

Kjøp og salg av Second Hand Vessels

- selgers ansvar for heftelser i og krav mot solgt skip
etter Norwegian Saleform klausul 9

Kandidatnummer: 207

Semester: Vår 2008

Antall ord: 38 886

Dato: 2. juni 2008

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Avhandlingens tema og avgrensninger.....	1
1.1.1	Presisering av problemstilling.....	2
1.1.2	Noen begrepsavklaringer.....	3
1.2	Den videre fremstilling.....	4
2	EN KORT OVERSIKT OVER DEN FAKTISKE FREMGANGSMÅTE VED KJØP OG SALG AV SKIP, SLIK DET LEGGES OPP TIL I NSF.....	5
3	KILDEILFANG OG METODE.....	9
3.1	Innledning.....	9
3.2	Lovvalg.....	9
3.3	Norwegian Saleform.....	11
3.3.1	Kort om formularet.....	11
3.3.2	Kontraktstolkning i norsk og engelsk rett.....	12
3.3.2.1	Ordlyd og forarbeider.....	13
3.3.2.2	Rettspraksis.....	15
3.3.2.3	Bakgrunnsrettens betydning – utfylling av kontrakten.....	17
4	HVILKE FORHOLD KONSTITUERER BRUDD I RELASJON TIL NSF KLAUSUL 9 FØRSTE SETNING.....	19
4.1	Avtalens betydning for vurderingen av om det foreligger brudd på garantien.....	19
4.2	Charters.....	20
4.2.1	Innledning.....	20
4.2.2	Nærmere om begrepet «charters» i klausul 9.....	20
4.2.2.1	Certepartiene.....	21
4.2.2.2	Avtaler som faller utenfor certepartidefinisjonen.....	23
4.2.3	Hvilken betydning har det for kjøper at skipet ikke er fritt for «charters» ved levering.....	24
4.2.3.1	Norsk rett.....	25
4.2.3.2	Engelsk rett.....	29
4.2.3.3	Sammenfatning.....	32
4.3	Encumbrances.....	33
4.3.1	Innledning.....	33
4.3.2	Heftelsesbegrepet.....	33
4.3.3	Nærmere om enkelte særlige tilfeller.....	35
4.3.3.1	Administrativ tilbakeholdelse.....	35
4.3.3.2	Svartelisting og boikott.....	37
4.4	Mortgages.....	38

4.5	Maritime liens.....	39
4.5.1	Sjøpantets karakteristika.....	39
4.5.2	Selgers ansvar for sjøpant i skipet	40
4.6	Any other debts whatsoever	43
4.6.1	Innledning.....	43
4.6.2	Det nærmere innholdet i alternativet	43
4.6.2.1	Engelsk rettspraksis.....	44
4.6.2.2	Betydningen i norsk rett.....	47
4.7	Forhold som viser seg mer tyngende enn kjøper forutsatte	48
4.8	Heftelser som bestrides av selger	49
4.9	Betydningen av at kjøper kan ekstingvere tredjeparts rett.....	52
5	HVILKE FORHOLD DANNER GRUNNLAG FOR SKADESLØSHOLDELSE I RELASJON TIL NSF KLAUSUL 9 ANDRE SETNING	53
5.1	Innledning	53
5.2	«Claims»-begrepet	54
5.2.1	Kort om arrestreglene	54
5.2.2	Forholdet mellom klausulens første og andre setning.....	58
5.3	Krav som bestrides av selger.....	59
5.3.1	Det klare utgangspunkt – ansvar for reelle krav.....	60
5.3.2	Krav som viser seg ikke å eksistere	61
5.3.2.1	Engelsk rett	61
5.3.2.2	Norsk rett	63
5.4	Made against the Vessel – hva må til for at kravet skal anses gjort gjeldende?	66
5.4.1	Innledning.....	66
5.4.2	Nærmere om vilkåret.....	66
5.4.2.1	Engelsk rett	66
5.4.2.2	Norsk rett.....	68
6	SKJÆRINGSTIDSPUNKTET – «TIME OF DELIVERY»	69
6.1	Innledning	69
6.2	Time of delivery.....	69
6.2.1	Utgangspunktet – faktisk levering	69
6.2.1.1	Når kan selger levere	71
6.2.1.2	Når må selger levere – forsinkelse.....	73
6.2.2	Unntak fra faktisk levering – kreditormora.....	75
7	VIRKNINGER	78
7.1	Innledning	78
7.2	Virkningene etter første setning – innholdet i garantien.....	78
7.2.1	Engelsk rett	78
7.2.2	Norsk rett	81

7.2.2.1 Erstatningsbeføyelsen.....	82
7.2.2.2 Øvrige beføyelser	84
7.2.2.3 Kjøpers avvisningsrett.....	85
7.3 Virkningene etter andre setning.....	88
7.3.1 Skadesløsbegrepet.....	89
7.3.1.1 Engelsk rett	89
7.3.1.2 Norsk rett.....	90
8 FELLESPØRSMÅL: KAN DET GJØRES BEGRENSNINGER I SELGERS ANSVAR PÅ GRUNN AV FORHOLD PÅ KJØPERS SIDE	94
8.1 Innledning	94
8.2 Undersøkelsesplikt og betydningen av kjøpers kunnskap.....	94
8.2.1 Ond tro og forundersøkelse.....	95
8.2.2 Etterfølgende undersøkelse.....	97
8.3 Tapsbegrensningsplikt.....	98
8.4 Reklamasjon.....	101
9 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	103
KILDELISTE	106

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og avgrensninger

Temaet for denne avhandlingen er selgers ansvar for heftelser i og krav mot solgt skip, når skipet selges på grunnlag av Norwegian Saleform (heretter omtalt som NSF).

Avhandlingen begrenser seg til det *frivillige kjøp og salg av «second hand»-tonnasje*. Dette danner grunnlag for å trekke grenser i flere retninger.

Med «second hand»-tonnasje menes brukt skip som skal benyttes i videre drift. Det innebærer for det første at det avgrenses mot salg av nybygninger og overdragelse av rettigheter etter skipsbyggekontrakten.¹ For det andre avgrenses det mot salg av skip til «scrapping» (opphugging).

At salget skal være frivilling, innebærer at kjøp på tvangssalg faller utenfor fremstillingen. Videre avgrenses det mot kjøp av skip gjennom erverv av aksjemajoritet eller K/S andeler, da disse tilfellene reiser en del særlige spørsmål.

Avhandlingen omhandler rekkevidden av selgers ansvar etter NSF kl. 9, fastlagt gjennom tolkning og utfylling. Jeg finner det derfor hensiktsmessig allerede her å gjengi kl. 9 i sin helhet.² NSF 1993 kl. 9 lyder:

9. Encumbrances

The Sellers warrant that the Vessel, at the time of delivery, is free from all charters, encumbrances, mortgages and maritime liens or any other debts whatsoever. The Sellers hereby undertake to indemnify the Buyers against all consequences of claims made against the Vessel which have been incurred prior to the time of delivery.

Hvorvidt selger kan tenkes å være ansvarlig på annet grunnlag, faller utenfor avhandlingen.

¹ En hyppig brukt skipsbyggekontrakt er Norsk Standard Skipsbyggekontrakt 2000, som på mange måter er svært forskjellig fra «second hand»-kontrakten.

² Både 87 og 93 versjonen av formularet blir behandlet. På de punkter innholdet i de to versjonene avviker, vil dette kommenteres nærmere. NSF 1987 kl. 9 lyder: «The Sellers warrant that the vessel, at the time of delivery, is free from all encumbrances and maritime liens or any other debts whatsoever. Should any claims which have been incurred prior to the time of delivery be made against the vessel, the Sellers hereby undertake to indemnify the Buyers against all consequences of such claims.»

Det skal imidlertid nevnes at det i norsk rett ikke alltid vil være nødvendig å ta et helt skarpskåret standpunkt til omfanget av kl. 9. De alminnelige regler om ansvar for at salgsgjenstanden er i samsvar med kontrakten, supplert med læren om selgerens «opplysningsplikt», vil kunne føre til at selger blir ansvarlig for rådighetsbegrensninger som faller utenfor kl. 9 eller som det er tvilsomt om omfattes av klausulen. Men fordi det kan være uklart hva disse mer generelle regler fører til i det konkrete tilfellet, og fordi det her i betydelig utstrekning er regler som bygger på uaktsomhet, vil kjøpers mulighet for å påberope en uttrykkelig garanti eller skadesløserklæring, være en klar fordel for kjøper.³

Endelig avgrenses det mot forsinkelsesreglene slik at forsinket levering som følge av rettslige mangler ikke blir behandlet.

1.1.1 Presisering av problemstilling

I norsk rett er det et grunnleggende utgangspunkt at kjøper ikke erverver større rett enn den overdrager besitter.⁴

Begrensninger i selgers rådighet over skipet kan ha ulike grunnlag. For det første kan det forekomme privatrettslige rådighetsbegrensninger, eksempelvis panterettigheter, certepartier, forkjøpsrettigheter osv. Videre vil offentligrettslige krav kunne sette skranker for råderetten over skipet, slik som krav til sikkerhet og drift. En tredje variant av rådighetsbegrensninger kan være at en stat eller organisasjon boikotter skipet.

For en kjøper av second hand tonnasje vil det normalt være en grunnleggende forutsetning for kjøpet at han erverver den hele og fulle eiendomsrett til og rådighet over skipet.⁵

En uinnskrenket eierrådighet forutsetter at selger «frir» skipet for alle begrensninger, noe som i en viss utstrekning ikke er mulig.

Problemene kan være av både faktisk og rettslig karakter. For det første vil selger kunne være faktisk uvitende om begrensninger knyttet til skipet, eksempelvis i forhold til et oppstått sjøpantekrav eller en påbegynt *in rem* prosess.⁶ For det andre vil det foreligge begrensninger selger ikke kan kvitte seg med. Dette gjelder eksempelvis offentligrettslige krav eller en boikott av skipet.

³ Se nærmere om reglene om opplysningsplikt i Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003, side 135flg. I engelsk rett har selger som det klare utgangspunkt ingen slik opplysningsplikt («duty of disclosure»), se bl.a. Cheshire m.fl., *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of contract*, Oxford 2007, side 335flg. og Iain Goldrein and Paul Turner, *Ship sale and purchase*, 4th edition, London 2003, side 128.

⁴ Se bl.a. Rt. 1990 s. 500 (*Periscopus*)(s.507). Prinsippet anerkjennes i stor grad også internasjonalt, se United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 (CISG) art. 30 og Sale of Goods Act 1979 (SGA) section 12.

⁵ Nærmere om eiendomsrettsbegrepet, se Thor Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold*, 2. utgave, Oslo 1997 (Falkanger 1997B), side 39flg.

⁶ Se nærmere under henholdsvis punkt 4.5 og 5.2.1.

I hvilken utstrekning kjøper kan kreve at selger sørger for å fjerne ulike rådighetsbegrensninger, beror på hva partene har avtalt seg imellom.

Dette leder oss over til NSF kl. 9, som omhandler de krav kjøper kan stille for så vidt gjelder skipets rettslige status på leveringstidspunktet. Her reiser det seg to hovedproblemstillinger.

Den første problemstilling knytter seg til *hva* som utgjør en relevant heftelse eller et relevant krav i relasjon til kl. 9. Når man skal besvare dette spørsmål, må det for det første tas stilling til *hvilke typer* heftelser og krav som omfattes. Dernest må det avgjøres *på hvilket tidspunkt* heftelsen eller kravet må foreligge for å være relevant.

Den andre problemstilling som reiser seg, er hvilke *virkninger* det får at det foreligger en relevant heftelse eller et relevant krav på det avgjørende tidspunkt.

Fremstillingens hovedformål er å besvare disse spørsmålene med bakgrunn i norsk rett. I forholdsvis stor utstrekning vil imidlertid klausulens forståelse under engelsk rett trekkes inn. Dette er nødvendig fordi NSF er et kontraktsformular som i meget stor utstrekning benyttes internasjonalt. Engelsk rettspraksis vedrørende forståelsen av kontrakten vil derfor være et viktig tolkningsmoment ved fastleggelsen av kontraktens innhold også etter norsk rett.⁷

Videre vil utenlandsk rett, og da særlig engelsk rett, i en viss utstrekning måtte trekkes inn for å illustrere de ulike problemer som kan oppstå, selv om norsk rett er valgt som bakgrunnsrett og saken behandles i norske domstoler.⁸

1.1.2 Noen begrepsavklaringer

I flere sammenhenger vil det bli benyttet begreper som jeg først på et senere tidspunkt vil forsøke å fastlegge det nærmere innholdet av. Jeg finner det derfor nødvendig med et par innledende bemerkninger.

Begrepet «heftelse» brukes ofte synonymt med tinglige rettigheter, det vil si rettigheter som er registrert på skipets blad i skipsregisteret. Men som vi skal se, favner NSF kl. 9 noe videre enn dette. Begrepet benyttes derfor i en videre mening her enn ellers, slik at også enkelte ikke-registrerbare rettigheter omfattes.

Når det tales om garanti(en), siktes det til den «warranty» som er gitt i kl. 9 første punktum. Begrepet garanti er ikke nødvendigvis noen presis og god

⁷ Se nærmere under punkt 3.3.2.2.

⁸ Se nærmere under punkt 3.2.

oversettelse av det engelske «warranty», men den nærmere fastleggelsen av innholdet utskytes til punkt 7.2.

Videre benyttes ordet «levering» flere steder. Leveringstidspunktet danner grunnlaget for en viktig grensedragnings når det gjelder risikoen for heftelser i skipet. For at heftelsen eller kravet skal anses relevant i relasjon til kl. 9, er det et vilkår at heftelsen eller kravet er oppstått forut for og foreligger på «time of delivery». Hvordan den nærmere grensen skal trekkes, behandles i punkt 6.

1.2 Den videre fremstilling

I punkt 2 skal det ses noe nærmere på de mekanismer som er etablert for å sikre at skipet blir levert i kontraktsmessig stand. Dette er ment som et praktisk bakteppe for de rettslige problemstillinger som skal drøftes senere.

I punkt 3 skal det først sies noe kort om betydningen av at partene i NSF foretar et valg av lov og verneting. Deretter gis noen generelle bemerkninger om NSF-formularet, som er den grunnleggende rettskilde for de spørsmål som skal tas opp i avhandlingen. Endelig skal det kort sies noe om de generelle utgangspunkter for tolkningen av NSF kl. 9. Hovedvekten legges her på betydningen av at NSF er et standarddokument som i stor grad anvendes internasjonalt.

I punktene 4-6 skal avhandlingens første hovedproblemstilling behandles. Først skal jeg forsøke å fastlegge hvilke rådighetsbegrensninger som utgjør relevante heftelser og krav i relasjon til henholdsvis første og andre setning.

Når det gjelder første setning, har jeg valgt å behandle de ulike heftelsene i den rekkefølge de fremkommer i klausulen.

Dernest skal spørsmålet om på hvilket tidspunkt heftelsene og kravene må foreligge for å anses relevante i relasjon til kl. 9, behandles.

Punkt 7 omhandler avhandlingens andre hovedproblemstilling. Her skal jeg behandle virkningene av at det eksisterer relevante heftelser og krav på det aktuelle tidspunkt.

I punkt 8 skal jeg se noe nærmere på forhold som knytter seg til kjøpersiden i kontraktsforholdet. Her er spørsmålet på hvilken måte kjøpers opptreden kan påvirke selgers ansvar etter klausulen.

Endelig skal det under punkt 9 gis noen korte avsluttende bemerkninger.

2 *En kort oversikt over den faktiske fremgangsmåte ved kjøp og salg av skip, slik det legges opp til i NSF*

I dette kapittelet skal det ses noe nærmere på de stadier som ofte inngår i en prosess om kjøp og salg av second hand tonnasje. Formålet er å gi et innblikk i det system som er etablert blant annet for å unngå at partene havner i en situasjon hvor skipet er beheftet i strid med kl. 9, samt å identifisere noen problemområder.⁹

NSF angir gjennom flere bestemmelser en prosedyre som søker å minimalisere risikoen for at skipet er mangelfullt på overleveringstidspunktet. Den prosedyre det legges opp til i NSF er i stor grad en «kodifisering» av løsninger som er vanlige i praksis. Reguleringen er imidlertid langt fra uttømmende, og fremgangsmåten i det enkelte tilfelle beror i stor grad på etablert praksis og individuell tilpassning. Fremgangsmåten varierer derfor, og gjennomgangen nedenfor er bare ment som et eksempel.

Når et skip ønskes solgt, tar eier normalt kontakt med en megler som «sirkulerer» skipet til mulige interessenter. «Sirkuleringen» kan føre til forhandlinger som ender med undertegning av en salgskontrakt, eksempelvis på grunnlag av NSF (gjerne kalt MoA – Memorandum of Agreement).

Etter undertegningen av kontrakten kan kjøper gis adgang til å besiktige skipet, se NSF kl. 4. Klausulen omhandler skipets klassepapirer og fysiske tilstand.

Når det gjelder undersøkelser med sikte på å avdekke heftelser i eller krav som senere kan rettes mot skipet, foretar kjøper i praksis sjelden særlig grundige undersøkelser i tidsrommet før levering.¹⁰

Kjøper skal frem mot levering holdes oppdatert om skipets reiserute, og gis notis om «estimated time of arrival», jf. kl. 5. Når skipet er på «place of

⁹ Kapittelet bygger i stor grad på fremstillingene i Per M. Ristvedt, «Overføring av skip til norsk internasjonalt skipsregister», *MarIus nr. 179*, Oslo 1991, Thor Falkanger og Hans Jacob Bull, *Innføring i sjørett*, 6. utgave, Oslo 2004 (Falkanger/Bull), side 86flg. og Sjur Brækhus, «Mangler ved solgt skib», *Juridiske arbeider fra sjø og land 1968* (Brækhus 1968), side 429flg.

¹⁰ Etter det jeg har fått opplyst i samtale hos Nordisk Skibsrederforening og Wikborg Rein, foretas slike undersøkelser normalt bare dersom kjøper har særlige grunner til det. Se nærmere om betydningen av kjøpers undersøkelser i punkt 8.2.

delivery», klart for levering og «written Notice of Readiness» (NOR) er gitt, går salget inn i siste fase – closing.¹¹

Gangen i closingen avtales gjerne i et «closing memorandum». Normalt undersøkes først at alle relevante dokumenter er på plass og i tilfredsstillende stand, se kl. 8. Deretter etableres kontakt med skipet, «Protocoll of Delivery and Acceptance» undertegnes, og det gis beskjed om overtakelsen til kjøpers representant på skipet. Skipet er på dette tidspunkt overtatt rettslig og fysisk av kjøper.

Endelig foretas det en simultan utveksling av dokumenter, herunder det dokument som representerer kjøpesummen (Payment letter) og skjøte (Bill of Sale), som overfører eiendomsretten til kjøper.

Hovedformålet med den samtidighet som søkes oppnådd gjennom closing-proseduren, er å ivareta alle involverte parters interesser.

Kjøper vil forsikre seg om at skipet både rettslig og faktisk er i samsvar med kontrakten, og kjøpers bank vil sikre sitt kommende pantobjekt ved å påse at kjøper oppnår «ren hjemmel» til skipet. På motsatt side vil selger kreve at betaling skjer samtidig med at hjemmelsdokumentet overleveres, og selgers bank vil sikre at tilgodehavender hos selger blir dekket. Det innebærer at selgers bank normalt ikke vil slette pant i skipet før penger til å dekke det underliggende krav er mottatt.

Her oppstår et problem fordi kjøpersiden og selgersiden har motstridende interesser. I praksis er det kjøpersiden som normalt må «gi seg», det vil si betale før sletting av pant skjer.¹² Systemet bygger derfor til en viss grad på tillit.¹³

Etter ordlyden i NSF kl. 9 har selger garantert skipet heftelsesfritt på leveringstidspunktet, og løsningen innebærer derfor i prinsippet et brudd på garantien. At klausulen på denne måte ikke samsvarer med praksis må kunne sies å være uheldig.

Når man skal identifisere problemområdene, er det hensiktsmessig å sondre mellom ulike typer heftelser.

En gruppe er de tingsrettslige heftelser, det vil si rettigheter som kan registreres på skipets blad i skipsregisteret. Slike heftelser vil kjøper enkelt kunne oppdage ved å undersøke registeret. I praksis skal selger sørge for å fremlegge et dokument på closing-møtet, som bekrefter at skipet ikke er

¹¹ Se nærmere om NOR under punkt 6.2.

¹² Se nærmere om problemet i Ristvedt side 27flg. og side 69flg.

¹³ Se Nordisk Skibsrederforening, Annual Report 2004 side 33flg. for et illustrerende eksempel på hvor vanskelig situasjonen på closing kan bli.

beheftet, jf. kl. 8 a).¹⁴ Dersom skipets blad ikke er «rent» ved levering, vil det foreligge brudd på garantien etter kl. 9 første setning.¹⁵

Salg av second hand tonnasje innebærer ofte at skipet skal slettes i et register, og innføres i et annet. Den prinsipale løsning er at selger fremlegger endelig slettelsesattest på leveringsdagen, jf. NSF kl 8 e). Men i praksis er dette ofte ikke mulig.¹⁶ Ofte tillater derfor skipsregistrene registrering på bakgrunn av en attest om at skipet *vil bli slettet*. Dette medfører en dobbeltregistrering, som i prinsippet kan anses som en heftelse i skipet. Fordi NSF kl. 8 e) linjene 189-193 åpner for en slik praksis, synes det imidlertid naturlig at kl. 9 leses med denne begrensning for å oppnå samsvar mellom klausulene.

Den annen gruppe heftelser er de ikke-registrerbare rettigheter. En undersøkelse i skipsregisteret vil her ikke være til hjelp, og problemet kan da synes noe større.

Noen ikke-registrerbare rettigheter vil forholdsvis enkelt kunne oppdages på andre måter. Dersom skipet eksempelvis skal undersøkes ved et verksted før levering, og utleveres mens det fortsatt befinner seg på verkstedets område, vil kjøper kunne undersøke om verkstedet har utestående fordringer som kan danne grunnlag for en tilbakeholdsrett.¹⁷

Når det gjelder sjøpant, vil kjøpers muligheter være mer begrenset. Kjøper kan gå gjennom skipets loggbøker og lignende, men til en viss grad beror det på tilfeldigheter om eksisterende sjøpant oppdages. Det samme gjelder usikret gjeld som kan danne grunnlag for arrest etter levering.¹⁸

På en noe annen kant ligger de rent praktiske utfordringer som kan føre til at prosessen ikke går smertefritt.

Skipssalg kjennetegnes ved at det ofte dreier seg om store verdier, noe som kan medføre et ikke ubetydelig tidspress for å få avtalen i havn. Videre er det gjerne en rekke aktører involvert i prosessen, som kan befinne seg på vidt forskjellige steder i verden. Situasjonen krever derfor at man tilpasser seg raskt, og finner pragmatiske løsninger. Dette kan skape en fare for forglemmelser eller feil.

¹⁴ Vanlige dokumenter er: Slettelsesattest, Letter of Undertaking to delete Vessel og Certificate of Ownership and Encumbrances. Nærmere om dokumentenes funksjon, se Ristvedt side 83flg.

¹⁵ Se nærmere punkt 4.3.

¹⁶ Se Ristvedt side 54flg. og side 92-93.

¹⁷ Se punkt 4.3.2.

¹⁸ Se henholdsvis punkt 4.5.1 og 5.2.1.

Til dette kommer at partenes evne og vilje til å samarbeide varierer, noe som nok ofte henger sammen med markedsforholdene. Prisen på skip vil i større grad enn for mange andre formuesobjekter være utsatt for store og uforutsette svingninger. Dette kan føre til en vanskeliggjøring av prosessen. Brookes sier det slik:

«Where the price has risen, the buyer will be anxious to take delivery and may not be prepared to risk losing the vessel by refusing delivery, even if the seller has breached the contract. The seller, on the other hand, will often be uncooperative, possibly in the hope that the buyer will not accept delivery and that it will be able to sell elsewhere for more. When the market falls the roles are reversed.»¹⁹

På tross av at det er utfordringer knyttet til fullføringen av salget, skal det minnes om at de fleste salg går i orden uten større stridigheter. Men selv om det i praksis kan være mer eller mindre sjeldent at de teoretiske problemer realiserer seg, må man ikke tape for øye at det er i de irregulære situasjoner problemene oppstår.

¹⁹ David Brookes, «The sale and purchase of second-hand ships», i *Shipping finance*, 3rd edition, Prepared by Stephenson Harwood, London 2006, side 255.

3 *Kildetilfang og metode*

3.1 *Innledning*

Før avhandlingens problemstillinger drøftes, skal det sies noe om hvilke kilder vi skal forholde oss til i det følgende og den metode som skal benyttes ved tolkningen av NSF kl. 9.

Fordi lovvalget i kontrakten har avgjørende betydning for hvilket lands regler som kommer til anvendelse på kontraktsforholdet, og hvilke tolkningsprinsipper som skal anvendes, vil jeg først si noe om hvordan lovvalgsspørsmålet er regulert i NSF.

3.2 *Lovvalg*

Det internasjonale aspekt er svært fremtredende når det gjelder kjøp og salg av skip, og ofte vil en avtale om overdragelse av et skip ha tilknytning til flere rettssystemer. Avtalepartene kan for eksempel befinne seg i ulike jurisdiksjoner, mens skipet er registrert i en tredje og befinner seg i en fjerde. Spørsmålet blir da hvilket lands rett som skal legges til grunn ved tolkningen av kontrakten.

Med grunnlag i partsautonomien er det vid adgang til å avtale hvilket lands rett som skal komme til anvendelse på kontrakten. Når partene gyldig har sluttet avtale om lovvalget, er derfor domstolene bundet av dette. Om betydningen av kontraktsfastsatt lovvalg, skriver Lundgaard:

«Det byr utvilsomt på praktiske fordeler at partene kan velge lov. De internasjonale-privatrettslige regler er på mange felter skjønnsmessige og på andre områder usikre. Det innebærer at det ofte vil kunne være tvilsomt hvilket lands rett som vil finne anvendelse. Velger partene lov, og valget er gyldig, er denne usikkerhet fjernet. Forutberegnelighet er viktig for partene, ikke minst i internasjonale kontraktsforhold.

Partene er også de nærmeste til å vite hvilke bestemmelser som passer best for deres mellomværende...»²⁰

²⁰ Hans Petter Lundgaard og Karsten Gaarder, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utgave, Oslo 2000, side 233.

NSF inneholder i kl. 16 en kombinert voldgifts- og lovvalgs klausul.²¹ Klausulen angir tre alternativer i linjene 263-281. I litra a) heter det: «This Agreement shall be governed by and construed in accordance with English law ...». Litra b) gir Staten New Yorks rett anvendelse, mens litra c) er åpen slik at partene etter eget ønske kan sette inn lovvalg og vernetting.

I kl. 16 linjene 282-283 heter det videre: «16a), 16b) and 16c) are alternatives; delete whichever is not applicable. In the absence of deletions, alternative 16a) to apply.»

Systemet i klausulen er altså at engelsk rett er det prinsipale lovvalg, og med mindre partene aktivt velger noe annet, vil engelsk rett komme til anvendelse på kontrakten. Når det senere skrives om norsk rett, er det derfor forutsatt at norsk rett er valgt som bakgrunnsrett i henhold til litra c) i kl. 16.

NSF kl. 16 løser spørsmålet om lovvalg og vernetting for så vidt gjelder tvister mellom partene under kontrakten. Dette skaper forutberegnelighet med hensyn til hvilket lands rett som skal legges til grunn ved tolkning av denne.

I relasjon til NSF kl. 9 oppstår imidlertid et annet problem; nemlig hvor sterke rettigheter utenforstående tredjemenn gis i skipet. Hvorvidt tredjemenn har rettigheter i skipet, og i hvilken grad disse kan gjøres gjeldende mot skipet også etter at dette er overdratt til kjøper, påvirkes ikke av partenes valg av lov og vernetting. At skipet beveger seg gjennom ulike jurisdiksjoner, som i ulik grad beskytter tredjemanns rettigheter på bekostning av kjøper, skaper derfor en usikkerhet som partene ikke har mulighet for å eliminere i avtalen seg imellom.

Som eksempel kan adgangen til å ta arrest i skipet etter at dette er levert til kjøper, nevnes. Mens denne adgangen er snever i norsk rett, er adgangen meget videre etter enkelte andre lands rett.²² Et annet eksempel er variasjonene i hvilke krav som danner grunnlag for sjøpant.²³

Reglene om vernetting og lovvalg reiser en rekke kompliserte spørsmål. Enkelte av disse vil bli omtalt senere i avhandlingen, men noen redegjørelse i generell form faller utenfor avhandlingens tema.²⁴

²¹ Når partene har fri rådighet over saksforholdet, har man også adgang til å avtale voldgift, jf. lov 14. mai 2004 nr. 24 om voldgift § 9(1).

²² Se nærmere punkt 5.2.1.

²³ Se nærmere punkt 4.5.2.

²⁴ Spørsmål vedrørende vernetting og lovvalg er generelle problemer, som i prinsippet kan gjelde alle de rettigheter som skal behandles. Problemet synes imidlertid størst når det gjelder reglene om sjøpant og adgangen til å ta arrest i skipet, og det er hovedsakelig i relasjon til disse drøftelsene at problemstillingen vil bli kommentert noe nærmere.

3.3 *Norwegian Saleform*

3.3.1 *Kort om formularet*

Det sies at røttene til NSF kan føres tilbake mer enn hundre år i tid, og det er fortsatt mulig å få tak i skriftlige versjoner datert tilbake til 1925.²⁵ Det er imidlertid vanlig å henwise til 1956 utgaven som det første Saleform, da dette var den første versjon som ble «adopted» av BIMCO.²⁶ NSF har siden vært gjenstand for flere revisjoner, og finnes i utgaver fra 1966, 1983 og 1986.

Den foreløpig siste revisjon av formularet kom i 1993, og i denne forbindelse ble det også utgitt et sett «explanatory notes».

Hvor store de materielle og redaksjonelle endringer har vært, og betydningen av dem, har variert. Mens de fleste av endringene har bestått i mindre modifikasjoner, finnes det eksempler på endringer som på en mer grunnleggende måte endrer balansen mellom partene i kontraktsforholdet.²⁷

Partenes ønske om overdragelse av skip fordrer ofte en grundig gjennomtenkt regulering av forholdet dem imellom. Det er mange forhold som kan føre til uenighet mellom partene, både med hensyn til selve gjennomføringen av salget og innholdet i partenes ytelser. Kontrakten danner, i de tilfeller avviklingen ikke går slik partene har forutsatt, det grunnleggende utgangspunkt for å løse de situasjoner som oppstår. Formålet med utarbeidelsen av NSF har derfor vært å skape et standardisert dokument som både skal sørge for at transaksjonen foregår på en hensiktsmessig måte, samt at den tar sikte på en kommersielt tilfredsstillende fordeling av rettigheter og plikter når irregulære situasjoner oppstår.

Det er naturligvis ingenting i veien for at partene helt eller delvis fremforhandler individuelle og «skreddersydde» avtaler. NSF's betydning vil derfor variere. Partene kan velge alt fra å legge kontrakten uendret til grunn, bruke den som et utgangspunkt for videre forhandlinger, til ikke å benytte den overhodet.

²⁵ Se Folke Grauers, *Fel i sålt skepp*, Gothenburg 1980, side 52 og Malcom Strong and Paul Herring, *Sale of Ships*, London 2004, side 1.

²⁶ The Baltic and International Maritime Council er verdens største private shipping organisasjon, som blant annet utvikler og utgir en rekke standarddokumenter. For mer informasjon, se BIMCOs hjemmeside på www.bimco.org.

²⁷ Et eksempel er gitt av Strong/Herring på side 126flg.

NSF er utarbeidet av Norsk Skipsmeglerforbund.²⁸ Den er derfor et eksempel på en standardkontrakt hvor uavhengige representanter fremforhandler kontraktens innhold. Dette til forskjell fra kontrakter som utarbeides ensidig av en part eller fremforhandles av representanter for begge parter («agreed documents»). Siden meglerne den ene dag representerer selgersiden mens de den andre befinner de seg på kjøpersiden, kan de sies å utgjøre en nøytral instans.²⁹ Dette kan ha hatt betydning for formularets troverdighet som kommersielt instrument.

NSF har lenge vært, og er også i dag et av de mest anvendte kontraktsformularer ved salg av second hand tonnasje.³⁰ Det kan nok være flere grunner til dette. For det første må man gå ut fra at den hyppige bruken skyldes at meglere og andre som benytter seg av formularet, synes dette i det minste danner et hensiktsmessig utgangspunkt for utforming av den endelige kontrakt. Det må videre kunne legges til grunn at tradisjon spiller en sentral rolle. At de ulike aktører blir fortrolige med kontraktens innhold, og hvilke endringer som eventuelt bør foretas, fører til gjenbruk. De samme tendenser ser man også i forhold til andre innarbeidede standarddokumenter.³¹ Grauers fremhever imidlertid som et avgjørende bidrag til formularets dominans, BIMCOs godkjennelse.³² At BIMCO har «adopted» dokumentet, har nok også dannet mye av grunnlaget for de to foregående forhold jeg har trukket frem.

3.3.2 Kontraktstolkning i norsk og engelsk rett

Både i norsk og engelsk rett er det et grunnleggende prinsipp at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*). For å sikre at kontrakten gjennomføres, prinsipielt etter sitt innhold, subsidiært i form av et oppfyllelssurrogat, finnes det regler i kontrakten og bakgrunnsretten som er av preventiv og repressiv art. På denne måten skapes det grunnlag for tillit i kontraktsforhold som igjen sikrer effektiv handel; en nødvendighet i vårt samfunn.

²⁸ I forbindelse med 93 revisjonen var også BIMCO og Nordisk Skipsrederforening viktige aktører i revisjonsarbeidet.

²⁹ Thor Falkanger, «Tolkning av sjørettslige standardkontrakter», *Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, Oslo 1997 (Falkanger 1997A), side 290 og Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*, 2. reviderte utgave, Oslo 1977 (Krüger 1977), side 24.

³⁰ Grauers side 19, Strong/Herring side 2, Christopher J.S. Hill, *Maritime Law*, London 2003, side 70 og Brookes side 256. I Japan og deler av det fjerne Østen er også Nipposale-formularet hyppig brukt.

³¹ Hans Peter Michelet, *Håndbok i tidsbefraktning*, Oslo 1997, side 3.

³² Grauers side 19.

Det klare utgangspunkt er at dersom partene på kontraheringstidspunktet hadde en felles forståelse av kontraktens innhold, legges denne felles partsforståelse til grunn (intersubjektiv fortolkning). Det er da ikke nødvendig med noen ytterligere fortolkning av kontrakten.³³ Dette kan gjerne ses som et utslag av prinsippet om avtalefrihet.

Er derimot ordlyden uklar og partene uenige om forståelsen, må meningsinnholdet i kontrakten fastlegges gjennom tolkning. Tolkningen av kontrakten baseres på en rekke momenter, og det er enkelte av disse tolkningsdataene som skal kommenteres noe nærmere i det følgende.

3.3.2.1 Ordlyd og forarbeider

NSF er en standardkontrakt, det vil si en avtale «som helt eller delvis inngås i henhold til på forhånd utarbeidete standardiserte vilkår, som tilsiktes anvendt på et større antall fremtidige konkrete avtalesituasjoner av en viss art.»³⁴

I utgangspunktet er prinsippene for tolking av standardavtaler de samme som for andre avtaler, men enkelte særlige spørsmål oppstår som følge av slike avtalers karakter.

I både norsk og engelsk rett danner den objektive forståelse av kontraktens ord det klare utgangspunktet for tolkningen (objektiv tolkningsteori).³⁵ Man går ut fra at ordenes naturlige mening i alminnelig språkbruk gir best uttrykk for hva partene har ment. En slik objektiv forståelse av kontraktens ord fremmer også sikkerhet og forutberegnelighet for partene. NSF blir derfor den primære kilden for drøftelsen av de problemstillinger som tas opp i det følgende.

Ordene i kontrakten står ikke alene, men inngår i en større sammenheng. Det innebærer for det første at det enkelte ord må forstås i lys av dets syntaktiske plassering og sammenhengen internt i klausulen. Men også kontraktens øvrige klausuler må trekkes inn ved tolkningen i den utstrekning disse kaster lys over ordenes mening.

³³ Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, Oslo 2002, side 101. I Falkanger 1997A, på side 292 tales det om «den individualiserende metode». Se også Erik Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, side 368 og Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3. utgave, Oslo 2002, side 148flg.

³⁴ Se NOU 1976:61 side 24 høyre spalte. Lignende beskrivelser er gitt av Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, Oslo 1997, side 139-140, Falkanger 1997A side 289, Kristian Huser, *Avtaletolkning*, Bergen 1983, side 144 og Haaskjold side 166.

³⁵ Se bl.a. Rt. 1997 s. 1807 (*Cigna*)(s.1813), Thor Falkanger, «En sammenligning mellom engelske og norske prinsipper for tolkning av kontrakter», *Afs 9 side 537*, Oslo 1965-1969 (Falkanger 1969B), på side 543 og Casper M. Meland, «En komparativ analyse av norsk og engelsk kontraktsrett», *MarLus nr. 356*, Oslo 2007, side 9.

Selv om utgangspunktet i norsk og engelsk rett er likt, er det også store forskjeller mellom tolkningstradisjonene. Mens norske domstoler i stor grad vil søke å oppnå et konkret rimelig resultat i det enkelte tilfelle, vil engelske domstoler i større grad legge til grunn en streng forståelse av ordlyden, uavhengig av konkret rimelighet.³⁶ Grunnen er at man i engelsk rett, i større grad enn i norsk rett, vektlegger hensynet til forutberegnelighet.

Et utslag av denne vektleggingen er «the parol evidence rule», som innebærer at engelske domstoler kun i begrenset utstrekning tillater andre tolkningsdata enn kontrakten som bevis for partenes intensjon. Paul Richards sier det slik:

«... the «parol evidence rule» ... provides that generally evidence will not be admitted which seeks to add, vary or contradict the terms of a written contract. ... The rule, in fact, reinforces the objective nature of the modern contract in that the law is not so much concerned with the *actual intentions* of the parties as with their *manifest intentions* as expressed within *the four corners of the contractual document.*» (Min uthevning).³⁷

NSF finnes både i engelsk og norsk utgave.³⁸ Utgangspunktet når norsk rett er valgt som bakgrunnsrett, er at norske tolkningsprinsipper skal anvendes. Dette gjelder selv om kontrakten er avfattet på engelsk.³⁹ En annen sak er at når partene har valgt en engelskspråklig kontrakt, vil nok ofte den engelske forståelse av kontraktens ord kunne si noe om partenes intensjon.

I motsetning til i engelsk rett, vil man ved tolkningen av standardvilkår i norsk rett ofte legge stor vekt også på andre tolkningsdata enn kontraktens ordlyd. Både i rettspraksis og i litteraturen er det lagt til grunn at standardvilkår i stor grad skal tolkes på samme måte som lovtekster.⁴⁰ Særlig gjelder dette «agreed documents» og vilkår utarbeidet av en nøytral part.

³⁶ Giuditta Cordero Moss, «International commercial contracts», *Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-års jubileum*, Oslo 2005, side 303flg., Erling Selvig, «Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av standardvilkår utformet på engelsk», *TfR 1986 side 1* (Selvig 1986), på side 2 og Falkanger 1969B side 545flg.

³⁷ Paul Richards, *Law of Contract*, 8th edition, London 2007, side 132. En rekke dommer legger til grunn tolkningsregelen, bl.a. *Henderson v Arthur* [1907] 1 K.B. 10 og *Jacobs v Batavia and General Plantations Trust Ltd.* [1924] 1 CH. 287. Se Cheshire m.fl. side 157-165 for ytterligere henvisninger, og en grundig fremstilling av regelen med unntak. For en norsk fremstilling, se Falkanger 1969B side 543flg.

³⁸ Med unntak for NSF 93 som kun finnes i engelskspråklig utgave.

³⁹ Haaskjold side 191 og Selvig 1986 side 3-4.

⁴⁰ Se ND 1983 s. 309 (*Arika*), Hans Jakob Bull, «Avtalte standardvilkår som privat lovgivning», *Lov dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus 19 juni 1988*, side 99 og 108 og Falkanger 1997A side 300.

Det innebærer blant annet at kontraktens forarbeider, og slutninger om formularkonsipistenes intensjon blir viktige tolkningsmomenter.⁴¹

I forbindelse med NSF 93 ble det gitt ut et sett «Explanatory notes», som inneholder kommentarer til enkelte av klausulene. De endringer som er foretatt i kl. 9 er imidlertid ikke kommentert, og retningslinjene har derfor begrenset betydning i relasjon til kl. 9. Undertiden må det imidlertid kunne trekkes slutninger av at endringer ikke er kommentert, se punkt 5.1.

På den annen side vil partsspesifikke forhold i forbindelse med den konkrete avtaleinngåelsen ofte tre noe mer i bakgrunnen enn ved tolkning av individuelt fremforhandlede avtaler, og tolkningsregler som ukklarhetsregelen vil det normalt være lite rom for.⁴²

3.3.2.2 Rettspraksis

Dersom det i rettspraksis er tatt stilling til hvordan et standardkontraktsvilkår er å forstå, vil dommen, både i norsk og engelsk rett, være en viktig tolkningsfaktor dersom det senere oppstår tvist om samme vilkår.

For norsk retts vedkommende skriver Haaskjold:

«Utgangspunktet må klart nok være at i tilfeller hvor domstolene i tilknytning til et bestemt standardvilkår har lagt en bestemt forståelse til grunn, vil dette være et tungveiende moment dersom det aktuelle vilkår eller en tilsvarende formulering på nytt skal tolkes.»⁴³

Når rettspraksis anvendes på denne måten, skapes det forutberegnelighet rundt avtalevilkårene. Ønsker partene lagt til grunn en annen løsning enn den som er valgt av domstolene, må vilkåret endres.

Et særlig spørsmål som reiser seg når kontrakten er utformet på engelsk, er hvilken betydning engelsk rettspraksis skal tillegges ved fortolkningen under norsk rett.

At engelsk rettspraksis undertiden kan være relevant å ta i betraktning, er klart.⁴⁴ Hvilken vekt den skal tillegges beror imidlertid på flere forhold.

⁴¹ Falkanger 1997A side 293flg. og Haaskjold side 187. Svært langt i retning av å kartlegge standardkontraktens tilblivelseshistorie gikk Høyesterett i Rt. 1991 s. 719 (*Hardhaus*)(s. 723flg.).

⁴² Haaskjold side 187. Se også NOU 1976:61 side 61 venstre spalte, hvor det sies: «Når selve innholdet av en standardkontrakt skal vurderes vil en derfor ikke kunne begrense seg til å vurdere hvorvidt kontraktsvilkårene virker rimelige i det enkelte tilfellet. Det naturlige krav må være at standardkontrakter bør utformes slik at de gjennomsnittlig sett gir en rimelig balanse mellom kontraktspartenes rettigheter og plikter.» Se også Jan Hellner, «Tolkning av standardavtal», *JV 1994 side 266*, Oslo 1994, side 266flg., hvor Hellner går langt i å se bort fra subjektive forhold og ukklarhetsregelen (se særlig side 278).

⁴³ Haaskjold side 190.

⁴⁴ Huser side 537.

For det første kan det pekes på at engelsk rett er det prinsipale lovvalg i NSF, jf. kl. 16, og i praksis inngås de fleste kontrakter med engelsk rett som bakgrunnsrett. Rent praktisk har derfor engelsk rettspraksis en viktig stilling ved tolkningen av formularet, noe som kan tilsi at den bør tillegges vekt også ved tolkningen under norsk rett.

Videre kan det trolig skilles mellom tilfeller hvor anvendelse av den engelske dommen innebærer en utfylling av klausulen med engelsk rett, og tilfeller hvor dommen er en fortolkning av selve ordlyden i klausulen.

Dersom den engelske dommen i det første tilfellet legger til grunn en løsning basert på engelsk bakgrunnsrett, som strider mot det som ville fulgt av en isolert tolkning av norsk rett, vil nok dommen ofte tillegges mindre vekt av norske domstoler.

Hvis derimot den engelske dom har tatt stilling til meningsinnholdet i kontrakten, direkte forankret i kontraktens ordlyd og formularets sammenheng, har norske domstoler flere ganger lagt stor vekt på resultatet. Også der hvor resultatet strider mot det som ville fulgt av norsk rett isolert sett.⁴⁵

Et annet moment er i hvilken grad man vektlegger hensynet til homogen fortolkning. Fordi NSF i så stor grad benyttes internasjonalt, taler gode grunner for at kontrakten bør søkes forstått noenlunde likt over landegrensene. Det må også antas at formularkonsipistene i forholdsvis stor grad tar i betraktning dommer som omhandler formularet. At engelsk rettspraksis har foranlediget endringer i formularet, gir Strong/Herring et eksempel på.⁴⁶ Dette kan tilsi at hensynet bør tillegges en viss selvstendig vekt.

Et annet poeng er at det er sparsomt med norsk rettspraksis knyttet til klausulen. Også dette kan tenkes å ha betydning for den norske dommers mottakelighet for utenlandsk praksis.

Videre vil naturligvis holdbarheten i de resonnementer som fremføres ha stor betydning. Fremstår argumentasjonen overbevisende, vil den norske rettsanvender kunne la seg inspirere.

Et motargument er at engelsk rettspraksis nok kan være noe vanskeligere tilgjengelig for den norske rettsanvender.

Som vi så under punkt 3.2, legger NSF kl. 16 opp til at tvister mellom partene skal løses gjennom voldgift. Når det gjelder voldgiftsavgjørelsers vekt, skriver Bull:

⁴⁵ Se ND 1983 s. 309 (*Arika*), Haaskjold side 193 og Selvig 1986 side 22flg.

⁴⁶ Strong/Herring side 126flg.

«Hvor de avtalte vilkårene legger opp til at tvister normalt skal løses gjennom voldgift ... må det også være riktig av de ordinære domstolene å legge betydelig vekt på voldgiftspraksis om en tvist unntaksvis skulle komme opp gjennom det ordinære domstolsapparat.»⁴⁷

At NSF legger opp til at tvister mellom partene primært skal løses ved voldgift, må derfor innebære at voldgiftspraksis vil kunne få stor betydning i tolkningsprosessen, og i stor grad må trolig slike avgjørelser likestilles med avgjørelser av de ordinære domstoler.

Hvorvidt partene har valgt å anvende NSF i norsk- eller engelskspråklig variant, bør nok ikke tillegges særlig betydning ved anvendelsen av engelsk rettspraksis. Det ville skape stor uklarhet dersom den samme kontrakt skulle tolkes ulikt i norsk rett alt etter hvilket språk partene har valgt på kontrakten.

3.3.2.3 Bakgrunnsrettens betydning – utfylling av kontrakten

Ofte vil kontrakten være mer eller mindre ufullstendig, slik at den, også etter en fortolkning, ikke gir svar alle spørsmål som kan oppstå. Spørsmålet blir da hvordan dommeren skal løse de problemer som ikke er direkte regulert i avtalen.

I norsk rett vil domstolen i disse tilfellene foreta en utfylling av kontrakten med utgangspunkt i bakgrunnsretten.⁴⁸ Kontrakten suppleres altså med regler partene ikke direkte har avtalt.

Det er rettsreglene på vedkommende område kontrakten utfylles med, det vil si lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (heretter kjøpsloven eller kjl.) for så vidt gjelder NSF.⁴⁹ Når det gjelder engelsk bakgrunnsrett, har nok denne forholdsvis liten betydning for tolkningen av en kontrakt underlagt norsk rett.⁵⁰

I ND 1974 s. 103 hadde begge parter i saken påberopt ulike tolkninger som angivelig ville følge av engelsk rett. Retten uttalte på side 112: «Noen rettsavgjørelser eller eksempler på faktiske løsninger i forsikringspraksis er ikke dokumentert ... Jeg må under de omstendigheter vurdere det foreliggende spørsmål på grunnlag av en tolkning av klausulen slik den foreligger.»

⁴⁷ Bull side 108.

⁴⁸ Nærmere om utfylling, se Geir Woxholth, *Avtalerett*, 5. utgave, Oslo 2003 (Woxholth 2003), side 458flg., Falkanger 1969B side 559flg., Selvig 1986 side 10flg., Haaskjold side 153flg. og Boe side 381flg.

⁴⁹ Jf. kjl. § 1. Lovens regler er deklarasjonelle, jf. § 3. Se Geir Woxholth, «Innledning til kontraktsretten», *JV 1996 side 213*, Oslo 1996 (Woxholth 1996), side 237-238.

⁵⁰ Haaskjold side 191 og 194 og Selvig 1986 side 10.

I engelsk rett er situasjonen en ganske annen enn i norsk rett. I utgangspunktet anses kontrakten her uttømmende, og det er derfor lite rom for utfylling.⁵¹ Denne restriktive holdning er begrunnet i kontraktsfrihetens prinsipp, og hensynet til forutberegnelighet.

Også i engelsk rett finnes det imidlertid en snever adgang til utfylling med såkalte «implied terms».⁵²

«Etter engelsk rett vil utfylling bare skje når de utfyllende regler («implied terms») «are necessary to give business efficacy to the contract as both parties must have intended». Det er ikke nok å vise at utfylling vil gi et rimelig resultat fordi «it is not the function of the court to make the contract for the parties».⁵³»

Prinsipielt er dette likevel noe annet enn utfylling etter norsk rett, da det ikke på samme måte erkjennes at det impliserte ikke følger av avtalen.

Som man ser vil lovvalget i stor grad bestemme i hvilken grad kontrakten kan utfylles med bakgrunnsretten.

⁵¹ Selvig 1986 side 10, Falkanger 1969B side 541 og Meland side 8.

⁵² Se bl.a. Cheshire m.fl. side 172flg. og Robert Upex and Geoffrey Bennett, *Davies on Contract*, 9th edition, London 2004, side 70flg.

⁵³ Selvig 1986 side 10.

4 *Hvilke forhold konstituerer brudd i relasjon til NSF klausul 9 første setning*

4.1 *Avtalens betydning for vurderingen av om det foreligger brudd på garantien*

Det følger av NSF 93 kl. 9 første punktum at skipet skal leveres «free from all charters, encumbrances, mortgages and maritime liens or any other debts whatsoever.»⁵⁴

Det er et grunnleggende utgangspunkt i både norsk og engelsk rett at partene står fritt til å bestemme innholdet i den enkelte kontrakt. Det gjelder altså et ulovfestet prinsipp om avtalefrihet. Dette er blant annet kommet til uttrykk i kjl. § 41(1), som presiserer at rettsmangler foreligger «dersom det ikke følger av avtalen at kjøperen skal overta tingen med den begrensning tredjemanns rett medfører.»⁵⁵

Som utgangspunktet er det derfor ingenting i veien for at kjøper og selger blir enige om at skipet skal overtas med nærmere angitte heftelser, eksempelvis et pantelån eller et certeparti. En slik avtale innebærer en individuell modifisering av NSF kl. 9. Oppnår partene slik enighet vil normalt de begrensninger heftelsen medfører for kjøper gjenspeile seg i kontraktsprisen.⁵⁶

Hvorvidt kjøper og selger rent faktisk har avtalt at kjøper skal overta skipet med visse heftelser, kan undertiden være vanskelig å avgjøre. Disse spørsmål hører under den alminnelige avtalerett.⁵⁷

Partene i kjøpsavtalen står imidlertid ikke helt fritt til å avtale slik overtakelse. Felles for heftelsene er at de representerer rettigheter tredjemenn har i skipet. En avtale om at kjøper skal overta forpliktelsene vil derfor ofte være betinget av samtykke fra innehaver av rettigheten. Dersom nødvendig

⁵⁴ 87 formularet er noe snevrere, og omfatter «all encumbrances and maritime lien or any other debts whatsoever.»

⁵⁵ Se også RG 1993 s. 1121.

⁵⁶ Se Roald Martinussen, *Kjøpsrett*, 5. utgave, Oslo 2004, side 214 og NU 1984:5 side 241.

⁵⁷ Generelle fremstillinger finnes bl.a. i Woxholth 2003 og Hov kap.3flg. Se også John Egil Bergem og Stein Rognlien, *Kommentarutgave til kjøpsloven av 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp 1995*, 2. utgave, Oslo 1995, side 238 når det gjelder kjl. § 41.

samtykke ikke innhentes, vil dette kunne få ulike virkninger for kjøper og selger. I det følgende forutsettes at gyldig avtale om overtakelse av slike heftelser ikke foreligger.

4.2 *Charters*

4.2.1 *Innledning*

At skipet skal leveres fritt for «charters» er en tilføyelse i NSF 93 formularet som ikke finnes i de tidligere utgaver. Jeg vil komme tilbake til betydningen av dette mot slutten av drøftelsen under punkt 4.2.3.3. I det følgende er det derfor 93 utgaven drøftelsen knytter seg til.

Problemstillingen blir først å forsøke å fastlegge hvilke typer av avtaler som er å anse som et «charter» i avtalens forstand. Deretter skal det undersøkes hvilke konsekvenser det får for kjøper at skipet ikke leveres «free from all charters». Utfallet av den siste problemstillingen vil være avgjørende for hvilken praktisk betydning garantien har, og dermed også betydningen av at «charters» ikke er inntatt i 1987 utgaven.

4.2.2 *Nærmere om begrepet «charters» i klausul 9*

Eieren av et skip kan disponere faktisk og rettslig over skipet på ulike måter. Han kan velge å benytte skipet selv, typisk til befording av egne varer, eller han kan velge å realisere det. Eieren kan også velge å la andre benytte sitt skip helt eller delvis mot at det ytes et vederlag for bruken.⁵⁸ Det er i enkelte av disse situasjonene at forholdet mellom eieren og medkontrahenten reguleres av et «charter party», og det er dette jeg skal ha for øye i det følgende.

På engelsk er det vanlig å benytte «charter» som en forkortelse for begrepet «charter party».⁵⁹ I norsk rett kan begrepet «charter party» direkte oversettes med ordet certeparti (c/p). Det må legges til grunn at det norske ordet

⁵⁸ Thor Falkanger, *Leie av skib*, Oslo 1968 (Falkanger 1969A), side 5flg.

⁵⁹ Begrepet stammer fra det latinske «carta partia», som betyr delt dokument. Navnet henger sammen med måten dokumentene opprinnelig ble benyttet på. Partene rev avtaledokumentet i to deler, hvorav bortfrakter og befrakter beholdt hver sin del. Ved destinasjonsstedet kunne delene føres sammen, og fungere som et bevis for at man var berettiget varene, se *Sohlmans Sjölexikon*, Stockholm 1955, side 114.

certeparti som utgangspunkt dekker meningsinnholdet i charterbegrepet slik det er brukt i avtalen.⁶⁰

Jeg vil i det følgende først gi en kort oversikt over de typer avtaler man betegner certeparti, og som klart vil omfattes av garantien. Deretter skal det vurderes om garantien kan tenkes å favne videre enn dette.

4.2.2.1 Certepartiene

Et certeparti er en avtale om transport av varer med skip, det vil si at bortfrakteren (rederen) påtar seg transportoppdrag for befrakteren. Ordet certeparti er ikke betegnelsen på *en* enkelt avtaletype, med *ett* bestemt innhold. Avtalefriheten gjelder her som ellers, og innebærer at den individuelle avtale kan «skreddersys» for det formål den er ment å fylle.

En annen sak er at man i praksis i stor utstrekning anvender standardiserte certeparti-kontrakter. Dette bidrar nok til at forskjellene mellom de kontrakter som faktisk benyttes, reduseres i noen grad. På den annen side er det til dels store forskjeller mellom de ulike standardformularene, og i det enkelte avtaleforhold forekommer det at omfattende endringer foretas for å tilpasse formularet den konkrete situasjon.⁶¹ Begrepet favner derfor et mangfold av avtaler hvis innhold varierer i større eller mindre grad.

Grovt sett kan man dele inn certepartiene i tre hovedformer.⁶² Den første variant har man i reisecertepartiet (voyage charter-party). Reisecertepartiet gjelder normalt kun for én reise, hvor eieren av skipet påtar seg å frakte en bestemt mengde av et gods fra et sted til et annet mot et vederlag som står i forhold til godsmengde og transportstrekning, se lov 24. juni 1994 nr. 39. om sjøfarten (sjøl.) § 321(2).

Den annen hovedform er tidscertepartiet (time charter-party eller t/c). Etter tidscertepartiet vil skipets eier være forpliktet til i en nærmere angitt periode å utføre de reiser som befrakteren beordrer. I motsetning til ved reisecertepartiet, knyttes vederlaget i disse tilfellene seg til tiden skipet står til befrakters disposisjon, og ikke til den mengde gods som fraktes, se sjøl. § 321(2).

I begge de foregående tilfellene er det skipets eier som bemanner og utruker skipet; han kan sies å ha den nautiske ledelse over skipet. Dette leder oss til

⁶⁰ Se blant annet Michelet side 1, Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th edition, St. Paul 2004, side 251 og Kunnskapsforlaget, *Engelsk-Norsk Stor ordbok*, Oslo 2002 (Kunnskapsforlagets ordbok).

⁶¹ *Norstedts juridiska handbok*, 15. opplagan, Stockholm 1994, side 289.

⁶² Se nærmere Falkanger/Bull, side 215flg. og Herman Bruserud, «Bortfrakters ansvar for skipets fysiske egenskaper. Ansvarsgrunnlagene», *MarTus nr. 294*, Oslo 2002, side 5-7.

den siste hovedformen, bareboat-certepartiet (demisecharter). Denne avtaleformen innebærer, i tillegg til en overføring av den kommersielle ledelse av skipet, også en overføring av den nautiske ledelse fra eier til befrakter. Befrakter får i disse tilfelle den fysiske besittelsen av skipet gjennom ansettelse av eget mannskap, og det foreligger derfor en regulær leieavtale.⁶³

I tillegg til de hovedformer som er gjennomgått ovenfor, finner man som følge av individuelle tilpasninger, ulike mellomformer. Michelet bruker et eksempel hentet fra NSM nr 536 s 10. Her var reisecertepartiet ASBATANKVOY omgjort til et tidscerteparti, noe som skapte en hybrid mellom de to hovedformene.⁶⁴

Jeg nevner også kort en variasjon av reisecertepartiet, nemlig de konsekutive reiser. Denne variant er definert i sjøl. § 321(2), og foreligger hvor «et visst antall reiser ... utføres etter hverandre i henhold til en befraktningsavtale for et bestemt skip.»⁶⁵

Det finnes så vidt jeg vet ikke norsk rettspraksis vedrørende forståelsen av NSF's «charter»-begrep. I den engelske avgjørelsen i *Buena Trader* ble det imidlertid gitt en uttalelse om begrepet «charter-free». Selv om uttalelsen ikke direkte knytter seg til kl. 9 slik den nå lyder, vil uttalelsen belyse hva som ligger i begrepet. Lord Denning uttaler:

«Clause 16 said that: The vessel shall be delivered charter-free ... The meaning of «charter free» is obvious. She must not be subject to an existing charter. She must be free of any charter obligation, so that the seller can deliver her free to the buyers.»⁶⁶

Uttalelsen kan forstås slik at skipet ikke bare skal være fritt for eksisterende og løpende certepartier, men også for andre certepartiforpliktelser. Etter en slik forståelse, omfattes også inngåtte certepartier som først begynner å løpe en gang i fremtiden (fixture ahead). Forutsetningen må imidlertid være at forpliktelsen er stiftet forut for leveringstidspunktet, at den knytter seg til det solgte skip og tar sikte på å løpe også etter levering.

Selv om uttalelsene nok har begrenset vekt, er det etter min mening naturlig at kl. 9 også favner disse situasjonene. Formålet med klausulen er å beskytte kjøpers ønske om å overta skipet fritt for enhver certepartiforpliktelse som kan tenkes å forstyrre hans rett etter kjøpekontrakten.

⁶³ Se Falkanger/Bull side 215flg. og Norstedt side 289flg.

⁶⁴ Michelet side 1. Se også William Tetley, *Glossary of maritime law terms*, 2nd edition, Montréal 2004, side 24flg.

⁶⁵ Falkanger/Bull side 399flg.

⁶⁶ [1978] 2 Lloyds rep. 325 (s.329).

Det er ikke bare innholdet i avtalene som kan variere, også avtalens benevnelse kan variere. Men de forskjeller som finnes med hensyn til innhold og benevnelse, kan imidlertid ikke være avgjørende for om den konkrete avtalen omfattes av certepartibegrepet. Det avgjørende må være om man *i realiteten* står overfor en avtale om *hel- eller delbefraktning av skip*, jf. sjøl. §§ 321(1) og 253(2).

4.2.2.2 Avtaler som faller utenfor certepartidefinisjonen

Vi har til nå sett på hva som kjennetegner certepartiene. Den problemstilling som skal reises her, er hvorvidt garantien kan tenkes å favne videre enn certepartiavtalene.

Det er nærmest ubegrenset hvilke varianter av avtaler som kan tenkes inngått med skipet som objekt. Mens innholdet i enkelte av avtalene vil ligge nærmere certepartiene, slik som konnossementet, vil andre ligge fjernt fra disse. Et eksempel kan være at rederen har inngått en avtale med en nyanlagt havn om at rederiets skip skal frekventere havnen med visse mellomrom.

Når det gjelder konnossementet og sjøfraktbrevet, omfattes disse, i likhet med reise- og tidscertepartiet, av begrepet fraktavtale i sjøl. Del IV. Nærmest hverandre ligger konnossementet og reisecertepartiet. Mens konnossementet vanligvis benyttes hvor lasten ikke fyller hele skipet, vil ofte reisecertepartiet benyttes hvor den gjør det.⁶⁷ I enkelte tilfeller vil det imidlertid kunne være noe tilfeldig hvilken avtaleform som benyttes.

Spørsmålet blir da om det er noen grunn til at en kjøper skal stå svakere hvor selger har inngått en fraktavtale som er kommet til uttrykk i et konnossement enn hvor det er inngått en avtale om frakt på grunnlag av et reisecerteparti.

Kontraktens ordlyd trekker klart i retning av at kun certepartiene omfattes. For at selger skal kunne holdes ansvarlig på grunnlag av garantien også for andre typer forpliktelser, må derfor en utvidende fortolkning kunne legitimeres. Fordi man i avtaler om salg av skip på NSF regulært vil stå overfor svært profesjonelle aktører, er denne adgangen snever. Hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet tilsier at ordlyden tillegges vesentlig vekt.⁶⁸

Slik kl. 9 er utformet, synes det klart at ikke enhver forpliktelse som kan påvirke kjøpers frie disposisjon av skipet omfattes av garantien. Det må derfor trekkes en grense for hvilke typer avtaler som innebærer et brudd på denne.

⁶⁷ Falkanger/Bull side 217.

⁶⁸ Se punkt 3.3.2.1.

Også hensynet til en retsteknisk enkel og klar grense tilsier at begrepet forstås snevert, slik at kun certepartiene omfattes.

Når det gjelder garantiens formål, er denne som nevnt å gi kjøper en beskyttelse i de tilfeller hvor det foreligger heftelser som er i strid med kjøpers rett etter kjøpsavtalen. Formålet kan derfor til en viss grad tale for en utvidende fortolkning.

Et annet moment som kan anføres i retning av en utvidet forståelse, er at det er selger som har klart nærmest tilknytning til de avtaler som er inngått. Det kan derfor hevdes at det vil være rimelig å legge til grunn en utvidet fortolkning av garantien, slik at kjøper kan påberope garantibrudd også i disse tilfellene.

Brookes skriver: «... NSF 1993 does not refer to trading commitments in general, but only to charters although the wider meaning is probably intended.»⁶⁹ Det argumenteres ikke nærmere for standpunktet, og spørsmålet er nok mer tvilsomt enn det her gis uttrykk for.

Hvorvidt norske domstoler vil foreta en utvidet fortolkning av garantien må etter dette sies å være tvilsomt. Etter min mening fremstår det slik at det neppe finnes tilstrekkelig vektige argumenter til å fravike den klare ordlyden. Vil kjøper utvide garantiens omfang, bør nok klausulen endres.

4.2.3 *Hvilken betydning har det for kjøper at skipet ikke er fritt for «charters» ved levering*

Dersom skipet på leveringstidspunktet ikke er fritt for «charters», vil det foreligge et garantibrudd. Hvilke sanksjoner kjøper kan gjøre gjeldende, henger imidlertid nært sammen med hvilke konsekvenser bruddet får for kjøper.⁷⁰ Spørsmålet her dreier seg altså om og i tilfelle på hvilken måte en tredjemann, som har en befraktningsavtale knyttet til det skip som selges, kan gjøre avtalen gjeldende overfor kjøper.

I det følgende finner jeg det hensiktsmessig å se på spørsmålet fra befrakters ståsted, for derved også å belyse kjøpers stilling.

Befrakters vern kan tenkes mer eller mindre sterkt. Det sterkeste vern vil befrakter ha dersom han kan kreve at kjøper oppfyller certepartiet *in natura*. På den andre ytterkant kan det tenkes at befrakter overhodet ikke har noe

⁶⁹ Brookes side 270. Goldrein/Turner synes derimot å forutsette at garantien begrenser seg til certepartier, se side 125 og 200.

⁷⁰ Se nærmere under punkt 7.2.

vern mot kjøper. I en mellomstilling ligger rett til erstatning.⁷¹ Hvor sterkt dette vernet er, beror igjen på hvilket ansvarsgrunnlag man legger til grunn for kjøpers ansvar.

4.2.3.1 Norsk rett

Befrakters rett til naturaloppfyllelse

Innledningsvis skal det bemerkes at man i norsk rett oppstiller som et utgangspunkt at kreditor for en ytelse kan kreve denne naturaloppfylt.⁷² Spørsmålet blir derfor om det for certepartier er grunnlag for gjøre unntak fra dette utgangspunkt.

I Norge er det opprettet to registreringsordninger for skip, Norsk Ordinært Skipsregister (NOR) og Norsk Internasjonalt Skipsregister (NIS).⁷³ I registrene er det åpnet for registrering av visse rettsstiftelser. Hvilke som kan registreres, fremgår av sjøl. § 20.⁷⁴ Bestemmelsens første ledd lyder:

«I skipsregisteret kan anmerkes dokument som går ut på å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har et registrert skip til gjenstand. Unntatt er dokument vedrørende sjøpanterrett i eller leie eller befraktning av skip.»

De unntak som er oppstilt i bestemmelsens annet punktum, innebærer blant annet at reise-, tids- og bareboat-certepartier ikke kan registreres. Det rettsvern registrering gir, kan altså ikke oppnås for denne typen rettsstiftelser.⁷⁵

I lovteksten er leie (bareboat-certepartiene) og befraktning (reise- og tidscertepartiene) av skip likestilt i den forstand at verken den ene eller andre form for rettighetsstiftelse tillates registrert. Denne likestilling er imidlertid egnet til å dekke over en forskjell mellom de to avtaletyper, som historisk sett

⁷¹ Falkanger 1969A side 573.

⁷² Se kjl. § 23(1) og bl.a. Hagstrøm side 362, Erling Selvig, «Om dom på naturaloppfyllelse, særlig i befraktningsforhold», *Afs 5 side 553*, Oslo 1961-1964 (Selvig 1962), side 568 og Innstilling VI fra sjølovkomitéen, *Utkast med motiver til lov om endring av skipsregisterlovgivningen*, Oslo 1966, side 55.

⁷³ For en alminnelig redegjørelse for registrering i skipsregistrene og virkningene av slik registrering, se bl.a. Falkanger/Bull side 28flg.

⁷⁴ Bestemmelsen gjelder skip registrert i både NOR og NIS, jf. NIS-loven § 3, samt at de særregler som oppstilles i lovens Kap. II ikke omfatter de aktuelle rettigheter.

⁷⁵ Tidligere var det noe uklart hvorvidt rettsvern kunne oppnås etter de alminnelige regler. I Falkanger 1969A drøftes spørsmålet på side 581-582, hvor det konkluderes med at slike vidtgående unntak ville stride mot ordningens «*raison d'être*» – sikkerhet og oversiktighet. I dag er spørsmålet avklart gjennom reglene i sjøl.

har skapt atskillige vanskeligheter.⁷⁶ Det er viktig for å forstå regelens begrunnelse at man har klart for seg hva denne forskjell består i.

Mens eiers ytelse i leietilfellene i hovedsak består i overlevering av skipet uten mannskap til befrakter, er hans ytelse i befrakningstilfellene vesentlig mer sammensatt. Det fordres her normalt en omfattende aktivitet fra eiers side, gjerne over et lengre tidsrom.⁷⁷ Med denne bakgrunn *in mente* kan man se nærmere på begrunnelsen for at registrering ikke tillates.

For så vidt gjelder tids- og reiseCERTepartiene, er begrunnelsen todelt. For det første har det, på grunn av forpliktelsesens personlige karakter, ikke vært ønskelig å gi adgang til å gi dom for naturaloppfyllelse. Dersom muligheten hadde stått åpen, ville det blant annet innebære at kjøper, under trussel om løpende dagmulkt, jf. tvangsfullbyrdsloven § 13-14, kunne pålegges å gjennomføre CERTepartiet etter dets innhold. Hensynet til kjøper, på grunn av ytelsens innhold og varighet, samt de retts tekniske problemer som kan oppstå i forbindelse med tvangsfullbyrdsloven, taler i en viss utstrekning mot å anerkjenne et slikt krav.

For det andre har hensynet til effektiv omsetning stått sentralt. Om dette uttaler sjølovkomiteen i innstilling VI på side 55:

«På den annen side ville en rett for befrakteren til å kreve naturaloppfyllelse medføre en betydelig usikkerhet for alle som er interessert i å erverve eller befrakte skip. For dem ville det være vanskelig å avgjøre om et CERTeparti (som de vet om) med rette eller urette påstås bortfalt eller kansellert. Dette usikkerhetsmoment er særlig uheldig i shippingforhold, hvor kontrahering skjer meget hurtig.»

På denne bakgrunn konkluderer sjølovkomiteen med at det «ikke er grunn til å gi adgang til å registrere befrakningsavtaler», noe som da også er kommet direkte til uttrykk i lovteksten.

Når det gjelder leieavtalene (bareboat-CERTepartiene), ligger begrunnelsen på en noe annen kant. I prinsippet vil naturaloppfyllelse av en slik avtale ikke reise særlige problemer.⁷⁸ Grunnen til at heller ikke leieavtalen tillates registrert, ligger i at grensen, særlig mot tidsCERTepartiet, undertiden kan være

⁷⁶ Se bl.a. Falkanger 1969A side 575 og Selvig 1962 side 554flg.

⁷⁷ Selvig 1962 side 556flg. og Sjur Brækhus, «Sikkerhet i CERTepartier og CERTepartifrakter», *Fra kreditretten og andre rettsområder – Ti artikler 1968-1978* (Brækhus 1978), Oslo 1978, side 321flg.

⁷⁸ At leierettigheter tillates registrert, og kan kreves naturaloppfylt er da også rettsstillingen etter lov 6. juni 1935 nr. 2. om tinglysning § 12 vedrørende fast eiendom, jf. Ot.prp.nr.9 (1935-1936) side 28.

svært vanskelig å trekke.⁷⁹ Dersom kun leieavtalen skulle tillates registrert, ville registerføreren måtte trekke denne grensen, noe som kunne skapt en risiko for at dokumenter som skulle vært registrert, ikke ble det, og motsatt. Av forarbeidene fremgår det at man anså den retts tekniske fordel det er å likestille disse avtalene som så stor at den oppveier de ulemper likestillingen medfører.⁸⁰

Situasjonen i norsk rett er etter dette at verken reise-, tids- eller bareboat-certepartiet kan kreves naturaloppfylt.⁸¹ Dette må gjelde uavhengig av om kjøper kjenner til certepartiet eller ikke. For så vidt gjelder befrakningsavtalene, vil begge de ovennevnte hensyn gjøre seg gjeldende, om enn med en noe annen styrke, også hvor kjøper kjente til avtalen. Til dette kommer at når befrakter ikke kan kreve at *eier* oppfylder kontrakten *in natura*, er det ikke noen grunn til at han skal stå sterkere hvor det kommer en kjøper inn i bildet.

For leieavtalen må resultatet bli det samme ut fra den tanke at motsatt løsning ville innebære at man likevel måtte ta stilling til grensen mellom de ulike avtaletypene. At leieavtalene også i dette henseende skal likestilles med befrakningsavtalene, er i samsvar med forarbeidene, og i dag også alminnelig akseptert i teorien.⁸²

Befrakters erstatningsrettslige vern

Som vist ovenfor, er befrakter i norsk rett ikke gitt mulighet for kreve naturaloppfyllelse av kjøper. Det spørsmål som da reiser seg, er om *befrakter* kan kreve det økonomiske tap han lider som følge av at certepartiet faller bort, erstattet av *kjøper*.

Mellom kjøper og befrakter foreligger ingen kontrakt, slik at et rent kontraktuelt ansvar ikke kan komme på tale. Et eventuelt erstatningsansvar må derfor baseres på mer generelle betraktninger, og ansvar vil i disse tilfellene være betinget av at det foreligger ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom tapet og den ansvarsbetingende handling.⁸³ I det følgende forutsettes for enkelthets skyld at vilkårene om økonomisk tap og adekvans er oppfylt. Her skal kun spørsmålet om ansvarsgrunnlag behandles.

⁷⁹ For en mer utførlig behandling av de problemer som gjør seg gjeldende i forbindelse med grensedragningen, vises det til Falkanger 1969A side 49flg.

⁸⁰ Innstilling IV side 56.

⁸¹ Falkanger/Bull side 44, Hagstrøm side 368, Falkanger 1969A side 582 og Innstilling VI side 55.

⁸² Falkanger/Bull side 44 og Hagstrøm side 368.

⁸³ Hagstrøm side 815.

Utgangspunktet både i og utenfor kontrakt, er den alminnelige culparegel.⁸⁴ Normalt kan da ansvar pålegges dersom det er utvist uaktsomhet i en eller annen form. Både i teori og praksis synes det imidlertid å være enighet om at det må stilles vesentlig strengere krav for å pålegge en utenforstående tredjemann (her: kjøper) ansvar for medvirkning til selgers kontraktsbrudd overfor hans kontraktspartner (her: befrakter).⁸⁵

Begrunnelsen ligger først og fremst i at befrakter i disse tilfellene vil kunne holde seg til sin kontraktspartner, og at man derfor må vise en viss forsiktighet med å pålegge en tredjemann erstatningsansvar overfor befrakter.⁸⁶

Når det gjelder kjøpers ansvar overfor befrakter, kan man imidlertid hevde at befrakter har et ekstra behov for beskyttelse ettersom han er avskåret retten til naturaloppfyllelse. På den annen side kan man si at et kvalifisert skyldkrav harmonerer godt med den restriktive holdning som er lagt til grunn for retten til naturaloppfyllelse, idet man har lagt så stor vekt på omsetningsmessige hensyn. En kjøper skal ikke kunne risikere at han møtes med krav om verken naturaloppfyllelse eller erstatning.⁸⁷

Etter gjeldende rett må det for å pålegge ansvar i slike tilfeller kunne oppstilles et krav om at *kjøper ved en aktiv handling eller unnlattelse, på utilbørlig måte har forledet eller tilskyndet selger til å misligholde overfor befrakter.*⁸⁸ Kjøpers kjennskap til certepartiet er med andre ord ikke tilstrekkelig. Falkanger uttrykker det slik: «Har tredjemann hatt full kunnskap om situasjonen, men ikke tatt noe initiativ til avtalen mellom ham selv og eieren ... kan ansvar neppe komme på tale. For at det skal bli ansvar, må det kreves en viss aktivitet fra hans side.»⁸⁹ Dette må kunne sies å gi uttrykk for rettstilstanden også i dag.

At kjøpers ansvar for medvirkning til kontraktsbrudd i norsk rett er betinget av utilbørlig forhold hos kjøper, skaper en noe vanskelig situasjon. Spørsmålet

⁸⁴ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utgave, Oslo 1999, side 109 og Hagstrøm side 452.

⁸⁵ Se bl.a. Rt. 1997 s. 1322 (s.1329), Hagstrøm side 817, Falkanger 1969A side 585, Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 2. opplag 1984, Oslo 1978, side 418 og Brækhus 1978 side 328.

⁸⁶ Falkanger 1969A side 583.

⁸⁷ Langt i denne retning har man gått i Innstilling VI side 55-56, hvor man nærmest avviser at erstatningskrav kan rettes mot kjøper.

⁸⁸ Se note 85.

⁸⁹ Falkanger 1969A side 585. For en nærmere behandling av spørsmålet vises det til Hagstrøm side 814flg. med videre henvisninger.

er dette: Dersom kjøper blir erstatningsansvarlig overfor befrakter som følge av at han har opptrådt utilbørlig, kan han fortsatt påberope seg garantien?

Et eksempel på at retten til å påberope garantier kan falle bort, har man i de såkalte «back letter» tilfellene. Et «back letter» er en garanti gitt fra avlaster (dvs. den som leverer gods til transport, se sjøl. 251) til transportør, hvor avlaster påtar seg å holde transportøren skadesløs for utstedelse av rent konnossement. «Back letters» kan undertiden utstedes som ledd i en svindelførelse, og i slike tilfeller vil transportøren ikke kunne påberope seg garantien for domstolene. Begrunnelsen er, som det uttrykkes av Falkanger/Bull, at det ikke er «domstolenes oppgave å skifte sol og vind mellom kjeltringer.»⁹⁰

Dette må sies å være et utslag av et mer generelt kontraktsrettslig synspunkt. Grov skyld hos den som påberoper en kontraktsbestemmelse, kan føre til rettighetsbortfall.⁹¹

Konklusjonen må sies å være noe usikker. Etter min mening synes det ikke umiddelbart rimelig at selger skal erstatte tap kjøper pådrar seg ved sin egen utilbørlige atferd. Det fremstår heller ikke som noen rimelig antakelse at dette har vært meningen med bestemmelsen. Gode grunner kan nok tale for at garantien ikke kan påberopes i disse tilfellene, men ved vurderingen må naturligvis graden av skyld hos selger være et viktig moment.

4.2.3.2 Engelsk rett

Befrakters rett til naturaloppfyllelse

Når det gjelder retten til å kreve kontrakten naturaloppfylt («specific performance»), er utgangspunktet i engelsk rett det motsatte av norsk rett. Den prinsipielle beføyelse i engelsk rett er erstatning. «Specific performance» er en «equitable remedy» som kun gis dersom erstatning ikke fremstår som en adekvat reaksjon i det konkrete tilfelle.⁹²

⁹⁰ Falkanger/Bull side 296.

⁹¹ Situasjonen kan sammenlignes med ansvarsfraskrivelse for egne forsettelige eller grovt uaktsomme handlinger, da selgers garanti i realiteten får samme virkning i denne sammenheng. Se bl.a. Håvard H. Holdø, «Realkreditors adgang til å kreve prisavslag ved mangelfull realytelse», *MarIus nr. 301*, Oslo 2003, side 32 med videre henvisninger.

⁹² Upex/Bennet side 288flg.

I engelsk rett synes det imidlertid, etter avgjørelsen i *The Stena Nautica (No.2)*, som om befrakter i visse tilfeller kan kreve et bareboat-certeparti oppfylt *in natura*.⁹³

I *The Stena Nautica* var situasjonen at de svenske eierne i 1976 sluttet et av sine skip på bareboat-certeparti til et kanadisk selskap. Certepartiet var noe spesielt, da det kun omfattet tidsrommet fra 15. april til 15. oktober over en periode på fem år. Utenfor dette tidsrommet sto skipet til eiernes disposisjon. Certepartiet inneholdt også en opsjon for det kanadiske selskapet til å kjøpe skipet eller forlenge leieperioden etter utløpet av de første fem årene.

I november 1981 innledet eierne forhandlinger med et belgisk selskap, og inngikk i januar 1982 et nytt bareboat-certeparti. Certepartiet var på to år, med en kjøpsoppsjon etter utløpet av disse. Det nye certepartiet var klart i strid med det allerede eksisterende certeparti. 28. februar 1982 ble skipet levert til det belgiske selskapet. De kanadiske befrakterne gjorde gjeldende sin rett til å kjøpe skipet 2. mars 1982. Ingen av befrakterne visste om den annens rett.

Lord Denning i Court of Appeal la til grunn at det belgiske selskapet hadde rett til «specific performance» av det inngåtte certeparti, og uttalte: «... the Belgians are entitled to the specific performance of their charterparty on the terms which I have mentioned -- outright for two years, an option for a further year, and an option to purchase.»

For så vidt gjelder bareboat-certepartiene, synes altså engelsk rett i visse tilfeller å gi befrakter en noe sterkere stilling enn han har i norsk rett.

For tids- og reisecertepartiet synes situasjonen mer kompleks, og til dels uavklart. Her må jeg nøye meg med en kort oversikt.⁹⁴

Dersom kjøper ikke kjenner til certepartiet, må nok hovedregelen automatisk legges til grunn. Befrakter kan her ikke kreve naturaloppfyllelse.⁹⁵

Når det gjelder rettstilstanden i de tilfeller hvor kjøper kjenner til den inngåtte avtale, har denne utviklet seg gjennom en rekke dommer, men er på flere punkter fortsatt uavklart.

Den første relevante avgjørelse falt i *Tulk v. Moxhay*⁹⁶, som gjaldt kjøp av en fast eiendom. Retten la her til grunn at en «restrictive covenant» (negativ servitutt) som hviler på eiendommen kunne gjøres gjeldende av rettighetshaveren også overfor en senere erverver som kjente til heftelsen.

Måten dette kunne skje på, var gjennom domstolens nedleggelse av et forbud mot at eiendommen ble benyttet i strid med heftelsen, en såkalt «restraining

⁹³ [1982] 2 Lloyd's Rep. 336 (s.347-348). Se også *The Scraptrade* [1983] 2 Lloyd's Rep. 253., (særlig s.256), Michael Wilford m.fl., *Time charters*, 4th edition, London 1995, side 87, Siv Aida Rui, *Sjørettsseminar våren 1996*, Oslo 1996 (Rui 1996), side 10 og NSM-563-2004-6011 side 6014.

⁹⁴ Spørsmålet er behandlet i bl.a. Falkanger 1969A side 586flg., Aleka Mandaraka-Sheppard, *Moderen Admiralty Law*, London 2001, side 399flg. og NSM-563-2004-6011.

⁹⁵ Goldrein/Turner side 254.

⁹⁶ (1848) 2 Ph. 774.

injunction». I flere senere dommer, herunder *De Mattos v Gibson*⁹⁷, er det lagt til grunn at Tulk v. Moxhay-doktrinen også gjelder løsøre.

I *Swiss Bank Corporation v Lloyds Bank*, uttalte retten at prinsippet lagt til grunn i *De Mattos v Gibson* «is good law and represents the counterpart and equity of the tort of knowing interference with contractual rights».⁹⁸ Deretter oppsummerte retten vilkårene for «injunction» slik:

«(2) A person proposing to deal with property in such a way as to cause a breach of contract affecting that property will be restrained by injunction from so doing if when he acquired that property he had actual knowledge of that contract. (3) A plaintiff is entitled to such an injunction even if he has no proprietary interest in the property: his right to have his contract performed is a sufficient interest. (4) There is no case in which such an injunction has been granted against a defendant who acquired the property with only constructive, as opposed to actual, notice of the contract. In my judgment constructive notice is not sufficient, since actual knowledge of the contract is a requisite element in the tort.»

Befrakter kan altså få nedlagt et rettslig forbud mot at kjøper disponerer over skipet i strid med hans certeparti når kjøper har «actual knowledge», det vil si at han både vet at det eksisterer et certeparti, og at kjøpsavtalen vil forhindre oppfyllelse av dette.⁹⁹ Videre er befrakters interesse i å få oppfylt kontrakten tilstrekkelig.

Rettstilstanden synes etter dette å være at kjøper ikke kan pålegges det positive, å oppfylle certepartiet *in natura* («specific performance»). Men han kan i visse tilfeller pålegges det negative, å ikke disponere i strid med certepartiet, noe som etter omstendighetene vil kunne være et stort inngrep i hans rett etter kjøpsavtalen.¹⁰⁰

Befrakters erstatningsrettslige vern

Dersom kjøper ikke kjenner til certepartiet, er det klart at befrakter ikke kan rette noe erstatningskrav mot kjøper.¹⁰¹

I engelsk rett kan en tredjemann i visse tilfeller pålegges erstatningsansvar etter læren om «interferece with the contract». Falkanger gjengir Winfields definisjon slik: «den tredjemann som «knowingly and intentionally interferes with a contract between B and C ... by inducing, procuring or persuading B to

⁹⁷ (1858) 4 De G. & J. 276.

⁹⁸ [1979]Ch. 548.

⁹⁹ Falkanger 1969A side 589.

¹⁰⁰ Se NSM-563-2004-6011.

¹⁰¹ *Op.cit.* side 6014.

break his contract with C», begår en erstatningsbetingende handling (tort) overfor C.»¹⁰²

Som vist under punkt 4.2.3.1 – *Befrakters erstatningsrettslige vern*, er kjøpers kunnskap om certepartiet ikke tilstrekkelig for å pålegge ham erstatningsansvar under norsk rett. Erstatningsansvaret er betinget av utilbørlig forhold hos kjøper.

Hvorvidt ansvarsgrunnlaget i engelsk og norsk rett er sammenfallende, fremstår noe uklart. Men på bakgrunn av det siterte kan det synes som om det i forholdsvis stor grad er samsvar mellom dem.

4.2.3.3 Sammenfatning

Ovenfor har vi sett på certepartiets stilling i konkurranse med en senere kjøpsavtale, hovedsakelig fra et befraktersynspunkt. Sett fra kjøpers side, vil det ha fremgått at det i norsk rett er forholdsvis begrensede krav han kan møtes med. I engelsk rett kan det synes som om kjøper i visse tilfeller kan ha en noe mer utsatt posisjon.

Dette innebærer at garantien på dette punkt nok må kunne sies å ha en forholdsvis begrenset praktisk betydning i norsk rett, mens behovet nok er noe større i engelsk rett.

Fra et selgersynspunkt, vil disse forhold kunne ha mindre praktisk betydning. Selv om selger ikke blir ansvarlig overfor kjøper med grunnlag i garantien, vil han kunne bli ansvarlig for kontraktsbrudd overfor befrakter.

Som nevnt innledningsvis, inneholder ikke NSF 87 begrepet «charter». Selv om denne forskjell under norsk rett får begrenset betydning, vil den kunne få større betydning dersom kontrakten underlegges andre lands rett, noe som til dels er illustrert med forskjellene mellom norsk og engelsk rett. Videre kan det godt tenkes at befrakter i andre rettssystemer enn de undersøkte, vil ha en enda sterkere posisjon. Dette er et stadig tilbakevendende problem som følger av skipsfartens internasjonale karakter. Det må derfor være grunnlag for å si at tilføyelsen i 1993 utgaven likevel innebærer en viktig sikkerhet for kjøper.

Nipponsale inneholder i likhet med NSF 1987 ingen referanse til «charters».

¹⁰² Falkanger 1969A side 589.

4.3 *Encumbrances*

4.3.1 *Innledning*

Både i 87 og 93 utgaven av NSF, har segler garantert for at skipet på leveringstidspunktet skal være fritt for alle «encumbrances». Encumbrance kan oversettes til norsk med ordet heftelse.¹⁰³

Verken i norsk eller engelsk språk har ordet noe helt presist innhold. Siktemålet her vil være å forsøke å foreta en nærmere presisering av hvilket omfang det er berettiget å gi begrepet i relasjon til kl. 9.

Fremgangsmåten i det følgende vil være å først gi en oversikt over de klare tilfeller i punkt 4.3.2. Deretter vil noen uklare typetilfeller diskuteres i punkt 4.3.3.

4.3.2 *Heftelsesbegrepet*

I norsk rett defineres en heftelse normalt som en «rettighet vedrørende et formuesgode når rettigheten tilkommer en annen enn eieren og derfor representerer en innskrenkning i eiendomsretten.»¹⁰⁴ Det sentrale i definisjonen er at en tredjemann har en *rettighet knyttet til formuesgodet som innskrenker eiendomsretten*.

Det må altså avgrenses mot tilfeller hvor en tredjemann fysisk eller rettslig tar seg til rette uten å ha rettslig grunnlag for det. For at man skal kunne tale om en heftelse er det videre en forutsetning at den rett tredjemann har, kan gjøres gjeldende mot kjøper, det vil si at rettigheten har rettsvern.

Denne måten å definere begrepet på er i samsvar med kjl. § 41, som er kjøpslovens bestemmelse om heftelser i kjøpsgjstanden.¹⁰⁵

For det første vil det foreligge brudd på garantien dersom kjøper ikke oppnår den rådighet som forutsettes i kontrakten, som følge av at selger ikke eier skipet. At selger ikke eier skipet omtales gjerne som total vanhjemmel.

Videre kan man se hen til sjølovens regler om registrering, fordi en registrert rettighet vil være det typiske eksempel på en heftelse i avtalens forstand. I disse tilfellene taler man gjerne om partiell vanhjemmel.

Etter sjøl. § 20(1) omfatter registreringsretten for det første *den frivillige stiftelse* av blant annet panterrettigheter, bruksretter, forkjøpsretter,

¹⁰³ Se bl.a. Kunnskapsforlagets ordbok.

¹⁰⁴ Jon Gisle m.fl., *Jusleksikon*, 2. utgave, Oslo 2002 (Jusleksikon), side 123.

¹⁰⁵ Se Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 94 og Bergem/Rognlien side 234-235.

gjenkjøpsretter, kjøpsopsjoner, salgsforbud, pantsettelsesforbud o.l.¹⁰⁶ I tillegg til stiftelse, omfattes disposisjoner som tar sikte på å «forandre, overdra, behefte [og] anerkjenne ...» slike rettigheter.

For det andre omfattes utlegg, jf. lov 8. februar 1980 nr. 2. om pant (pantel.) § 5-3(1) og arrest, se sjøl. § 91(1), jf. lov 26. juni 1992 nr. 86. om tvangfullbyrdelse (tvangsl.) § 14-11(2).

Formålet med kl. 9 første punktum er at kjøper skal overta skipet fritt for heftelser, når ikke annet er avtalt. Formålet trekker i retning av at selgers garanti ikke er begrenset til rettsstiftelser som kan registreres etter den ovennevnte bestemmelse, men at også sikkerhetsretter som er rettsvernet uten registrering må omfattes.

En ikke-registrerbar rettighet som etter norsk rett må omfattes av heftelsesbegrepet, er tilbakeholdsretten.¹⁰⁷ I én relasjon har man en særlig lovfestet tilbakeholdelsesrett i skip, men også tilbakeholdsretter på annet grunnlag må omfattes. Sjøl. § 54(1), lyder:

«Den som ... reparerer et skip, kan utøve tilbakeholdsrett i skipet til sikring av sin fordring i anledning ... reparasjonen så lenge denne fortsatt har skipet i sin besittelse.»

Normalt vil kjøper forholdsvis enkelt kunne finne ut om verkstedet har utestående fordringer som kan danne grunnlag for tilbakeholdsrett. Problemet er imidlertid at retinenten i disse tilfellene har full beskyttelse også overfor eierens omsetningsserververe, noe som innebærer at kjøper kan havne i en meget ugunstig pressituasjon.¹⁰⁸ Ofte vil nok kjøper i disse tilfellene forsøke å avvise levering. Men som vi skal se under punkt 7.2.2.3, har ikke kjøper ubetinget en slik rett.

Også en annen situasjon kan tenkes. Til belysning kan det brukes et noe omgjort eksempel hentet fra Brækhus.¹⁰⁹ Kjøper kan forut for kjøpet ha sluttet skipet på et gunstig certeparti. Dersom verkstedet ikke gir slipp på skipet før kanselleringsdagen i certepartiet, kan kjøper gå glipp av en god forretning. Enden på visa kan derfor bli at kjøper betaler eller stiller sikkerhet for selgers (påståtte) regning, selv om det er klart at han ikke er ansvarlig for gjelden.

¹⁰⁶ Falkanger/Bull side 44.

¹⁰⁷ I Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 94 nevnes tilbakeholdsretter som en rett som omfattes av «annen rett» i kjl. § 41. At en gyldig tilbakeholdsrett kan innebære en rettsmangel i relasjon til kjl. § 41 ble også forutsatt i RG 1993 s. 1121. Her ble flyets tekniske dokumenter holdt tilbake til sikkerhet for krav i forbindelse med utført vedlikehold.

¹⁰⁸ Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2 – Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave, Oslo 2005 (Brækhus 2005), side 568.

¹⁰⁹ *Op.cit.* side 604.

Når det gjelder engelsk rett, ble innholdet i begrepet, slik det er benyttet i NSF kl. 9, vurdert i dommen *Athens Cape Naviera S.A. v Deutsche Dampfschiffahrtsgesellschaft «Hansa» Aktiengesellschaft and Another, (The «Barenbels»)*.¹¹⁰ Om forståelsen av uttrykket, uttaler L.J. Robert Goff i Court of Appeal:

«The word «encumbrances» refers, we incline to think, to proprietary and possibly also possessory rights over the ship: the expression would, for example, certainly embrace a ship's mortgage, and possibly also a possessory lien.»¹¹¹

Som det fremgår la retten i denne saken en snever forståelse av begrepet til grunn.¹¹² Med «proprietary rights» forstås tinglige rettigheter.¹¹³ «Possessory rights» vil typisk omfatte en persons rett til å sitte med gjenstanden som sikkerhet for en ubetalt fordring, eksempelvis verkstedets rett til å holde skipet tilbake som sikkerhet for verkstedsregningen.

Etter dette må det kunne legges til grunn at det juridiske innhold i heftelsesbegrepet etter norsk rett, som utgangspunkt samsvarer med det omfang engelsk rettspraksis har gitt encumbrance-begrepet.

4.3.3 Nærmere om enkelte særlige tilfeller

Under dette punkt skal noen enkelttilfeller kommenteres. Spørsmålet er hvorvidt «encumbrance»-begrepet i NSF kan tenkes å favne videre enn de ovenfor omtalte forhold.

4.3.3.1 Administrativ tilbakeholdelse

Med administrativ tilbakeholdelse menes her at et skip nektes å forlate havnen som følge av et vedtak truffet av et offentlig organ.

Administrativ tilbakeholdelse er en stadig økende trussel. Særlig skyldes dette den økende bevissthet rundt sjøsikkerhet. Regelverket skjerpes stadig, og havnestatene synes å praktisere reglene strengere.

Spørsmålet er om administrativ tilbakeholdelse på leveringstidspunktet innebærer et brudd på garantien.

¹¹⁰ Se [1984] 2 Lloyd's rep. 388 og [1985] 1 Lloyd's rep. 528.

¹¹¹ [1985] 1 Lloyd's rep. 528 (s.532).

¹¹² Slik er dette også uttrykt av Strong/Herring på side 117. Se også P.S Atiyah m.fl., *The Sale of Goods*, 10th edition, London 2001, side 112. I [1984] 2 Lloyd's rep. 388 (s.390), legger Mr. Justice Sheen i første instans til grunn en videre forståelse av encumbrance-begrepet enn Court of Appeal.

¹¹³ Se Ronald L. Craig, *Stor norsk-engelsk juridisk ordbok*, Oslo 1999, side 314 og 254.

I engelsk rett har ikke spørsmålet vært direkte vurdert av domstolene. Flere engelske forfattere hevder imidlertid at «administrative detention» faller utenfor «encumbrance»-begrepet som følge av den snevre forståelse som ble lagt til grunn i *Barenbels-saken*.¹¹⁴

I norsk rett er heftelsesbegrepet, som vi så under forrige punkt, forholdsvis snevert. Heller ikke kjl. § 41 omfatter denne typen rådighetsbegrensninger. Krüger skriver:

«Reglene i kjl. § 41 ... handler om private rådighetsskranker. Såkalte «politirettslige» mangler i form av lovstridig salg eller bruk, manglende påbudt godkjennelse m v dekkes ikke av [særregelen i §] 41 ... I de tilfelle der selgeren blir ansett for å ha risikoen, må erstatningsspørsmålene vurderes på linje med andre mangler.»¹¹⁵

Om begrunnelsen for sontringen skriver Hagstrøm:

«Det strenge vanhjemmelsansvaret er begrunnet i at realdebitor er nærmest til å kjenne sin egen adkomst og berettigelse til å inngå avtalen. Ved rådighetsmangler vil begge parter typisk nærmest ha like lett eller like vanskelig for å bringe på det rene hvorvidt det foreligger offentligrettslige regler som hindrer avtalen eller den forutsatte rådigheten.»¹¹⁶

Blir skipet holdt tilbake som følge av administrativt vedtak, innebærer kjøpsloven at mangelspørsmålet vurderes etter reglene om fysiske mangler og ikke etter det strengere rettsmangelsansvaret.¹¹⁷

Spørsmålet blir om også garantien må begrenses på denne måten. Ordlyden trekker i denne retning. Videre må nok den avveining lovgiver har gjort i kjl. § 41 tillegges vekt.

På den annen side vil virkningen for kjøper i realiteten være den samme om skipet holdes tilbake av et verksted til sikring av verkstedsregningen eller som følge av et administrativt vedtak. Det kan da spørres om det har vært partenes hensikt at heftelsesbegrepet skal forstås i en snever juridisk forstand. Formålet med garantien om at kjøper skal kunne overta skipet heftelsesfritt, trekker til en viss grad i retning av at tilfellene likestilles.

Som vi skal se i punkt 6.2.1, går risikoen for skipet som utgangspunkt ikke over på kjøper før ved skipet er fysisk levert. Det kan da synes rimelig at selger bør bære risikoen også for at skipet er holdt tilbake på grunnlag av et offentlig vedtak på leveringstidspunktet.

¹¹⁴ Se punkt 4.3.2. Se bl.a. Strong/Herring side 123 og Goldrein/Turner side 125.

¹¹⁵ Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*, 4. reviderte utgave, Bergen 1999 (Krüger 1999) side 476.

¹¹⁶ Hagstrøm side 513. Se også Bernhard Gomard, *Obligationsret 1. del*, 4. omarbejdede udgave, København 2006, side 253.

¹¹⁷ Se også Bergem/Rognlien side 235.

Hvilket resultat den norske dommer vil komme til, synes etter dette som noe usikkert. Dersom kjøper vil være sikker på at tilfellene medfører brudd på garantien, bør klausulen endres.

4.3.3.2 Svartelisting og boikott

En særegen form for begrensning i retten til å disponere fritt over skipet, oppstår hvor skipet blir svartelistet eller underlagt ulike silingsrestriksjoner.

Grunnlaget for restriksjonene kan være mangeartet. Det kan eksempelvis dreie seg om allmenne geografiske seilingsrestriksjoner, restriksjonen kan være en følge av skipets fysiske tilstand, eller den kan være rent politisk begrunnet. Det er denne siste gruppen jeg har i tankene i det følgende.

En rekke land og organisasjoner boikotter skip med grunnlag i rent politiske forhold. Et velkjent eksempel er Arab Boycott League, som boikotter ethvert skip som har handlet med Israel. Et annet eksempel er den amerikanske «Cuban Democracy Act» av 1992. Loven bestemmer at ethvert skip som har anløpt Cuba vil bli nektet adgang til amerikanske havner i en påfølgende 180-dagers periode. Loven bestemmer videre at havneforbudet vil følge skipet i hele perioden, uavhengig av et senere salg.¹¹⁸

Slike «heftelser» vil kunne medføre store økonomiske konsekvenser for kjøper, og spørsmålet er om heftelsesbegrepet i NSF's forstand også omfatter denne typen inngrep i kjøpers frie disponeringsrett.

At skipet er svartelistet eller på annen måte utsatt for boikott, faller utenfor en snever definisjon av heftelsesbegrepet. Der er ikke tale om en *rett* tredjemann har i skipet, som begrenser selgers eiendomsrett. Spørsmålet blir om det er rimelig at selger likevel bør ha risikoen for slike hindringer.

Skipsfartens internasjonale karakter og reglernes mangfold, gjør situasjonen ofte svært uoversiktlig og reglene vanskelig tilgjengelig.

Regler av denne typen vil kunne komme til og/eller endres hurtig, gjerne som følge av krigsutbrudd eller andre typer konflikter. Reglene kan oppstå i ustabile regimer, uten særlig publisitet. De kan være tidsbegrensede, og håndhevelsen gjerne vilkårlig.

Fordi reglene er av en slik uoversiktlig art, vil selger ofte ikke være nærmere enn kjøper til å vite om reglene. Selv om selger vet hvor skipet har vært, er det ikke gitt at han vet eller burde visst om reglene. På den andre siden vil kjøper være nærmest til å vite hvor skipet skal gå, og han vil derfor kunne ha en

¹¹⁸ Se Rederiforbundets hjemmeside <http://www.rederi.no/> Her finnes også en rekke andre eksempler på såkalte Internasjonale politiske seilingsrestriksjoner.

oppfordring til å undersøke hvorvidt det gjelder særlige regler i de farvann eller havner som er aktuelle.

På denne bakgrunn fremstår det ikke nødvendigvis mer rimelig at selger skal bære risikoen for slike forhold enn at kjøper må bære den, og det fremstår tvilsomt om en utvidende fortolkning av ordlyden i denne relasjon er berettiget.

Konklusjonen må etter dette bli at slike forhold faller utenfor garantien i første setning.

Dersom det er usikkert om skipet er svartelistet, utstedes i praksis gjerne et såkalt «black-letter» hvor selger garanterer for at skipet ikke er svartelistet.¹¹⁹

4.4 *Mortgages*

«Mortgages» kan til norsk oversettes med panterett eller panteheftelse.¹²⁰ Begrepet ble første gang inntatt i NSF 93, og finnes ikke i tidligere utgaver. Betydningen av dette er imidlertid liten i vår sammenheng. Verken i norsk eller engelsk rett innebærer tilføyelsen «mortgages» noe materielt sett annet for selgers ansvar enn det som allerede følger av begrepet «encumbrances». En panteheftelse vil i norsk rett omfattes av heftelsesbegrepet slik dette er redegjort for ovenfor, og i engelsk rett vil «mortgages» omfattes av begrepet «encumbrances».¹²¹ Jeg skal her likevel kort nevne de ulike typer pant som omfattes av begrepet.

Panteheftelser kategoriseres etter stiftelsesmåten, og deles i gruppene kontraktspant (mortgage), utleggspant (execution lien) og legalpant (maritime lien).¹²²

Kontraktspant innebærer at det inngås en avtale mellom pantsetter og panthaver om at pantobjektet (her: skipet) skal fungere som sikkerhet for det krav panthaver har eller vil få. Rettsvern for kontraktspant i skip, oppnås kun gjennom registrering, se sjøl. § 41(1), jf. pantel. § 3-3. Fordi skriftlighet er et vilkår for registrering, blir den praktiske konsekvens at det gjelder et skriftlighetsvilkår for disse avtalene.

¹¹⁹ Se bl.a. Brookes side 278.

¹²⁰ Se bl.a. Kunnskapsforlagets ordbok.

¹²¹ Se *The Barenbels*, [1985] 1 Lloyd's rep. 528 (s.532), Goldrein/Turner side 125 og Thor Falkanger, «Mortgages on ships according to Norwegian Law», *MarIus nr. 281* (Falkanger 2001), Oslo 2001, side 6.

¹²² Nærmere om begrepene, se Brækhus 2005 side 33flg., Falkanger/Bull side 97flg. og Falkanger 2001 side 6.

Utleggspantet stiftes ved beslutning av offentlig myndighet etter begjæring fra fordringshaver. Utlegg skjer altså uten medvirkning fra skipets eier, som ledd i en tvangsinndrivelse. Med fordringshaver menes enhver som har et krav mot eieren. Det er ikke noe vilkår at kravet har tilknytning til skipet. Det avgjørende er at skipet «tilhører skyldneren på beslagstiden», jf. lov 8. juni 1984 nr. 59. om fordringshavernes dekningsrett (dekl.) § 2-2. Også for utleggspantet er registrering den relevante rettsvernsakt, se sjøl. § 41(3).

Når det gjelder sjøpantet (maritime lien), som er et legalpant, er dette særskilt nevnt i kl. 9. Dette skyldes nok at pantet på mange måter er særegent, og på flere punkter skiller seg fra alminnelige panteregler. Sjøpantet behandles derfor selvstendig under neste punkt.

4.5 *Maritime liens*

4.5.1 *Sjøpantets karakteristika*

Sjøpant er den norske oversettelse av det engelske «maritime lien». Sjøpantekravet har flere særtrekk som vi skal se på i det følgende, og som innebærer at dette kan utgjøre en reell trussel for kjøper. Innledningsvis skal pantets karakter for enkelthetsskyld belyses gjennom de norske reglene.¹²³ Mange av de samme særtrekk gjenfinnes imidlertid også i andre rettssystemer.¹²⁴

Sjøpantet er et legalpant med hjemmel i sjøl. § 51. At pantet oppstår i kraft av en lovbestemmelse, innebærer at verken avtale eller offentligrettslig dekret er nødvendig som stiftelsesgrunnlag. De krav som danner grunnlag for sjøpant er uttømmende regulert i sjøl. § 51(1) nr. 1 – 5. Blant annet omfattes hyre, ulike vannveisavgifter, erstatning for tap av liv eller skade på person, erstatning for tap av eller skade på eiendom og bergelønn. Enkelte særskilte unntak er gitt i tredje og fjerde ledd.

For det andre vil sjøpantet ha rettsvern uten registrering, se sjøl. § 24(2). Loven går imidlertid lenger enn dette, og sjøl. § 20(1) annet punktum bestemmer at det heller ikke tillates registrert sjøpant i skipsregistre.

¹²³ Avsnittet bygger på Falkanger/Bull side 98flg.

¹²⁴ En velkjent og generell definisjon er gitt i Griffith Price, *The law of Maritime Liens*, London 1940, side 1: «[a] maritime lien may be defined as: (1) a privileged claim, (2) upon maritime property, (3) for service done to it or injury caused by it, (4) accruing from the moment when the claim attaches, (5) travelling with the property unconditionally, (6) enforced by means of an action in rem.» Se også Strong/Herring side 118, Goldrein/Turner side 124.

Begrunnelsen ligger for det første i hensynet til registreringssystemets troverdighet. Fordi det aldri kan sikres at registeret gir uttømmende opplysninger om hvilke sjøpant som hefter på skipet, og man derfor ikke kan stole på registretes innhold, vil registrering ha lite for seg. For det andre vil det ofte være umulig for registerfører å ta stilling til om det virkelig foreligger et sjøpant, eksempelvis berettigelsen av et erstatningskrav.

At sjøpant ikke tillates registrert, danner grunnlag for et viktig poeng i denne sammenheng. Et sjøpantekrav vil være «usynlig» for kjøper i den forstand at han ikke vil kunne undersøke noe register for å få rede på om skipet virkelig er beheftet.

For det tredje vil sjøpantekravet fortsatt hefte på skipet selv om dette overdras til en godtroende erverver, se sjøl. § 53. En kjøper kan altså ikke ek스팅vere en sjøpanthavers rett.¹²⁵

Videre vil pantet ha prioritet fremfor alle øvrige heftelser, jf. sjøl. § 52(1), og endelig foreldes sjøpanteretten etter forholdsvis kort tid – 1 år, se sjøl. § 55.

4.5.2 *Selgers ansvar for sjøpant i skipet*

Det fremgår av det som er sagt ovenfor, at kjøper befinner seg i en utsatt posisjon med hensyn til potensielle sjøpantekrav som kan hefte på skipet. Hvor utsatt han er, beror imidlertid til en viss grad på to forhold. Disse forhold vil danne bakgrunnen for den problemstilling som reises nedenfor.

For det første vil det ha betydning i hvilken utstrekning krav tillates sikret ved sjøpant. Her finnes det store forskjeller internasjonalt.

Det har det vært flere forsøk på å harmonisere sjøpantereglene gjennom konvensjonsregulering. Få av disse har imidlertid fått noen særlig utbredelse, hvis de i det hele tatt har trådt i kraft. Det siste forsøket er International Convention on Maritime liens and mortgages, som ble fremforhandlet i regi av FN i 1993. Konvensjonen trådte i kraft 5. september 2004 etter at den i samsvar med artikkel 19 var ratifisert av 10 stater. I skrivende stund er det så vidt vites ikke mer enn 11 stater som har ratifisert konvensjonen, og de fleste av de store sjøfartsnasjonene står utenfor, heriblant Norge.¹²⁶ På denne bakgrunn, kan heller ikke denne konvensjonen så langt sies å innebære noe gjennombrudd i harmoniseringsprosessen.

¹²⁵ Brækhus 2005 side 203.

¹²⁶ CMI yearbook 2005-2006 side 520 (Stater som har ratifisert konvensjonen: Ecuador, Estonia, Monaco, Nigeria, Russian Federation, Saint Vincent and the Grenadines, Spain, Syrian Arab Republic, Tunisia, Ukraine og Vanuatu).

I Norge har reglene om sjøpant historisk sett spilt en stor rolle, men i nyere tid har det vært en tendens i retning av å begrense omfanget av reglene. Det er særlig hensynet til en effektiv realkreditt som har slått igjennom. Likevel opprettholdes sjøpantet for en del typer krav, og sjøpantet har derfor fortsatt en viktig funksjon.¹²⁷

At omfanget av sjøpantekravene i engelsk rett er noe snevrere enn de er i norsk rett, mens omfanget i USA er vesentlig videre, illustrerer godt de store ulikheter som finnes.¹²⁸

For det andre vil det ha betydning hvilke krav som anerkjennes i det rettssystem tvisten kommer opp.¹²⁹

For norsk retts vedkommende er forholdet til utenlandske sjøpantekrav regulert i sjøl. § 75(1), jf. §§ 51-55. Hovedregelen er at norske domstoler kun anerkjenner krav som er sikret ved sjøpant etter norsk rett.

Det samme gjelder i engelsk rett. Hvorvidt et krav er sikret ved sjøpant, «will be determined by the law of the place where the claimant seeks to enforce the claim.»¹³⁰

Problemet er imidlertid at dersom skipet eksempelvis kommer til en amerikansk havn, vil et krav som anerkjennes der også kunne gjøres gjeldende der.¹³¹

Det spørsmål som etter dette reiser seg er hvorvidt selgers garanti omfatter alle tenkelige sjøpantekrav, uavhengig av under hvilket rettssystem de er oppstått, og uavhengig av grunnlagets art.

Problemstillingen ble nevnt i LG-2006-17380, men det var ikke nødvendig for retten å ta stilling til spørsmålet slik saken der lå an. Så vidt vites har problemstillingen ikke fått sin avgjørelse i norsk rett.

Utgangspunktet er klart. Har partene valgt norsk rett som bakgrunnsrett i kontrakten, vil garantien omfatte sjøpantekrav som anerkjennes i norsk rett. Tilsvarende vil det naturligvis være med sjøpant som anerkjennes i engelsk- og amerikansk rett, dersom dette er lovvalget i kontrakten.

Ordlyden i bestemmelsen gjelder generelt, og differensierer ikke mellom ulike sjøpantekrav. Den trekker derfor i retning av at garantien ikke er

¹²⁷ Nærmere om begrunnelsene, se Brækhus 2005 side 203-204 og 249-250.

¹²⁸ Se bl.a. Strong/Herring side 118.

¹²⁹ Se punkt 3.2.

¹³⁰ Goldrein/Turner side 124. I enkelte andre rettssystemer fører de intern-rettslige lovvalgsregler til andre resultater. Eksempelvis kan det avgjørende bli det lands rett under hvilket kravet oppstod, eller flaggets rett.

¹³¹ Falkanger/Bull side 103 og Strong/Herring side 118.

begrenset til sjøpantekrav som er anerkjent i det lands regleverk kjøpekontrakten er underlagt. Formålet med garantien om at kjøper skal overta skipet heftelsesfritt, trekker i samme retning. For kjøper vil et sjøpantekrav medføre en inngripen i hans forutsatte rett etter kontrakten, uavhengig av hva salgs fordring som danner grunnlaget for pantet eller under hvilket rettssystem pantet er oppstått.

Også hensynet til en retts teknisk enkel regel tilsier at det ikke sondres mellom ulike sjøpantekrav. Skulle garantien begrenses til enkelte typer sjøpantekrav, ville det være uklart hvilke avgrensingskriterier man skulle legge til grunn for grensedragningen.

En måte å begrense garantien på kunne være å underkaste sjøpantekravene en rimelighetsvurdering. Dette ville imidlertid skape liten forutberegnelighet for partene, og det ville være lite prosesseffektivt dersom kjøper må få prøvet om sjøpantet kvalifiserer til brudd på garantien.

I LG-2006-17380 anførte ankemotparten at selgers forpliktelse etter kl. 9 var begrenset til «krav som kan sikres med sjøpant etter norsk rett.»¹³² Dersom en slik begrensning skulle legges til grunn vil neppe norsk eller engelsk lovvalg fremstå særlig attraktivt. Det synes tvilsomt om det har vært formularkonsipistenes mening at kjøper skal være vesentlig bedre beskyttet mot sjøpantekrav dersom man har amerikansk lovvalg i kontrakten enn om eksempelvis norsk eller engelsk rett er valgt.

For engelsk retts vedkommende ble spørsmålet vurdert av Mr Justice Sheen i førsteinstans i *Barenbels-avgjørelsen*.¹³³ Det var anført av selgerne at denne del av klausulen måtte tolkes slik at kun sjøpant anerkjent i England var omfattet, men retten fant ingen holdepunkter for at garantien var underlagt en slik begrensning, og uttalte: «It is my view that cl. 9 must be construed as a clause giving world-wide protection.» Retten la vekt på at motsatt resultat ville innebære at kjøper kunne ende opp med å dekke selgers gjeld.

Det kan godt tenkes at selger er aktsomt uvitende om et oppstått sjøpantekrav. Uvitenheten kan være av rettslig art, som følge av de store internasjonale variasjoner i reglene, eller den kan være av faktisk art. Dette gjelder både med hensyn til om det i det hele tatt er oppstått et krav og eventuelt kravets størrelse. Hvorvidt selger har kunnskap om sjøpantet eller ikke, må imidlertid være irrelevant for vurderingen av om det objektivt sett foreligger garantibrudd.

¹³² Som nevnt var det ikke nødvendig for retten å ta stilling til anførselen.

¹³³ [1984] 2 Lloyd's Rep. 388. Se også Strong/Herring side 118-119.

Konklusjonen må etter dette bli at selgers garanti omfatter alle sjøpantekrav, uavhengig av under hvilket rettssystem de er oppstått, og hva slags fordring som danner grunnlaget for pantet. Dette gir kjøper en forholdsvis vid beskyttelse, og dersom selger ønsker å begrense sitt ansvar må klausulen endres.

4.6 *Any other debts whatsoever*

4.6.1 *Innledning*

Etter siste alternativ i garantien er selger forpliktet til å levere skipet fritt for «any other debts whatsoever». Ordlyden er vid, og det fremgår ikke umiddelbart hva slags gjeld det her siktes til.

Problemstillingen under dette punkt knytter seg derfor til hva som nærmere ligger i formuleringen «any other debts whatsoever».

4.6.2 *Det nærmere innholdet i alternativet*

Utgangspunktet for vurderingen må tas i ordlyden «any other debts whatsoever». Ordlyden kan direkte oversettes med: all annen gjeld av enhver art.¹³⁴

Spørsmålet her er hva som ligger i «annen gjeld». Etter en alminnelig språklig forståelse synes ordet «annen» å peke tilbake på de foregående alternativer som omhandler sikret gjeld.¹³⁵ Det kan da være naturlig ut fra dette å slutte at «annen gjeld» omfatter usikret gjeld som senere kan gjøres gjeldende mot skipet.¹³⁶

Språklig sett kan også et annet alternativ tenkes. Man kan se det slik at «other» sikter til *annen gjeld av samme art* som foregående alternativer. En slik forståelse kan følge av den generelle tolkningsregel som gjerne omtales som «ejusdem generis». Huser sammenfatter denne slik: «Hvis én eller flere spesielle ting er nevnt sammen med en mer generell og omfattende betegnelse, antas denne siste bare å omfatte ting av samme art som de spesielt

¹³⁴ I den norske versjonen av 87 formularet er denne del oversatt med «gjeld av enhver art». Drøftelsen knyttes til den engelske versjonen, men gode grunner taler for at konklusjonene må bli de samme dersom den norske versjonen er valgt av partene.

¹³⁵ Se punktene 4.3, 4.4 og 4.5.

¹³⁶ Se nærmere under punkt 5.2.1.

oppregnede.»¹³⁷ Regelen tillegges undertiden stor vekt i engelsk rett, men er ikke klart akseptert i norsk rett.¹³⁸

En slik tolkning fremstår som en innsnevring av ordlyden i forhold til det som følger av en alminnelig språklig forståelse, og synes kunstig som følge av at ordene «av enhver art» («whatsoever») er tatt med.

Ordlyden synes etter dette isolert sett å trekke i retning av at garantien også omfatter gjeld som ikke er tingsrettslig vernet på leveringstidspunktet. Spørsmålet blir da om det finnes andre grunner til å tolke ordlyden innskrenkende.

4.6.2.1 Engelsk rettspraksis

Tolkningen av alternativet «any othe debts», var et av hovedspørsmålene i den tidligere nevnte *Barenbels-saken*.¹³⁹

Saken gjaldt salg av skipet Barenfels (senere Barenbels) i forbindelse med opphør av selgers forretningsmessige aktiviteter. Salget ble foretatt på grunnlag av NSF 1966. Kl. 9 i kontrakten svarer innholdsmessig til NSF 87 og 93.

Selgers agenter hadde utestående betydelige beløp hos selger, oppstått forut for levering av skipet i desember 1980. Gjelden var ikke pådratt i relasjon til Barenfels, men i relasjon til andre skip (søsterskip) i selgers flåte. I februar 1982 gikk skipet til kai i Umm Said (Qatar), og selgers agenter begjærte skipet arrestert til sikkerhet for forfalte krav mot selger, og fikk medhold. Lovgivningen i Qatar tillot arrest på grunnlag av slike krav, også etter at skipet var solgt og overtatt. Kjøper lyktes ikke med å få selger til å betale eller stille sikkerhet for kravene, og sikkerhet ble derfor stilt av kjøpers P&I club. Kjøper reiste deretter sak mot selger, blant annet med krav om erstatning for pådratte tap etter kl. 9 første setning.

Som vi skal se nedenfor, ble forholdet til klausulens andre setning et viktig tolkningsmoment ved fastleggelsen av garantiens rekkevidde. Det er imidlertid mulig å se forholdet mellom klausulens to setninger på ulike måter.

En mulighet er at andre setning kun angir kjøpers beføyelse ved brudd på garantien i første setning. Legges en slik tolkning til grunn, er anvendelsesområdet til kl. 9 begrenset til den type heftelser som er omfattet av første setning. Gode grunner taler da for å ta bestemmelsen på ordet, slik at også usikret gjeld omfattes av første setning. En slik forståelse var anført av selgerne i *The Barenbels*, men ble uttrykkelig avvist av Court of Appeal, hvor retten uttalte:

¹³⁷ Huser side 505.

¹³⁸ Falkanger 1969B side 555, Haaskjold side 134flg.

¹³⁹ [1984] 2 Lloyd's rep. 388 og [1985] 1 Lloyd's rep. 528.

«... we think it plainly right ... that the second sentence is not intended merely to express the remedy available to the buyers in the event of breach of the guarantee contained in the first sentence.»¹⁴⁰

På dette punkt var Court of Appeal enig med både voldgiftsdomstolen og førsteinstans.

De ulike instanser tolket imidlertid kl. 9 ulikt når det gjaldt rekkevidden av alternativet «any other debts». Jeg finner innledningsvis grunn til kort å nevne hovedpunktene i underinstansenes vurderinger slik disse er gjengitt av Court of Appeal.

Voldgiftsdomstolen kom enstemmig til at selger ikke hadde brutt garantien i første setning. Lest i sammenheng med de øvrige alternativer i første setning, fant domstolen at det måtte stilles krav om at gjelden var pådratt «in relation to the particular vessel the subject of transfer under the [MoA]», noe som ikke var tilfelle i den foreliggende sak. Voldgiftsdomstolen avgjorde altså spørsmålet ved å innfortolke et krav om tilknytning mellom den pådratte gjeld og det solgte skip.

Avgjørelsen ble etter samtykke fra begge parter brakt inn for de ordinære domstoler. I første instans konkluderte Mr. Justice Sheen med at når selger garanterer at skipet er fritt for «any other debts whatsoever ... he guarantees that the vessel cannot be arrested in respect of *any of* his debts.» (Min uthevning).¹⁴¹ Retten la her til grunn at garantien også omfattet usikret gjeld som senere kunne gjøres gjeldende mot skipet i form av arrest.

I Court of Appeal ble begge disse tolkningsresultater underkjent. Innledningsvis uttalte LJ Goff om sammenhengen i klausulen:

«The first observation which we wish to make about the clause is that it consists of two sentences, each concerned with a different subject-matter. The first sentence is concerned with a *guarantee* relating to the vessel *at the time of delivery*, whereas the second sentence is concerned with an *indemnity* in respect of claims made against the vessel, which are plainly intended to refer to claims so made *after the delivery* of the vessel though «incurred prior to the time of delivery».»

Etter denne generelle uttalelse om setningenes anvendelsesområder, ble konsekvensene av førsteinstansens tolkning inngående vurdert. Dette var foranlediget av at kjøper, i samsvar med den tolkning første instans hadde lagt til grunn, hadde anført at garantien ikke bare omfattet heftelser som eksisterte

¹⁴⁰ [1985] 1 Lloyd's rep. 528 (s.532).

¹⁴¹ [1984] 2 Lloyd's rep. 388 (s.391).

på leveringstidspunktet, men også usikret gjeld som etter levering kunne føre til arrest. Om dette uttalte retten:

«... the difficulty with this approach is that the freedom of the ship from debts in reality reflects her freedom from liability to be arrested in respect of debts; and an obligation which requires that a ship shall, at a certain point of time, be in this sense free from debts cannot be complied with, under present day maritime law, unless the debts of her sister ships (if any) have also been paid off at the specified time. Hence, we understand, the conclusion of the Judge. Yet that conclusion is, we think, open to serious objection. Not only does it deprive the second sentence of the clause of any useful independent function, but it leads to the extravagant result that a seller who owned a fleet of ships and who sold one of them under a contract in this form would almost inevitably be in breach of his obligations under the first sentence of this clause. ... We bear particularly in mind the wording of the first sentence, concerned as it is with a guarantee that the vessel shall be *free from* (inter alia) debts at the time of delivery; and we also bear in mind the presence of the second sentence, which is *apparently intended to have a function separate and distinct from the first* [min uthevnning].»

Etter denne gjennomgangen konkluderte LJ Robert Goff slik:

«We consider that, read in their context in the first sentence of this particular clause, the words «free from ... any other debts whatsoever» should be read as relating to any other debts which, at the time of delivery, have given rise to *actual existing rights affecting the property in, or the use of, the ship* [min uthevnning]. We do not consider that these words, in their context, should be read as including debts, the only relevance of which is that they are capable of rendering the ship liable to be arrested in the future, a matter which is, we think, legislated for in the second sentence of the clause. ... We believe that the intention of the draftsman, in adding the words «or any other debts whatsoever», was to ensure that the obligation embraced all other debts of the kind we have described [i.e. proprietary rights], which might exist under the laws of any country of the world which happened to be relevant and which might not be thought to fall within the categories of encumbrance [or] maritime lien.»

Som det fremgår av uttalelsene, legger retten her til grunn en snever fortolkning av ordlyden. Retten begrunner resultatet både i forholdet mellom setningene, og i de konsekvensene en rent språklig forståelse ville ha for selgers forpliktelse under den gitte garanti.

En slik forståelse av forholdet mellom de to setningene, og avgrensningen av deres virkeområde blir også lagt til grunn i *Rank Enterprise-avgjørelsen*,¹⁴² og for engelsk retts vedkommende må spørsmålet anses avgjort i dommene.

Konklusjonen blir etter dette at «any other debts whatsoever» tolkes innskrenkende til kun å omfatte «proprietary rights» (tinglige rettigheter).¹⁴³

¹⁴² [2000] 1 Lloyd's rep. 403.

4.6.2.2 Betydningen i norsk rett

Innledningsvis skal det bemerkes at det ikke finnes norsk rettspraksis av betydning for tolkningen av alternativet «other debts».¹⁴⁴ Det er imidlertid ikke gitt at den tolkning Court of Appeal kom til i *The Barenbels* vil bli lagt til grunn i norske domstoler, da resultatet som nevnt innebærer en innskrenkende fortolkning av ordlyden forhold til det som følger av en alminnelig språklig forståelse.

Det er likevel flere forhold som etter min mening må føre til at bestemmelsen må forstås på denne måten også i norsk rett.

For det første synes en innskrenkende fortolkning nødvendig, hele klausulen sett i sammenheng. Det har formodningen mot seg at første setning tolkes på en slik måte at annen setning mister sin praktiske funksjon.¹⁴⁵

Videre synes den uklarhet som er ligger i bestemmelsen, delvis å være oppstått som følge av at man i 93 formularet har tilføyd ordet mortgages.

«Since the clause in the previous form did not include in the first sentence the word 'mortgages', which was added to the 1993 form, the additional phrase 'any other debts whatsoever' was justified in the 1987 NSF. The use of same phrase in the 1993 NSF can be justified only for the purpose of avoiding any doubt with regard to proprietary claims.»¹⁴⁶

For det annet må etter min mening avgjørelsen i *The Barenbels* tillegges stor vekt også ved fortolkningen under norsk rett. Først og fremst på grunn av holdbarheten i de resonnementer som fremføres. De problemer retten identifiserte med hensyn til førsteinstansens resultat, gjør seg gjeldende også i norsk rett.

Jeg nevnte tidligere læren om «ejusdem generis». Dersom denne hadde vært avgjørende for resultatet, kunne dette tilsi at avgjørelsen ville hatt mindre vekt ettersom tolkningsregelen ikke er fullt ut akseptert i norsk rett. LJ Goff uttaler imidlertid at:

¹⁴³ Craig side 254. Se Hagstrøm side 27flg. vedrørende skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.

¹⁴⁴ I LG-2006-17380 tolket man uttrykket «all annen gjeld» slik dette fremkom i hovedavtalens kl. 5. Ordlyden i klausulen gjør det klart at også «krav som *kan medføre* sjøpanteretter eller andre heftelser ...» (min utheving) omfattes. Den skiller seg på dette punkt fra ordlyden i kl. 9, og gir derfor ikke direkte veiledning for tolkningen av begrepet i denne.

¹⁴⁵ Om norsk rett uttaler Huser på side 498: «Det blir følgelig en retningslinje for tolkingen å ... tilstrebe et tolkningsresultat som medfører at alle partsytringer og deler av en partsytring får sin selvstendige betydning, dvs. at ingenting blir overflødig.»

¹⁴⁶ Mandaraka-Sheppard side 490. Se også Strong/Herring side 119.

«In expressing this opinion, we do not invoke the ejusdem generis rule; we are influenced rather by the words used in the sentence, its general purport, and its relationship with the second sentence of the clause.»

At retten her forankrer tolkningen direkte i kontraktens ordlyd og klausulens interne sammenheng, tilsier at avgjørelsen bør tillegges forholdsvis stor vekt.¹⁴⁷

Også hensynet til homogen fortolkning av internasjonale standardkontrakter må tillegges en viss vekt.

Et ytterligere poeng som må trekkes frem, er at denne tolkning ble lagt til grunn i *The Barenbels* allerede i 1985. Dersom formularkonsipistene var uenige i denne forståelse, kunne man gjort dette klart ved revisjonene i 1987 og 1993. Når dette ikke ble gjort, må man etter min mening gå ut fra at tolkningen også stemmer overens med konsipistenes syn på sammenhengen i bestemmelsen.

Konklusjonen må etter dette bli at «gjeld av enhver art» også i norsk rett må tolkes innskrenkende til kun å omfatte tinglige rettigheter.

4.7 Forhold som viser seg mer tyngende enn kjøper forutsatte

Det kan tenkes tilfeller der kjøper og selger har avtalt at kjøper skal overta skipet med nærmere angitte heftelser, men så viser det seg at heftelsen er mer omfattende enn det partene har blitt enige om.

Det kan eksempelvis dreie seg om overtakelse av et certeparti, hvor vilkårene er mer tyngende enn det kjøper forutsatte. Eller et sjøpantekrav som viser seg å være større enn det selger har opplyst.

Spørsmålet blir da om garantien omfatter den del av heftelsen som «overstiger» det partene er blitt enige om at kjøper skal overta.

NSF kl. 9 første setning benytter formuleringen «free from all ...». Ordlyden gir ikke grunnlag for å la disse tilfellene falle utenfor garantien.

Også formålet med garantien om at kjøper skal overta skipet uten heftelser, med mindre annet er avtalt, trekker i denne retning. Har partene avtalt at kjøper skal overta en heftelse av en viss type og størrelse, tilsier formålet at garantien må gjelde for det «overskytende» dersom heftelsen viser seg å være mer tyngende enn forutsatt. Det samme følger av alminnelig kontraktstolkning.

¹⁴⁷ Se punkt 3.3.2.2.

På den annen side, når kjøper kjenner til heftelsen kan det etter omstendighetene tenkes at kjøper kan pålegges en strengere undersøkelsesplikt.

Dersom det er en certepartiforpliktelse som skal overtas, må det normalt kreves at kjøper setter seg inn i de forpliktelser han har påtatt seg. Annerledes kan det nok stille seg når det dreier seg om et sjøpantekrav. Her vil det ofte være svært vanskelig for kjøper å finne ut størrelsen på pantet, eksempelvis størrelsen av et erstatningskrav.

Konklusjonen må nok bli at garantien i kl. 9 første setning i prinsippet også omfatter heftelser som overstiger det som er avtalt mellom partene, men med den mulige begrensning som nevnt ovenfor.

4.8 *Heftelser som bestrides av selger*

Det kan forekomme tilfeller hvor det på leveringstidspunktet ikke er på det rene om skipet virkelig er beheftet. Tredjemann hevder eksempelvis å ha sjøpant i skipet til sikkerhet for et oppstått erstatningskrav, mens selger bestrider at vilkårene for erstatning er tilstede.

Det spørsmål som da oppstår er hvorvidt kl. 9 første setning kun omfatter endelig konstaterte heftelser, eller om tredjemanns påstand om rettigheter i skipet er tilstrekkelig til at det foreligger brudd på garantien.

Spørsmålet er ikke løst direkte i engelsk rettspraksis. I tilknytning til drøftelsen vedrørende «any other debts whatsoever», synes det som om Court of Appeal i *The Barenbels* forutsetter at garantien kun omfatter heftelser som er virkelige og eksisterende på leveringstidspunktet, jf. «actual and existing».¹⁴⁸ Men dommen kan etter min mening ikke betraktes som et prejudikat for løsningen.

Det kan synes som om det er noe uenighet i engelsk teori vedrørende spørsmålet. Mandaraka-Shepard synes å ta dommen på ordet, når hun skriver:

«The first sentence is referring to proprietary rights in the ship (that is, title in, use or possession of the ship), which are truly *in rem*, actual and existing at the time of delivery.»¹⁴⁹

Strong/Herring på sin side synes å åpne for at endelig konstatering av heftelsen ikke er nødvendig for at det skal foreligge et brudd på garantien.

¹⁴⁸ Se nærmere under punkt 4.6.2.1.

¹⁴⁹ Mandaraka-Shepard side 490.

«... if, prior to delivery, the Buyers became aware of a potential claim by a US bunker supplier, ... could the buyers refuse delivery of the ship (assuming that the claim was of such significance as to constitute a sufficiently serious breach of the innominate term as to amount to a repudiatory breach)? Arguably yes.»¹⁵⁰

Konklusjonen må etter dette sies å være noe uklar for engelsk retts vedkommende.

I norsk rett var spørsmålet oppe i ND 1979 s. 354.

Båten M/S Lars Myrvoll var her solgt på grunnlag av Norwegian Saleform. Under den siste turen før levering ble båten skadet som følge av isskuring. Båten ble berget av en færøysk reke-tråler, som fremsatte krav om bergelønn. Selgerne av skipet bestred bergelønnskrevet, og tvisten ble brakt inn til rettslig behandling. Kjøper av båten anførte at sjøpantet med grunnlag i bergelønnskrevet innebar en vanhjemmel.

Om dette uttalte voldgiftsretten:

«Voldgiftsretten vil til dette bemerke at Jan Mayen [saksøker] ikke har lagt frem materiale som har kunnet sannsynliggjøre holdbarheten av disse anførselene, som er bestridt av Nyvoll [saksøkte]. Det verserer rettstvist ... om bergelønn- og sjøpantekravet. Voldgiftsretten kan ikke ha noen formening om utfallet. Hvis sjøpantekravet skulle bli tatt til følge må rettsforholdet mellom nærværende saks parter bli å vurdere etter kjøpekontraktens pkt. 9, jfr. pkt. 8.»

Retten synes her å forutsette at kjøper må sannsynliggjøre sjøpantekravet for at det skal bli tale om et vanhjemmelsansvar.¹⁵¹

En slik tilnærming kan føre til store problemer for kjøper. En første innvending er at kjøper normalt vil ha vanskelig for å sannsynliggjøre et slikt krav. Det dreier seg her om tredjemanns krav mot skipet på bakgrunn av forhold kjøper normalt ikke vil ha noen tilknytning til. For det andre kan det dreie seg om et omtvistet millionkrav, som kanskje ikke vil bli avgjort før langt inn i fremtiden. Dersom kjøper må nøye seg med å ta levering og stole på at eventuelle tap som følge av krav mot skipet vil bli dekket på et senere tidspunkt, kan risikoen for tap være stor. Hvordan det står til med selger på dette tidspunkt kan jo være svært usikkert.

Ved kjøpsloven av 1988 ble selgers ansvar for rettsmangler i flere henseende skjerpet i forholdet til det som fulgte av tidligere lovgivning.¹⁵²

I kjl. § 41(3) er det lovfestet en regel som omhandler bestridte rettigheter i salgstingen. Tredje ledd lyder:

«Gjør tredjemann krav på å ha rett i tingen og dette bestrides, gjelder reglene i første og andre ledd tilsvarende når kravet ikke er klart ugrunnet.»

I NU 1984:5 side 241-142 sammenfattes hensynene bak regelen slik:

¹⁵⁰ Strong/Herring side 119. Goldrein/Turner gir uttrykk for liknende holdning på side 125.

¹⁵¹ Se Rui 1996 side 4.

¹⁵² Se nærmere om rettsstilstanden i kjøpsloven av 1907 i Krüger 1977 side 212.

«Ett anspråk från tredje mans side kan innebära att köparen, för att kunna försvara sin rätt till varan, skulle bli inblandad i en rättstvist som han inte räknat med och som medför besvär och kostnader som han inte är beredd att godta. Tredje mans anspråk kan göra köparens ställning osäker och medföra en väsentlig belastning för honom även om det senare skulle visa sig att anspråket var oggrundat. För att köparen inte skall behöva finna sig i detta kan han enligt förslaget göra gällande påföljder av rättsligt fel mot säljaren redan innan det blivit avklarat, huruvida tredje mans anspråk är befogat eller inte.»

Lovgiver har altså vurdert det slik at selger er nærmest til å bære risikoen for fremsettelsen av bestridte krav, og at kjøper som utgangspunkt må kunne regne med å bli holdt utenfor tvister vedrørende kravets berettigelse.

Selgers ansvar for bestridte krav er imidlertid undergitt en begrensning. Kjøper kan ikke påberope seg regelen dersom tredjemanns krav fremstår som klart ugrunnet. Både ordlyden, forarbeidene og rettspraksis viser at det skal mye til før unntaket kommer til anvendelse.¹⁵³

I Rt. 2005 s. 480 premiss (44) uttalte førstvoterende at:

«Spørsmålet må være om kravet fra tredjemann for en forstandig kjøper i den aktuelle situasjon måtte fortone seg som «klart ugrunnet».»

Etter omstendighetene vil kjøperen måtte foreta visse undersøkelser for å avklare forholdet.»

Utgangspunktet for vurderingen av om kravet er klart ugrunnet, er altså hvordan kjøper oppfatter det fremsatte krav. Hvilken informasjon kjøper sitter på eller blir gitt i forbindelse med fremsettelsen av kravet, vil kunne variere. Det må imidlertid være den informasjon kjøper faktisk sitter med som danner utgangspunktet for vurderingen.

Hvor langt undersøkelsesplikten strekker seg er noe uklart, men slik Høyesterett formulerer seg, og ut fra det snevre anvendelsesområdet unntaket er gitt, kan det nok ikke kreves særlig mye av kjøper.

Når NSF kl. 9 ikke selv gir noe klart svar på spørsmålet, synes det etter dette rimelig å anta at dersom spørsmålet på ny skulle komme opp for en norsk domstol, ville kjøpslovens løsning veie tungt.

Konklusjonen blir etter dette at påståtte rettigheter, for så vidt de ikke fremstår klart ugrunnet, trolig likestilles med endelig konstaterte rettigheter når kontrakten underlegges norsk rett.

¹⁵³ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 95 og Rt. 2005 s. 480 premiss (41)-(43).

4.9 Betydningen av at kjøper kan ekstingvere tredjeparts rett

I norsk rett er det klart at kjøper ikke er forpliktet til å benytte seg av retten til å ekstingvere en tredjemanns rett. Kjøper kan derfor velge å si ifra seg ekstinksjonsretten, og i stedet påberope kontaktbrudd overfor selger.¹⁵⁴

Det kan være flere grunner til at kjøper ikke ønsker å benytte seg av sin rett til å ekstingvere tredjeparts rett. Et eksempel kan være at kjøper ikke lenger ser seg tjent med å gjennomføre avtalen som planlagt, og synes det er like greit at den aktuelle tredjemann får sin rett. Et annet eksempel kan være kjøper har et kommersielt forhold til den konkurrerende rettighetshaver, og han ser seg derfor mer tjent med å gjøre kontraktsbrudd gjeldende mot selger, heller enn å påberope ekstinksjon.

Grunnen til at kjøper ikke ønsker å ekstingvere må i utgangspunktet være irrelevant. Men det kan muligens tenkes at en adgang for kjøper til å ekstingvere en tredjemanns rettigheter, vil kunne få betydning for hvilke sanksjoner kjøper kan gjøre gjeldende som følge av kontraktsbruddet, eksempelvis som et moment i vesentlighetsvurderingen ved hevning.

¹⁵⁴ Krüger 1999 side 477. Se også Gomard side 244.

5 Hvilke forhold danner grunnlag for skadesløsholdelse i relasjon til NSF klausul 9 andre setning

5.1 Innledning

NSF kl. 9 andre setning er gitt en ny utforming i 93 formularet. Jeg finner det for oversiktens skyld hensiktsmessig å gjengi ordlyden slik den fremkommer i henholdsvis 87 og 93 formularet.

NSF 1987 kl. 9 lyder:

«Should any claims which have been incurred prior to the time of delivery be made against the vessel, the sellers hereby undertake to indemnify the buyers against all consequences of such claims.»

NSF 1993 kl. 9 lyder:

«The sellers hereby undertake to indemnify the buyers against all consequences of claims made against the vessel which have been incurred prior to the time of delivery.»

Som det fremgår, er endringen av redaksjonell art. Klausulen er omformulert, men innholdet er etter ordlyden uendret, både med hensyn til dens vilkårs- og virkningsside. Endringen er ikke kommentert i de «explanatory notes» som ble utgitt i forbindelse med formularet, og man må derfor kunne gå ut fra at formularkonsipistene heller ikke har hatt til intensjon å endre det materielle innholdet i klausulen.

I det følgende vil derfor drøftelsene knytte seg til begge versjonene, da de samme tolkningsproblemer oppstår i begge relasjoner.

Under punkt 5.2 skal jeg se nærmere på hvilke typer av «claims» som omfattes av bestemmelsen. I punkt 5.3 behandles den særlige problemstilling som reiser seg når selger bestrider det kravet som rettes mot skipet. Punkt 5.3 er altså en ytterligere presisering av kravbegrepet behandlet i punkt 5.2. Under punkt 5.4 behandles spørsmålet om hva som skal til for at kravet anses «made against the Vessel».

For at skadesløsforpliktelsen skal utløses, må begge vilkår være oppfylt. Det må altså foreligge et «claim» i klausulens forstand og dette må være «made against the Vessel».

5.2 «Claims»-begrepet

NSF kl. 9 andre setning pålegger selger å holde kjøper skadesløs for alle konsekvenser av «claims ... made against the Vessel».

Selve ordet «claims» kan oversettes til norsk på ulike måter, men i den norske versjonen av NSF 87 er ordet «krav» benyttet. Verken i norsk eller engelsk rett har begrepene noe presist innhold, og spørsmålet blir da *hvilke typer krav* som utløser skadesløsforpliktelsen.

I NSF 87 har man benyttet «any claims», mens man i NSF 93 bare refererer til «claims». Jeg kan i denne sammenheng ikke finne at ordlyden eller andre faktorer tilsier at 93 formularet er ment å ha en snevrere rekkevidde enn 87 formularet.

En forutsetning for at det skal bli tale om et krav i klausulens forstand, må være at kravet kan gjøres gjeldende mot skipet på en måte som hindrer kjøpers rett etter kjøpekontrakten. Kan kravet ikke gjøres gjeldende mot skipet, vil det heller ikke kunne anses som et «claim» i klausulens forstand. Dette er forutsatt i ordene «made against».

Særlig interessant i denne sammenheng er tredjemanns mulighet for å arrestere skipet til sikkerhet for sine krav. Vi skal derfor først under punkt 5.2.1 se noe nærmere på arrestreglene.

I prinsippet må også tilfeller der skipet tvangsselges på grunnlag av et pantekrav uten foregående arrest, og tilfeller hvor krav danner grunnlag for midlertidig forføyning, omfattes. Det samme gjelder tilsvarende sikkerhetsretter i andre jurisdiksjoner. Innholdet i disse reglene vil imidlertid ikke bli nærmere behandlet her. Dette både fordi det ut fra rettspraksis synes som om arrest er det mest praktiske og av plasshensyn.

Under punkt 5.2.2 skal vi se noe nærmere på forholdet mellom klausulens to setninger. Spørsmålet er her om kravbegrepet i andre setning må avgrenses mot garantien i første setning.

5.2.1 Kort om arrestreglene

Med arrest menes i sivilprosessen en midlertidig sikring av et pengekrav etter reglene i lov 17. juni 2005 nr. 90. om mekling og rettergang i sivile tvister (tv.) kap. 32 og 33.¹⁵⁵ Arresten innebærer at saksøkte ikke kan disponere faktisk eller rettslig over det arresterte formuesgodet til skade for arresthaveren, se sjøl. § 91(1), jf. tvl. § 33-7(1).

¹⁵⁵ For en generell redegjørelse for arrestreglene i sjøloven, se Falkanger/Bull side 19flg., Thor Falkanger, «Arrest of ships under norwegian law», *MarIus nr. 258* side 3, Oslo 2000 (Falkanger 2000) og Siv Aida Rui, «Arrest i skip», *MarIus nr. 211*, Oslo 1995 (Rui 1995).

Hvilke krav som danner grunnlag for arrest, varierer i ulike land. En viss homogenitet er oppnådd i de land som har ratifisert Brusselkonvensjonen av 1952: International convention relating to arrest of seagoing ships.¹⁵⁶

Konvensjonen er blant annet tiltrådt av Norge, og har som hovedformål å begrense adgangen til å ta arrest i skip. Innenfor konvensjonens anvendelsesområde, jf. sjøl. § 91, kan arrest i skip kun oppnås på grunnlag av sjørettslige krav, jf. sjøl. § 92. Hva som menes med sjørettslige krav er uttømmende regulert i bestemmelsen.

Fortsatt er det likevel store forskjeller internasjonalt. For det første er det flere land som ikke er tilsluttet konvensjonen, heriblant enkelte store sjøfartsnasjoner. For det andre reiser konvensjonen flere tolkningsproblemer, noe som innebærer at den ikke nødvendigvis praktiseres likt i alle konvensjonsstater.¹⁵⁷

Også adgangen til å ta arrest i skip etter at dette er overdratt fra skyldneren, varierer.

I norsk rett er det en grunnleggende forutsetning for å kunne ta arrest i skipet, at dette tilhører debitor på *arresttidspunktet*, se sjøl. § 93(4), jf. tvl. § 33-6(1), jf. tvangsl. § 7-1 og dekl. § 2-2.¹⁵⁸ Det er derfor i norsk rett få muligheter for å arrestere et skip på grunnlag av selgers gjeld etter at dette er overdratt til kjøper, med mindre kravet er tingsrettslig vernet.

Er kravet sikret med sjøpant (eller annen rettsvernet panterett), tillates således arrest også etter overdragelse. Her kan et eksempel hentet fra Falkanger benyttes: Et krav oppstår i januar 1999 i tilknytning til skip 1 som er eid av A. På dette tidspunkt eier A også skip 2. I februar kjøper han skip 3, og selger skip 1 til B. I mars kan A's kreditorer ta arrest i skip 2. Dersom kravet er sikret med sjøpant, kan arrest også tas i skip 1. Derimot kan det ikke tas arrest i skip 3.¹⁵⁹

I en del andre land er adgangen til å ta arrest i skipet også etter at det er overdratt til en godtroende erverver, videre.

I engelsk rett (og en del andre «common law» land) tillates et solgt og levert skip arrestert til sikkerhet for «maritime claims» dersom et «claim form» (tidligere «writ») er utferdiget mot skipet eller et søsterskip *før* eierskiftet.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Konvensjonen er i dag bl.a. en del av EU-systemet. Oversikt over hvilke stater som har ratifisert konvensjonen finnes bl.a. på <http://www.i-law.com>

¹⁵⁷ Se som eksempel NSM-563-2004-6009.

¹⁵⁸ Se Ot.prp.nr.88 (1992-1993) side 22 og Falkanger 2000, side 20.

¹⁵⁹ Falkanger 2000 side 20 i note 43.

¹⁶⁰ Denne formen for prosess kalles i engelsk rett for «*in rem* proceedings». En grundig redegjørelse for disse reglene gis av Mandaraka-Sheppard i Part I. Se også Robert S.T Chorley m.fl., *Shipping Law*, 8th edition, London 1987, side 74flg.

Dersom skipet senere ankommer den relevante jurisdiksjon, vil dokumentet kunne gi grunnlag for arrest. I *The Monica Smith* ble adgangen begrunnet slik:

«A purchaser always has to reckon with the possibility of maritime liens, and under many foreign laws all or most of the claims which in England only give a right of action *in rem* give rise to such liens. Moreover, there is no means of ascertaining what maritime liens have attached to a ship, whereas it is at least possible, by inquiry of the Admiralty Registry, to discover what writs have been issued against a ship. In practice a purchaser takes an indemnity from his seller against claims which have attached prior to the sale, and, unless the seller becomes insolvent, this affords adequate protection.»¹⁶¹

I disse tilfellene er det tvilsomt om det kan sies å foreligge noen *heftelse* på skipet, fordi det på overtakelsestidspunktet ikke foreligger noen «actual existing rights affecting the property in, or the use of, the ship», se nærmere under punkt 4.6.2.1. På grunnlag av Court of Appeals uttalelser i *The Barenbels*, står man etter min mening her trolig overfor en situasjon som faller utenfor garantien i første setning.¹⁶²

I enkelte andre jurisdiksjoner er adgangen til å ta arrest i skipet etter levering enda videre. I *The Barenbels* ble skipet, etter levering, arrestert i medhold av Qatars lovgivning. Loven gav kreditor adgang til å arrestere ethvert skip som debitor eide på det tidspunkt gjelden ble pådratt, uavhengig av om det senere var solgt og levert til en godtroende erverver, og uten at noen form for rettslige skritt (eksempelvis utstedelse av «claim form») var foretatt. Retten fant det klart at det her ikke forelå noen heftelse i kl. 9 forstand, og at man sto overfor en situasjon som falt innunder klausulens andre setning.

Som det fremgår ovenfor, er det store ulikheter med hensyn til i hvilken utstrekning tredjemanns krav mot selger kan gjøres gjeldende mot skipet i form av arrest etter overtakelse. Selv om man i norsk rett kun i begrenset utstrekning anerkjenner en slik rett, kan spørsmålet likevel komme opp for norske domstoler ved at skipet arresteres i medhold av andre lands lovgivning.¹⁶³

Grunnlaget for det krav som reises, kan være mangeartet. Det kan ha sitt grunnlag i kontrakt, delikt, offentligrettslige krav osv. Videre kan grunnlaget for kravet skrive seg fra ulike deler av selgerens virksomhet eller

¹⁶¹ [1967] 2 Lloyd's rep. 113 (s.130).

¹⁶² I første instans i *Barenbels-saken*, uttalte Mr Justice Sheen i et obiter at man her ville stå overfor en heftelse som falt inn under første setning. Etter ankeinstansens uttalelser, synes dette mer tvilsomt.

¹⁶³ Et eksempel er LG-2006-17380, hvor det overdratte skip ble arrestert i Portugal. Saken er også et godt eksempel på at land som er tilknyttet arrestkonvensjonen, praktiserer denne ulikt, se NSM-563-2004-6009.

privatøkonomi. Ordlyden gir ikke grunnlag for å trekke noen grense på bakgrunn av disse forhold. Den er i utgangspunktet vid nok til å omfatte alle typer krav, uavhengig av deres grunnlag, og uavhengig av om de er fremmet av private eller det offentlige. Det avgjørende synes å være om det aktuelle krav gir grunnlag for arrest (eller tilsvarende sikkerhetsrett) i skipet.

Bestemmelsens formål trekker også i retning av at kreditors mulighet for å gjøre kravet gjeldende mot skipet i form av arrest blir avgjørende. Klausulens annet punktum søker å beskytte kjøper mot tap han pådrar som følge av krav som rettes mot skipet, og som har sitt grunnlag i tiden forut for levering. For kjøper vil det være uten betydning hva sikkerhetsretten begrunnes i, så lenge hans rettslige eller faktiske utnyttelse av skipet hindres gjennom arrest.

Verken i *The Barenbels* eller *Rank Enterprise* ble kravets grunnlag vurdert. Også i disse dommene synes den underliggende tanke å være at muligheten for arrest i seg selv er avgjørende for om kravet kan sies å være et «claim» i avtalens forstand.¹⁶⁴

I Bergen Tingretts dom i Tordenskjold-saken, gikk retten enda lengre.¹⁶⁵ Her ble et av de solgte skip arrestert i Polen noen uker etter levering. Selgerne anførte at det her dreide seg om en åpenbart uriktig arrest, og at man derfor ikke kunne ha risikoen for de tap som oppstod som følge av arresten. At arresten var feilaktig ble også fastslått i en etterfølgende polsk rettsavgjørelse. Til dette uttalte Tingretten på side 51:

«...selv om kun få av kravene etter sin art kunne gi grunnlag for arrest, kan ikke feil ved en gitt arrest føre til at risikoen går over på [kjøper]. Avtalen er helt klar på dette punkt.»

Retten la altså til grunn at selger også bærer risikoen i de tilfeller hvor kjøper pådrar seg tap som følge av en uriktig arrest. Det er altså ikke nødvendig at arresten rettslig sett er korrekt, dersom arrestkravet faktisk fører frem.

Retten legger her et vidtgående ansvar på selger. Etter min mening fremstår det ikke utvilsomt slik at hensikten med andre setning har vært å pålegge selger risikoen også for uriktige arrester. Blir skipet feilaktig arrestert etter levering, kan det synes rimelig at kjøper selv må bære denne risiko. Etter avgjørelsen bør nok likevel selger endre klausulen dersom han ikke ønsker å bli sittende med risikoen også for uriktige arrester.

Sammenfattende må det altså legges til grunn at dersom kravet kan gi grunnlag for arrest (eller tilsvarende sikkerhetsrett), eller faktisk fører til arrest, er dette

¹⁶⁴ Se også Goldrein/Turner side 128.

¹⁶⁵ TBERG-2004-11852, saksnr. 04-011852TVI-BBYR/01. En nærmere beskrivelse av faktum er gitt i NSM-563-2004-6009.

tilstrekkelig til at kravet omfattes av «claims»-begrepet i NSF kl. 9 andre setning. Kravets grunnlag eller hvem som fremmer det, private eller det offentlige, er uten betydning.

5.2.2 *Forholdet mellom klausulens første og andre setning.*

Etter avgjørelsene i *The Barenbels* og *Rank Enterprise* er det klart at brudd på garantien i første setning ikke er en betingelse for at skadesløsforsikringen i andre setning utløses.¹⁶⁶ Klausulens andre setning omfatter klart nok gjeld som faller utenfor garantien, men som kan føre til arrest av skipet etter de regler som er gjennomgått under forrige punkt.

Som vi så ovenfor under punkt 4.6, la retten i *The Barenbels* til grunn en snever forståelse av alternativet «other debts» i første setning. Tolkningen innebærer at setningene avgrenses mot hverandre slik at garantien ikke overlapper andre setning.

Spørsmålet her blir om krav som rettes mot skipet på grunnlag av rettigheter som er omfattet av garantien i første setning, også faller innunder skadesløsholdelsesforplikningen i andre setning. Eller om setningene også i dette henseende må avgrenses mot hverandre slik at overlapping unngås.

Som eksempel kan man benytte et sjøpantekrav som er oppstått før levering, men som ikke oppdages av kjøper før han har overtatt skipet. Dersom kravet rettes mot skipet etter levering, blir da situasjonen å bedømme etter første eller andre setning?

I hovedsak kan to tolkninger tenkes. En første mulighet er å tolke kravbegrepet i andre setning innskrenkende til kun å omfatte gjeld som faller utenfor garantien, men som kan føre til arrest i skipet. Forstås andre setning slik, oppnår man et klart skille mellom de to setningenes anvendelsesområder.

Alternativt kan man legge til grunn at setningenes anvendelsesområder overlapper, til tross for den snevre tolkningen av første setning. Synspunktet er her at kravbegrepet i andre setning omfatter krav basert både på gjeld som faller innenfor og utenfor garantien.

Ordlyden i andre setning er i seg selv vid nok til å omfatte krav mot skipet, uavhengig av om grunnlaget for kravet omfattes av garantien eller ikke. Ordlyden gir altså ikke grunnlag for å innfortolke en begrensning i denne retning.

Heller ikke den rettspraksis som foreligger gir klare holdepunkter for at kravbegrepet skal tolkes innskrenkende på en slik måte.

¹⁶⁶ Se rettens uttalelser i *The Barenbels*, gjengitt i punkt 4.6.2.1.

At setningene overlapper, synes også lagt til grunn av flere engelske forfattere.¹⁶⁷ Goldrein/Turner skriver:

«Sellers should note that although the clause 9 warranty and indemnity provisions overlap, the latter are freestanding in the sense that buyers do not have to prove a breach of the warranty in order to make good a claim under the indemnity.»¹⁶⁸

Konklusjonen når det gjelder forholdet mellom første og andre setning må etter dette bli at andre setning delvis overlapper garantien i første setning.

Dette innebærer at kjøper, i de tilfeller kravet baserer seg på rettigheter som også innebærer brudd på garantien, kan velge om han ønsker å påberope garantibrudd etter første setning eller skadesløsholdelse etter andre setning.

Derimot vil kjøper, dersom det rettes krav mot skipet som ikke medfører brudd på garantien, være henvist til å kreve å bli holdt skadesløs etter andre setning.¹⁶⁹

5.3 *Krav som bestrides av selger*

Det kan være flere grunner til at selger bestrider tredjemanns krav. For det første kan selger hevde at kravet aldri har eksistert. Selger mener for eksempel at han aldri har handlet med den aktuelle tredjemann, eller at endelig avtale aldri kom i stand. Det kan også tenkes at selger mener det foreligger omstendigheter som medfører at avtalen må anses ugyldig, eller at de fremsatte krav rett og slett er falske. Dersom det er tale om et erstatningskrav, kan selger påstå at vilkårene for et slikt krav ikke er til stede.

For det andre kan selger hevde at kravet senere er falt bort, eksempelvis fordi det er foreldet, eller fordi kravet er endelig og korrekt oppgjort. De foregående innsigelser kan også tenkes å gjelde kun enkelte av de fremsatte krav, eller begrense seg til deler av dem.

NSF kl. 9 annet punktum oppstiller som et vilkår at kravet må være pådratt før levering, jf. «claims which have been incurred prior to the time of delivery».

Ordlyden i NSF 87 er på dette punkt uklar, og har vært gjenstand for kritikk både i engelsk litteratur og rettspraksis. I *The Barenbels*, uttaler Mr. Justice Sheen i førsteinstans:

¹⁶⁷ Se bl.a. Mandaraka-Sheppard side 490 og W.V. Packard, *Sale and Purchase*, 2nd edition, London 1988, side 64.

¹⁶⁸ Goldrein/Turner side 128.

¹⁶⁹ Se nærmere om virkningene etter henholdsvis første og andre setning i punkt 7.

«The language is ungrammatical because claims are not incurred. Debts and other liabilities are incurred. Claims are made in respect of those debts or other liabilities.»¹⁷⁰

Selv om setningen er omskrevet i 93 formularet, består det grammatiske problem fortsatt.

I *The Barenbels* la retten til grunn at andre setning omhandler forpliktelser som gjøres gjeldende mot skipet etter levering, men har sitt grunnlag i omstendigheter som ligger forut for levering.¹⁷¹ I en slik situasjon er ordlyden utilstrekkelig, og for at setningen skal gi mening må det derfor innfortolkes noe i tillegg til «claims ... which have been incurred». De ulike tolkningsalternativer vil fremgå ved gjennomgangen nedenfor.

I *Rank Enterprise* (premiss 17) nevner førstvoterende en situasjon hvor setningen gir mening slik den står. Dersom tredjemann før levering har fremmet krav mot selger uten at selger har opplyst kjøper om kravet, og kravet etter at kjøper har tatt levering gjøres gjeldende mot skipet («readvanced»), vil selve *kravet* «have been incurred prior to the time of delivery». Denne situasjonen fremstår som noe upraktisk og setningens praktiske anvendelsesområde er nok i hovedsak de tilfeller som er påpekt i *The Barenbels*.

Problemstillingen i det følgende blir da: på grunnlag av hvilke krav fremsatt av tredjemann kan kjøper pådra seg omkostninger, og deretter kreve å bli holdt skadesløs.

Problemstillingen har sin parallell til det spørsmål som ble behandlet under punkt 4.8. Selv om noen av de samme hensyn vil kunne gjøre seg gjeldende i relasjon til begge problemstillingene, må disse likevel behandles separat. Det er ikke noen nødvendig sammenheng mellom konklusjonen i relasjon til garantien og utfallet på spørsmålet om hvilke krav som utløser skadesløsforpliktelsen.

5.3.1 *Det klare utgangspunkt – ansvar for reelle krav*

Uavhengig av den syntaktiske uklarhet i setningen, er utgangspunktet klart. Kl. 9 andre setning omfatter krav selger *er ansvarlig for* på tidspunktet for overtakelsen, og som kreditor senere gjør gjeldende mot skipet. Dette gjelder klart nok i de tilfeller hvor selger erkjenner ansvar for kravet. Men også de tilfeller hvor selger bestrider kravet, og det viser seg at kravet er reelt, omfattes.

Tap kjøper lider som følge av at reelle krav gjøres gjeldende mot skipet, kan han altså kreve å bli holdt skadesløs for i medhold av bestemmelsen.

¹⁷⁰ [1984] 2 Lloyd's rep. 388 (s.391). Se også uttalelsene i [1985] 1 Lloyd's rep. 528 (s.532) og [2000] 1 Lloyd's rep. 403 (s.408)(17).

¹⁷¹ Se rettens uttalelser i *The Barenbels*, gjengitt under punkt 4.6.2.1. At disse tilfellene omfattes, legges også til grunn i *Rank Enterprise*.

5.3.2 *Krav som viser seg ikke å eksistere*

Spørsmålet her er hvorvidt selger plikter å holde kjøper skadesløs også for kostnader kjøper pådrar seg som følge av krav som senere viser seg å være uten grunnlag. Forutsetningen i det følgende er altså at kravet viser seg ikke å være reelt.

5.3.2.1 *Engelsk rett*

Den rettslige situasjonen etter Barenbels

Etter at Mr. Justice Sheen i første instans, som nevnt under punkt 5.3, hadde pekt på det grammatiske problem i andre setning, uttalte han i et obiter dictum:

«To give the sentence any reasonable meaning, it should be read as meaning: Should any claims *in respect of liabilities* which have been incurred prior to the time of delivery be made against the vessel ...»¹⁷²

Denne tolkning slutter LJ Goff i Court of Appeal seg uttrykkelig til.¹⁷³ Heller ikke for ankeinstansen var tolkningen avgjørende for resultatet, og uttalelsen må også her anses som et obiter.

Tolkningen synes å innebære at kun krav som baserer seg på forpliktelser det viser seg at selger virkelig er ansvarlig for, faller innunder setningens anvendelsesområde.¹⁷⁴

I den aktuelle sak, var det klart at de krav som ble fremsatt av selgers agenter var «claims in respect of liabilities». Dette var heller ikke bestridt av selger. Spørsmålet om selgers ansvar for kostnader kjøper pådrar som følge av fremsettelse av ikke-reelle krav, kom derfor ikke på spissen.

Den rettslige situasjonen etter Rank Enterprise

Innholdet i NSF kl. 9 andre setning, kom på nytt opp i avgjørelsen *Rank Enterprise Ltd. and others v. Gerrard*.¹⁷⁵ Dommen knytter seg direkte til ordlyden i 87 formularet, men må av de grunner som er påpekt ovenfor i punkt 5.1, ha direkte betydning også for tolkningen av 93 formularet.

Saken gjaldt salg av tre skip på basis av NSF. Selger hadde også utstedt en separat skriftlig garanti, men retten fant at denne ikke favnet videre enn NSF kl. 9. Rettens avgjørelse knytter

¹⁷² [1984] 2 Lloyd's rep. 388 (s.391).

¹⁷³ [1985] 1 Lloyd's rep. 528 (s.532).

¹⁷⁴ Se Chorley & Giles' side 49, hvor rettsstilstanden på dette tidspunkt ble oppfattet slik.

¹⁷⁵ [1999] 2 Lloyd's rep. 666 og [2000] 1 Lloyd's rep. 403.

seg derfor direkte til NSF kl. 9. Etter salget ble flere krav rettet mot de nye eierne, og saken gjaldt spørsmålet om selger var ansvarlig for kostnader kjøper hadde pådratt ved å bestride kravene.

I motsetning til i *The Barenbels*, ble det her hevdet at «all or most of the claims made after delivery were ... invalid and indeed spurious», og selger anførte at NSF ikke påla ham risikoen for kostnader pådratt i forbindelse med denne typen krav.¹⁷⁶

Problemstillingen vedrørende selgers ansvar for kostnader pådratt som følge av ikke-reelle krav, kom derfor opp i rendyrket form.

Mr. Justice Toulson gav i første instans selger medhold, idet han fant at den tolkning retten gav uttrykk for i *Barenbels-avgjørelsen* var «the most natural way of meeting the grammatical problem which they identified.»¹⁷⁷

På dette punkt fant Court of Appeal at rettsanvendelsen var feil. Problemstillingen formulerte domstolen slik:

«The question arising is whether «claims» in these provisions refers to demands for some debt or damages as having been incurred and become due prior to delivery or is limited to situations of actual entitlement to such a debt or damages.»¹⁷⁸

Når det gjaldt forholdet til uttalelsene i *The Barenbels*, uttalte førstvoterende LJ Mance at «[we] should be careful before concluding that this Court in that case decided the present issue without addressing its mind to it.» Selv om retten ikke anså spørsmålet formelt avgjort i *Barenbels-avgjørelsen*, søkte man likevel å unngå en uttrykkelig fravikelse. Retten tolket uttalelsen slik at ««[l]iabilities» in respect of which (or «for» which) a claim or demand is made may embrace actual and alleged liabilities.»

Etter en inngående vurdering av de konsekvenser ulik fordeling av risiko kunne medføre, konkluderte førstvoterende med at:

«That sentence, in my judgement, addresses claims made, the exposure to which stems from pre-delivery events, whether the liability asserted by such claims may prove to exist or not.»¹⁷⁹

Retten la altså et vidtgående ansvar på selger. Resultatet er at kjøper, for selgers regning, kan foreta de skritt han finner nødvendig for å verne seg mot det fremsatte krav og holde skipet i fortsatt drift.

¹⁷⁶ [2000] 1 Lloyd's rep. 403 (s.407)(13).

¹⁷⁷ [1999] 2 Lloyd's rep. 666 (s.670).

¹⁷⁸ [2000] 1 Lloyd's rep. 403 (s.408)(15).

¹⁷⁹ *Op.cit.* (s.410)(25).

Mot en slik forståelse innvendte selger at dersom hans ansvar ikke var begrenset til virkelige krav, ville han i stor grad være prisgitt kjøpers vurderinger og handlinger. Til dette svarer førstvoterende at «the buyers would be assured of indemnity, provided that they acted in a reasonable and business-like way in dealing with such claims.» Hva som nærmere ligger i kravet, er noe uklart. Retten indikerer at kjøper må informere selger om situasjonen, og gi ham mulighet for å «provide such information and assistance as they can.» Videre uttaler LJ Mance:

«If a buyer failed to afford a seller this opportunity, *and* the claim was settled or progressed adversely *as a result*, the buyers right to an indemnity could be prejudiced, under the caveat already identified.» (Min uthevning).¹⁸⁰

Unnlattelse av å involvere selger kan altså føre til bortfall av retten til å bli holdt skadesløs. Forutsetningen er imidlertid at kravet blir avgjort eller utvikler seg uheldig *som følge av* at selger ikke ble konferert.

5.3.2.2 Norsk rett

Utgangspunktet

Som vi har sett, løser ikke ordlyden i klausulen problemet. Heller ikke en formålsrettet tolkning gir etter min mening noe helt entydig svar når det gjelder selgers ansvar for kostnader kjøper pådrar som følge av fremsettelsen av ikke-reelle krav.

Hensynet til en retts teknisk enkel løsning trekker til en viss grad i retning av at selger pålegges risikoen. Dersom dette legges til grunn, unngår man å måtte ta stilling til om kravet er velfundert eller ikke. Kjøper kan da regne med å bli holdt skadesløs for kostnader han pådrar seg ved å ta de skritt han finner nødvendig for å holde skipet i fart.

Hva som må sies å innebære den mest kommersielt tilfredsstillende løsning, kan det nok være delte meninger om. Heller ikke dette hensynet trekker klart i en retning.

I LG-2006-17380 ble spørsmålet vedrørende selgers ansvar for ikke-reelle krav, berørt.

I saken, som gjaldt salg av en flåte på 20 skip til en samlet sum av USD 53,55 mill., hadde selgers konkursbo opptrådt som «godkjennende kreditor». I forbindelse med salget ble det utformet en hovedavtale og en salgsavtale for hvert skip, disse siste på grunnlag av NSF 93.

¹⁸⁰ [2000] 1 Lloyd's rep. 403 (s.410)(24).

Fire av de solgte skipene ble aldri levert. I tilknytning til flere av de skip som ble levert, ble det etter levering fremmet krav om arrest. Et av kravene bygget på erstatning for brudd på et bareboatcerteparti, som en britisk voldgiftsdomstol kom til var fiktivt.

Retten uttalte:

«For så vidt gjelder kravet ..., bemerkes at plikten etter hovedkontraktens punkt 5 også må omfatte fiktive krav, all den tid det pretenderes at de er oppstått i tiden forut for levering. Til støtte for dette vises til [Strong/Herring side 121], som riktignok drøfter spørsmålet i lys av om kjøper skal holdes skadesløs etter MoA klausul 9. Lagmannsretten kan vanskelig se at løsningen kan bli en annen i forhold til krav om prisavslag slik klausul 5 i hovedavtalen er utformet. Det er vanskelig å se at selger skal kunne fri seg fra ansvaret etter denne bestemmelse og [på]berope at de fremsatte krav er fiktive. Det er selger som har det klart beste grunnlaget for å kunne bestride krav som fremsettes og som pretenderes å stamme fra dennes eiertid.»

Selv om retten direkte knytter drøftelsen til ordlyden i hovedavtalens kl. 5, synes den klart å forutsette at selgers ansvar etter NSF kl. 9 også i norsk rett må omfatte kostnader pådratt i forbindelse med ikke-reelle krav.

Dette syn er i overensstemmelse med den engelske praksis som er trukket frem ovenfor.

Konklusjonen må etter dette bli at selger bærer risikoen for konsekvensene av fremsatte krav også når disse viser seg ikke å være reelle.

Unntaket

Som vi så under punkt 5.3.2.1, la domstolen i *Rank Enterprise* til grunn at kjøper kan miste sin rett til skadesløsholdelse dersom han ikke opptrer i en «reasonable and business-like way».

Også i norsk rett må man kunne oppstille en slik begrensning, med grunnlag i det generelle kravet til lojal oppførsel i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten er en rettslig standard, uten noe klart definert innhold.¹⁸¹ Hva som kan kreves med grunnlag i denne plikten, vil derfor kunne variere i ulike situasjoner.

Et utslag av det generelle lojalitetskrav, er at kjøper undertiden pålegges å underrette den annen part i kontraktsforholdet om forhold som har betydning for hans rettsstilling.¹⁸² Hagstrøm sier det slik:

«*Passivitetstanken* innefor kontraktsretten er nok i første rekke også et utslag av den gjensidige lojalitetsplikten: Hvis den ene part kan avverge tap for den annen ved å si fra, er det ofte grunn til å la tapet få ut over ham om han lar være.»¹⁸³

¹⁸¹ Arne Falkanger Thorsen, «Lojalitetsplikt i kontraktsforhold», *JV 1993 side 36*, Oslo 1993, side 36.

¹⁸² Se Haaskjold side 36.

Dersom kjøper har mulighet for å hindre eller begrense tapet, må det være klart at unnløstelse vil kunne føre til at hans rett etter skadesløserklæringen begrenses eller etter omstendighetene faller helt bort.¹⁸⁴

Formålet med en slik underrettningsplikt er at medkontrahenten skal gis mulighet til å ivareta egne interesser. Dersom det fremsettes krav mot skipet som skriver seg fra selgers eiertid, vil selger normalt være nærmere enn kjøper til å imøtegå disse kravene.

Det må fremstå betenkelig for selger å gi en erklæring om skadesløsholdelse, dersom det ikke samtidig kan kreves at kjøper i rimelig utstrekning gir selger adgang til å bestride kravet på en forsvarlig måte. Dette kan neppe antas å ha vært partenes intensjon.

I hvilke tilfeller kjøper må underrette selger om kravene, og i hvilken utstrekning selger må gis anledning til å ta del i tvisten, kan likevel variere.

Et moment som må kunne vektlegges er den tid kjøper har til rådighet. Dersom arresten er nært forestående, vil det ofte være viktig å foreta raske skritt for å sikre skipets videre drift. Ser kjøper derimot at arresten ligger et stykke frem i tid, eksempelvis fordi det vil gå en stund før skipet når den jurisdiksjon hvor arresten søkes gjennomført, kan det godt tenkes at kravene til kjøper må utvides.

I Nipponsale 99 kl. 13, er det spesifisert at kjøper skal holdes skadesløs for «all claims of whatever nature made against the Vessel *in respect of liabilities* incurred prior to the time of delivery.» (Min uthevning). Den uklarhet som finnes i NSF på dette punkt, synes altså løst direkte i formularet på en måte som samsvarer med den tolkning retten la til grunn i *The Barenbels*. Det er viktig for kjøpersiden å være klar over dette. Etter ordlyden synes kjøper her å være dårligere beskyttet enn etter NSF. Dersom kjøper bestrider et krav fremsatt av en tredjemann og vinner frem, vil han etter ordlyden ikke kunne kreve å bli holdt skadesløs for de kostnader han har pådratt seg i forbindelse med det fremsatte krav. Risikofordelingen synes her grunnleggende ulik den i NSF. Mens selger etter NSF vil ha risikoen også for fremsettelsen av ikke-reelle krav, kan det synes som om kjøper vil måtte bære denne dersom Nipponsale er benyttet.

¹⁸³ Hagstrøm side 76.

¹⁸⁴ Se nærmere om tapsbegrensningsplikt i punkt 8.3.

5.4 *Made against the Vessel – hva må til for at kravet skal anses gjort gjeldende?*

5.4.1 *Innledning*

Ovenfor under punktene 5.2 og 5.3 er innholdet i kravbegrepet behandlet. Under dette punkt er det vilkåret «made against» som skal behandles.

Problemstillingen er hva som skal til for at kravet kan sies å være «made against the vessel».

5.4.2 *Nærmere om vilkåret*

5.4.2.1 *Engelsk rett*

For engelsk retts vedkommende, ble også denne problemstillingen behandlet i de to dommene som er nevnt ovenfor under punkt 5.3.2.1. I *Barenbels-saken* var situasjonen at kompetent myndighet i Qatar hadde besluttet en såkalt «conservatory arrest», hvilket innebar at skipet ikke kunne tvangsselges uten at ytterligere rettslige skritt ble foretatt. Voldgiftsretten kom til at dette ikke var tilstrekkelig til at kravet var «gjort gjeldende mot skipet» i avtalens forstand. Men på dette punkt kom både første instans og Court of Appeal til et annet resultat. Førstvoterende i Court of Appeal uttaler:

«... in practical terms, that threat [of an order for sale] was there; and, though the procedure in Qatar apparently differs in some respects from the procedure under an action in rem in this country, the practical effect is, for the purposes of the second sentence of this clause, in our judgment the same.»¹⁸⁵

Retten anla altså en praktisk synsvinkel. Formålet med instituttet var å presse frem sikkerhetsstillelse, og dersom dette ikke ble gjort ville den naturlige følge være videre steg for å oppnå tvangssalg.

I motsetning til i *The Barenbels*, hvor skipet var under en form for arrest, var skipet i *Rank Enterprise* verken arrestert, eller noen prosess innledet.

Mr. Justice Toulson i første instans, uttaler:

«I accept that when construing and applying NSF 9 one must look, as the Court of Appeal did in *The Barenbels*, at the substance of the matter and not merely the form. A claim in its ordinary meaning does not require the institution of proceedings but must involve a demand. ... A claim against a vessel must involve a *demand* which carries with it threat of seizure of the vessel. The threat must be *real and present*, but I do not see as a matter of construction or good sense the

¹⁸⁵ [1985] 1 Lloyd's rep. 528 (s.533).

necessity for there to have been proceedings issued or an order of arrest obtained before there can said to be a claim against the vessel.» (Min uthevning).¹⁸⁶

Denne forståelsen sluttet Court of Appeal seg uttrykkelig til.¹⁸⁷

Selger innvendte at et slikt kriterium ville være for vagt, og at den klarhet som lå i et krav om at formelle steg måtte være tatt ville være å foretrekke. Til dette svarte LJ Mance i Court of Appeal at:

«... clause 9 is intended to respond to ordinary situations of commercial life, and to their ordinary consequences for the buyers. A buyer will have to respond as much to a claim or demand arising from pre-delivery events and involving a real and resented threat of seizure of his vessel as he will to more procedural formal steps.»¹⁸⁸

Hva som nærmere lå i den oppstilte standarden, gav retten ikke noen nærmere redegjørelse for. Spørsmålet kom på nytt opp i en upublisert voldgiftsavgjørelse referert i Lloyds's Maritime Law Newsletter 27-10-2004.

Saken omhandlet salg av tre skip (A, B og C). For hvert skip ble det inngått en MoA med utgangspunkt i NSF 87. I forbindelse med en «provisional liquidation» av den P&I Club selger hadde hatt forsikring i, ble det av P&I klubbens bo antydnet at det kunne finnes utestående krav mot skipene.

Domstolen slo raskt fast at skadesløsholdelse etter kl. 9 andre setning ikke var betinget av at selger faktisk var ansvarlig for kravene, og viste til avgjørelsen i *Rank Enterprise*. Boets påstander om at det fantes forfalte krav som kunne rettes mot skipene, var tilstrekkelige til å konstituere «claims» i klausulens forstand.

Voldgiftsrettens forståelse av innholdet i «real and present – standarden» som var identifisert i *Rank Enterprise* avgjørelsen, er gjengitt slik:

«In the tribunal's view, on the facts of the present case, it was sufficient for there to be a «real» threat of seizure that it be not fanciful, and it was sufficient for it to be «present» that it be not manifestly time barred or so stale in effect to make it no longer «real».»¹⁸⁹

Når det gjaldt skip A, hadde P&I klubbens bo innledet prosess etter overdragelsen, og krevd skipet arrestert. Selgerne på sin side hadde innlevert en formell søknad om tilsidesettelse av denne arrestbegjæringen. Selgerne anførte på denne bakgrunn at det var en så stor mulighet for at arrestkravet ikke ville føre frem, at kravet ikke kunne anses «real».

¹⁸⁶ [1999] 2 Lloyd's rep. 666 (s.671).

¹⁸⁷ [2000] 1 Lloyd's rep. 403 (s.411)(29).

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Lloyds's Maritime Law Newsletter 27-10-2004.

Retten fant det klart at kjøperne kunne kreve å bli holdt skadesløse etter kl. 9 andre setning. Det var irrelevant at selgerne hadde sendt inn en «counter application», og var sikre på at denne ville føre frem.

Når det gjaldt skip B og C var saken mer uklar. For det første hadde det aldri vært innledet noen prosess. Videre var korrespondansen mellom kjøper og boet noe uklar. Likevel fant retten at et av de sendte brev «did carry a sufficient implied threat of proceedings and attempts to arrest [the vessel].»¹⁹⁰

Konklusjonen er at det i engelsk rett skal lite til før kjøper befinner seg i en posisjon der han kan pådra seg kostnader som vil kunne kreves dekket under skadesløserklæringen.

5.4.2.2 Norsk rett

I norsk rett har, så vidt jeg vet, spørsmålet ikke vært vurdert av domstolene.

I mangel av rettslige holdepunkter, kan det derfor tenkes at den engelske løsning også i norsk rett vil tillegges en del vekt.

I *Rank Enterprise* trekker Court of Appeal særlig frem hensynet til å oppnå en kommersielt tilfredsstillende løsning. Dette synspunkt gjør seg like sterkt gjeldende i norsk rett. Det synes ikke rimelig å kreve at kjøper venter med å forholde seg til tredjemanns krav til dette har manifestert seg i en formell prosess mot skipet.

Det synes derfor rimelig å anta at også norske domstoler vil legge til grunn en forholdsvis vid forståelse «made against» kravet.

Det avgjørende må, slik jeg ser det, være om tredjemanns handlemåte er egnet til å gi kjøper en ikke ugrunnet frykt for at tredjemann i nær fremtid vil søke å få inndrevet sine krav gjennom en prosess mot skipet.

En inngående vurdering av holdbarheten i tredjemanns krav, kan nok normalt ikke kreves. For det første vil risikoen for arrest kunne være til stede, selv om kjøper tror at det ikke er grunnlag for de krav som er fremsatt. For det andre vil nettopp en del av kostnadene ofte knytte seg til å kartlegge holdbarheten i det fremsatte krav.

¹⁹⁰ *Ibid.*

6 Skjæringstidspunktet – «Time of delivery»

6.1 Innledning

Det er i kapittel 4 og 5 foretatt en avgrensning av *hvilke typer* heftelser og krav som er relevante etter henholdsvis første og andre setning i NSF kl. 9.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at heftelsene eller kravene er av en viss type, det stilles også krav til *når* disse må foreligge for å være relevante i relasjon til kl. 9. Spørsmålet her er altså hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger en relevant heftelse eller et relevant krav.

Fastleggelsen av skjæringstidspunktet for risikoovergangen må foretas med utgangspunkt i kontraktens regulering. Både i klausulens første og andre setning er «time of delivery» angitt som det relevante avgrensningskriterium, og drøftelsen i det følgende blir derfor felles for de to delene av klausulen.¹⁹¹

6.2 Time of delivery

6.2.1 Utgangspunktet – faktisk levering

Som nevnt i innledningen, knyttes det viktige virkninger til leveringstidspunktet. I relasjon til NSF kl. 9 første setning er det avgjørende for om det foreligger brudd på garantien at heftelsen er påheftet skipet før levering og foreligger ved levering. Dette danner grunnlag for å trekke grenser i to retninger. For det første mot heftelser som fjernes før levering. For det andre mot heftelser som oppstår etter levering. Ingen av disse tilfellene medfører brudd på garantien.

Etter klausulens andre setning er det avgjørende at den omstendighet som danner grunnlag for det krav som blir fremmet, refererer seg til tiden forut for leveringen.

Problemstillingen i det følgende blir derfor på hvilket tidspunkt skipet kan sies å være levert i avtalens forstand.

¹⁹¹ I det følgende vil drøftelsen for enkelhetsskyld ta utgangspunkt i NSF 93. «Time of delivery» blir imidlertid benyttet som avgrensningskriterium også i 87 versjonen, og konklusjonen vil være den samme i relasjon til denne.

Ordlyden i kl. 9, «time of delivery», kan isolert sett forstås på to måter. Den første mulighet er at «det formelle leveringstidspunkt» anses avgjørende. Med dette menes kontraktens angivelse av leveringstidspunkt. Den andre mulighet er at det reelle leveringstidspunkt anses avgjørende, altså når levering faktisk skjer.

Noe helt klart svar på hvilket tolkningsalternativ som er det riktige gir ikke en isolert lesning av bestemmelsen.

«Time of delivery» er benyttet flere steder i NSF, og det har formodningen for seg at formuleringen er ment å ha det samme meningsinnhold i ulike sammenhenger, med mindre det er konkrete holdepunkter for noe annet. Ved fastleggelsen av begrepets innhold i relasjon til kl. 9 vil man derfor måtte se hen til formularets øvrige bestemmelser.

NSF kl. 5 har overskriften «Notices, time and place of delivery». Klausulens litra b) omhandler den fysiske levering av skipet, og linjene 57 - 58 lyder: «The Vessel shall be delivered and taken over safely afloat at a safe and accessible berth or anchorage ...».

Tidspunktet for når den fysiske levering skal skje, fremkommer gjennom angivelsen av «expected time of delivery» og «date of cancelling» i linjene 60 - 61. Som ordlyden indikerer, er angivelsen av «antatt leveringstid» ikke bindende for når levering skal skje. Det synes derfor ikke naturlig å knytte risikoovergangen til dette tidspunkt. Til dette kommer at antatt leveringstid ofte angis i form av et såkalt leveringsvindu.¹⁹² Angivelsen av «time of delivery» vil derfor ofte være upresis, og derved skape problemer når skjæringstidspunktet skal bestemmes.

En klar forutsetning om at det formelle leveringstidspunkt ikke kan anses avgjørende, ligger også i den ordning som er etablert i NSF 93 kl. 8. Linjene 197 - 199 lyder:

«At the *time of delivery* the Buyers and Sellers shall sign and deliver to each other a Protocol of Delivery and Acceptance confirming the *date and time of delivery* of the Vessel *from the Sellers to the Buyers.*» (Min utheving).

«Time of delivery» knyttes her direkte til undertegningen av «Protocol of Delivery and Acceptance», hvorved kjøper og selger bekrefter at skipet er overtatt. Fordi dette tidspunktet normalt blir avgjørende for når risikoen går

¹⁹² Se nærmere under punkt 6.2.1.1.

over på kjøper, angis også nøyaktig klokkeslett i tillegg til dato.¹⁹³ På denne måten oppnår man et eksakt skjæringstidspunkt.

NSF 87 kl. 8 inneholder ikke noe krav om signering av «Protocoll of Delivery and Acceptance». I praksis benyttes nok likevel et slikt dokument ofte, og da vil det angitte tidspunkt være avgjørende. Men selv om et slik dokument ikke benyttes, må den faktiske levering være avgjørende. Dette følger av de momenter jeg har trukket frem ovenfor. At det kan oppstå bevismessige problemer hvor leveringstidspunktet ikke er fiksert på denne måten, er en annen sak.

Ytterligere et hensyn kan nevnes. Kjøper oppnår ved overleveringen den fysiske kontroll over skipet. Dette gir ham en mulighet for å kontrollere at skipet ikke fysisk disponeres på en slik måte at nye krav pådras. Den som har den fysiske kontrollen vil normalt også ha de beste forutsetninger for å skaffe opplysninger om eller bestride eventuelle krav fra tredjemenn.¹⁹⁴

Utgangspunktet er etter dette at den faktiske levering er avgjørende for når risikoen for nye heftelser og forpliktelser går over på kjøper.

Et annet spørsmål er på hvilket tidspunkt den faktiske levering kan eller skal finne sted. Her reiser det seg to problemstillinger. For det første på hvilket tidspunkt selger *kan* levere skipet. For det andre på hvilket tidspunkt selger *må* levere for ikke å havne i forsinkelse.

6.2.1.1 Når kan selger levere

Når skipet er klart for levering i henhold til kontrakten, kan selger ha en klar interesse i å få levert skipet så raskt som mulig og motta kjøpesummen, se NSF kl. 3 jf. kl. 5.

I praksis er det flere forhold som kan føre til at skipet blir klart tidligere enn selger antok på kontraktsslutningstidspunktet. For eksempel kan klargjøringen av skipet ta kortere tid enn antatt, eller skipets siste reise gå raskere enn planlagt. Videre kan det tenkes at et certeparti skipet seiler på, kanselleres før den bestemte utløpsfrist.

Dersom selger ikke får overlevert skipet til kjøper, vil han kunne pådra seg uønskede kostnader, eksempelvis kaiutgifter, utgifter til å holde skipet i leveringsklar stand osv. Ofte vil han også være avskåret fra å disponere videre

¹⁹³ Ristvedt side 76 og Brookes side 281. Prinsipielt er ikke «Protocoll of Delivery and Acceptance» noe annet enn et bevis for når levering faktisk skjedde. Men normalt vil nok tidspunktet legges til grunn med mindre man har klare holdepunkter for noe annet.

¹⁹⁴ Bergem/Rognlien side 78.

over skipet fordi han da vil kunne risikere å havne i forsinkelse overfor kjøper, jf. kl. 14.

For kjøper er det imidlertid en rekke forhold som må være i orden før skipet kan eller ønskes overtatt. For det første vil det ofte være behov for å ordne med ekstern finansiering og nødvendige forsikringer. Videre vil kjøper eller hans representant måtte komme seg til det stedet skipet skal overtas, og mannskap til å bemanne skipet må skaffes. Kanskje har kjøper allerede sluttet skipet på et certeparti som ikke begynner å løpe før på et senere tidspunkt. Blir skipet liggende uvirksomt, kan det føre til store kostnader og tapte inntekter.

Kjøper og selger har i disse tilfellene motstridende interesser, og spørsmålet blir på hvilket tidspunkt selger tidligst kan kreve at kjøper tar levering.

Kjøpers forpliktelse i form av å motta skipet er ikke direkte regulert i NSF.¹⁹⁵ Det er derimot hans forpliktelse til å betale kjøpesummen. Kl. 3 bestemmer at «[t]he said Purchase Price shall be paid ... on delivery of the Vessel ...», og gjennomfører her et ytelse mot ytelse prinsipp.

Videre bestemmes det at betalingen senest skal foretas «3 banking days after the Vessel is in every respect physically ready for delivery ... and Notice of Readiness has been given in accordance with Clause 5». Gyldig NOR utløser altså som utgangspunkt frist på tre «banking days» for kjøper til å betale kjøpesummen.

Kjøpers forpliktelser knyttes her nært sammen idet kjøper neppe vil være komfortabel med å betale uten å samtidig få skipet overlevert til seg.¹⁹⁶

Verken kl. 3 eller kl. 5 sier noe uttrykkelig om hvor tidlig NOR kan gis, utover at skipet må være på leveringsstedet og i enhver forstand fysisk klart i henhold til kontrakten.

NSF kl. 5 litra b) legger som nevnt opp til at «expected time of delivery» skal angis. Dette må innebære at antatt leveringstid også har den funksjon at den angir tidligste tidspunkt for når selger kan kreve at kjøper tar levering, med mindre dette er regulert på annen måte.¹⁹⁷ Når kontrakten legger opp til at

¹⁹⁵ Selvig slutter innholdet i kjøpers plikt til å hente tingen motsetningsvis av selgers plikt til å levere varen. «Når det gjelder *plikten til å overta tingen*, gir i virkeligheten reglene om selgerens plikter ved levering grei beskjed også om hva som kreves av kjøperen. ... Det som det ikke påliger selgeren å gjøre for å få overført tingen til kjøperen, må kjøperen selv få utført.» Erling Selvig, *Kjøpsrett til studiebruk*, 3. utgave, Oslo 2006 (Selvig 2006), side 80.

¹⁹⁶ Virkningen av unnlatt betaling reguleres av kl. 13, se nærmere punkt 6.2.2.

¹⁹⁷ Hagstrøm taler i denne forbindelse om frigjøringstiden. Hovedregelen er at dersom ikke annet er bestemt, kan debitor oppfylle når han vil, se side 206-207. Er frigjøringstiden kommet, kan kreditor kreve å få oppfylle. Unnlater kjøper da å medvirke, vil kreditormora

«expected time of delivery» skal angis, er det god grunn til å anta at partene har tenkt igjennom det tidspunkt som settes inn i kontrakten.

I praksis er det vanlig at man avtaler et leveringsvindu.¹⁹⁸ Skipet skal for eksempel leveres i tidsrommet 1 februar og 1 mars, eller det skal leveres i løpet av mai. I disse tilfellene kan ikke selger kreve at kjøper tar levering før det tidligste tidspunkt i leveringsvinduet.¹⁹⁹

Det kan etter dette synes som om NOR tidligst kan gis tre «banking days» før angitt «expected time of delivery». Så strengt kan dette trolig ikke forstås. Gyldig NOR må nok kunne gis noe tidligere, men kjøper vil ikke være forpliktet til å ta levering og betale før angitt «expected time of delivery», slik at «tredagersregelen» ikke gjelder her. Hvor tidlig NOR kan gis går jeg ikke nærmere inn på.

6.2.1.2 Når må selger levere – forsinkelse

Spørsmålet under dette punkt er det motsatte av det som er behandlet under det foregående. Her er spørsmålet når selger *må* levere for ikke å havne i forsinkelse, eller sagt med andre ord, når kjøper kan kreve skipet levert.

Det er gjort en del endringer i reglene fra 87 til 93 formularet, og formularene behandles derfor separat i det følgende.

NSF 1987

I kl. 5 linje 38 skal «[d]ate of cancelling» angis. Klausulen viser til kl. 14, som angir virkningene av at skipet ikke er levert senest denne datoen.

Formularets kl. 14 bestemmer at dersom «the Sellers fail to execute a legal transfer or to deliver the vessel with everything belonging to her *in the manner* and within the *time specified* in line 38 [date of cancelling], the Buyers shall have the right to cancel this contract ...» (Min uthevning).²⁰⁰

kunne inntre, se Hagstrøm side 213. Se nærmere om kreditormora nedenfor under punkt 6.2.2.

¹⁹⁸ Se bl.a. Strong/Herring side 71.

¹⁹⁹ Om leveringsvindu skriver Hagstrøm på side 216: «Frigjøringsdagen inntre som nevnt allerede den første dag i et avtalt spillerom, ... mens oppfyllestedet [dvs. siste frist for rettidig levering] ikke inntre før den siste dagen.»

²⁰⁰ Nærmere om forsinkelsesreglene, se Strong/Herring side 165flg. og Goldrein/Turner side 146flg. og 204flg. og Falkanger/Bull side 93.

Linje 38 angir kun kanselleringsdatoen, og sier ikke noe om hva som ligger i «in the manner». Det må være korrekt å forstå dette slik at skipet skal være både fysisk og rettslig i samsvar med avtalen denne dagen.²⁰¹

Kanselleringsdatoen i 87 formularet er absolutt, og kan kun endres ved ny avtale mellom kjøper og selger.²⁰²

NSF 1993

Også i 93 formularet fremgår det at «date of cancelling» skal angis, jf. kl. 5 litra b). Men i tillegg til å vise til kl. 14, vises det til kl. 5 c) og 6 b) (iii) som begge omhandler utsettelse av kanselleringsfristen.

Kl. 5 c) legger opp til en interpellasjonsordning. Dersom selger ser at han, til tross for «exercise of due diligence», ikke makter å levere innen fristen, kan han foreslå ny kanselleringsdato. Innenfor en frist på 7 dager, kan kjøper velge å avslå eller akseptere den nye datoen. Dersom kjøper ikke svarer innen 7 dagers fristen, legges den nye dato automatisk til grunn.²⁰³

Etter kl. 6 b) (ii) skal skipet legges i tørrdokk dersom det oppdages mangler «below the deepest load line» som ikke kan repareres mens skipet er flytende. Forutsetningen er imidlertid at manglene er av en slik art at de påvirker skipets klasse. Kl. 6 b) (iii) bestemmer at:

«In such event the cancelling date provided for in Clause 5 b) shall be extended by the additional time required for the drydocking and extra steaming, but limited to a maximum of 14 running days.»

I tillegg til at 93 formularet åpner for en utskytelse av kanselleringsdatoen, finnes ytterligere en viktig endring i formularet. Kl. 14 første setning lyder:

«Should the Sellers fail to give Notice of Readiness in accordance with Clause 5 a) or fail to be ready to validly complete a legal transfer by the date stipulated in line 61 the Buyers shall have the option of cancelling this Agreement *provided always that the Sellers shall be granted a maximum of 3 banking days after Notice of Readiness has been given* to make arrangements for the documentation set out in Clause 8.» (Min uthevning).

De «explanatory notes» som er utgitt i forbindelse med NSF 93 gjør det klart at det går et skille mellom skipets fysiske stand og dets rettslige stilling. I kommentaren til kl. 14, sies det i andre avsnitt:

²⁰¹ Strong/Herring side 165.

²⁰² I de «explanatory notes» som er utgitt i forbindelse med 93 formularet, sies det at «Saleform 1987 required the Sellers to actually complete delivery by the cancelling date.»

²⁰³ Se Falkanger/Bull side 93, Goldrein/Turner side 186 og Strong/Herring side 75flg.

«So far as the Sellers' «paperwork» is concerned, provided that a valid Notice of Readiness has been given by the cancelling date, the Sellers have up to three banking days after they have tendered Notice of Readiness to arrange for proper documentation failing which the Buyers are entitled to cancel.»

Strong/Herring skriver:

«It is also submitted that the change to the first sentence of Clause 14 does no more than make it clear that the cancelling date in Saleform '93 is the last date upon which the Sellers may give a Notice of Readiness.»²⁰⁴

Dette fremgår også av kl. 5, som presiserer at selger må sørge for at skipet er «at the place of delivery and in every respect *physically ready* for delivery in accordance with this Agreement ...» (min utheving), før han gir NOR.

I motsetning til i 87 formularet, angir altså ikke kanselleringsdatoen i 93 formularet siste frist for levering, men siste frist for når NOR kan gis etter kl. 5.

6.2.2 Unntak fra faktisk levering – kreditormora

Spørsmålet under dette punkt er hvorvidt det er rom for å modifisere det oppstilte utgangspunkt om at risikoen går over ved faktisk levering.

Her kan to muligheter tenkes. Enten at risikoen for at nye heftelser og forpliktelser oppstår, går over på kjøper *før* faktisk levering finner sted eller at *selger* beholder risikoen *etter* at faktisk levering har funnet sted.

For så vidt gjelder det siste alternativ, må dette anses løst i NSF kl 9. Her sies det uttrykkelig at selgers ansvar kun omfatter heftelser og forpliktelser som oppstod forut for «time of delivery». Heller ikke kjøpsloven gir grunnlag for å modifisere dette utgangspunkt. En utvidelse av selgers ansvar i denne retning krever derfor at dette avtales.

Når det gjelder første alternativ, finnes det bestemmelser i bakgrunnsretten som modifiserer tidspunktet for risikoovergangen ved kreditormora.²⁰⁵

I NSF kl. 13(2) er det uttrykkelig bestemt at dersom kjøpesummen ikke betales i samsvar med kl. 3 (dvs. innen «3 banking days» etter at NOR er gitt), er dette brudd på en betingelse («condition») som vil gi selger *rett* til å kansellere kontrakten. Kreditormorasituasjonen kan dermed oppstå i to tilfeller. For det første der hvor kjøper betaler innen fristen til tross for at han ikke overtar skipet i tide. Dette er nok ganske upraktisk. Den andre situasjon har man hvor selger ikke benytter seg av kanselleringsadgangen, men velger å fastholde kontrakten. Dette kan godt tenkes hvor selger har gjort en god forretning.

²⁰⁴ Strong/Herring side 175.

²⁰⁵ Det må presiseres at det i denne sammenheng kun er moraens betydning for risikoovergangen som skal behandles. For en generell redegjørelse av reglene om kreditormora, se Hagstrøm side 597flg.

I norsk rett finnes regelen om kreditormora i kjl. § 13(2):

«Blir tingen ikke hentet eller mottatt til rett tid, og beror dette på kjøperen eller forhold på hans side, går risikoen over på ham når tingen er stilt til hans rådighet og det inntreffer kontraktsbrudd fra hans side ved at han ikke overtar tingen.»²⁰⁶

Bestemmelsen innebærer at risikoen kan gå over på kjøper før faktisk levering er skjedd. Forutsetningen er for det første at selger har gjort det som kreves av ham for at levering skal kunne skje.²⁰⁷ Videre må frigjøringstiden være kommet.²⁰⁸ Har selger oppfylt disse plikter og skipet likevel ikke overtas, ligger dette derfor utenfor selgers påvirkningsmulighet. Når det beror på kjøper at tingen ikke blir levert, er det ikke rimelig at selger fortsatt skal sitte med risikoen for tingen.²⁰⁹

En lignende regel finner man i engelsk rett. SGA section 20(2) lyder: «But where delivery has been delayed through the fault of either buyer or seller the goods are at the risk of the party at fault as regards any loss which might not have occurred but for such fault.»

Som nevnt er kjøpsloven deklarasjonsregulert. Det må derfor undersøkes om kl. 9 legger til grunn en annen løsning enn den som følger av bakgrunnsretten. Spørsmålet blir om kl. 9 må forstås slik at selger ubetinget bærer risikoen for skipets rettslige tilstand frem til skipet faktisk leveres.

Ved avgjørelsen kan man se hen til NSF kl. 11, som omhandler skipets fysiske tilstand ved levering. Her heter det at «[t]he Vessel ... shall be at the Sellers' risk and expence *until she is delivered* to the Buyers ...» (Min utheving). Strong/Herring uttaler om forholdet mellom NSF kl. 11 og SGA section 20(2) at:

«It is submitted that the wording of Clause 11 is sufficiently clear as to create a situation whereby the goods remain at Sellers' risk up to the point of delivery regardless of which party is at fault in the event of any delay in delivery.»²¹⁰

En slik tolkning innebærer altså at det ikke er rom for en modifikasjon på grunnlag av kreditormora.

²⁰⁶ Kjl. § 41 sier ikke uttrykkelig hvilket tidspunkt som er avgjørende ved vurderingen av om det foreligger en rettsmangel. Bestemmelsens første ledd gir imidlertid mangelsreglene tilsvarende anvendelse, noe som må innebære at § 21, jf. § 13 blir avgjørende også for rettsmangler, se Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 94 og Bergem/Rognlien side 236.

²⁰⁷ Vilkalet må anses oppfylt dersom gyldig NOR er gitt i medhold av NSF 87 kl. 3. Dersom NSF 93 benyttes, har selger som nevnt 3 dager til å ordne med skipets dokumentasjon etter at gyldig NOR er gitt i medhold av kl. 5, se punkt 6.2.1.2. Først når dette er gjort, kan skipet sies å være «stilt til [kjøpers] rådighet» i relasjon til kjl. § 13(2).

²⁰⁸ Se punkt 6.2.1.1.

²⁰⁹ Selvig 2006, side 100flg.

²¹⁰ Strong/Herring side 128.

Ordlyden i kl. 9 er her forskjelling fra ordlyden i kl. 11, og gir etter min mening ikke grunnlag for en like klar slutning. Når selger har sørget for at alle heftelser er slettet og de relevante fordringer er oppgjort, har han oppfylt sin plikt etter avtalen og skipet er nå rettslig sett klart for levering.

Ofte vil nok kostnader som påløper etter at skipet skulle vært overtatt, kunne være en direkte følge av at skipet ikke hentes. Som eksempel kan nevnes ytterligere kostnader til leie av kaiplass eller dokking, ekstraavgifter dersom skipet må flyttes osv. Slike forpliktelser kan både danne grunnlag for heftelser i skipet, typisk sjøpant, eller senere arrest. Det synes da rimelig at kjøper selv må bære risikoen for dette.

Skulle det, *etter at risikoen er gått over* på kjøper, pådras kostnader som skyldes selgers forhold, vil kjøper etter omstendighetene kunne kreve erstattet dette av selger.

Som nevnt vil kreditormora mest praktisk kunne tenkes dersom selger ikke gjør gjeldende sin rett til å kansellere kontrakten etter NSF kl. 13, men i stedet fastholder kontrakten. Det kan da spørres om fastholdelsen må forstås som et samtykke om å beholde risikoen for rettslige mangler til faktisk levering finner sted.

Dette kan vanskelig besvares generelt. Forhandler partene seg frem til ny leveringsdato, kan det være naturlig å forstå det slik at det kun er leveringstidspunktet som endres, mens kontraktens vilkår for øvrig skal gjelde fullt ut. Selger vil da ha risikoen for heftelser og krav som oppstår før det nye leveringstidspunkt. Dersom selger derimot ensidig krever at kjøper skal hente skipet, kan det tenkes å stille seg annerledes. Prinsipielt beror avgjørelsen på en vurdering av de konkrete omstendigheter.

Konklusjonen må etter min mening være at det er rom for modifikasjon av hovedregelen om risikoovergang ved faktisk levering, dersom det foreligger kreditormora. Likevel slik at det i en del tilfeller vil kunne sies å følge av partenes avtale at selger fortsatt skal sitte med risikoen.

7 *Virkninger*

7.1 *Innledning*

Vi har til nå befattet oss med oppgavens første hovedproblemstilling, nemlig hva som utgjør en relevant heftelse eller et relevant krav i relasjon til NSF kl. 9. Vi skal nå gå over til den andre hovedproblemstillingen som dreier seg om virkningene av at en relevant heftelse eller et relevant krav foreligger.

Under punkt 7.2 vil jeg se nærmere på virkningene av den gitte «warranty» i kl. 9 første punktum, før jeg i punkt 7.3 vurderer innholdet i skadesløserklæringen i kl. 9 annet punktum.

7.2 *Virkningene etter første setning – innholdet i garantien*

Forutsetningen for brudd på garantien i kl. 9 første punktum, er som vi har sett at det foreligger en relevant heftelse på leveringstidspunktet.

Det opplagte utgangspunkt er at når selger har garantert at skipet ved levering skal være fritt for nærmere angitte heftelser, er han også forpliktet til å fjerne disse før det relevante tidspunkt.²¹¹

Problemene oppstår imidlertid hvor selger ikke har oppfyller denne plikt. Her er det virkningene av at det ved levering fortsatt finnes heftelser i skipet i strid med avtalen som skal behandles.

Det er klart etter avgjørelsen i *The Barenbels* at andre setning ikke angir virkningene av brudd på garantien, se punkt 4.6.2.1. Hvilke virkninger et garantibrudd skal få beror derfor på en tolkning av garantien.

7.2.1 *Engelsk rett*

Ved gjennomføringen av en kontrakt vil partene ha ulike plikter. Mens enkelte av pliktene er av helt grunnleggende betydning for kontraktens gjennomføring, vil andre være av en mer perifer karakter. En ikke-oppfyllelse vil derfor ha ulike konsekvenser for motparten. Denne erkjennelse danner grunnlaget for

²¹¹ Se Gomard side 238.

det skillet som trekkes mellom «warranties», «innominate terms» og «conditions» i engelsk rett.²¹² Vi skal først se kort på innholdet i begrepene.

Selve begrepet «warranty» er gitt en spesifikk juridisk betydning i engelsk rett. Det som kjennetegner en «warranty», er definert i SGA section 61(1).

«(1) In this Act, unless the context or subject matter otherwise requires,- ...

«warranty» ... means an agreement with reference to goods which are the subject of a contract of sale, but collateral to the main purpose of such contract, the breach of which gives rise to a claim for damages, but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated.»

Virkningen ved brudd på en «warranty» er altså begrenset til retten til å kreve erstatning for tap som følger av bruddet. Kjøper har i disse tilfellene ikke rett til å avvise kontraktsgjenstanden eller heve kontrakten.²¹³

Når det gjelder brudd på en «condition», har dette tradisjonelt vært ansett mer alvorlig enn brudd på en «warranty». Kjøper er i disse tilfellene derfor som utgangspunkt gitt en ubetinget rett til å avvise tingen eller heve kontrakten, jf. SGA section 11(3). Kjøper kan imidlertid velge å fastholde kontrakten og kreve erstatning, jf. SGA section 11(2).

Endelig finnes en mellomform som er utviklet i nyere engelsk case law. Denne mellomformen omtales gjerne som «innominate-» eller «intermediate-terms». Virkningen av ikke-oppfyllelse bestemmes i disse tilfellene av kontraktsbruddets karakter, og de konsekvenser dette medfører for motparten. En slik forståelse ble første gang lagt til grunn i *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hongkong Fir)*. L.J. Diplock i Court of Appeal uttalte:

«There are many contractual undertakings of a more complex character which cannot be categorised as being «conditions» or «warranties» ... the legal consequences of a breach of such undertaking, unless provided for expressly in the contract depend upon the nature of the event to which the breach gives rise and do not follow automatically from a prior classification of the undertaking, as a «condition» or a «warranty».²¹⁴»

Som det vil ha fremgått, er klassifiseringen av selgers forpliktelse avgjørende for hvilke sanksjoner kjøper kan gjøre gjeldende. Umiddelbart skulle man da tro at kjøper etter NSF kl. 9 ville være henvist til å kreve erstatning ved brudd på den gitte «warranty» i første setning.

²¹² Goldrein/Turner side 64, Atiyah m.fl, side 75flg.

²¹³ Se også SGA section 53.

²¹⁴ [1961]2 Lloyd's Rep. 478 (s.494).

Det er imidlertid ikke ubetinget avgjørende hvilken betegnelse som er benyttet i kontrakten. Hvordan utsagnet skal klassifiseres, beror på en konkret tolkning av kontrakten.²¹⁵ Ved tolkningen vil ordlyden danne et utgangspunkt, men en rekke andre faktorer vil være relevante ved vurderingen.²¹⁶

Til tross for at kl. 9 har vært oppe i domstolene flere ganger, er det ikke tatt stilling til spørsmålet. Flere engelske forfattere synes imidlertid å helle i den retning at uttrykket må forstås som en «innominate term». Lengst i denne retning går Strong/Herring.²¹⁷ Synspunktet begrunnes imidlertid ikke i særlig utstrekning, og jeg vil derfor se noe nærmere på noen av de momenter som kan tenkes å gjøre seg gjeldende.

Som nevnt kan ordlyden isolert sett trekke i retning av at man her står overfor en «warranty», som kun gir kjøper rett til erstatning ved brudd.

Formålet med kl. 9 første setning er som nevnt å gi kjøper en sikkerhet for at han ikke blir skadelidende i de tilfeller hvor skipet ikke leveres heftelsesfritt. Spørsmålet blir da hvilken sikkerhet kjøper vil sitte igjen med dersom man tolker begrepet som en «warranty» i snever forstand.

For det første omfatter kl. 9 første setning ulike typer heftelser, som vil kunne føre til mer eller mindre alvorlige konsekvenser for kjøper. Ofte vil nok erstatning kunne gi kjøper adekvat beskyttelse. Men det kan godt tenkes tilfeller der heftelsene vil være så mange eller føre til så store inngrep i kjøpers disponering over skipet at erstatning ikke gir noe fullgodt vern. Det spenn i virkninger kl. 9 omfatter, trekker derfor i retning av å ikke forstå begrepet for snevert. Et annet viktig poeng er at gruppen av selgere er meget ulikeartet. Er selger eksempelvis et formuende selskap, vil kjøper kunne komme langt med et erstatningskrav, mens dette kan stille seg vesentlig annerledes dersom selskapet er et «one ship company» som akkurat har solgt sitt eneste aktivum.

Atiyah m.fl. skriver på side 86

«In practice, very few terms are ever classified as warranties in this narrow technical sense. It is clearly rare that one can say, at the outset, that no breach of a term can ever have such serious consequences as would justify treating the whole contract as at an end ...»

²¹⁵ SGA section 11(3) lyder: «Whether a stipulation in a contract of sale is a condition, the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract; and a stipulation may be a condition, although called a warranty in the contract.» Se også Goldrein/Turner side 125.

²¹⁶ Hill side 56.

²¹⁷ Strong/Herring side 116-117. Se også Goldrein/Turner side 125. Mandaraka-Sheppard synes å trekke i motsatt retning, se side 488.

Dette synspunkt må særlig gjelde et standardformular som NSF, som jo etter sin hensikt er ment å danne grunnlag for et vidt spekter av salgssituasjoner.

Et moment som trekker i motsatt retning, er den usikkerhet som skapes dersom begrepet forstås som en «innominate term». Kjøper må, dersom begrepet forstås slik, foreta en totalvurdering av bruddets karakter og dets konsekvenser før sanksjoner gjøres gjeldende. Dette kan sies å være lite prosesseffektivt. På den andre side vil domstolene gis en større mulighet for å komme til rimelige resultater.²¹⁸

Konklusjonen fremstår etter dette som noe usikker, men etter min mening synes det mest naturlig å oppfatte begrepet som en «innominate term». Dette innebærer at kjøper vil ha adgang til å nekte å ta levering og eventuelt heve dersom dette etter en helhetlig vurdering av kontraktsbruddets karakter og konsekvensene det medfører, fremstår som rimelig.

Uavhengig av hvordan man klassifiserer selgers forpliktelse, vil kjøper alltid kunne kreve «damages». I engelsk rett gir ethvert kontraktsbrudd rett til erstatning. Dette gjelder uavhengig av om bruddet er stort eller lite eller om det er utvist skyld. Kontraktsbruddet er med andre ord en tilstrekkelig betingelse for erstatning.²¹⁹ Retten til å kreve erstatning faller ikke bort selv om kjøper avviser skipet eller hever.²²⁰

Ved brudd på en warranty bestemmer SGA section 53(2) at kjøper kan kreve erstattet «the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the breach of warranty.»

7.2.2 *Norsk rett*

Det er ikke helt enkelt å oversette begrepet «warrant» til norsk, fordi dette, som vi har sett, er gitt et helt spesifikt innhold i engelsk rett. I norsk rett kan garantibegrepet favne ulike typer forpliktelser, og det er klart at det norske ordet garanti ikke umiddelbart samsvarer med meningsinnholdet i det engelske «warranty».²²¹

Siktemålet i det følgende vil være å presisere noe nærmere innholdet i selgers forpliktelse etter NSF kl. 9 første setning på bakgrunn av norsk rett.

²¹⁸ Upex/Bennett side 68.

²¹⁹ På dette punkt avviker engelsk rett fra norsk rett, se punkt 7.2.2.1.

²²⁰ Upex/Bennet side 65.

²²¹ Se Craig side 87flg. Ordet «garanterer» er benyttet i den norske oversettelsen av NSF 87.

Generelt for garantibegrepet er at det inneholder et «tilsagn som gir kreditor større rettigheter enn det han ellers ville ha hatt [etter bakgrunnsretten] ...». ²²²

For at et utsagn skal danne grunnlag for en garantiforpliktelse kreves det at utsagnet har et visst presiserbart innhold. Helt løse uttalelser danner ikke grunnlag for garantivirkninger. ²²³ I vårt tilfelle synes det klart at kl. 9 innebærer at selger har påtatt seg en garantiforpliktelse etter norsk rett. Ordlyden i avtalen er klar, og klausulen knytter seg direkte til bestemte egenskaper ved skipet, nemlig heftelsesfrihet.

Hvilke virkninger brudd på garantien skal få, beror på en tolkning av garantitilsagnet.

7.2.2.1 Erstatningsbeføyelsen

I NSF knytter garantien seg som nevnt direkte til fraværet av heftelser. Man står her overfor en uttrykkelig tilsikring gitt av selger om at skipet skal leveres heftelsesfritt. ²²⁴ Om virkningene ved brudd på slike garantitilsagn, skriver Hagstrøm:

«Dersom debitor har *garantert* mot mislighold, det være seg forsinkelse, mangler eller annet kontraktsbrudd, utløses et rent objektivt ansvar dersom garantien blir aktuell. Garanti er et løfte om å innestå rent objektivt for kontraktsbrudd som omfattes av tilsagnet. Det dreier seg således om et kontraktsfestet ansvarsgrunnlag.» ²²⁵

Virkningen av at selger på denne måten har tilsikret heftelsesfri levering, er altså et objektivt erstatningsansvar. Dette ble også lagt til grunn i Bergen Tingretts dom i Tordenskjold-saken. ²²⁶

For så vidt gjelder ansvarsgrunnlaget, innebærer garantien en viss utvidelse av selgers ansvar for rettsmangler i forhold til det lovfestede kontrollansvaret i kjl. § 41(1), jf. § 40. Når det gjelder de opprinnelige rettsmangler, det vil si mangler som forelå allerede på avtaleslutningstidspunktet, gir ikke garantien noe utover det som følger av bakgrunnsretten. Kjl. § 41(2) har her en særregel som lovfester et rent objektivt erstatningsansvar i disse tilfellene.

²²² Lasse Simonsen, «Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene», *JV 1999 side 305*, Oslo 1999, side 318. Se også NOU 1976:34 side 35 og lov 16. juni 1972 nr. 43. om kontroll med markedsføring og avtalevilkår § 9c.

²²³ Bergem/Rognlien side 226 og Hagstrøm side 515.

²²⁴ Sml. kjl. § 40(3)b.

²²⁵ Hagstrøm side 514. Se også Simonsen side 319-320.

²²⁶ TBERG-2004-11852, saksnr. 04-011852TVI-BBYR/01.

Som man ser, er det begrenset hvor stor beskyttelse NSF kl. 9 første setning gir kjøper i forhold til det som allerede følger av norsk bakgrunnsrett.

Når det gjelder erstatningsutmålingen er denne ikke regulert i avtalen, og må derfor skje i samsvar med bakgrunnsretten. Utmålingen beror på en sammensatt og komplisert vurdering. Det vil føre for lang å foreta en dyptgående analyse av utmålingen, og jeg må derfor nøye meg med en kort oversikt.

I likhet med den alminnelige erstatningsrett, er retten til erstatning i kontrakt betinget av at det foreligger et ansvarsgrunnlag, adekvat årsakssammenheng og et økonomisk tap.²²⁷

Som vi allerede har sett, er ansvaret objektivt for heftelser som omfattes av NSF kl. 9 første punktum. Når det gjelder det økonomiske tap, påligger bevisbyrden for dets størrelse på kjøper.²²⁸

Hovedregelen er at dersom vilkårene for erstatning foreligger, har skadelidte krav på full tapsdekning.²²⁹ I kjl. § 67(1) uttrykkes dette slik:

«Erstatning for kontraktbrudd fra en parts side skal svare til det tap, herunder utlegg, prisdifferens og tapt fortjeneste, som den annen part er påført ved kontraktbruddet. Dette gjelder likevel bare tap som en med rimelighet kunne ha forutsett som en mulig følge av kontraktbruddet.»

Grensen for det erstatningsmessige tap trekkes ut fra to forhold. For det første må tapet stå i årsakssammenheng med kontraktsbruddet. Krüger uttrykker dette slik:

«Ville det tap kjøperen gjør gjeldende inntråd allikevel og uavhengig av selgers ansvarsgrunnlag, er tapet i prinsipp ikke erstatningsmessig.»²³⁰

For det andre må tapet være adekvat. En kjent utforming av kravet ble uttrykt i Rt. 1983 s. 205 (s. 212): «... de enkelte tapsposter, må stå i en rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig.» Uttalelsen er generell, og gir liten veiledning for den nærmere utmålingen. Den peker imidlertid på det sentrale, at det dreier seg om konkrete og sammensatte vurderinger, hvor en rekke momenter må trekkes inn.²³¹

²²⁷ Her skiller norsk rett seg på vesentlige punkter fra engelsk rett. Som vi har sett under punkt 7.2.1, vil brudd på en kontraktsforpliktelse i engelsk rett være tilstrekkelig som grunnlag for erstatning. Se også Krüger 1999 side 437.

²²⁸ Krüger 1999 side 503.

²²⁹ Krüger 1999 side 440-441 og Hagstrøm side 519.

²³⁰ Krüger 1999 side 505

²³¹ For en nærmere redegjørelse av innholdet i adekvansvurderingen, se bl.a. Hagstrøm side 526flg. og Krüger 1999 side 504flg.

7.2.2.2 Øvrige beføyelser

Undertiden vil et garantitilsagn kunne være forbundet med sanksjonsbegrensninger. Selger påtar seg eksempelvis en utvidet retteplikt, men fraskriver seg samtidig annet ansvar.²³² Spørsmålet i denne sammenheng er hvorvidt garantien i kl. 9 første setning medfører at kjøper er henvist til erstatningsbeføyelsen, eller om også andre beføyelser kan gjøres gjeldende.

Utgangspunktet i norsk rett er som nevnt at en garanti tar sikte på å gi kjøper rettigheter utover det han har i medhold av bakgrunnsretten. Det er klart at adgangen til å gjøre beføyelser gjeldende ikke automatisk begrenses ved et garantitilsagn, men at en slik begrensning krever et grunnlag, jf. kjl § 3. Med mindre det er konkrete holdepunkter for at garantien er ment å ha denne effekt, må bakgrunnsrettens regulering kunne komme supplerende inn.

Verken ordlyden i eller formålet med klausulen trekker i retning av en slik sanksjonsbegrensning.

Selv om begrepers betydning i engelsk rett undertiden vil kunne si noe om intensjonen bak en bestemmelse, synes engelsk rett i dette tilfellet ikke å gi særlig veiledning. For det første synes rettstillingen usikker. For det andre vil engelsk rett ofte ha mindre betydning for så vidt gjelder kontraktsbruddsanksjonene.²³³ Til dette kommer at partene i kl. 16 har gjort et uttrykkelig lovvalg.²³⁴

Et annet moment er at garantien kun i liten utstrekning styrker kjøpers erstatningsrettslige posisjon i forhold til det som følger av bakgrunnsretten.²³⁵ Det synes derfor ikke rimelig å innfortolke at kjøper skal ha fraskrevet seg retten til å gjøre kjøpslovens øvrige beføyelser gjeldende, med mindre dette er kommet direkte til uttrykk eller klart forutsatt.²³⁶

Konklusjonen må derfor bli at kjøper, ved brudd på garantien, i prinsippet må kunne påberope alle kjøpslovens sanksjoner.

Hvorvidt den enkelte sanksjon kan gjøres gjeldende i det enkelte tilfelle, beror på om vilkårene i det konkrete tilfelle er oppfylt. Jeg skal her ikke gi noen generell redegjørelse for de beføyelser som kan tenkes å stå til kjøpers disposisjon ved mislighold, det vil ikke rammen for oppgaven tillate. Jeg nøyer

²³² Simonsen side 319.

²³³ Selvig 1986 side 19.

²³⁴ Se punkt 3.2

²³⁵ Se punkt 7.2.2.1.

²³⁶ Margrethe Buskerud Christoffersen, *Kjøp og salg av virksomhet – selgers risiko og ansvar for mangler*, Oslo 2007 (Christoffersen 2007), side 250.

meg derfor her med å vise til kjl. § 41(1) jf. § 30 som angir kjøpers sentrale beføyelser ved mislighold.²³⁷

7.2.2.3 Kjøpers avvisningsrett

En beføyelse skal imidlertid kommenteres noe nærmere, nemlig retten til å avvise kontraktsgjenstanden. Grunnen til at denne behandles særskilt er begrunnet både i dens praktiske betydning, og at rettsgrunnlaget i norsk rett er noe usikkert.

Forutsetningen for at kjøper skal kunne avvise kontraktsgjenstanden, er at heftelsen oppdages før levering.²³⁸

Som jeg tidligere har vært inne på, vil kjøpers rett til erstatning ikke alltid gi kjøper tilfredsstillende sikkerhet. Dersom kjøper, selv hvor han oppdager at skipet er beheftet i strid med avtalen, er forpliktet til å ta levering, vil han kunne havne i en posisjon hvor han vil være prisgitt selgers økonomiske evne og vilje til å gjøre opp det oppståtte erstatningskrav. En rett for kjøper til å nekte å ta levering kan derimot innebære at kjøper beholder initiativet, og legger et press på selger om kontraktsmessig oppfyllelse.

Når det gjelder det rettslige grunnlaget for og innholdet i avvisningsretten, er dette som nevnt ikke helt klart i norsk rett.

Kjøpsloven regulerer ikke kjøpers rett til å motsette seg levering av en mangelfull kontraktsgjenstand, og det første spørsmålet blir da om kjøpslovens oppramsning av misligholdsbeføyelser ved mangelfull levering i § 30 er uttømmende.

I Ot.prp.nr.80 (1986-1987) på side 77 heter det:

«Første ledd gir en oversikt over kjøperens beføyelser ved mangler. Bestemmelsen nevner retting, omlevering, prisavslag, heving og erstatning samt rett til å holde kjøpesummen tilbake. Som etter § 22 utelukker ikke beføelsene hverandre, og oppregningen er heller ikke uttømmende.»

Selv om oppregningen ikke er uttømmende, er det ikke dermed gitt at retten til avvisning står åpen. Avvisning som beføyelse er ikke nevnt i proposisjonen.

²³⁷ En generell redegjørelse for reglene gis bl.a. i Hagstrøm kap.13flg., Selvig 2006 kap.9 og Krüger 1999 §§14flg.

²³⁸ Avvisning innebærer i motsetning til hevning, at kjøper fastholder kontrakten. Beføelsene må altså holdes klart fra hverandre. Når det gjelder retten til hevning, er det et vilkår om vesentlig kontraktsbrudd, jf. kjl. § 39(1). Hevning kan skje både før levering (ved antesipert mislighold), jf. § 62, og etter levering, jf. § 39. Dersom hevning skjer etter levering vil kjøpesummen normalt være betalt, og partene skal da tilbakeføre det mottatte, jf. § 64(1). At skipet er levert, vil være et viktig moment i vesentlighetsvurderingen. Er det gått lang tid siden kjøper overtok skipet, skal det normalt mye til for at kjøper skal kunne si seg løst fra avtalen.

I NOU 1976:34 side 36-37 nevnes kort problemstillingen, men det konkluderes med at «spørsmålene er for mangfoldige til å kunne reguleres særskilt.» Det utelukkes imidlertid ikke at en slik rett kan foreligge i visse tilfeller.

Både i rettspraksis og i litteraturen er spørsmålet hovedsakelig drøftet i relasjon til ulike tilvirkningskontrakter. Selv om det til dels gjør seg gjeldende andre hensyn her, synes flere juridiske forfattere å legge til grunn at det også i de alminnelige kjøpekontraktene kan tenkes rom for en avvisningsrett.²³⁹

I Rt. 2007 s. 1587 drøftes kjøpers avvisningsrett ved kjøp av en leilighet. Selv om dommen direkte knytter seg til lov 3. juli 1992 nr. 93. om avhending av fast eiendom (avhl.), må rettens mer prinsipielle uttalelser om sanksjonsreglene og avvisningsretten ha overføringsverdi ved vurderingen etter kjøpsloven.

Når det gjaldt spørsmålet om avhl. § 4-8 åpner for en avvisningsrett, gikk Høyesterett først til forarbeidene. Retten fant at disse åpnet for en avvisningsrett, uten at de nærmere vilkårene var omtalt. Vider uttalte retten:

«Utformingen av § 4-8 er etter min mening heller ikke til hinder for [avvisning], selv om bestemmelsen må forstås slik at de sentrale sanksjoner er listet opp der.»²⁴⁰

Etter dette må konklusjonen bli at det trolig er en viss adgang til å avvise en mangelfull kontraktsgjenstand også ved kjøp som omfattes av kjøpsloven.

Når det gjelder vilkårene for å gjøre gjeldende avvisningsrett, er det også her betydelig usikkerhet.

Spørsmålet om avvisning ble bredt vurdert i en voldgiftsavgjørelse gjengitt i ND 1974 s. 27 «*Fernbay*». Selv om saken direkte gjelder avvisning i forbindelse med en skipsbyggekontrakt, kommer retten med en rekke prinsipielle synspunkter på avvisningsretten som må ha verdi også for andre kjøp.

Voldgiftsretten fant det klart at et første vilkår for avvisning er at den tilbudte ytelse er mangelfull, og at selger har en plikt til å rette mangelen.

I forhold til NSF kl. 9 er det klart at ytelsen vil være mangelfull dersom det på leveringstidspunktet foreligger heftelser i strid med den gitte garanti. Videre er det klart at garantien som utgangspunkt medfører en plikt for selger til å fjerne heftelsene før levering. Vilåret må derfor kunne sies å være oppfylt ved brudd på garantien i NSF kl. 9.

²³⁹ Se bl.a. Hagstrøm side 603 og Krüger 1999 side 383flg. Se også Jan Ramberg och Jonny Herre, *Internationela köplagen (CISG)*, 2. opplag, Stockholm 2004, side 393-394.

²⁴⁰ I Ot.prp.nr.66 (1990-1991) gjøres det på side 103 klart at avhl. § 4-8 «svarer i det vesentlige til lausøyrekjøpslova § 30.»

For det andre uttaler retten på side 59 at det må oppstilles et krav om at «[m]anglene ved den tilbudte ytelse må være av en viss betydning», og det er i forhold til fastleggelsen av denne terskelen at tvilen oppstår.

I likhet med NSF regulerte ikke byggekontrakten spørsmålet, og voldgiftsretten la derfor til grunn at adgangen til avvisning er et spørsmål om hensiktsmessighet og rimelighet. Problemstillingen ble formulert slik:

«Det hele munner ut i en konkret rimelighetsvurdering: Er det, alle forhold tatt i betraktning, rimelig å gi bestilleren rett til å gjøre gjeldende en så vidt streng mangelsbeføyelse som midlertidig avvisning?»²⁴¹

En slik sammensatt rimelighetsvurdering synes også å stemme overens med den nevnte Høyesterettsdom, hvor det i avsnitt (52) uttales:

«Behovet for en avvisningsrett må vurderes i forhold til de sanksjoner avhendingsloven § 4-8 gir kjøperen, ikke minst retten til å holde tilbake så mye av kjøpesummen som er nødvendig for å sikre at kravet blir dekket. Lovens bestemmelser bygger på en balansering av hensynene til begge parter i slike saker. ... Slik avvisningsrett må imidlertid etter mitt syn være forbeholdt de klare tilfeller, hvor det vil virke sterkt urimelig om ikke kjøper skal kunne avvise overtakelse.»

Retten gir her uttrykk for at terskelen for avvisning generelt ligger høyt i saker om fast eiendom.

Selv om det vanskelig kan gis en generell og presis standard for avvisningsretten, vil jeg med utgangspunkt i de to ovennevnte dommene peke på noen momenter som vil kunne inngå i vurderingen. Derigjennom vil det også antydes noe om hvor lista ligger.

For det første er det klart at selger som utgangspunkt har risikoen for at skipet er i kontraktsmessig stand, altså heftelsesfritt, ved levering. At selger uttrykkelig har garantert for dette, kan tilsi at også mindre alvorlige avvik gir kjøper rett til å avvise leveringen.

For det annet må de konsekvenser en avvisningsrett vil medføre for selger måtte holdes opp mot de konsekvenser det har for kjøper at han må ta levering, og gjøre opp med selger i etterkant. Her vil blant annet soliditeten i selgers økonomi spille en rolle. Er selger et «one ship company» vil nok ofte avvisningsretten være av stor viktighet for kjøper.

Består heftelsen i en panterett, vil det at selger stiller sikkerhet, eksempelvis en bankgaranti, kunne minimalisere risikoen for kjøper. Dette må klart kunne få betydning for avvisningsretten.

²⁴¹ ND 1974 s. 27 (*Fernbay*) (s.60-61).

Et tredje moment er kjøpers adgang til å gjøre andre beføyelser gjeldende, herunder hvilken beskyttelse kjøper derved oppnår. Hva kjøper kan oppnå gjennom andre beføyelser må vurderes konkret i den enkelte sak. Det må tas stilling både til om de rettslige vilkår er oppfylt, og hvilken faktisk beskyttelse kjøper oppnår gjennom sanksjonen.

I den ovennevnte høyesterettsavgjørelse ble særlig adgangen til å holde deler av kjøpesummen tilbake nevnt. Slik som ytelse mot ytelse prinsippet er regulert i NSF kl. 13, jf. kl. 3, er det tvilsomt om kjøper har rett til å holde tilbake (deler av) kjøpesummen og samtidig ta levering. Unnlattelse av å betale den fulle kjøpesum ved overtakelse vil være et kontraktsbrudd, med mindre partene avtaler annet.²⁴² Foreligger derimot en slik adgang, vil dette kunne få betydning for avvisningsretten.

Endelig har avvisningsretten en viktig side mot forsinkelsesreglene. Virkningen av at gjenstanden med rette er avvist, er for det første at kreditormora ikke inntreffer. For det andre vil forholdet nå bli vurdert etter forsinkelsesreglene.²⁴³ Ved fastleggelsen av terskelen for når avvisningen er rettmessig, vil derfor virkningene av forsinkelsen være av grunnleggende betydning. I *Fernbay*-saken uttales det på side 61:

«Hvis den midlertidige avvisning betyr en så langvarig utsettelse av leveringen at bestilleren vil få rett til å heve p.g.a. forsinkelsen, må det være et minstevilkår for retten til avvisning at manglene er vesentlige i relasjon til hevingsreglene.»

I NSF kl. 14 gis kjøper en ubetinget rett til å heve ved overskridelse av «cancelling date». Når forsinkelse er regulert på denne måten, taler mye for at det må stilles et vesentlighetskrav også for avvisningsretten når levering skal skje tett opp til kanselleringsdatoen. Er derimot NOR gitt i god tid før kanselleringsdatoen, kan det tenkes at terskelen ligger noe lavere.

Det kan etter dette synes som om terskelen for avvisning ligger forholdsvis høyt, og at den nærmest tilsvarer vesentlighetskravet i hevingsreglene hvor levering ligger tett opp til kanselleringsdatoen.

7.3 *Virkningene etter andre setning*

Som vi har sett under punkt 5.3, omhandler kl. 9 andre punktum tilfeller der det etter levering fremsettes krav mot skipet, basert på forpliktelser som referer seg til tiden forut for levering. Spørsmålet er her hvilket ansvar selger har overfor kjøper, som følge av at slike krav rettes mot skipet.

²⁴² Rui 1996 side 6.

²⁴³ Krüger 1999 side 384 og Hagstrøm side 603.

7.3.1 Skadesløsbegrepet

Selgers forpliktelse etter NSF kl. 9 annet punktum er beskrevet som en plikt til å «indemnify the Buyers against all consequences of claims made against the Vessel ...».

Spørsmålet er altså hva som ligger i at selger skal «indemnify» kjøper.

7.3.1.1 Engelsk rett

I engelsk rett anvendes ulike varianter av skadesløsholdelsesklausuler.²⁴⁴ Slik skadesløserklæringen er benyttet i NSF kl. 9, kan den forstås på hovedsakelig to måter.

For det første kan den forstås som en misligholdsregel. Etter en slik forståelse er en «indemnity» i realiteten bare et annet navn på erstatning. Forutsetningen for at skadesløsholdelse skal kunne kreves er da at det foreligger et kontraktsbrudd, og virkningen av brudd er skadesløsholdelse gjennom erstatning.

Legges denne forståelse til grunn, vil trolig de begrensninger som ligger i reglene om adekvans og tapsbegrensningsplikt innfortolkes i plikten til å holde skadesløs.²⁴⁵

For det andre kan skadeløserklæringen forstås som en ren fordeling av risiko. Forstått på denne måten, har skadesløserklæringen til formål å fordele risikoen for bestemte forhold som partene har identifisert, og derfor er innforstått med at kan foreligge.²⁴⁶ I disse tilfellene vil det ikke være naturlig å tale om kontraktsbrudd dersom de nærmere angitte forhold skulle inntreffe. Det er snarere tale om en ren kontraktsfestet risikofordelig.²⁴⁷

Legges en slik forståelse til grunn, er situasjonen noe mer usikker. Flere forfattere synes generelt å trekke i retning av at krav om adekvans og tapsbegrensning, samt at kjøpers kjennskap til de aktuelle forhold ikke har betydning i disse tilfellene.²⁴⁸

²⁴⁴ For en gjennomgang av engelske skadesløsholdelsesklausuler i sin alminnelighet, se André Bjerketveit, *Indemnity- og hold harmless-klousuler i norsk rett*, Oslo 2008, side 43flg.

²⁴⁵ Bjerketveit side 54.

²⁴⁶ Se eksempelvis rettens uttalelser om søsterskiparrest under punkt 4.6.2.1.

²⁴⁷ Margrethe Buskerud Christoffersen, «Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet», *Tff 2004 side 373*, Oslo 2004 (Christoffersen 2004), side 404 og Christoffersen 2007 side 233.

²⁴⁸ Se bl.a. Richard Christou, *Boilerplate: Practical clauses*, 3rd edition, London 2002, side 97-98, Christoffersen 2004 side 404, Christoffersen 2007 side 233 og John Cooper, *Risk mitigation*, elektronisk artikkel 2004, side 17.

Synspunktet er at disse begrensningene er knyttet til erstatningsansvaret, mens skadesløsholdelsen her er en kontraktsfestet primærforpliktelse hvor selger uttrykkelig har påtatt seg den hele og fulle risiko for nærmere spesifiserte forhold.

Det er klart at partene i engelsk rett har adgang til å avtale seg bort fra krav om adekvans og tapsbegrensningsplikt, men dette forutsetter klar ordlyd.²⁴⁹

7.3.1.2 Norsk rett

I norsk rett, kan «indemnify» oversettes med «å holde skadesløs».²⁵⁰ Begrepet skadesløsholdelse har i seg selv ikke noe klart rettslig innhold i norsk rett, og den nærmere fastleggelsen av selgers forpliktelse beror på en fortolkning av kontrakten.

Det fremstår noe uklart hvorvidt andre setning skal klassifiseres som en misligholdsregulering eller som en ren regulering av risikoen for bestemte forhold.

På den ene siden er det klart at garantibrudd ikke er noen betingelse for retten til å påberope skadesløsholdelsen. Som retten påpekte i *The Barenbels* omfatter andre setning nettopp krav som rettes mot skipet, som ikke medfører brudd på garantien.²⁵¹

På den annen side må det legges til grunn at andre setning også omfatter krav som baserer seg på heftelser som omfattes av garantien.²⁵²

Dette innebærer at skadesløsholdelsen omfatter to ganske ulikeartede forhold. For det første, krav som også vil utgjøre et garantibrudd i relasjon til første setning. For det andre omfattes krav som ikke utgjør slikt brudd og som det derfor kan være naturlig å ikke anse som kontraktsbrudd.

Etter min mening kan imidlertid ikke klassifiseringen være avgjørende for omfanget av selgers forpliktelse under norsk rett. Omfanget av selgers forpliktelser må her som ellers bero på en tolkning av kontrakten.

Hvilke begivenheter som utløser skadesløsforsikringen er behandlet i punkt 5. I det følgende omtales disse for enkelthetsskyld som: «den utløsende begivenhet.»

Det kjøper kan kreve å bli holdt skadesløs for etter kl. 9, er «all consequences of claims made against the Vessel ...».

²⁴⁹ Bjerketveit side 51flg. og 82.

²⁵⁰ Craig side 227.

²⁵¹ Se punkt 4.6.2.1 og 5.2.2.

²⁵² Se punkt 5.2.2.

Etter en alminnelig språklig forståelse av ordlyden, er utgangspunktet at kjøper ikke skal lide noe økonomisk tap som følge av at begivenheter skadesløsholdelseserklæringen omfatter, inntreer.²⁵³ I selve begrepet skadesløsholdelse ligger altså en forutsetning om at kjøper må ha lidd et økonomisk tap for å kunne kreve å bli holdt skadesløs. Bevisbyrden for at tap foreligger og størrelsen av dette, ligger etter alminnelige bevisregler på kjøper.²⁵⁴

En begrensning av selgers forpliktelse kan utledes av «consequences of». I dette ligger et krav om at det må være årsakssammenheng mellom den utløsende begivenhet og det oppståtte tap.

Begrepet årsak defineres slik i den kjente P-pilledom II gjengitt i Rt. 1992 s. 64 (s. 69):

«Årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte.»²⁵⁵

Dette innebærer at dersom kjøpers tap ville oppstått selv om den utløsende begivenhet tenkes bort, vil ikke selger være ansvarlig for tapet. Tapet vil her ikke være en konsekvens av den utløsende begivenhet. Også når det gjelder spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng, påhviler bevisbyrden kjøper.²⁵⁶

Årsakskravet har også en side mot kjøpers plikt til å begrense sine tap. Hvorvidt en slik plikt foreligger og innholdet i den behandles i punkt 8.3 nedenfor.

Selv om et krav om kausalitet i noen grad begrenser de tap som kan kreves dekket, favner likevel det rene årsaksbegrep meget vidt. På denne bakgrunn oppstilles det i alminnelighet også et krav om adekvans som en ytre ramme for erstatningsplikts omfang.²⁵⁷

Spørsmålet blir derfor om det i norsk rett er adgang til å avtale seg bort fra adekvanskravet og om dette er gjort i kl. 9.

Begrunnelsen for adekvansbegrensningen er som nevnt at det rene årsakskrav undertiden kan få svært vidtrekkende konsekvenser. Er selger ansvarlig for ethvert tap som etter strenge årsaksbetraktninger kan føres tilbake

²⁵³ Jusleksikon side 265.

²⁵⁴ Hagstrøm side 534.

²⁵⁵ Se også Krüger 1999 side 505.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Se nærmere under punkt 7.2.2.1.

til forhold han svarer for, kan det lede til urimelige resultater. Det er altså hensynet til den forpliktete part som her slår igjennom.

Mot dette hensyn står prinsippet om avtalefrihet. Prinsippet tilsier at partene i utgangspunktet må ha adgang til å avtale at selgers plikt til å holde kjøper skadesløs, ikke skal underlegges noen adekvansbegrensning.

Et annet poeng er at anvendelsesområdet for adekvansregelen er de tilfeller hvor tap allerede har oppstått. Spørsmålet er hvem av partene som skal bære dette. Slik sett fremstår adekvansregelen som en regel om risikofordeling. Dersom selger ikke skal kunne pålegges denne risiko, er konsekvensen at kjøper selv må bære tapet. Det synes derfor rimelig at partene må kunne regulere risikoen også for tap som har et mer hendelig preg.

En annen sak er at konsekvensene i det konkrete tilfelle kan bli så urimelige at bestemmelsen må underkastes en urimelighetsensur etter lov 31. mai 1918 nr. 4. om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl.) § 36.²⁵⁸

Jeg kan etter dette ikke se at det er grunnlag for at denne muligheten generelt må avskjæres i norsk rett, og det må kunne legges til grunn at det i norsk rett er en viss adgang til å avtale at plikten til å holde skadesløs, ikke skal underlegges noen adekvansbegrensning.

Spørsmålet blir så om adekvansbegrensningen er avtalt bort i NSF kl. 9 andre setning.

Ordlyden i klausulen trekker i retning av at det ikke skal gjelde noen adekvansbegrensning. Selger skal holde kjøper skadesløs for «*alle konsekvenser av*» krav som faller innunder forpliktelsen. Også begrepet «*skadesløs*» trekker i denne retning.

Formålet med skadesløsholdelsen kan også tale for at kravet om adekvans ikke skal gjelde. De krav som omfattes av andre setning, baserer seg på forpliktelser som skriver seg fra tiden forut for overdragelsen. Formålet med bestemmelsen er at kjøper ikke skal lide tap som følge av at *selgers kreditorer*, etter at skipet er overdratt, gjør sine krav gjeldende mot skipet. Det fremstår etter min mening derfor rimelig å legge til grunn at det også har vært hensikten med skadesløsbestemmelsen å legge en vidtgående risiko på selger.

Etter dette må det trolig kunne legges til grunn at selgers plikt til å holde kjøper skadesløs, ikke begrenses av et krav om at følgene må stå i et adekvat

²⁵⁸ I mange tilfeller hvor avtalen er inngått på NSF vilkår vil imidlertid partene være profesjonelle og jevnbyrdige, og avtl. § 36 har en forholdsvis begrenset plass i disse situasjonene, se Hagstrøm side 288flg.

forhold til den utløsende begivenhet. Grensen for selgers ansvar må da trekkes ut fra rene årsaksbetraktninger.

Dersom man skulle legge til grunn at kravet om adekvans ikke helt er avtalt bort, må det legges til grunn at reguleringen i NSF kl. 9 andre setning innebærer at det skal legges til grunn en vid adekvansvurdering. Når selger på denne måten har påtatt seg ansvar for en forholdsvis avgrenset gruppe krav, skal det nok meget til før tapet anses inadekvat.²⁵⁹

Med utgangspunkt i de avgjørelsene som er avsagt i forbindelse med den tidligere nevnte Tordenskjold-saken, skal jeg nevne noen av de typer tap som må kunne kreves dekket under skadesløsforsikringen.²⁶⁰

For det første omfattes kostnader til innfrielse av eller sikkerhetsstillelse for krav som utløser skadesløsforsikringen. Også omkostninger i forbindelse med slik innfrielse og sikkerhetsstillelse omfattes, typisk ulike gebyrer.

For det andre må kostnader i forbindelse med arresten kunne kreves dekket. Dette gjelder eksempelvis rettsgebyr, leie av kai plass under arresten og advokatutgifter.

For så vidt gjelder advokatutgifter, vil både forberedelseskostnader og kostnader ved å føre saken omfattes. Også utgifter pådratt i forbindelse med kartleggingen av grunnlaget for kravet omfattes, eksempelvis reiseutgifter eller kostnader ved å få bistand fra utenlandske advokater.

Dersom det fremsatte krav skal prøves av en voldgiftsdomstol, må kostnader forbundet med dette omfattes.

Endelig nevnes at tap som følge av at skipet blir liggende ubeskjeftiget, kan kreves under skadesløsholdelsen.

²⁵⁹ Se Bjerketveit side 80.

²⁶⁰ Se TBERG-2004-11852, saksnr. 04-011852TVI-BBYR/01, LG-2006-40770-2 og LG-2006-17380. Se imidlertid punkt 8.3, vedrørende kjøpers tapsbegrensningsplikt.

8 Fellesspørsmål: Kan det gjøres begrensninger i selgers ansvar på grunn av forhold på kjøpers side

8.1 Innledning

I dette kapittelet skal vi se nærmere på noen spørsmål som knytter seg direkte til kjøpersiden i kontraktsforholdet. Selv om det objektivt sett foreligger garantibrudd eller krav som utløser skadesløsforpliktelsen, finnes det regler i norsk rett som kan medføre bortfall av eller begrensning i retten til å gjøre beføyelser gjeldende. Med andre ord, kjøper kan ikke nøye seg med å konstatere at det foreligger et objektivt avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse, han må på ulike måter forholde seg til avviket.

I punkt 8.2 skal jeg se på betydningen av at kjøper kjente eller måtte kjenne til heftelsen. I punkt 8.3 behandles kjøpers mulighet til å innvirke på tapets størrelse. Endelig tas spørsmålet om kjøpers plikt til å reklamere over misligholdet opp i punkt 8.4.

8.2 Undersøkelsesplikt og betydningen av kjøpers kunnskap

Det er en rekke undersøkelser som kan tenkes relevante for å avdekke heftelser i eller krav mot det solgte skip. For det første vil skipsregistrene inneholde en oversikt over alle registrerte rettsstiftelser. Videre vil en undersøkelse av skipsloggen kunne gi svar på flere relevante spørsmål, eksempelvis om skipet har vært ute for ulykker som kan tenkes å danne grunnlag for sjøpant. Videre kan, i enkelte common law land, undersøkelse av «admiralty court»-registre gi svar på om det er utstedt et eller flere «claim form» som vil kunne føre til en senere «in rem» prosess mot skipet.²⁶¹

Mens enkelte av undersøkelsene er enkle og kan foretas i løpet av kort tid og med lave kostnader, er andre svært tid- og kostnadskrevende.

²⁶¹ I England er denne adgangen i dag mer begrenset enn tidligere. Mandaraka-Sheppard skriver på side 493: «Even a search in the admiralty book for claim forms, which was, in the past, a way of finding out whether a writ had been issued against a ship in England, is no longer available to the public, unless the claim form has been served.»

For norsk retts vedkommende finnes det regler om kjøpers undersøkelsesplikt og betydningen av hans onde tro i kjl. §§ 20 og 31. Loven skiller mellom undersøkelse før inngåelse av kjøpsavtalen og undersøkelse etter levering.

Spørsmålet blir om og eventuelt hvilke undersøkelser kjøper må foreta, og virkningen av at slike undersøkelser er forsømt. Videre må det vurderes hvilken betydning det har at kjøper vet om heftelser i eller krav som kan gjøres gjeldende mot skipet.

Jeg skal her se på hvilken betydning kjøpslovens regler har i relasjon til NSF kl. 9.

8.2.1 *Onnd tro og forundersøkelse*

Innledningsvis finner jeg det hensiktsmessig å gi en kort oversikt over kjøpslovens alminnelige regler om ond tro og forundersøkelse.

Av kjl. § 20(1) fremgår det at:

«Kjøperen kan ikke gjøre gjeldende som mangel noe han kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet.»

Kjøpsloven omtaler dette som «kjøpers onde tro». Begrunnelsen for regelen er at forhold kjøper kjenner til på avtaletidspunktet, vil han kunne ta i betraktning ved forhandlingen og utforming av kontraktvilkårene. Når kjøper har inngått avtalen vel vitende om tingens tilstand, bør han ikke senere kunne rette innsigelser mot selger på grunnlag av de samme forhold.²⁶²

Hvorvidt kjøper er i ond tro, må ses i sammenheng med reglene om undersøkelsesplikt. En regel om forundersøkelse finnes i kjl. § 20(2):

«Har kjøperen før kjøpet undersøkt tingen eller uten rimelig grunn unnlatt å etterkomme selgerens oppfordring om å undersøke den, kan kjøperen ikke gjøre gjeldende noe som han burde ha oppdaget ved undersøkelsen...»

Bestemmelsen pålegger kjøper ingen alminnelig undersøkelsesplikt før levering, men oppstiller et aktsomhetskrav dersom han faktisk har foretatt undersøkelser. Forhold kjøper burde oppdaget kan heller ikke gjøres gjeldende dersom selger har oppfordret til undersøkelse, og kjøper uten rimelig grunn har latt det være.²⁶³

I kjl. § 20(1) likestilles kjøpers faktiske kunnskap med forhold han «måtte kjenne til». Det har vært noe uklart hva som ligger i begrepet, og tradisjonelt

²⁶² Christoffersen 2007 side 92.

²⁶³ Nærmere om reglene, se Bergem/Rognlien side 111, Hagstrøm side 331 og Krüger 1999 side 171.

sett har ikke bestemmelsen blitt oppfattet som en regel om undersøkelsesplikt. I senere rettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen oppstiller et aktsomhetskrav, og således hjemler en generell undersøkelsesplikt.²⁶⁴ Det innebærer at kjøper kan ha en undersøkelsesplikt selv om dette ikke følger av (2). Aktsomhetskravet i (1) «måtte kjenne til» er imidlertid høyere enn kravet i (2) «burde oppdaget».

Undersøkelsesplikten og kjøpers onde tro, står imidlertid i en noe annen stilling ved rettslige, i motsetning til faktiske mangler. Bergem/Rognlien skriver:

«Reglene i § 20 om kjøperens onde tro og forundersøkelse gjelder ikke uten videre for rettsmangler (annleis prp s 94 sp 2). I prinsippet erstatter nemlig § 41(1) kravet om kjøperens gode tro etter § 20 med hva kjøperen anses å ha *godtatt*. At kjøperen kjente til et hefte på avtaletiden, avskjærer derfor ikke seinere krav på grunn av rettsmangel med mindre hans forhold må tolkes som aksept. Kjøperen vil imidlertid ofte kunne ha grunn til å rekne med at heftet vil bli slettet før leveringen.»²⁶⁵

I Ot.prp.nr.80 (1986-1987) uttales det på side 95:

«Uttrykket «følger av avtalen» [i § 41(1)] innebærer at det ikke er tilstrekkelig at kjøperen kjente til heftelsen ved kjøpet, dersom det var grunn for kjøperen til å tro at den ville bli slettet før leveringen. På den annen side kan forholdene være slik at det måtte være klart for kjøperen at heftelsen ikke ville bli slettet. Går kjøperen likevel med på kjøpet uten å gjøre innvendinger mot heftelsen, vil det kunne tolkes som akseptering av at heftelsen skal overtas.»

Denne måten å forstå forholdet mellom kjl. §§ 20 og 41 på, samsvarer godt med NSF kl. 9.

For det første gir garantien kjøper normalt god grunn til å regne med at heftelser vil bli slettet, slik at kunnskap om heftelsen forut for levering ikke har betydning.²⁶⁶

Videre er klart at det i relasjon til første setning ikke foreligger noe garantibrudd før leveringstidspunktet er nådd, se punkt 6.2. Selger har påtatt seg å *levere* heftelsesfritt, og det er irrelevant for selgers forpliktelse at skipet er beheftet forut for dette tidspunkt.

Også et annet moment må trekkes frem når det gjelder betydningen av kjøpers onde tro. Som nevnt er det bærende synspunkt at kjøper, hvor han

²⁶⁴ Se Rt. 2002 s. 1110 (*Bodum*) og Christoffersen 2007 side 101flg.

²⁶⁵ Bergem/Rognlien side 237. Se også Gomard side 257.

²⁶⁶ I LG-2006-40770-2 la retten vekt på at kjøper «hadde god grunn til å gå ut fra at selger ville løse de certepartiforpliktelser som forelå», selv om han kjente til certepartiforpliktelsene på avtaletidspunktet.

kjenner til mangelen, vil kunne ta hensyn til denne ved inngåelsen av kontrakten. Dette synspunkt slår ikke til i denne sammenheng. Garantien vil normalt danne grunnlag for forhandlinger og fastsettelse av pris, uavhengig av heftelser som foreligger på avtaletidspunkt.²⁶⁷

Lignende synspunkter gjør seg gjeldende i forhold til skadesløsholdelsen i annet punktum. For så vidt gjelder krav som også omfattes av garantien, kan jeg ikke se at det foreligger gode grunner til å behandle disse annerledes i denne relasjon.

Når det gjelder krav som faller utenfor garantien, vil det regulært være tale om krav kjøper vanskelig kan finne ut av. Undersøkelser i «claim form» registre vil kunne være svært tidkrevende, og kan neppe kreves med mindre kjøper har særlig oppfordring til å foreta slike undersøkelser.²⁶⁸

Videre vil det kunne dreie seg om krav som baserer seg på forpliktelser selger ikke kan fjerne, se rettens uttalelser i *The Barenbels* vedrørende søsterskiparrest under punkt 4.6.2.1.

Konklusjonen må etter dette bli at kjøpers onde tro, og derved også hans plikt til forundersøkelse har liten betydning i relasjon til rettsmangler etter NSF kl. 9. Det må legges til grunn at kjøper normalt ikke mister sin rett til å gjøre heftelsen eller kravet gjeldende selv om han kjenner til det, med mindre det foreligger konkrete forhold ved avtaleinngåelsen som tilsier at kjøper har akseptert overtakelse med heftelsen eller at skadesløsholdelsen ikke skal gjelde.

8.2.2 Etterfølgende undersøkelse

Også når det gjelder etterfølgende undersøkelse, er stillingen en noe annen ved rettslige i motsetning til faktiske mangler. I forarbeidene uttales det:

«Departementet mener at det som regel ikke vil være grunn til å stille særlig strenge krav til undersøkelse av eventuelle rettsmangler etter levering. Rettsmangler vil som regel ikke bli oppdaget ved en undersøkelse av tingen selv. Undersøkelse av registre o l vil kjøperen som regel av egen interesse ha foretatt før kjøpet.»²⁶⁹

Departementet fant imidlertid at det ikke var tilstrekkelig grunn til å gjøre uttrykkelig unntak fra kjl. § 31, da det i noen tilfeller ville være rimelig å kreve at kjøper likevel foretok en viss etterfølgende undersøkelse.

²⁶⁷ Se Gomard side 240.

²⁶⁸ I tilfeller som omhandlet i *The Barenbels*, hvor det heller ikke var nødvendig å ha utstedt et «claim form», vil avdekkingen vanskelig gjøres ytterligere.

²⁶⁹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 94.

I praksis vil det nok vanskelig kunne tenkes at kjøper oppdager registrerte panterettigheter etter levering. Slik closing-proseduren er lagt opp, vil slike heftelser normalt oppdages senest ved levering. Det samme vil i all hovedsak gjelde certepartiforpliktelser.

De tilfeller det kan være praktisk at kjøper først etter levering oppdager at tredjemann kan gjøre gjeldende rettigheter i skipet, er i hovedsak sjøpanttilfellene og tilfeller hvor usikret gjeld kan gjøres gjeldende i en *in rem* prosess (typisk fordi det er utstedt et «claim form»).

Som det vil ha fremgått i blant annet punktene 4.5.1 og 5.2.1, kan kjøper vanskelig finne ut av slike forhold med mindre det foreligger konkrete omstendigheter som gir grunn til mistanke. Normalt vil slike forhold derfor ikke oppdages før tredjemann selv kontakter kjøper eller en prosess innledes mot skipet.

Etter dette må det legges til grunn at også når det gjelder etterfølgende undersøkelser, stilles det få krav til kjøper.

Virkningene av forsømt undersøkelsesplikt etter levering er ikke tap av retten til å påberope forholdet som grunnlag for beføyelser, slik som ved misligholdt forundersøkelse. Derimot kan forsømmelse føre til at fristen for å reklamere over mangelen starter å løpe, se nærmere under punkt 8.4.²⁷⁰

I tiden mellom avtaleinngåelsen og leveringen, foreligger det ingen undersøkelsesplikt. Begrunnelsen er for det første at oppdagelsen av en heftelse eller et krav på dette tidspunkt ikke kan ha betydning for kjøpers rett til å gjøre mangelen gjeldende. For det andre vil reklamasjonsplikten normalt ikke begynne å løpe, fordi heftelsen eller kravet ikke er relevant før leveringstidspunktet er kommet. Unntak kan tenkes ved antesipert mislighold, se punkt 8.4.

8.3 Tapsbegrensningsplikt

I norsk rett har realkreditor i alminnelighet en plikt til å begrense sitt tap gjennom rimelige tiltak.²⁷¹ Denne plikt er gitt en generell lovforankring i lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning § 5-1 nr. 2, og har kommet mer spesielt til uttrykk for kontraktsforhold i kjl. §70(1). Plikten er et utslag av den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold, og begrunnes i rettfærds- og rimelighetsbetraktninger, samt at regelen er samfunnsøkonomisk gunstig.²⁷²

²⁷⁰ Hagstrøm side 333.

²⁷¹ Dette punktet er basert på de generelle fremstillingene i av tapsbegrensningsplikten i Hagstrøm side 561flg. og Bergem/Rognlien side 351flg.

²⁷² Hagstrøm side 561.

Som vi så under punkt 7.3.1.2 kan partene som utgangspunkt avtale at den begrensning som ligger i adekvanskravet, ikke skal gjelde tap som faller innunder skadesløserklæringen.

Spørsmålet her blir hvorvidt partene kan avtale bort en plikt for kjøper til å begrense sitt tap, og om det eventuelt er gjort i kl. 9.

Det fremstår som en fremmed tanke i norsk rett at selger kan bli forpliktet til å dekke et tap som kjøper gjennom rimelige tiltak kunne avverget. Tapsbegrensningsplikten er som nevnt et utslag av det alminnelige lojalitetskrav i kontraktsforhold, og gode grunner taler mot at partene kan avtale seg helt bort fra dette grunnleggende krav.

Videre står kravet om tapsbegrensning etter min mening i en prinsipielt annen stilling enn kravet om adekvans. Adekvansbegrensningen kommer, som nevnt under punkt 7.3.1.2, først til anvendelse etter at det er oppstått et tap. Regelens funksjon er å fordele risikoen for det oppståtte tap på henholdsvis kjøper og selger, og kjøper må selv bære det tap som faller utenfor adekvansgrensen.

Tapsbegrensningsplikten slår derimot inn på et tidligere tidspunkt, og har som formål å hindre at tap oppstår. Konsekvensene av at partene kan avtale bort plikten, blir derfor av en annen art enn om adekvansregelen avtales bort.

Det synes heller ikke rimelig å forstå kl. 9 andre setning slik at hensikten har vært å unndra kjøper et krav om å begrense sine tap.

For det første synes en tapsbegrensningsplikt å kunne forankres i kontraktens ordlyd. Dersom kjøper har pådratt seg tap han med rimelige tiltak kunne unngått, kan det være nærliggende å si at tapet ikke er en konsekvens av forhold selger bærer risikoen for. Kjøper har her brutt årsaksrekken ved ikke å hindre at tapene oppstod, og tapene er derfor en konsekvens av kjøpers forsømmelser.

Også hensynet til en kommersielt god regel taler for at det innfortolkes et krav om tapsbegrensningsplikt. Det fremstår lite økonomisk ønskelig at et hyppig benyttet standardformular som NSF, skulle legge opp til en regel som ville kunne føre til økte totale kostnader for shippingbransjen som helhet. Det kan neppe legges til grunn at dette har vært konsipistenes hensikt.

Konklusjonen må etter dette bli at partene i norsk rett neppe helt kan avtale bort kjøpers tapsbegrensningsplikt, og i alle tilfeller fremstår det slik at dette ikke er gjort i NSF kl. 9.

Vi går så over til å se litt nærmere på innholdet i tapsbegrensningsplikten. Plikten inntreffer når kjøper har eller burde fått kjennskap om at det foreligger aktuelt eller antesipert mislighold, og varer så lenge tapet kan begrenses.

Virkningen av forsømmelse er at kjøper selv må bære den del av tapet som ligger innenfor begrensingsplikten, se kjl. § 70(1) annet punktum.

Utstrekningen av plikten begrenser seg til rimelige tiltak, jf. kjl. § 70(1) første punktum. Hva som er rimelig, beror på en konkret vurdering i den enkelte sak, og må foretas ut fra situasjonen på det tidspunkt plikten var aktuell. Det er derfor vanskelig å si noe generelt uten at dette nødvendigvis må bli upresist. Jeg vil likevel komme med et par kommentarer.

Det kan for det første ikke kreves at kjøper benytter sin rett til å ek스팅vere en tredjeparts rettigheter, selv om han derved kunne unngått tapene.²⁷³ Kjøper må kunne fraskrive seg retten til ekstinksjon, og holde selger ansvarlig for kontraktsbrudd.

Dersom skipet blir truet med arrest som følge av krav som omfattes av kl. 9 andre setning, må kjøper normalt måtte kunne velge hvorvidt han ønsker å betale fordringen for å unngå arrest. Kjøper kan som utgangspunkt ikke anses å ha forsømt sin tapsbegrensingsplikt ved å unnlate å betale, med den følge at skipet blir arrestert. Dette gjelder selv om skipet da blir liggende uvirksomt og tapene blir større enn de ville blitt om kravet ble betalt. Når selger ikke selv betaler kravet, er det rimelig at han heller ikke kan kreve at kjøper gjør det. Det samme må trolig gjelde sikkerhetsstillelse.

Det som derimot må kunne kreves er at kjøper handler innen rimelig tid, holder normal fremdrift i saksgangen og ikke pådrar seg kostnader utover det som er nødvendig. Eksempelvis må de advokatutgifter som er pådratt være rimelige og nødvendige.²⁷⁴

Videre må det undertiden kunne kreves av kjøper, at han på lojal måte samarbeider med selger for å oppnå hensiktsmessige løsninger eller bestride tredjemanns påstander på en forsvarlig måte.²⁷⁵ Bergem/Rognlien skriver:

«Det er selvsagt at minskingsregelen rammer alle forsøk på å utnytte situasjonen til å skaffe seg større erstatning enn kontraktbruddet i utgangspunktet tilsier.»²⁷⁶

Det samme må gjelde dersom kjøper søker å forsinke prosessen slik at eksempelvis «cancelling date» overskrides, og han derved blir berettiget å kansellere kontrakten.

²⁷³ Se punkt 4.9 og bl.a. Krüger 1999 side 477.

²⁷⁴ Se bl.a. LG-2006-40770-2 punkt 11.

²⁷⁵ Se eksempelvis punkt 5.3.2.2 – *Unntaket*.

²⁷⁶ Bergem/Rognlien side 353.

8.4 Reklamasjon

Med reklamasjon menes at en kontraktspart retter innsigelser mot sin kontraktspart som følge av mangler ved motpartens ytelse. Selv om det objektivt sett foreligger et avvik fra riktig oppfyllelse, står naturligvis kreditor fritt til å se gjennom fingrene med avviket. Ønsker han derimot å gjøre gjeldende sanksjoner, pålegges han en aktivitetsplikt i form av reklamasjon.

NSF inneholder ingen reklamasjonsregler, og må derfor suppleres med bakgrunnsretten.

I den norske kjøpslov finnes flere reklamasjonsregler.²⁷⁷ Den alminnelige reklamasjonsregel finnes i kjl. § 32. Første ledd har et relativt krav om at kjøper må reklamere «innen rimelig tid» fra han «oppdaget eller burde oppdaget» mangelen. Videre skal reklamasjonen «angi hva slags mangel det gjelder.»

I andre ledd, er det satt en absolutt frist for reklamasjon på to år fra den dag kjøper «overtok tingen». Fra denne frist er det imidlertid gjort uttrykkelig unntak i kjl. § 41(1) siste setning for så vidt gjelder rettsmangler. Det innebærer at for slike mangler gjelder kun den relative reklamasjonsfrist i § 32(1).

Det stilles ingen særskilte krav til reklamasjonens form. Her gjelder det alminnelige prinsipp om formfrihet.

Når det gjelder reklamasjonens innhold, skilles det mellom nøytral og spesifisert reklamasjon. Kravene til den nøytrale reklamasjonen kan leses ut av kjl. § 32(1). For det første skal kjøper gjøre selger oppmerksom på at det foreligger en mangel og at mangelen vil bli gjort gjeldende, jf. «gjøre en mangel gjeldende». For det andre skal det foretas en identifisering av hva kontraktsbruddet består i, jf. «hva slags mangel det gjelder».²⁷⁸

I den spesifiserte reklamasjonen skal det angis hvilken beføyelse kjøper ønsker å gjøre gjeldende. Om og når slik reklamasjon skal gis, bestemmes i den enkelte sanksjonsregel, eksempelvis kjl. § 39(2).

Fristens utgangspunkt er knyttet til kjøpers kunnskap, jf. «oppdaget eller burde oppdaget». Hvorvidt kjøper burde oppdaget heftelsen, henger nært sammen med hans undersøkelsesplikt.

²⁷⁷ Generelle fremstillinger av reklamasjonsreglene finnes bl.a. i Hagstrøm side 339flg., Krüger 1999 side 554flg. og Simonsen 321flg. Spesielt om reklamasjon over rettsmangler, se Bergem/Rognlien side 237.

²⁷⁸ Simonsen side 324.

Som vi har sett under punkt 8.2.1, har kjøper ingen alminnelig undersøkelsesplikt før levering. Reklamasjonsregelen endrer ikke på dette. Krüger skriver:

«En generell undersøkelsesplikt er først aktuell når levering er skjedd ... Den almindelige forutsetning i § 32 (1) om rimelig aktivitet ved oppfølging av reklamasjoner generelt, ... er *ikke* en regel om undersøkelsesplikt.»²⁷⁹

Men selv om kjøper før levering skulle ha kunnskap om at det foreligger en heftelse, har dette likevel ikke særlig betydning. Dette fordi det foreligger som utgangspunkt ikke brudd på garantien før «time of delivery» er kommet.²⁸⁰ Unntak gjelder der hvor de strenge vilkårene for antesipert mislighold foreligger, jf. kjl. kap. VIII. Her vil reklamasjonsplikten gjelde.²⁸¹ For øvrig nøyter meg med å vise til drøftelsen i punkt 8.2.

Fristens lengde er angitt med ordene «innen rimelig tid». Dette er en skjønnsmessig formulering, som gir rom for en vurdering av hva som er rimelig i det enkelte tilfelle. Kriteriet har sitt utgangspunkt i den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold, og vurderingen innebærer en balansering av hensynet til debitor på den ene siden og kreditor på den andre. Kjøper skal gis tid til å vurdere situasjonen og treffe sitt valg, men dette må ikke skje til foretrengsel for debitors interesse i å kunne forberede seg på å møte misligholdskravet. For øvrig vil en rekke konkrete momenter kunne spille inn.

Virkingen av forsinket eller unnlatt relativ reklamasjon er bortfall av retten til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende, jf. kjl. § 32(1). Reklamasjonen kan derfor karakteriseres som et rettsbevarende utsagn.

Unntak fra reklamasjonsfristen gjøres hvor selger har «opptrådt grovt aktløyst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro», jf. kjl. § 33.

Det skal nevnes at retten til å fremsette krav mot selger også kan falle bort etter reglene om foreldelse. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på innholdet i disse reglene her.²⁸²

²⁷⁹ Krüger 1999 side 171.

²⁸⁰ Se punkt 6.2.1 og 8.2.1.

²⁸¹ Hagstrøm side 340. Generelt om antesipert mislighold se Hagstrøm kap.22.

²⁸² En generell fremstilling av innholdet i reglene finnes bl.a. i Anne Cathrine Røed, *Foreldelse av fordringer*, Oslo 1997, og Hagstrøm kap.32.

9 Avsluttende bemerkninger

I avhandlingen er en rekke spørsmål knyttet til selgers ansvar etter NSF kl. 9 behandlet. Her skal det gis noen korte avsluttende bemerkninger på bakgrunn av disse drøftelsene.

Når man skal vurdere klausulens betydning, kan det sondres mellom klausulens preventive og reparative funksjon. Slik jeg benytter begrepene her, er klausulens preventive funksjon et spørsmål om i hvilken grad den legger et press på selger til å foreta riktig oppfyllelse. Klausulens reparative funksjon er spørsmålet om i hvilken grad klausulen gir kjøper beskyttelse i de tilfeller det foreligger heftelser i eller rettes krav mot skipet. Selv om funksjonene delvis flyter over i hverandre, kan sondringen danne et hensiktsmessig utgangspunkt.

Når det gjelder klausulens preventive funksjon, kan det for det første pekes på at garantien skaper et klart kontraktsrettlig grunnlag for kjøper til å kreve skipet levert fritt for nærmere bestemte heftelser. At kjøper kan vise til en skriftlig kontrakt som er underskrevet av selger, hvor selger uttrykkelig har garantert for en heftelsesfri levering, vil nok i en viss grad kunne stimulere til riktig oppfyllelse. Videre skaper klausulen et klart grunnlag for kjøper til å kreve at selger retter det aktuelle forhold.

Når det gjelder skadesløsholdelsen i andre setning, er nok dennes funksjon i hovedsak av reparativ art. Flere av de tilfeller som omfattes av annet punktum er forhold selger vanskelig kan hindre, for eksempel de problemer som oppstår i forbindelse med adgangen til søsterskipsarrest eller fremsettelsen av ikke-reelle krav.²⁸³

Det er imidlertid flere forhold som medfører at klausulens preventive virkning ikke er så sterk som kjøper nok kunne ønsket.

For det første kan det nevnes at garantiens omfang er forholdsvis snevert, og på flere punkter uklart.²⁸⁴ Kjøper bør nok søke å utvide og avklare garantiens virkeområde, dersom han er i forhandlingsposisjon til det.

At man i norsk rett i ganske stor utstrekning likestiller påståtte rettigheter med endelig konstaterte rettigheter, må imidlertid kunne sies å være en klar fordel for kjøper.²⁸⁵

²⁸³ Se henholdsvis punkt 4.6.2.1 og 5.3.2.

²⁸⁴ Se nærmere under punkt 4.

For det andre er det flere usikkerhetsmomenter når det gjelder virkningene av brudd på garantien. Særlig viktig for klausulens preventive funksjon er kjøpers rett til å nekte å ta levering. Dersom kjøper gis en vid adgang til å avvise skipet når dette er beheftet i strid med avtalen, vil dette ofte kunne legge et effektivt press på selger. Men som vi så under punkt 7.2.2.3 er innholdet i avvisningsretten uklart. Dette kan skape problemer for kjøper, fordi han må vurdere hvorvidt heftelsen er av en slik art at han rettmessig kan avvise skipet. I motsatt fall vil han havne i kreditormora. Til dette kommer at terskelen for avvisning i norsk rett synes å ligge forholdsvis høyt.

I engelsk litteratur har flere forfattere trukket frem at kjøper, dersom han er i forhandlingsposisjon til det, bør gjøre første setning til en «condition».²⁸⁶ Dette innebærer at ethvert brudd vil berette avvisning. Hvorvidt kjøper er i forhandlingsposisjon til å kreve dette, vil naturligvis variere. Men i alle tilfeller kan det nok være ønskelig for partene å få presisert noe nærmere hva som skal til for at avvisning skal være berettiget.

Vi skal så se noe nærmere på klausulens reparative funksjon.

Som vi så under punkt 7.2.2.1 er selger objektivt erstatningsansvarlig for ethvert brudd på garantien. I hovedsak svarer dette til kjl. § 41. Videre må kjøper, ved brudd på garantien, kunne gjøre gjeldende de øvrige sanksjoner som kjøpsloven gir. Formelt sett kan kjøper sies å ha et forholdsvis godt vern dersom selger bryter garantien.

Når det gjelder skadesløsholdelsen i andre setning, synes denne å pålegge selger et ganske omfattende ansvar.

Som vi så under punkt 5 favner skadesløsholdelsen noe videre enn garantien i første punktum. Skadesløsholdelsen omfatter ikke bare tingsrettslig vernet gjeld, men også usikret gjeld som senere kan gjøres gjeldende mot skipet. Videre er det klart at selger ikke bare vil være ansvarlig for reelle krav som rettes mot skipet. Også krav som viser seg å være grunnløse vil kunne danne grunnlag for skadesløsholdelse. Endelig må det påpekes at det for norsk retts vedkommende ble lagt til grunn i Bergen Tingrett at selger også vil være ansvarlig for tap kjøper pådrar som følge av en uriktig arrest.²⁸⁷

For selger kan dette fremstå som strengt, og det kan vurderes om klausulen på dette punkt bør endres.

²⁸⁵ Se punkt 4.8.

²⁸⁶ Se bl.a. Mandaraka-Sheppard side 492 og Goldrein/Turner side 125.

²⁸⁷ Se punkt 5.2.1.

Også når det gjelder omfanget av skadesløsholdelsen, synes denne å gi kjøper et godt vern. Som vist under punkt 7.3.1.2, kan det trolig legges til grunn at selgers ansvar ikke begrenser seg til adekvate konsekvenser av den utløsende begivenhet.

Selv om kjøper formelt synes å være gitt et forholdsvis godt vern gjennom garantien og skadesløsholdelsen, finnes det klare praktiske svakheter ved kl. 9. Problemet er at klausulen ikke pålegger selger å stille noen form for sikkerhet for å kunne gjøre opp sitt ansvar overfor kjøper. Hvordan selgers økonomiske situasjon er på det tidspunkt ansvaret blir aktualisert, vil ofte kunne være usikkert.

Videre vil selger ofte være et selskap med begrenset deltakeransvar, noe som innebærer at selger kan ha opphørt å eksistere på det tidspunkt kjøper gjør sitt krav gjeldende (typisk for et "one ship company"). Kjøper vil da ikke ha noen å rette sitt krav mot.

Disse forhold tilsier at kjøper bør være svært varsom der det er uklart hvorvidt selger har finansielle ressurser til å gjøre opp mulige (fremtidige) forpliktelser som måtte oppstå under NSF kl. 9.²⁸⁸

Til tross for at det hvert år gjennomføres en rekke kjøp og salg av second hand tonnasje, finnes det, både i norsk og engelsk rett, forholdsvis lite rettspraksis knyttet til NSF kl. 9. Dette kan nok delvis skyldes at NSF legger opp til at tvister skal løses ved voldgift, og at en del avgjørelser derfor ikke publiseres.

Men det lave antall rettsavgjørelser kan også tyde på at de prosedyrer som er etablert for å unngå at skipet er beheftet på leveringstidspunktet, fungerer. Videre er det trolig slik at partene ofte er i stand til å finne fornuftige og praktiske løsninger der vanskelige situasjoner oppstår, slik at rettslige tvister unngås.

²⁸⁸ NSM-563-2004-6009 side 6011.

Kildeliste

Forkortelser

Afs	Arkiv for sjørett
JV	Jussens venner
MoA	Memorandum of Agreement
Nifs	Nordisk institutt for sjørett
NIS	Norsk Internasjonalt Skipsregister
NOR	Norsk Ordinært Skipsregister
NOR	Notice of Readiness
NOU	Norges Offentlige Utredninger
NSF	Norwegian Saleform
NSM	Nordisk Skipsrederforenings Medlemsblad
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
RG	Rettens Gang
Rt.	Norsk Rettstidende
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
Tff	Tidsskrift for Forretningsjus

Litteraturliste

Andenæs	Andenæs, Mads Henry, <i>Rettskildelære</i> (Oslo 1997).
Atiyah, mfl.	Atiyah, P.S., John N. Adams, Hector Macqueen, <i>The Sale of Goods</i> , 10 th edition (London 2001).
Augdahl	Augdahl, Per, <i>Den norske obligasjonsretts almindelige del</i> , 2. opplag 1984 (Oslo 1978).

- Bergem/Rognlien Bergem, John Egil og Stein Rognlien, *Kjøpsloven: Kommentartutgave til Kjøpsloven av 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*, 2. utgave (Oslo 1995).
- Bjerketveit Bjerketveit, André, *Indemnity- og hold harmless-klausuler i norsk rett*, http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/essay/s/bjerketveit_avhandling.pdf (20. mai 2008).
- Black's Law Dictionary Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 8th edition (St. Paul 2004).
- Boe Boe, Erik, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære* (Oslo 1996).
- Brookes Brookes, David, «The sale and purchase of second-hand ships», i *Shipping finance*, 3rd edition, Prepared by Stephenson Harwood, (London 2006).
- Bruserud Bruserud, Herman, «Bortfrakters ansvar for skipets fysiske egenskaper. Ansvarsgrunnlagene», *MarIus nr. 294* (Oslo 2002).
- Brækhus 1968 Brækhus, Sjur, «Mangler ved solgt skib», *Juridiske arbeider fra sjø og land, IV. Sjørett (side 427-449)* (Oslo 1968).
- Brækhus 1978 Brækhus, Sjur, «Sikkerhet i certepartier og certepartifrakter», *Fra kredittretten og andre rettsområder: Ti artikler 1968-1978* (Oslo 1978).
- Brækhus 2005 Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave (Oslo 2005).

- Bull
Bull, Hans Jacob, «Avtalte standardvilkår som privat lovgivning», *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988 side 99* (Oslo 1988).
- Cheshire, mfl.
Cheshire, G.C., M.P. Furmston and C.H.S Fifoot, *Cheshire, Fifoot og Furmston's Law of contract*, 15th edition (Oxford 2007).
- Chorley & Giles
Chorley, Robert S.T., O.C. Giles, N.J.J Gaskell, C. Debattista and R.J. Swatton, *Shipping Law*, 8th edition (London 1987).
- Christoffersen 2004
Christoffersen, Margrethe Buskerud, «Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet», *Tidsskrift for Forretningsjus 2004 side 373* (Oslo 2004).
- Christoffersen 2007
Christoffersen, Margrethe Buskerud, *Kjøp og salg av virksomhet: selgers risiko og ansvar for mangler* (Oslo 2007).
- Christou
Christou, Richard, *Boilerplate: Practical Clauses*, 3rd edition (London 2002).
- Cooper
Cooper, John, *Risk mitigation*, <http://www.aar.com.au/pubs/pdf/const/pap26nov04.pdf> (23. mars 2008).
- Craig
Craig, Ronald L., *Stor norsk-engelsk juridisk ordbok* (Oslo 1999).
- Falkanger 1969A
Falkanger, Thor, *Leie av Skib* (Oslo 1969).
- Falkanger 1969B
Falkanger, Thor, «En sammenligning mellom engelske og norske prinsipper for fortolkning av kontrakter», *Arkiv for Sjørett 9 side 537* (Oslo 1965-1969).

- Falkanger 1997A Falkanger, Thor, «Tolkning av sjørettslige standardkontrakter – særlig om betydningen av forarbeider», *Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen side 289* (Oslo 1997).
- Falkanger 1997B Falkanger, Thor, *Fast eiendoms rettsforhold*, 2. utgave (Oslo 1997).
- Falkanger 2000 Falkanger, Thor, «Arrest of ships under Norwegian law», *MarIus nr. 258 side 3* (Oslo 2000).
- Falkanger 2001 Falkanger, Thor, «Mortgages on ships according to Norwegian Law», *MarIus nr. 281 side 5* (Oslo 2001).
- Falkanger/Bull Falkanger, Thor, og Hans Jacob Bull, *Innføring i sjørett*, 6. utgave (Oslo 2004).
- Goldrein/Turner Goldrein, Iain and Paul Turner, *Ship sale and purchase*, 4th edition (London 2003).
- Gomard Gomard, Bernhard, *Obligationsret 1. del*, 4. omarbejdede utgave (København 2006).
- Grauers Grauers, Folke, *Fel i sålt skepp* (Gothenburg 1980).
- Hagstrøm Hagstrøm, Viggo; i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett* (Oslo 2003).
- Hellner Hellner, Jan, «Tolkning av standardavtal», *Jussens Venner 1994 side 266* (Oslo 1994).
- Hill Hill, Christopher Julius Starforth, *Lloyd's practical shipping guides: Maritime Law*, 6th edition (London 2003).

Holdø	Holdø, Håvard H., «Realkreditors adgang til å kreve prisavslag ved mangelfull realytelse», <i>MarIus nr. 301</i> (Oslo 2003).
Hov	Hov, Jo, <i>Avtaleslutning og ugyldighet: Kontraktsrett I</i> , 3. utgave (Oslo 2002).
Huser	Huser, Kristian, <i>Avtaletolking: En innføring I avtaletolkingslærens alminnelige del</i> (Bergen 1983).
Haaskjold	Haaskjold, Erlend, <i>Kontraktsforpliktelser</i> (Oslo 2002).
Jusleksikon	Gisle, Jon, Kristian Andenæs, Jan F. Bernt m.fl., <i>Jusleksikon</i> , 2. utgave (Oslo 2002).
Krüger 1977	Krüger, Kai, <i>Norsk kjøpsrett</i> , 2. reviderte utgave (Oslo 1977).
Krüger 1999	Krüger, Kai, <i>Norsk kjøpsrett</i> , 4. reviderte utgave (Bergen 1999).
Kunnskapsforlagets ordbok	Kunnskapforlaget, <i>Engelsk-Norsk Stor ordbok</i> (Oslo 2002).
Lundgaard	Lundgaard, Hans Petter og Karsten Gaarder, <i>Gaarders innføring i internasjonal privatrett</i> , 3. utgave (Oslo 2000).
Lødrup	Lødrup, Peter, <i>Lærebok i erstatningsrett</i> , 4. utgave (Oslo 1999).
Mandaraka-Sheppard	Mandaraka-Sheppard, Aleka, <i>Moderen Admiralty Law: with Risk Management Aspects</i> (London 2001).

- Rui 1995 Rui, Siv Aida, «Arrest i skip. Etter Norges tiltredelse av arrestkonvensjonen av 1952», *MarIus nr. 211* (Oslo 1995).
- Rui 1996 Rui, Siv Aida, *Nifs Sjørettsseminar våren 1996* (Oslo 1996).
- Røed Røed, Anne Cathrine, *Foreldelse av fordringer, Kommentarer til lov av 18. mai 1979 nr 18 om foreldelse av fordringer og utvalgte foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen* (Oslo 1997).
- Selvig 1962 Selvig, Erling, «Om dom på naturaloppfyllelse, særlig i befraktningsforhold», *Arkiv for sjørett 5 side 553* (Oslo 1961-1964).
- Selvig 1986 Selvig, Erling, «Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av standardvilkår utformet på engelsk», *Tidsskrift for Rettsvitenskap 1986 side 1* (Oslo 1986).
- Selvig 2006 Selvig, Erling, *Kjøpsrett til studiebruk, 3. utgave* (Oslo 2006).
- Simonsen Simonsen, Lasse, «Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene», *Jussens Venner 1999 side 305* (Oslo 1999).
- Sohlmans Sjölexikon Huvudredaktör C.E. Mählen, *Sohlmans Sjölexikon* (Stockholm 1955).
- Strong/Herring Strong, Malcom and Paul Herring, *Sale of Ships: The Norwegian Saleform* (London 2004).

Tetley	Tetley, William, <i>Glossary of Maritime Law Terms</i> , 2 nd edition (Montréal 2004).
Thorsen	Thorsen, Arne Falkanger, «Lojalitetsplikt i kontraktsforhold», <i>Jussens Venner 1993 side 36</i> (Oslo 1993).
Upex/Bennett	Upex, Robert & Geoffrey Bennett, <i>Davies on Contract</i> , 9 th edition (London 2004).
Wilford m.fl.	Wilford, Michael, Terence Coghlin, John D. Kimball, <i>Time charters</i> , 4 th edition (London 1995)
Woxholth 1996	Woxholth, Geir, «Innledning til kontraktsretten», <i>Jussens Venner 1996 side 213</i> (Oslo 1996).
Woxholth 2003	Woxholth, Geir, <i>Avtalerett</i> , 5. utgave (Oslo 2003).

Annet

CMI yearbook, 2005-2006.

Explanatory notes to Saleform 1993, Utgitt av Norwegian Shipbrokers Association, Fr. Nansens pl. 7, 0160 Oslo, Norway.

Lloyds's Maritime Law Newsletter, 27-10-2004.

Nordisk Skibsrederforening, Annual Report 2004.

NSM nr 536 s 10.

NSM-563-2004-6009.

NSM-563-2004-6011.

Internettsider

BIMCO, www.bimco.org (26. mai 2008).

I-law, <http://www.i-law.com> (4. mars 2008).

Norges Rederiforbund, <http://www.rederi.no/> (15. januar 2008).

Dommer

Dommer i Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender

ND 1974 s. 27 (Fernbay)

ND 1974 s. 103

ND 1983 s. 309 (Arika)

Dommer i Norsk Rettstidene

Rt. 1983 s. 205

Rt. 1990 s. 500 (Periscopus)

Rt. 1991 s. 719 (Hardhaus)

Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II)

Rt. 1997 s. 1322

Rt. 1997 s. 1807 (Cigna)

Rt. 2002 s. 1110 (Bodum)

Rt. 2005 s. 480

Rt. 2007 s. 1587

Lagmannsrettsdommer

RG 1993 s. 1121 (Agder Lagmannsrett)

LG-2006-40770-2 (Gulating Lagmannsrett)

LG-2006-17380 (Gulating Lagmannsrett)

Tingrettsdommer

TBERG-2004-11852, saksnr. 04-011852TVI-BBYR/01 (Bergen Tingrett)

Engelske avgjørelser

Tulk v. Moxhay (1848) 2 Ph. 774

De Mattos v Gibson (1858) 4 De G. & J. 276

Henderson v Arthur [1907] 1 K.B. 10

Jacobs v Batavia and General Plantations Trust Ltd. [1924] 1 CH. 287

Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hongkong Fir) [1961]2 Lloyd's Rep. 478

Buena Trader [1978] 2 Lloyds rep. 325

Swiss Bank Corporation v Lloyds Bank [1979] Ch. 548

The Stena Nautica (No.2) [1982] 2 Lloyd's Rep. 336

The Scraptrade [1983] 2 Lloyd's Rep. 253

Athens Cape Naviera S.A. v Deutxche Dampfschiffahrtsgesellschaft «Hansa» Aktiengesellschaft and Another, (The «Barenbels»), Queen's Bench Division (Commercial Court), [1984] 2 Lloyd's rep. 388

Athens Cape Naviera S.A. v Deutxche Dampfschiffahrtsgesellschaft «Hansa» Aktiengesellschaft and Another, (The «Barenbels»), Court of Appeal, [1985] 1 Lloyd's rep. 528

Rank Enterprises Ltd. and Others v. Gerard, Queen's Bench Division (Commercial Court), [1999] 2 Lloyd's rep. 666

Rank Enterprises Ltd. and Others v. Gerard, Court of Appeal, [2000] 1 Lloyd's rep. 403

Lover

Avtl.	Lov 31. mai 1918 nr. 4. om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).
Tingl.	Lov 6. juni 1935 nr. 2. om tinglysning (tinglysningsloven).
Skl.	Lov 13. juni 1969 nr. 26. om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).
Mfl.	Lov 16. juni 1972 nr. 43. om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven).
Pantel.	Lov 8. februar 1980 nr. 2. om pant (panteloven)
Deknl.	Lov 8. juni 1984 nr. 59. om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
Kjl.	Lov 13. mai 1988 nr. 27. om kjøp (kjøpsloven).
Tvangsl.	Lov 26. juni 1992 nr. 86. om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).
Avhl.	Lov 3. juli 1992 nr. 93. om avhending av fast eiendom (avhendingslova).
Sjøl.	Lov 24. juni 1994 nr. 39. om sjøfarten (sjøloven).
Vogl.	Lov 14. mai 2004 nr. 24. om voldgift (voldgiftsloven).

Tvl.	Lov 17. juni 2005 nr. 90. om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 11. april 1980)
SGA	Sale of Goods Act 1979 [England].

Forarbeider

Innstilling VI fra Sjølovkomitéen	Utkast med motiver til lov om endring av skipregiserlovgivningen m.m. (sjøfartslovens kap. 1 og nytt kap. 2 m.m.), Oslo 1966.
NOU 1976:34	Lov om kjøp.
NOU 1976:61	Standardkontrakter.
Ot.prp.nr.9 (1935-1936)	Om lov om tinglysning.
Ot.prp.nr.80 (1986-1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980.
Ot.prp.nr.66 (1990-1991)	Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).
Ot.prp.nr.88 (1992-1993)	Om lov om endringer i lov 20. juli 1893 nr. 1 om Sjøfarten m.v. (arrest i skip).
NU 1984:5	Nordiska Köplagar.