ryssdal side 629

¹⁴⁸ Kolstad/Ryssdal side 629

.....

“(101) In relation to purchases made by the joint venture from its parent companies, the full-function character of the joint venture is questionable in particular where little value is added to the products or services concerned at the level of the joint venture itself. In such a situation, the joint venture may be closer to a joint sales agency.”

.....

“(102) However, in contrast to this situation where a joint venture is active in a trade market, it normally will not be an auxiliary sales agency but a full-function joint venture. A trade market is characterized by the existence of companies which specialize in the selling and distribution of products without being vertically integrated in addition to those who are integrated, and where different sources of supply are available for the products in question.....In order to constitute a full-function joint venture in a trade market, an undertaking must have the necessary facilities and be likely to obtain a substantial proportion of its supplies not from its parent companies but also from other competing sources”

En shippingpool oppfyller verdiskapningselementet i de siterte avsnittene. Spørsmålet er om det er et problem at poolen i all hovedsak skal basere seg på kommersiell drift av *deltakernes* skip.

b. Relevant praksis

Spørsmålet har vært oppe i flere saker. De mest sentrale sakene vil her bli gjennomgått.

NYK/Lauritzen cool/Lau Cool¹⁴⁹

I forbindelse med dette spørsmålet konstaterte kommisjonen at deltakernes plikt til å tilføre poolen tonnasje bare skulle gjelde for en overgangsperiode og at poolen selv skulle tilstrebe å skaffe skip i markedet. Det er uklart hvor stor vekt kommisjonen la på dette aspektet av avtaleverket, men det at dette ble fremhevet viser at det var av betydning.

¹⁴⁹ Case no camp/m. 3798. 19 august 2005

GE Capital/Sea Containers¹⁵⁰

Saken gjaldt et nystiftet joint venture, som skulle operere et høyt antall containere. Kommisjonen fremhevet at det ikke var til hinder for å bli ansett for å være et FFJV at joint venturet skulle operere eiernes containere.

Preussag/Voest-Alpine¹⁵¹ (der kommisjonen kom til at FFJV vilkårene ikke var oppfylt), KLM/Alitalia¹⁵² og Wallenius/Wilhelmsen er også av interesse, men behandles ikke nærmere i denne sammenheng.

c. Oppsummering og konklusjon

Det kan synes som om rettstilstanden ikke er helt klar på dette punktet. Det sikre er at det ikke er noe i veien for et konsept der poolen i all hovedsak skal basere seg på skip stilt rådighet av deltakerne selv. Det er imidlertid klare holdepunkter for at det er et krav om at en mindre del av den flåten poolen opererer må være innbefraktet fra tredjemenn. Sannsynligvis er det tilstrekkelig at poolen har en rett til slik innbefraktning og at det ikke kreves at denne retten faktisk benyttes.

5.6.5. Hvilke krav stilles til omfanget av poolens kommersielle kontroll over skipene

a. Innledning

Som fastslått kreves det ikke at poolen selv eier skip. Kravet er at poolen må ha den kommersielle kontrollen over skipene. Spørsmålet er hvor omfattende poolens kommersielle kontroll over skipene må være.

¹⁵⁰ Case No 4/m. 1020. 28 april 1998

¹⁵¹ Case No IV/M. 979. Preussag/Voest-Alpine av 1. Oktober 1997

¹⁵² Case No 4/m.0019. 11. August 1999

b. Relevant praksis

Spørsmålet er berørt i NYK/Lauritzen/LauCool, GE Capital/Sea Containers og Wallenius/Wilhelmsen, som alle er behandlet tidligere.

Ytterligere tre saker kan nevnes:

Bramble/Ernewal/JV¹⁵³

Spørsmålet var her om joint venture selskapet var et FFJV. Deltakernes virksomhet, som skulle overføres til joint venturet, bestod i operasjon av et høyt antall tank containere. Deltakerne beholdt eiendomsretten til containerne og leide ut disse til joint venturet. Det ble inngått en management avtale mellom deltakerne og joint venturet som, sammen med leieavtalen, ga joint venturet full kommersiell disposisjonsrett over containerne. Kommisjonen la vesentlig vekt på at joint venturet hadde full strategisk og kommersiell kontroll over containerne og derfor kunne operere den samlede containerpark på en effektiv måte. Kommisjonen kom derfor til at FFJV testen var oppfylt.

Dupont/Hitachi¹⁵⁴

Joint venture selskapet skulle utvikle deltakernes aktiviteter ytterligere, derunder produksjonen. Joint venturet eide ikke egne produksjonsfasiliteter, men hadde inngått en leieavtale med de to eierene. Leieavtalen ga joint venturet full strategisk kontroll over eiernes produksjonsmidler i en overgangsperiode på 5 år. Kommisjonen aksepterte denne ordningen. Selv om det her var snakk om en 5 års avtale, tyder kommisjonens begrunnelse på at man også ville ha akseptert en modell med en vesentlig lenger leieavtale.¹⁵⁵

Philips/Chevron Chemicals/JV

¹⁵³ Bramble/Ernewal/JV (M. 2023, 2000)

¹⁵⁴ Dupont/Hitachi. (M. 994, 1997)

¹⁵⁵ Se Kolstad, s 128 med videre henvisninger.

I Phillips Chevron Chemicals/JV¹⁵⁶ fremgikk det av kommisjonens premisser at en struktur der deltakerne eier produksjonsmidlene og leier disse ut til joint venture selskapet, må dette ikke vare lenger enn nødvendig.¹⁵⁷ På bakgrunn av denne saken kan det argumenteres for at det må dreie seg om en overgangsordning.

c. Oppsummering og konklusjon

Det er et grunnleggende krav at det er poolen, og ikke deltakerne, som skal ha den kommersielle kontroll over skipene. Likevel kan pooldeltakerne, på samme måte som eiere i et hvert annet selskap, ha den overordnede styrings- og beslutningsrett i poolen. Dette gjelder også i forhold til den kommersielle disponeringen av skipene.

Pooldeltakerne kan gjennom selskapsorganene delta i avgjørelser om disponeringen av poolens flåte. Det som er problematisk er om de enkelte pooldeltakere har en viss kontroll over den kommersielle disponeringen av *egne* skip. Dersom dette er tilfelle vil resultatet kunne bli at poolen anses for ikke å ha en tilstrekkelig omfattende kommersiell kontroll. Bestemmelser om at det kreves samtykke fra de enkelte pooldeltakere for langsiktig disponering av deres skip er derfor vanskelig å forene med dette FFJV vilkåret. Dette gjelder likevel ikke dersom det er tale om å disponere et skip ut over det tidspunkt hvor deltakerne har rett til å trekke seg ut av poolen.¹⁵⁸

Selv om deltakerne har rett til å styre poolens virksomhet gjennom poolens organer, må denne styring og kontroll ikke være for detaljert i forhold til skipene. Om nesten enhver transportavtale skal godkjennes av et deltakerorgan vil resultatet bli at poolen ikke har tilstrekkelig kommersiell kontroll over skipene. Dette synspunktet er også relevant i forhold til de spørsmålene som behandles i pkt 5.6.7

¹⁵⁶ Philips Chevron Chemicals/JV (M. 1966, 2000)

¹⁵⁷ Se Kolstad side 128.

¹⁵⁸ Se om tidshorisont spørsmålet i pkt 5.7

5.6.6. Poolens bemanning og faglige kompetanse

Poolen må oppfylle visse krav i forhold til bemanning og deres faglige kompetanse m.v. I CCJN pkt 94c er dette uttrykt slik:

”...the joint venture must have a management dedicated to its day-to-day operations and access to sufficient resources including finance, staff, and assets.....in order to conduct on a lasting basis its business activities within the area provided for in the joint venture agreement. The personnel do not necessarily need to be employed by the joint venture itself. If it is standard practice in the industry where the joint venture is operating, it may be sufficient if third parties envisage the staffing under an operational agreement or if staff is assigned by an interim employment agency. The secondment of personnel by the parent companies may also be sufficient if this is done either only for a start-up period or if the joint venture deals with the parent companies in the same way as with third parties. The latter case requires that the joint venture deals with the parents at arm’s length on the basis of normal commercial conditions and that the joint venture is also free to recruit its own employees or to obtain staff via third parties”.

Som tidligere nevnt¹⁵⁹ ivaretar pooler normalt blant annet følgende funksjoner:

- a) Markedsføring av skipene.
- b) Forhandling og inngåelse av kontrakter for beskjeftigelse av skipene.
- c) Operasjon av skipene og løpende kontakt med befraktere og kunder.
- d) Løpende kontakt med havnemyndigheter, lostjenester, terminaloperatører, m.v.
- e) Forhandlinger og kontraktinngåelser ved innbefraktning av tonnasje fra andre enn pooldeltakerne.
- f) Forhandling og kontraktsinngåelser i forbindelse med bunkring, proviantering m.v.

For at poolen skal betraktes som tilstrekkelig selvstendig i forhold til pooldeltakerne og til å være i stand til på egenhånd å ivareta de funksjoner andre operatører på markedet

¹⁵⁹ Se pkt 2.3. c

ivaretar, må flere vilkår være oppfylt i forhold til bemanning, kompetanse, distribusjonsnett m.v.

For det første må poolen ha egne ansatte som er tilstrekkelige mange og har den nødvendige kompetansen til å ivareta alle sider av de funksjoner som er listet opp i pkt (a) – (f) ovenfor. Et viktig poeng her er at de aktuelle personene i utgangspunktet må være ansatt i poolen på ordinær måte og ikke utlånt, utleiet eller lignende fra deltakerne. Poolen må videre ha egne IT-systemer, egne kunderelasjoner og kontaktnett m.v. som er nødvendige for å ivareta disse funksjonene. Det er likevel ikke noe i veien for at de aktuelle personene tidligere har vært ansatt hos deltakerne eller at IT-systemer, kunderelasjoner, kontaktnett m.v. er overtatt fra deltakerne. Dersom to eller flere rederier oppretter en pool (som er ment å være en FFJV) og derved overfører de nevnte funksjonene til poolen, er det naturlig at de også overfører relevant personell med rett kompetanse og hjelpemidler. Poenget er at alle formelle bånd til deltakerne for disse personer må avsluttes når overføringen skjer.

Det er likevel ikke noe i veien for at en pool i enkelte perioder leier inn personell fra en eller flere deltakere. I spesielle situasjoner kan en pool også på permanent basis leie inn personer fra deltakerne for å ivareta spesielle konkrete oppgaver. Det kreves da at poolen har full styrings- og instruksjonsrett over disse personene i forhold til de oppgaver de utfører for poolen.¹⁶⁰ Videre kreves det at dette gjøres på markedsmessige betingelser.

I det ovennevnte sitatet fra CCJN pkt 94 sies det at et JV i relativt stor utstrekning kan basere seg på innleiet personell og/eller outsourcing¹⁶¹ av betydelige funksjoner så lenge dette er vanlig i den nisje JV opererer. I den nisje shipping pooler opererer, nemlig kommersiell management og operasjon av en flåte med skip, er det vanlig at alle sentrale funksjoner er bemannet av egne ansatte. Unntakene kan være IT support og

¹⁶⁰ Se Kolstad side 127 med videre henvisninger, blant annet til Rhone Poulenc Chirnie/Lyonnaise des Eaux (M. 266, 1992) og Elf/Texaco/Antifreeze JV (M. 1135, 1992).

¹⁶¹ Se Case IV/M. 560 EDS/Lufthansa av 11. mai 1995.

regnskapsføring, som kan være utkontrahert. Dette er funksjoner det er vanlig å kontrahere ut i en rekke bransjer.

I helhetsvurderingen vil det også bli tillagt vekt om poolen har egne lokaler som er klart adskilt fra deltakernes.¹⁶²

To saker, som gjaldt litt spesielle situasjoner, er her av interesse.

Voest Alpine/Davy International¹⁶³

JV hadde her en avtalefestet *rett* til å kreve tilførsel av ytterligere ekspertise og bemanning fra eierne.

Nokia/Autoliv¹⁶⁴

JV hadde her en ensidig *rett* til å si opp en serviceavtale med en av eierne. Serviceavtalen omfattet blant annet bemanningstjenester.

Avtalestrukturen i disse sakene hindret ikke at joint venturene ble ansett som FFJV.

5.6.7. Poolens beslutningsmyndighet og pooldeltakernes innflytelse

Poolen må ha en eksklusiv rett til å utføre de funksjonene den er tillagt. Det kan altså ikke være slik at også deltakernes ansatte har rett til å utføre enkelte eller deler av disse funksjonene ved siden av poolens ansatte.

Det er normalt at det i poolavtalen er klare bestemmelser som begrenser pooladministrasjonens kompetanse. Det er bl.a. vanlig at administrasjonen ikke kan inngå avtaler over en viss varighet (for eksempel 12 måneder) eller over en viss verdi

¹⁶² Se blant annet RSB/Tenex/Fuel Logistic (M. 904, 1997) der dette ble tillagt vekt

¹⁶³ Case IV/M.585 Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd av 7. september 1995

¹⁶⁴ Case IV/M. 686 Nokia/Autoliv av 5. februar 1996.

uten samtykke fra styret eller fra deltakerne i en eller annen form. Også i forhold til overordnede strategibeslutninger etc, er det naturlig at eierne (pooldeltakerne) har beslutningsmyndigheten.

CCJN pkt 93 er her av interesse:

”(93) The fact that a joint venture may be a full-function undertaking and therefore economically autonomous from an operational viewpoint does not mean that it enjoys autonomy as regards the adoption of its strategic decisions. Otherwise, a jointly controlled undertaking could never be considered a full-function joint venture and therefore the condition laid down in Article 3(4) would never be complied with¹⁶⁵. It is therefore sufficient for the criterion of full-functionality if the joint venture is autonomous in operational respect.”

Det som her sies må være temmelig selvsagt. Det er ikke noe i veien for at pooldeltakerne kan utøve normale eierrettigheter i poolen. Blant disse er retten til å ta alle overordnede beslutninger og til å instruere den daglige ledelsen når det gjelder strategier og viktige forhold.

For at FFJV kravene skal være oppfylt må det imidlertid kreves at det bare er kontraktsinngåelser som er så vidt store at det ikke dreier seg om “daglig drift” som krever eiersamtykke.

Det er imidlertid svært viktig at eierinnflytelsen skjer gjennom poolens organer.

Mange pooler (men ikke alle) har en organisasjonsstruktur som har mye til felles med aksjeselskaper, nemlig at det er en administrasjon og daglig ledelse som har kompetanse til å forestå “den daglige drift”, et styre som ivaretar de normale styrefunksjonene og et eierorgan på toppen.

¹⁶⁵ Case T-282/02 Cementbouw v Commission, pkt 62 (2006) ECR II-319

Er poolen organisert på denne måten, er det ingen tvil om at fullfunksjonstesten består på dette punktet. Det er heller ikke noe problem om eierne hver for seg har vetorett i viktige spørsmål (noe som jo ikke er ordningen i normale aksjeselskaper). Som nevnt i pkt 5.5 er det tvert imot et vilkår for å bli akseptert som FFJV at hver enkelt eier har vetorett eller liknende i viktige spørsmål av hensyn til kravet om “felles kontroll”.

Det er selvsagt ikke noe i veien for at pooldeltakerne utøver en høy grad av aktivitet når det gjelder driften av poolen. Det er som kjent heller ikke uvanlig at eierne i normale aksjeselskaper med få aksjonærer opptrer som “aktive eiere” og engasjerer seg kraftig. For pooler som skal godkjennes som FFJV er det imidlertid viktig at aktiviteten skjer i poolens organer og ikke direkte fra deltakerne til administrasjonen og at organene respekterer poolavtalens bestemmelser om kompetansefordeling.

Når det gjelder kunderelasjoner, kontaktnett, IT-systemer etc, må det sannsynligvis kreves at disse er tilstrekkelig komplette til at poolen ikke er avhengig av støtte fra deltakerne. Det er likevel ikke noe i veien for at poolen i en overgangsperiode kan motta slik støtte. Det vises til det som er skrevet om dette i pkt 7.6.6. Poolens administrasjon vil uansett meget enkelt ha løpende kontakt med meglere og på den måten raskt opparbeide et stort kontaktnett.

5.6.8 Kreves det at poolen har eget utstyr og egne fasiliteter knyttet til kommersiell drift og operasjon av skipene?

I forhold til shippingpooler er dette særlig et spørsmål om det er et vilkår under fullfunksjonstesten at poolen har eget lastehåndteringsutstyr (kraner m.v.), egen tilgang til terminaler, lagringstanker, lagerskur etc. Også denne problemstillingen knytter seg til vilkåret om at poolen skal ha de resurser som kreves for å opptre uavhengig av pooldeltakerne og på samme måte som andre aktører i samme markedet.

Spørsmålet om i hvilken grad et joint venture må eie eller ha tilgang til diverse utstyr og fasiliteter, er nevnt i CCJN, bl.a. i pkt 94 og 102:

”(94) ...the joint venture must have.....access to sufficient resources including finance, staff and assets (tangible and intangible) in order to conduct on a lasting basis its business activities within the area provided for in the joint venture agreement.....”

.....
“(102).....In addition, many trade markets may require operators to invest in specific facilities such as outlets, stockholding, warehouses, depots, transport fleets and sales and service personnel. In order to constitute a full-function joint venture in a trade market, an undertaking must have the necessary facilities..... ”

For shippingpooler kan det på bakgrunn av ovennevnte sitatene ikke oppstilles noe krav om at poolene må eie eller ha tilgang til¹⁶⁶ utstyr som kraner eller annet lastehåndteringsutstyr. Det samme gjelder fasiliteter som lagerfasiliteter, terminaler etc. Tilgang til slikt utstyr og slike fasiliteter kan gi en pool et betydelig konkurransefortrinn, men er normalt likevel ikke *nødvendig* for å oppfylle dette elementet i FFJV testen.

Dersom poolen får tilgang til slikt utstyr og fasiliteter fra pooldeltakerne på ikke-kommersielle vilkår over en lengre periode, kan det imidlertid være et problem. En slik ordning kan tilsi at man er avhengig av å ha slike tilganger for å kunne konkurrere i det aktuelle markedet. Skulle dette være tilfelle må man eventuelt leie utstyr og fasiliteter på markedsmessige vilkår fra pooldeltakerne. Aller helst bør man på egen hånd skaffe seg tilgang på slikt i markedet.

5.6.9. Kreves det at poolen har egen tilleggsvirksomhet?

¹⁶⁶ Ved langsiktige leieavtaler eller lignende

Det kan reises spørsmål om poolen må ha egen tilleggsvirksomhet ut over kjernevirksomheten, som går ut på kommersiell drift og operasjon av skip. Spørsmålet har sammenheng med de spørsmålene som behandles i pkt 5.7.12.

Problemstillingen reises fordi det ble nevnt i WalleniusWilhelmsen saken - og sannsynligvis tillagt en viss vekt - at WalleniusWilhelmsen, i tillegg til å forestå den kommersielle driften og operasjonen av skipene tilhørende eierne, eide og opererte en stor logistikkvirksomhet.

Som påpekt i pkt 5.6.4 er det i utgangspunktet ikke helt uproblematisk at en pool i all hovedsak baserer sin virksomhet på skip stilt til rådighet fra pooldeltakerne.¹⁶⁷ Dersom dette er tilfelle – noe det er for de aller fleste pooler – kreves det at det skapes verdier av poolen som et resultat av poolens virksomhet. Dersom verdiskapningen er lav, vil poolen kunne betraktes som en slags salgsagentvirksomhet for pooldeltakerne. Om poolen i en slik situasjon har egen tilleggsvirksomhet, vil dette kunne trekke i motsatt retning ved den totalvurdering som skal foretas.

De aller fleste pooler skaper verdier ved sin virksomhet. Det er da ikke nødvendig med noen tilleggsvirksomhet, med mindre det er vanlig blant aktørene på samme marked å ha en spesiell tilleggsvirksomhet. Det er det nok ikke i noen shipping trades.

Konklusjonen må være at det ikke er noe absolutt krav under fullfunksjonstesten at poolen har tilleggsvirksomhet. Som nevnt flere steder beror imidlertid avgjørelsen av fullfunksjonstesten på en helhetsvurdering der flere faktorer tillegges vekt. Om poolen har en slik tilleggsvirksomhet vil det selvsagt være positivt ved helhetsvurderingen.

5.6.10. Poolens finansielle ressurser

¹⁶⁷ Jfr også CCJN pkt 101..

Et vesentlig element i fullfunksjonstesten, er om poolen har tilgang til tilstrekkelig finansielle ressurser og for øvrig har en balanse som tilfredsstillende kravene til å være en “uavhengig økonomisk enhet.”¹⁶⁸

Spørsmålet er med andre ord om poolen selv har tilgang til tilstrekkelige finansielle ressursene og har en balanse som gjør at den på egenhånd kan drive sin virksomhet. Poolen må altså kunne utøve sin virksomhet uten å være finansielt avhengig av eierne.

Det som her må vurderes er blant annet poolselskapets formelle selskapskapital (tilsvarende aksjekapital i et norsk aksjeselskap), egenkapitalen, arbeidskapitalen og likviditeten.

Den grunnleggende testen tilsvarer kanskje kravet i aksjelovens § 3-4 om forsvarlig egenkapital, der det står at et aksjeselskap til enhver tid skal “ha egenkapital som er forsvarlig ut ifra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”. Dette er sannsynligvis det absolutte minimumskrav. Det vil nok i tillegg kreves at poolen selv er i stand til å inngå alle avtaler som forutsetningsvis skal inngås, basert på egen økonomisk styrke. Dersom medkontrahenter regelmessig krever sikkerhetsstillelse fra deltakerne passerer poolen neppe fullfunksjonstesten. Dette prinsippet kan imidlertid ikke være unntaksfritt. Om poolen skal inngå en helt spesielt omfattende avtale, som klart faller utenfor poolens normale virksomhet, kan det ikke være noe i veien for at det stilles garantier fra deltakerne.

Ved vurderingen av ballansen ser man på kontantbeholdningen og andre likvide midler. Videre ser man på fysiske eiendeler (lasteutstyr, IT-utstyr m.v.). I tillegg bør verdien av inngåtte kontrakter med befraktere og kunder tas i betraktning. Disse verdiene kan være betydelige. En langsiktig kvantumskontrakt representerer store verdier om den er inngått på fornuftige betingelser, selv om den også medfører betydelige forpliktelser.

¹⁶⁸ Kolstad, side 129, Ryssdal, s. 519, CCJN pkt 101.

Også leieavtaler knyttet til terminaler rundt om i verden vil kunne representere betydelige verdier denne sammenheng.

Når det gjelder den formelle selskapskapitalen og poolens egenkapital, har neppe den formelle selskapskapitalen særlig betydning i denne sammenheng. Egenkapitalen er et resultat av passiva og aktiva i ballansen. Det må være den verdijusterte egenkapital som er avgjørende, altså en egenkapital beregnet på grunnlag av virkelige verdier.

Det mest kritiske er kanskje at poolen til enhver tid må ha en betryggende arbeidskapital og likviditet til å kunne dekke sine løpende forpliktelser på kort og mellomlang sikt. Det kan ikke være noe i veien for at poolens arbeidskapital og likviditet er basert på at poolen har en kassakreditt i en bank ved at deltakerne har stilt garanti til banken.¹⁶⁹ Det må nok da kreves at kassakreditten (og derved garantiene) er langsiktig og tilstrekkelig romslig til at poolen kan møte økonomiske svingninger. Videre må poolen kunne trekke på kassakreditten uten å innhente samtykke fra deltakerne. Poolen må altså ha økonomi til å kunne fatte egne økonomiske beslutninger (innen visse grenser) uten noen form for samtykke fra eierne.

Man kommer her inn på den vanlige modellen i pooler for deltakerens vederlag for de skip som er satt inn i poolen og for fordelingen av overskudd. Hovedreglen er at poolen utbetaler nettoresultatet av driften av poolen til deltakerne (i h.t. pool points eller lignende). Videre er det vanlig at poolen kan beregne et visst vederlag for sine tjenester til deltakerne, som holdes tilbake før utbetaling skjer. På denne måten vil poolen gradvis kunne opparbeide seg en større og større egenkapital og fri likviditet.

På grunn av dette systemet vil poolen i utgangspunktet ikke være avhengig av så store finansielle ressurser som virksomhetens økonomiske omfang skulle tilsi. En stor del av markedsrisikoen m.v. tilbakeføres ved denne modellen til eierne. Kravet om tilstrekkelig finansielle ressurser må derfor tilpasses, slik at poolen må ha de ressurser som er nødvendige for å kunne drive på egenhånd basert på avtaleverket for poolen.

¹⁶⁹ Se Kolstad side 130.

Det ble i WalleniusWilhelmsen saken pekt på dette forholdet. I NYK/LauritzenCool ble det bare konstatert at joint venture *“possesses the necessary financial resources in order to conduct its business on a lasting basis”*.

Dersom poolen også – i stor eller liten grad – baserer seg på innbefraktet tonnasje fra tredjemenn på vanlige faste rater, vil kravet til finansielle ressurser kunne skjerpes. Poolen vil her selv påta seg en økonomisk risiko.

Jeg nevner også at det i KLM/Alitalia-saken¹⁷⁰ ble godtatt at det ikke ble etablert et særskilt rettssubjekt for joint venture. Likevel ble det altså akseptert at dette hadde tilstrekkelig egen finansiell styrke.

5.6.11. Firmanavn, logo etc.

Et element i helhetsvurderingen, er om poolselskapet har eget navn, egen logo og kjennetegn m.v. I Ryssdal, s. 519 ble dette kriteriet formulert slik at joint venture må ha *“sitt eget firmanavn eller varemerke som skiller virksomheten fra eierens”*.

Slik jeg ser det kan dette vilkåret ikke kan anvendes for strengt i forhold til shippingpooler.

Når det gjelder navnet på selve poolsamarbeidet, er det ikke noe i veien for at dette er laget ved å kombinere deltagerens navn. WalleniusWilhelmsen er et godt eksempel på dette. Det kan neppe heller være noe i veien for at logoen og skrifttype for poolens navn minner om deltagerens logo og skrifttype. Det bør nok likevel kreves at det er såpass stor forskjell at det ikke er grunnlag for noen forveksling av poolen og deltakerne. Det må ikke være uklart om en avtale er inngått med en deltaker eller med poolen.

Det er åpenbart ikke noe i veien for at de skipene deltakerne har satt inn i poolen fortsetter å bære rederiets skorsteinsmerke og øvrige kjennetegn. Poolen driver som

¹⁷⁰ Sak IV/M.0019 KLM/Alitalia

kjent med kommersiell management og operasjon av skip. Også en rekke operatører innenfor shipping baserer store deler av sin virksomhet på innbefraktet tonnasje. Alle i bransjen er klar over dette og det oppstår derfor ingen misforståelser eller forvekslinger om poolens skip bærer deltakernes kjennetegn.

Det er imidlertid viktig at det ikke er tvil om at poolen opererer på egen risiko og at det er klart når det er poolen som er leverandør og når det er deltakerne. Poolen må oppfattes som en selvstendig leverandør av shippingtjenester. Det er for det første viktig at alle avtaler inngås i poolens navn¹⁷¹. Videre må poolen selv foreta markedsføring og forhandlinger i forbindelse med avtaleinngåelser og all kommunikasjon med medkontrahenter i kontraktperioden. Det er ikke noe i veien for at visse avtaler krever godkjennelse fra eierne. Slike godkjennelsesprosesser skal likevel ikke gjøres kjent for forhandlingsmotparten i forbindelse med kontraktsinngåelser. Dette vil kunne frata poolen status som en selvstendig operatør i markedet. Opplysninger om at en vesentlig avtale må styregodkjennes – på samme måte som i andre selskaper - er likevel uproblematisk.

5.6.12. Poolens virksomhet må skape verdier

De fleste shippingpooler er, som tidligere beskrevet, basert på at poolen i all hovedsak opererer deltakernes skip i markedet. Skipene i seg selv har jo en meget høy verdi. Det kan derfor spørres om det egentlig er skipene (inklusive den tekniske drift og bemanning av disse) som i realiteten skaper de verdier som oppstår, og ikke poolens kommersielle drift og operasjon.

Ved fullfunksjonsvurderingen er det et krav om at joint venturet selv generer en verdiskapning av betydning.¹⁷² For den type joint venture som baserer seg på leveranser fra deltakerne (slik som ved shippingpooler), er dette et særlig kritisk tema.

¹⁷¹ I Astrolink (M. 551, 1995) la kommisjonen vesentlig vekt på at JV inngikk alle kontrakter i eget navn.

¹⁷² Se bl.a. CCJN pkt 101.

Det kan ikke være tvilsomt at shippingpooler selv skaper verdier. Det finnes en rekke andre aktører enn pooler som fullt ut eller langt på vei baserer seg på innbefraktet tonnasje. Om dette ikke skaper overskudd ville ikke slike aktører vært i markedet.

For øvrig er det neppe nødvendig å begrunne nærmere at et poolselskap med høy egen kompetanse på kommersiell management og operasjon og som har viktige kontaktnett, velutviklede databaser og IT-systemer, mv. skaper verdier. I tillegg kommer stordriftfordeler ved poolsamarbeid som medfører sterkere forhandlingsposisjoner, kostnadsbesparelser, effektiviseringsgevinster ved operasjoner og ikke minst muligheten for å få tilgang til store og lønnsomme kvantumskontrakter deltakerne ellers ikke ville fått.

Det følger for øvrig forutsetningsvis av Wallenius/Wilhelmsen saken at vilkåret om verdiskapning hos poolen er oppfylt selv om man i hovedsak baserer seg på tonnasje fra deltakerne.

Selvsagt er skipene et sentralt element ved verdiskapningen. Dette gjelder kanskje særlig moderne og spesialiserte skip som opereres i helt spesielle markeder. Poenget er imidlertid at det ikke kreves at det bare er poolen som skaper verdier for poolsamarbeidet. Kravet er at poolen skaper verdier av betydning i tillegg til den verdiskapning som skipene og den tekniske driften av disse representerer.

5.6.13. Poolen må være noe mer enn en underordnet salgs- eller markedsføringsagent for deltakernes virksomhet

Det uttrykkes ofte at en pool ikke anses som et FFJV om det i realiteten ikke er mer en underordnet salgs- eller distribusjonsagent for pooldeltakerne. I forhold til den relativt detaljerte inndeling av ”undervilkår” jeg har basert meg på i min fremstilling, er dette vilkåret i realiteten en oppsummering som omfatter flere av de undervilkår jeg har behandlet. Jeg behandler derfor ikke dette særskilt.

Det er imidlertid viktig å være klar over at denne betegnelsen ofte benyttes som en viktig ”sekkebetegnelse” for flere forhold som er viktige ved den totalvurdering som alltid skal foretas ved FFJV vurderingen.¹⁷³ Hovedpoenget er at vilkåret understreker betydningen av uavhengighet fra pooldeltakerne.

5.7. Hvilke krav stilles til tidshorisonten for poolen?

Etter FKF Art 3 nr 4 kreves at det må dreie seg om et joint venture ”*performing on a lasting basis*”. Spørsmålet er hva som ligger i dette vilkåret. Spørsmålet har vært behandlet av kommisjonen ved noen anledninger og er kommentert i CCJN pkt 103 – 105.

Vilkåret om ”*lasting basis*” innebærer at partene må ha som *intensjon* at poolen skal ha en slik tidshorisont.¹⁷⁴ Dette vil man normalt kunne bedømme ved å se på hvilke ressurser partene har overført til poolen og på vilkårene for dette.

En bestemmelse i poolavtalen om at en deltaker kan kreve seg innløst, kreve den/de andre utløst eller kreve poolen oppløst ved forskjellige former for mislighold, er ikke til hinder for at poolen anses etablert på varig basis.¹⁷⁵ Det samme gjelder dersom det inntreffer bristende forutsetninger av vesentlig karakter. En slik forutsetningssvikt kan være at partene til stadighet er uenige om fundamentale spørsmål.¹⁷⁶

Det er heller ikke noe i veien for at poolavtalen inneholder utkjøpsklausuler, som gir en part rett til å kjøpe den annen parts andel på nærmere bestemte vilkår eller til å selge sin andel til den annen part. Poolselskapet vil jo her fortsette å eksistere som et

¹⁷³ Se om dette vilkåret i Kolstad, side 131 flg

¹⁷⁴ CCJN pkt 103.

¹⁷⁵ CCJN pkt 103.

¹⁷⁶ Case IV/M. 891 Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith av 23. April 1997

fullfunksjonsselskap. At det etter et slikt utkjøp ikke lenger er tale om en pool er en annen sak. I forhold til FFJV vurderingen er dette uten betydning.¹⁷⁷

Det kan stille seg annerledes om en av partene i en pool med to deltakere har rett til å kreve seg *utløst* fra poolen uten at det foreligger mislighold og med en kort frist. Poolen oppfyller i disse tilfellene ikke varighetskravet.¹⁷⁸ Dersom oppsigelsesfristen er lang eller den ikke kan utøves f r et visst antall år etter at poolen ble etablert, stiller det seg annerledes. Utløsningen vil medføre at halvparten av poolens ressurser overføres til den parten som trer ut.¹⁷⁹ En slik avtale må i denne sammenhengen likestilles med avtaler om at poolen skal ha en nærmere bestemt levetid. Dette behandles nedenfor.

En poolavtale kan inneholde bestemmelser om at den automatisk skal opphøre etter et visst antall år eller at den enkelte part har rett til å si opp avtalen etter et visst antall år. Er perioden lang nok, er slike avtalebestemmelser ikke til hinder for at varighetskravet er oppfylt. Den mest sentrale praksisen som finnes om dette gjennomgås nedenfor.

Dersom poolen er etablert for å gjennomføre et spesielt prosjekt, som i seg selv er tidsbegrenset, er varighetskravet ikke oppfylt.¹⁸⁰ Man kan for eksempel tenke seg at bergningsselskaper, tungl ftselskaper eller andre inngår et poolsamarbeide for å by på og gjennomføre en svært komplisert og tidskrevende vrakfjerningsoperasjon eller et oppdrag for fjerning av faste boreplattformer når de ikke lenger produserer olje. Dersom prosjektet har en så lang tidshorisont at minstekravene på dette punkt er oppfylt, må det stille seg annerledes.

¹⁷⁷ Jeg viser til blant annet Air France/British Airways saken gjennomgått i pkt 7.6. Det forelå her en put/call avtale mellom de to parter. Dette var ikke til hinder for at samarbeidet ble akseptert som et FFJV.

¹⁷⁸ Se likevel pkt 7.8. om pooler med flere enn to deltakere.

¹⁷⁹ For utløsning i pooler med flere enn to deltakere vises til pkt 5.9

¹⁸⁰ CCJN pkt104

Som nevnt ovenfor vil poolen oppfylle kravet til varighet selv om det er avtalt at den skal opphøre på et nærmere avtalt tidspunkt. Det finnes noe praksis for hvor lang tidshorisonnt det må være for poolens levetid for at den skal betraktes som varig

I DaimlerChrysler/Deutsche TelecomJV¹⁸¹ ble en periode på 12 år ansett for å være tilstrekkelig. I Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV¹⁸² ble en periode på 8 år akseptert. I Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien¹⁸³ la kommisjonen til grunn at en periode på 10-15 år vil være tilstrekkelig, men at 3 år ikke er det.

I Wallenius/Wilhelmsen er antall leveår for poolen unntatt fra offentligheten i Konkurransetilsynets offentliggjorte avgjørelse. Det sies imidlertid at varigheten er lenger enn 6 år og at dette er tilstrekkelig.

Når det gjelder tidshorisonnten for poolens levetid kan man etter dette kunne si at en avtalt levetid på 3 år er utilstrekkelig og at en avtalt levetid på 6 – 8 år er tilstrekkelig. Om en levetid på noe under 6 – 8 år etter omstendighetene vil kunne være tilstrekkelig, er det ikke direkte holdepunkter for å si noe om. Det bør likevel legges til grunn at dette ikke er tilstrekkelig. Også her er det grunn til å minne om at det uansett alltid vil bero på en helhetsvurdering om FFJV vilkårene skal anses som oppfylt. Dette kan ha betydning for en pool der partene har rett til å si opp avtaleforholdet etter en periode på ca 6 år.

5.8. Særlige spørsmål for pooler med flere enn to deltakere

Som tidligere nevnt gjelder praktisk talt alle avgjørelser fra kommisjonen og fra EU domstolen om FFJV spørsmål joint ventures med to deltakere. Svært mye av det som sies i CCJN er basert på samme forutsetning. Det samme gjelder juridisk litteratur på området. Årsaken til dette må være at en meget stor andel av de FFJV som er etablert har kun to deltakere.

¹⁸¹ Case COMP/M. 2903 DaimlerChrysler/Deutsche Telecom/JV av 30. April 2003

¹⁸² Case COMP/M.2632 Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV av 11. Februar 2002

¹⁸³ Case COMP/M. 3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien av 20. Juli 2005.

I det følgende diskuteres kort enkelte særlige spørsmål som kan oppstå der en FFJV pool har flere enn to deltakere.

Det er viktig å huske på at betingelsene for å bli akseptert som et FFJV knytter seg til poolen som sådan og ikke til deltakerne. Hovedregelen må derfor være at endringer på deltakersiden ikke har betydning i forhold til FFJV bedømmelsen. Om endringer på deltakersiden har den virkningen at poolen endrer karakter, vil det kunne stille seg annerledes.

Man kan for eksempel tenke seg en pool med fem deltakere, som hver har satt inn åtte skip i poolen, hvor to navngitte deltakere har en rett til å trekke seg og sine skip ut på kort varsel uten at det foreligger mislighold eller lignende. Sannsynligvis vil en slik klausul ikke skape problemer i forhold til FFJV bedømmelsen. Forutsetningen er jo at poolen er tilstrekkelig selvstendig i forhold til eierne og nødvendige egne ressurser m.v. Om poolen har tre eller fem eiere skal da ikke spille noen eiere. En forutsetning må da være at de pooldeltakere som trer ut, ikke har krav på utdelinger fra poolen i forbindelse med uttrede som medfører at poolen ikke lenger har evne til å opptre som en selvstendig aktør i markedet.

En vilkår for at ovennevnte utløsningsrett skal kunne godkjennes i forhold til FFJV bedømmelsen, må være at ikke *alle* deltakerne har en slik rett. Det ville stride mot de kravene som stilles til tidshorisonten for poolen.

6. I HVILKEN GRAD ER FFJV KONSEPTET EGNET FOR SHIPPING POOLER?

6.1. Innledning

Det kan oppnås klare fordeler ved å strukturere en pool som et FFJV. Det vises i denne forbindelse til sammenlikningen av reguleringene i FKF og Art 101 i pkt 5.2. b. Reguleringene er vesentlig mer gunstige etter FKF enn etter Art 101. Dette gjelder i forhold til inngrepskriteriene, prosedyreregler og juridisk forutbergnelighet. Disse meget betydelige fordelene gjelder for FFJV pooler med EU dimensjon.

De fleste pooler har imidlertid ikke en slik omsetning at de vil ha EU dimensjon. Om slike pooler struktureres som FFJV pooler vil de komme i en enda gunstigere posisjon i forhold til EU regelverket ved at de verken omfattes av FKF reguleringene eller av Art 101 reguleringene. Dette kan skape en svært gunstig situasjon for de aktuelle pooler.

De potensielle ulempene kan også være store. Dette vil imidlertid være forskjellig fra pool til pool og avhenger blant annet av antall deltakere, om deltakerne skal være omtrent like store, om man går inn i en trade som nødvendigvis krever langsiktighet, om deltakerne kjenner hverandre godt og stoler på hverandre basert på tidligere samarbeidsforhold, om man har sammenfallende syn på risikospørsmål og strategispørsmål m.v.

Nedenfor vurderes enkelte av de spørsmålene som typisk reguleres i poolavtaler for å undersøke i hvilken grad disse tilsier at man ikke bør etablere en FFJV pool.

6.2. Avtaleklausuler om poolens bemanning og ressurser

Slike klausuler er et kritisk punkt i forhold til FFJV testen. Det er svært viktig at poolen har egen bemanning og egne ressurser som gjør den i stand til å opptre selvstendig og uavhengig i forhold til eierne.¹⁸⁴ Det bør fremgå klart at poolen skal ha *egne* ansatte

¹⁸⁴ Se pkt 5.6.6

med nødvendig ekspertise og i tilstrekkelig antall til å kunne opptre selvstendig og uavhengig av eierne i sitt marked. Poolen må også selv ha nødvendige datasystemer og andre arbeidsverktøy. Det vil også være en fordel om poolen har egne lokaler.

Det kan medføre store oppstart investeringer og høye løpende kostnader å etablere en fullverdig stab med fullverdige hjelpemidler og utstyr. Dette er en nødvendig kostnad dersom man ønsker at samarbeidet skal anses som et FFJV. Dette vil kunne være en negativ faktor i forhold til å strukturere poolen som et FFJV. Ofte bygges ressursene opp ved at deltakerne overfører egne ressurser med endelig virkning. Det kan i en del tilfelle oppfattes som negativt å tappe egen organisasjon på denne måten.

6.3. Poolens økonomi

Også dette er et kritisk punkt i forhold til FFJV testen.¹⁸⁵ Økonomien i pooler vil ofte være basert på at poolen skal ha den nødvendige likviditet og arbeidskapital til å oppfylle sine forpliktelser og til å utføre sine oppgaver på en god måte på kort og mellomlang sikt, men likevel ikke mer enn det som er nødvendig i henhold til budsjetter og estimater. Pooldeltakernes utgangspunkt vil være at størst mulig del av poolens driftsinntekter løpende distribueres i henhold til certepartiene og poolpoint systemet. Et system med lavest mulig kapital på poolens hånd vil da være kombinert med bestemmelser om at deltakerne har plikt til å skyte inn ekstra likviditet ved behov.

Et slikt system vil ikke være forenelig med FFJV vilkårene. Poolen kan helt klart ikke være avhengig av tilførsel av kapital fra deltakerne ved budsjettavvik. Poolavtalen må være bygget opp slik at poolen har en økonomi som tåler budsjettavvik og uventede kostnader eller tap.

Pooldeltakerne må være innstilt på å binde opp relativt store økonomiske ressurser i poolen for å oppfylle dette FFJV kriteriet. Dette vil kunne oppfattes som en betydelig ulempe.

¹⁸⁵ Se pkt 5.6.10.

6.4. Avtaleklausuler om poolens organisasjonsstruktur

Det viktige i forhold til FFJV testen er at deltakernes innflytelse i poolen utelukkende skjer via deltakelse i de nevnte organene og at de beslutninger som treffes er *organets* beslutninger.¹⁸⁶

Det er ikke uvanlig med avtaleklausuler om at den enkelte deltakers samtykke er nødvendig dersom et av hans skip skal forpliktes i en kontrakt med en varighet over et visst antall måneder eller år. Ett år er i disse tilfellene ikke uvanlig. Dette er ikke forenelig med FFJV vilkårene. Det er også et FFJV vilkår at pooladministrasjonen har en vid myndighet til å fatte beslutninger om normal løpende drift. Om pooladministrasjonens myndighet er meget snever, vil poolen ikke ha den nødvendige uavhengighet fra deltakerne.

Mange rederier vil kunne oppfatte det som problematisk å akseptere en så liten direkte kontroll over poolen og over disponeringen av de skip han har satt inn i poolen.

6.5. Stemmerettsbestemmelser

Dette er kanskje det mest kritiske punktet i forhold til FFJV vilkårene. Det kreves jo at pooldeltakerne har ”felles kontroll” over poolen, noe som innebærer at det kreves enstemmighet for de viktigste beslutningene i poolen.¹⁸⁷

Stemmeretten i styre/poolkomite vil normalt være basert på prinsippet om en stemme pr person, mens stemmeretten i deltakermøtet normalt er basert på en stemme pr skip eller en stemme pr et visst antall pool points. Avstemninger i styre/poolkomite avgjøres oftest ved simpelt flertall. I deltakermøtet er det ofte slik at enkelte beslutninger

¹⁸⁶ Se pkt 5.6.7.

¹⁸⁷ Se pkt 5.5.

avgjøres ved simpelt flertall, noen ved 2/3 flertall og enkelte helt grunnleggende ved enstemmighet. Det gjelder normalt beslutninger om endringer i poolavtalen, fusjoner, opptak av nye deltakere m.v.

FFJV vilkåret om "felles kontroll" innebærer at flere typer beslutninger enn de som er nevnt ovenfor krever enstemmighet. Flere typer viktige kommersielle beslutninger, men som likevel er normale beslutninger, må være basert på enighet. Dette er en av grunnene til at mange vil kunne kvie seg for å delta i en FFJV basert pool.

Dersom poolen har to deltakere og disse skal være omtrent like store vil betenkelighetene være klart mindre. Om det til stadighet oppstår situasjoner der det, på grunn av uenighet, ikke fattes beslutning i det hele tatt, vil man normalt bli enige om å avslutte samarbeidet. Om det ikke oppnås enighet om dette, vil en av deltakerne etter omstendighetene kunne kreve oppløsning etter læren om bristende forutsetninger eller lignende.¹⁸⁸

Dersom poolen består av flere deltakere vil betenkeligheten øke. Selv om man begrenser området for enstemmighetsregelen til et minimum i forhold til det som er tillatt etter FFJV bestemmelsene, vil risikoen for manglende beslutning øke. Særlig unaturlig vil det være å ha slike enstemmighetsregler der noen deltakere er store og andre små. Det er svært urimelig om en deltaker som representerer 5 % av poolens flåte skal kunne blokkere en beslutning (for eksempel en strategi beslutning) som de øvrige deltakere sterkt ønsker.

Denne urimeligheten kan reduseres ved at de øvrige deltagerne kan gis en rett til å kjøpe ut deltakere som blokkerer beslutninger ved å nedlegge veto. Dette vil ikke i seg selv medføre at poolen ikke er et FFJV. FFJV bedømmelsen er imidlertid alltid en totalvurdering. Det kan derfor tenkes at slike klausuler, sett i sammenheng med andre klausuler, kan være problematiske.

¹⁸⁸ Se pkt 5.7.

6.6. Deltakernes rett til å trekke ut skip

Dersom poolen skal oppfylle FFJV vilkårene må klausuler om uttrekningsrett utformes med stor forsiktighet og omtanke. Det naturlige vil kanskje være å bestemme at hver deltaker har en rett til å trekke ut for eksempel inntil 30 % av den flåte han opprinnelig satte inn i poolen. Ved utformingen av slike bestemmelser må det også tas hensyn til at poolen skal forbli en aktør som har styrke til å opptre i markedet på samme måte som de øvrige aktørene i samme marked. Det er sannsynligvis en nedre grense for det antall skip poolen må ha til disposisjon.

6.7. Deltakernes rett til å trekke seg ut fra poolen eller til å kreve poolen oppløst

Sammen med stemmerettsbestemmelsene er dette det mest kritiske punkt i forhold til FFJV kriteriene.

De fleste poolavtaler gir deltakerne en nesten betingelsesløs rett til å trekke seg ut fra poolen med visse frister. Disse er ofte på 1 år. Dette er ikke forenelig med varighetskravet i FKF. Det kreves at poolen må ha minimum levetid på 6- 8 år. Innenfor denne perioden skal det ikke være mulig å trekke seg ut eller kreve poolen oppløst, med mindre det foreligger vesentlig mislighold eller lignende¹⁸⁹.

Svært mange vil ha meget store betenkeligheter med å *forplikte seg* til et samarbeid for en så lang periode og med bestemmelser om at sentrale kommersielle beslutninger krever enstemmighet.

På den annen side kan en gjensidig langsiktig forpliktelse i enkelte situasjoner være attraktivt. Det er da tryggere å inngå langsiktige kvantumskontrakter m.v. Ofte vil det kanskje også være en betingelse for å få tilgang til slike kontrakter. Enkelte rederier vil

¹⁸⁹ Se pkt 5.7.

kanskje også føle seg på tryggere grunn om de skal investere i spesialisert tonnasje som forutsetter tilgang til spesielle kvantumskontrakter. Om de andre deltakere kan trekke seg ut med kort frist, vil slike investeringer kunne oppfattes som mer risikofylte.

Som behandlet 7.8. kan det stille seg annerledes dersom poolen har flere enn to deltakere. Kravet i FKF er at *poolen* må være etablert på varig grunnlag, det vil si minimum 6 – 8 år.

Utfordringen består i å lage en klausul om dette som er slik at den sikrer at poolen vil ha tilstrekkelig varighet og være av samme karakter i denne perioden. Man kan for eksempel opprette to klasser med deltakere, der den ene klasse (klasse B) gis rett til å trekke seg ut med 12 måneders frist og den annen klasse (klasse A) ikke har en slik rett før det har gått 7 år. Motstykket kan for eksempel være at A klassen har større innflytelse i poolen¹⁹⁰ og at de har en rett til å utløse deltakerne i B klassen når som helst med en frist på 12 måneder. De kan også gis større rettigheter til å sette inn nye skip.

6.8. Oppsummering

Fordelene ved å strukturere en pool som et FFJV er åpenbare, jfr pkt 6.1.

Når det gjelder ulempene, er det to som skiller seg ut. Den ene er at deltakerne må binde seg for en periode som er lang, minst 6 år. Selv om dette kan oppfattes som fordelaktig i enkelte situasjoner, vil svært mange oppfatte dette som en klar ulempe. Dette gjelder ikke bare for aktører som ønsker å gå raskt inn og ut av markeder og eierposisjoner, men også aktører som driver industriell shipping med en langsiktig horisont. Handlefriheten begrenses og man kan bli bundet opp i vanskelige samarbeidsforhold. Den andre er kravet om at deltakerne må ha ”felles kontroll”.

¹⁹⁰ Samtlige deltakere må likevel gis en innflytelse som er tilstrekkelig til å oppfylle ”felles kontroll” kriteriet.

7. Kilder

Norske Lover:

- Linjekonferanseloven 8. juni 1984 nr. 55
- Sjøloven 24. juni 1994 nr. 39.

Forarbeider

- NOU-2003-12. konkurranse-loven.
- NOU 1993:36 Godsbefordring til sjøs, Sjøloven.

Forskrifter

- Den *materielle* del av Fusjonskontrollforordningen er inntatt i del II kap XIV i forskrift om materielle konkurranseregler i EØS avtalen av 4. desember 1992 nr. 964 og den *prosessuelle* del i del III kap XIII i forskrift om prosessuelle deler i konkurranseregler i EØS avtalen m.v. nr. 996 av 4. desember 1992 nr. 966.

Fra EU:

Traktater/folkerettslige avtaler:

EF-traktaten
Europeiske

Traktat om opprettelsen av Det

Fellesskap, Roma 25. mars 1957
(Romatraktaten)

EØS-avtalen

Avtale om Det Europeiske
Økonomiske
Samarbeidsområde, Porto 2. mai 1992

Forordninger

- Rådsforordning nr. 1419/2006 av 25. september 2006
- Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger
- Rådsforordning 4056/86

Rapporter

- EU Report COMP/2006/D2/002. "Legal and Economic Analyses of Tramp Maritime Services". "Fearnley rapporten". 22 februar 2007.

Meddelelser fra kommisjonen

- Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81 (1) of the Treaty establishing the European Community. (2001/C 368/07) (bagatellmeddelelsen)
- Kommisjonens Proposal for a Council Regulation [COM(2000)
- Regulation 2658/2000 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of specialisation agreements (2000) OJ.L 304/3)
- Kommisjonens konsoliderte meddelelse om jurisdiksjon

Avgjørelser

Avgjørelser fra EU domstolen :

- Case T-282/02 Cementbouw v Commission, pkt 62 (2006) ECR II-319

- Sak T-2/93 Air France v Commission (1994) ECR II – 323)

- Sak T-221/95 Endemol Entertainment Holding BV v Commission (1999) ECR II – 12299

- Assicurazioni Generali SpA and Unicredito SpA v Commission of the European Communities (1999) ECR II-203

- CCJN pkt 16 og Case T-282/02 Cementbouw v Commission, pkt 58, (2006) ECR II-319

Avgjørelser fra EU kommisjonen:

- Case COMP/M. 3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien av 20. Juli 2005

- COMP/M. 3325 Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf av 23 januar 2004.

- Case COMP/M. 2903 DaimlerChrysler/Deutsche Telecom/JV av 30. April 2003

- Case COMP/M.2632 Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV av 11. Februar 2002

- Case no IV/m.2722. 25 February 2002

- Bramble/Ernewal/JV (M. 2023, 2000)

- Philips Chevron Chemicals/JV (M. 1966, 2000)
- COMP/JV44 (2000)
- COMP/JV45 (2000)
- Case No 4/m.0019. 11. August 1999
- KLM/Alitalia. Case No 4/m.0019. 11. August 1999
- Comm. 8. juli 1998 OJ (1998) 252/9
- Case No 4/m. 1020. 28 april 1998
- Case IV/M. 929 DIA/Veba immobilien/Deutschbau av 23 juni 1997 og Case
- Case No IV/M. 979. Preussag/Voest-Alpine av 1. October 1997
- RSB/Tenex/Fuel Logistic (M. 904, 1997)
- Dupont/Hitachi. (M. 994, 1997)
- RSB/Tenex/Fuel Logistic (M. 904, 1997)
- Case IV/M. 891 Deutche Bank/Commerzbank/J.M. Voith av 23. April 1997
- D. Comm. 21. mai 1996 OJ (1996) c 179/3

- Case IV/M. 686 Nokia/Autoliv av 5. februar 1996
- Case IV/M. 686 Nokia/Autoliv av 5. februar 1996
- Case IV/M. 560 EDS/Lufthansa av 11. mai 1995.
- Case IV/M.585 Voest Alpine Industrieranlagenbau GmbH/Davy International Ltd av 7. september 1995
- Astrolink (M. 551, 1995)
- Rhone Poulenc Chirnie/Lyonnaise des Eaux (M. 266, 1992)
- Elf/Texaco/Antifreeze JV (M. 1135, 1992)

Litteratur:

- Lars Olav Askheim m.f. "Skipsfart og samarbeid", 1991.
- Bellamy & Child: "European Community Law of Competition"
- Hans Jacob Bull og Helge Stemshaug. EC shipping policy (1996)
- Thor Falkanger og Hans Jacob Bull, "Sjørett" 7.utg.
- *Thor Falkanger*, "Kvantumskontrakten i lys av formularene Intercoa og Volcoa samt Sjølovekomiteens utkast til lovregler av 1985", Marius nr. 110, Oslo 1986.
- Lars Gorton og Rolf Ihre, "A practical guide to Contracts of Affreightment and Hybrid Contracts, second edition, London 1990 (Gorton/Ihre),

- Lars Gorton, Volume Contracts of Affreightment – Some Features and Principles, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm 2010 (Gorton)
- William J. Honan, "Contract of Affreightment", 2008. Disposisjon fra et foredrag.
- *Olav Kolstad og Anders Ryssdal*, Norsk konkurranserett, Bind 1, 2006 (*Kolstad/Ryssdal*),
- Packard, William V., "Shipping pools", Lloyds of London Press, 2. utg, 1995, Haralambides, "the Economics of bulk shipping pools, extract from Maritime Policy 2 management, s. 21 flg (1996)
- *Anders Ryssdal*, Joint Ventures – en konkurranserettslig analyse, 2003 (*Ryssdal*),
- Ritter (2004) "European Competition Law: A Practitioner's Guide"
- *Trond Solvang*, Kommentarer til sjøloven Kap 14, III Kvantumskontrakter, Norsk lovkommentar (*Solvang*)

Tidsskrifter, brosjyrer og pressemeldinger:

- Brosjyren "Pacific Basin Shipping Limited, Industrial shipping services for the world's leading commodity companies" (Funnet via Google. Utgivelsesdato fremgår ikke.)
- Nordisk Skibsrederforenings medlemsblad 2001, s 5825
- Nordiske Domme (ND) 1983 s. 309 Arica og Erling Selvig i TfR 1986
- Pressemelding fra Eitzen Bulk Shippings hjemmeside. Eitzen Bulk Shipping AS, Company announcement No. 11/2010, 28 April 2010. www.eitzen-bulk.com

- Steamship Mutual, Newsletter, "Contracts of Affreightments – Nomination Terms", February 2007.
- Wilson (memorandum utlevert i forbindelse med investorpresentasjon i 2005)

Artikkel:

- *Olav Kolstad*, Cooperate or merge? Structural changes and full-function joint ventures in the shipping industry, i Antipassis (Editor), Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries, 2009 (*Kolstad*)

Standardkontrakter:

Kvantumskontrakter:

- GenCoA. GENCOA er utarbeidet av BIMCO og er fra 2004
- VOLCOA, som er utarbeidet av BIMCO i 1982
- INTERCOA 80 er utarbeidet av Intertanko i 1980
- BIMCO, Explanatory Notes GENCOA.

Konkurransetilsynet:

- Konkurransetilsynets høringsnotat av 22.06.2010
- Konkurransetilsynets vedtak A 1999-16, 03.12.99 Wilh. Wilhelmsen ASA og Wallenius rederiene.

Forkortelser:

FFJV: Full funksjon joint venture.

CCJN: Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation
(EC) No 139/2004.

FKF: Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger.