

UiO : **Det juridiske fakultet**

Salg av skip «as she was at the time of inspection ...» i henhold til Saleform

En komparativ studie av reglene for annenhåndssalg av skip etter engelsk og norsk rett, med vekt på nyere rettspraksis/Union Power-dommen

Kandidatnummer: 774

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17972



Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING.....	1
2 METODISKE BEMERKNINGER.....	4
2.1 Rettskilder.....	4
2.1.1 Kontraktene.....	4
2.1.2 Sale of Goods Act 1979.....	4
2.1.3 Kjøpsloven – Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27.....	5
2.1.4 Rettspraksis (domstol og voldgift).....	5
2.2 Engelsk og norsk kontraktsrett – noen grunnleggende forskjeller.....	8
2.2.1 Kontraktstolkning.....	8
2.2.2 Kontraktsvilkår.....	10
2.2.2.1 Kontraktsvilkår etter engelsk rett.....	10
2.2.2.2 Kontraktsvilkår etter norsk rett.....	11
3 RETTSTILSTANDEN FØR UNION POWER-DOMMEN.....	12
3.1 Saleform klausul 11 – Tilstanden ved levering.....	12
3.2 «As she was» i Saleform klausul 11 – det samme som «as is»?.....	13
3.2.1 Engelsk rett.....	13
3.2.2 Norsk rett.....	15
3.3 Hvordan forstås «as is»?.....	16
3.3.1 «As is» etter engelsk rett.....	16
3.3.2 «As is» etter norsk rett.....	17
3.4 Betydningen av bakgrunnsretten.....	19
3.4.1 Bakgrunnsretten i England: Sale of Goods Act 1979.....	19
3.4.1.1 Materielle krav til salgsgjenstanden etter SGA.....	19
3.4.1.2 Adgangen til å fravike Sale of Goods Act.....	20
3.4.1.3 Betydningen av Sale of Goods Act ved salg basert på Saleform.....	22

3.4.2	Bakgrunnsretten i Norge: Kjøpsloven av 1988.....	23
3.4.2.1	Mangelsvurderingen ved alminnelig salg (ikke «as is»-salg).....	23
3.4.2.2	Mangelsvurderingen der «as is»-forbehold er tatt.....	24
3.4.3	Sammenlikning av engelsk og norsk løsning i loven.....	27
4	SITUASJONEN ETTER UNION POWER-DOMMEN.....	30
4.1	Om Union Power-dommen.....	30
4.1.1	Kort om sakens bakgrunn.....	30
4.1.2	Voldgiftsrettens avgjørelse.....	31
4.1.3	High Court's avgjørelse.....	32
4.2	Rettstilstanden i England etter Union Power-dommen.....	34
4.2.1	Presedensvirkningen av Union Power-dommen.....	34
4.2.2	Det «snevre» spørsmålet – betydningen av «as she was» i Saleform klausul 11	35
4.2.3	Det «videre» spørsmålet – er «as is»-forbehold tilstrekkelig til å fravike Sale of Goods Act?.....	37
4.2.4	Oppsummering.....	39
4.3	Har Union Power-dommen noen betydning for norsk rett – og i tilfelle i hvilken utstrekning?.....	40
4.3.1	Tolkningen etter norsk rett av standardvilkår utformet på engelsk.....	40
4.3.2	Bør Union Power-dommen tillegges vekt ved tolkningen etter norsk rett?.....	43
4.4	Sammenfatning.....	48
5	«ENTIRE-AGREEMENT»-KLAUSULEN I SALEFORM 2012.....	49
5.1	Kort om bakgrunnen for at «entire agreement»-klausulen ble innført i Saleform 2012.....	49
5.2	Hva er en «entire agreement»-klausul?.....	49
5.3	Om Saleform 2012 klausul 18.....	50
5.4	Engelsk rett.....	51
5.5	Norsk rett.....	53
6	BETRAKTNINGER.....	58

7 LITTERATURLISTE..... 61

1 INNLEDNING

Salg av skip internasjonalt skjer i all hovedsak på basis av standardavtaler, fortrinnsvis Saleform, eventuelt Nipponsale eller Singapore Sale Form. Saleform er det klart mest benyttede formularet.¹ Kontraktene brukes både ved re-salg av skip som overtas rett fra verft, og ved annenhåndssalg ellers.

Når det gjelder skipets tilstand ved levering er det normale at skipet selges «as she was at the time of inspection, fair wear and tear excepted». Dette har generelt i bransjen vært oppfattet slik at det er et “as is” salg², kun med forbehold om vanlig slitasje fra inspeksjon til levering, og at de alminnelige regler i bakgrunnsretten, Sale of Goods Act (heretter «SGA») i England og kjøpsloven (heretter «kjl.») i Norge, har liten eller ingen betydning.³

High Court i England avsa nylig en dom om skipet Union Power (heretter Union Powerdommen⁴) som rokker ved dette, dels ved å fastslå at «as she was»-forbeholdet i Saleform klausul 11 ikke kan likestilles med «as is», og dels ved å legge til grunn (obiter) at de vanlige kravene i SGA om krav til salgsgjenstandens kvalitet ikke kan anses fraskrevet ved et eventuelt «as is»-forbehold. Dommen gir grunn til å gå gjennom rettsstilstanden på dette området, dels etter engelsk rett, dels etter norsk rett, og herunder drøfte hvorvidt rettsstilstanden i England kan tenkes å få innflytelse på norsk rett.

I internasjonale kontraktsforhold, og i særdeleshet innen shipping, er engelsk rett dominerende. Svært mange kontrakter om salg av skip har lovvalgsklausuler der engelsk rett legges til grunn. Dessuten har engelsk rett stor innflytelse i andre land som for eksempel Norge, i allfall innenfor shipping. Dette gjør det naturlig å ta utgangspunkt i

¹ Strong (2004) s. 1

² Se punkt 3.2 om dette

³ Sale of Goods Act 1979, og Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27

⁴ Dalmare SpA v. Union Maritime Ltd and Valor Shipping Limited (*Union Power*) [2012] EWHC 3537 (Comm)

engelsk rett, for deretter å se på rettstilstanden i Norge, og foreta en sammenlikning av hvordan disse spørsmålene vurderes i de to rettssystemene.

Jeg vil ta utgangspunkt i hvordan spørsmålet er regulert i Saleform. Bestemmelsene om skipets tilstand ved levering er imidlertid regulert på mer eller mindre identisk måte i de andre standardkontraktene Nipponale og Singapore Ship Sale Form, slik at drøftelsen vil ha betydning også for disse.

Oppgavens tema er nærmere bestemt hvordan «as she was»-forbeholdet i Saleform klausul 11 har blitt fortolket i engelsk og norsk rett, herunder om forbeholdet kan likestilles med et «as is»-forbehold, og om ordlyden er tilstrekkelig til å sette de alminnelige reglene i bakgrunnsretten til side. For å gi det fulle bildet av rettstilstanden på dette området, vil jeg se på situasjonen slik den var før Union Power-dommen ble avsagt, for deretter vurdere i hvilken utstrekning dommen endrer rettstilstanden i engelsk og eventuelt også norsk rett.

Som bakgrunn for drøftelsen vil jeg først gi en nærmere beskrivelse av de aktuelle kontraktene og de sentrale rettskildene (punkt 2.1). Deretter vil jeg redegjøre for visse hovedtrekk ved engelsk og norsk kontraktsrett og forskjellen mellom disse (punkt 2.2). Det er hensiktsmessig å gi en generell fremstilling av dette, ettersom det har betydning for drøftelsene senere i oppgaven. I engelsk og norsk rett tilnærmer man seg tolkningsprosessen på noe ulik måte, og dette har betydning for forståelsen av «as she was»-forbeholdet.

Etter dette vil jeg først gi en redegjørelse for hvordan «as she was»-forbeholdet har blitt tolket i norsk og engelsk rett forut for Union Power-dommen (punkt 3.2). Deretter vil jeg se på i hvilken utstrekning bakgrunnsretten kom til anvendelse ved salg på slike vilkår og i såfall hvilken betydning dette hadde før Union Power-dommen ble avsagt (punkt 3.4).

Etter å ha sett på rettstilstanden før Union Power-dommen vil jeg redegjøre for dommen og

dens betydning for rettsstilstanden i England, for deretter vurdere nærmere hvorvidt, og i tilfelle i hvilken utstrekning, dommen kan tenkes å få betydning også i norsk rett.

Avslutningsvis vil jeg se på «entire agreement»-klausulen som ble innført i Saleform 2012 som en alternativ måte å fraskrive eller sette til side bakgrunnsretten på (punkt 5). Ettersom Union Power-dommen rokker ved oppfatningen om at «as she was»-forbeholdet i Saleform klausul 11 er tilstrekkelig til å sette til side bakgrunnsretten, er det interessant å vurdere om «entire agreement»-klausulen er et tilstrekkelig alternativ. Til slutt gir jeg en vurdering av Union Power-dommen og dens betydning (punkt 6).

2 METODISKE BEMERKNINGER

2.1 Rettskilder

2.1.1 Kontraktene

Som nevnt skjer salg av brukte («second hand») skip internasjonalt hovedsakelig ved bruk av standardkontrakter, i de fleste tilfeller den norske standarden «Saleform». Kontrakten er utarbeidet av Norsk Skibsmeglerforbund, første gang i 1948⁵. Saleform er utformet av meglere, med sikte på å beskytte begge parters interesser. Kontrakten er med andre ord ikke ensidig utarbeidet på selger- eller kjøpersiden. Avtalen er anerkjent og «adopted» av The Baltic and International Maritime Council («BIMCO»), som er den største private shippingorganisasjon internasjonalt. Saleform har blitt revidert i 1956, 1966, 1983, 1987, 1993 og nå senest i 2012. Tidligere het kontrakten «Norwegian Saleform» («NSF»), men dette ble endret til kun «Saleform» i 1993-versjonen. Når jeg i det følgende refererer til «Saleform» sikter jeg derfor til Saleform 1993, mens jeg vil omtale den nyeste versjonen som Saleform 2012. Jeg vil fokusere på de to siste versjonene. 1993-versjonen er mest i bruk i øyeblikket, men det forventes at 2012-versjonen gradvis vil overta.

2.1.2 Sale of Goods Act 1979

Sale of Goods Act er den engelske kjøpslov og regulerer kjøp og salg av løsøre i næringsvirksomhet. Loven konsoliderer den originale Sale of Goods Act 1893 (og senere lovgivning), som i sin tur var en kodifisering av allerede eksisterende common law.⁶ Loven gjelder når eiendomsretten til «goods», eller løsøre, blir overdratt mot økonomisk vederlag), se SGA s. 2.

⁵ Strong (2004) s. 1

⁶ Strong (2004) s. 23

Loven definerer «goods» i s. 61 slik at «all personal chattels other than things in action or money» omfattes. Det har i rettspraksis blitt slått fast at uttrykket «goods» også inkluderer skip⁷, og det er ikke noe ellers i lovt teksten som forhindrer at loven får anvendelse på brukte skip. At skip er «goods» i lovens forstand ble også fastslått i Union Power-dommen, avsnitt 24. Loven er generelt fravikelig, jf. SGA s. 55 (se punkt 3.4.1.2 om dette).

2.1.3 Kjøpsloven – Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27

Kjøp og salg av skip er nesten unntaksfritt næringskjøp mellom profesjonelle parter, og kjøpsloven kommer til anvendelse på slike kontrakter, jf. kjl. § 1. I lovens § 3 fremgår det at bestemmelsene er deklarasjonelle, slik at loven ikke gjelder der annet følger av partenes avtale, etablert praksis og annen handelsbruk og sedvane som «må anses bindende mellom partene». Det finnes en omfattende rettspraksis der kjøpsloven brukes for å tolke og utfylle individuelt bestemte kjøpekontrakter i henhold til Saleform.⁸

2.1.4 Rettspraksis (domstol og voldgift)

Innen shipping finnes det i engelsk rett en betydelig mengde voldgiftspraksis og også rettspraksis fra domstolene, noe som henger sammen med at partene i internasjonale kontrakter ofte er enige om å legge engelsk rett til grunn for kontrakten. Også i norsk og skandinavisk rett har man en ikke ubetydelig voldgifts- og rettspraksis på dette området. Når det gjelder den konkrete problemstilling i denne oppgaven er imidlertid omfanget av rettspraksis langt mer beskjedent. Det som finnes er i stor grad voldgiftspraksis (i motsetning til rettspraksis fra domstolene), og jeg finner det derfor på sin plass å drøfte den rettskildemessige relevans og vekt av voldgiftspraksis i norsk og engelsk rett.

⁷ Ernst Behnke v Bede Steam Shipping Company Ltd (27 L1. L Rep.24) og Lloyd Del Pacifico v Board of Trade (35 L1. L Rep 217) CA.

⁸ Se eksempelvis ND 2003 s. 310

Generelt er det meget vanlig å avtale voldgift i kommersielle kontrakter, og på visse rettsområder er utvalget av saker som går for de alminnelige domstolene ikke representativt. På slike rettsområder er det grunn til å legge vekt på voldgiftspraksis som rettskilde, men det er ulikt syn på hvilken rettskildemessig vekt voldgiftssommer skal tillegges.⁹

I norsk rett er utgangspunktet at voldgiftsdommer kan publiseres, så lenge partene ikke har avtalt noe annet, jf. voldgiftsloven § 5. Partene har mulighet til å velge at avgjørelsen ikke skal bli offentlig. Det er dermed tilfeldig hvilke avgjørelser som blir offentlig kjent, noe som kan gjøre det vanskelig å vurdere hvilken vekt en avgjørelse bør ha. Innenfor noen rettsområder, spesielt innen shipping, har det imidlertid lyktes å få til en mer systematisk publisering av voldgiftsdommer, i Nordiske Domme i Sjøfartsanliggende (ND).¹⁰

Generelt må voldgiftsdommer betraktes som relevante meningsytringer fra presumtivt kompetent hold, og må på dette grunnlag kunne påberopes og anvendes som en rettskilde i vid forstand, på linje med de underordnede domstolers praksis.¹¹ På en del områder er det grunn til å vektlegge voldgiftspraksis betydelig sterkere. Dette gjelder på rettsområder som skipsbygging, salg av skip, befraktning mv., hvor voldgift er den helt dominerende form for konfliktløsning. På disse områder er det først og fremst voldgiftsdommerne som står for rettsutviklingen gjennom domspraksis.¹² Enda mer gjelder dette voldgiftsdommer som er blitt omtalt og kanskje kommentert i teorien, og som forretningslivet har innrettet seg etter.¹³

I motsetning til i engelsk rett kan voldgiftsdommer ikke ankes etter norsk rett. For mange er det en betydelig fordel ved voldgift at tvisten bare kan prøves i én instans.

⁹ Hagstrøm (2009) s. 56

¹⁰ Hagstrøm (2009) s. 56

¹¹ Brækhus (1990) s. 460

¹² Brækhus (1990) s. 459

¹³ Brækhus (1990) s. 460

Motargumentet er at en ankemulighet gir større rettsenhet og forutberegnelighet. Selv om det ikke er ankeadgang til domstolene, har domstolene imidlertid en viss adgang til å sette til side voldgiftsdommer dersom det har blitt begått grove feil under saksbehandlingen, jf. voldgiftsloven kap. 9. I norsk rett hvor man ikke har ankeadgang og en meget stor del av denne typen saker avgjøres ved voldgift, gjerne av erfarne voldgiftsdommere med spesialkompetanse innenfor dette området, og hvor mange av voldgiftsdommene blir publisert, er det grunn til å tro at voldgiftsdommer tillegges større vekt som rettskilde enn det som synes å være tilfelle i engelsk rett.

Det er særlig to grunner til at voldgiftsavgjørelser etter engelsk rett synes å ha en svakere rettskildemessig betydning enn etter norsk rett. For det første publiseres ikke voldgiftsavgjørelser etter engelsk rett. Det er ulovfestet rett at voldgiftsavgjørelser er «private and confidential».¹⁴ Dette minsker den rettskildemessige vekt av voldgiftspraksis. For det andre er det i henhold til Arbitration Act 1996 en viss adgang til å anke voldgiftsavgjørelser inn for de alminnelige domstoler. Adgangen er svært begrenset og gjelder kun juridiske spørsmål, gjerne av prinsipiell betydning eller liknende, jf. Arbitration Act s. 69¹⁵ (bestemmelsen er omfattende og det vil føre for langt å gå i detalj om bestemmelsens innhold). At domstolene har en viss prøvelsesrett kan bidra til større rettsenhet og forutberegnelighet. Dette kan være en forklaring på hvorfor voldgiftspraksis synes ha mindre vekt som rettskilde i engelsk enn i norsk rett, ettersom man i engelsk rett heller ser hen til avgjørelser fra domstolene. Adgangen til å anke voldgiftsavgjørelser til High Court har også tidligere vært begrenset, men ble ytterligere snevret inn ved Arbitration Act 1996, noe som har ført til en ytterligere reduksjon i antallet publiserte voldgiftsavgjørelser angående Saleform.¹⁶

¹⁴ Merkin (2005) s. 283-285

¹⁵ Som vi skal se nedenfor (punkt 4.1.3) fikk selgerne adgang til å anke voldgiftsavgjørelsen om Union Power til High Court på grunnlag av at spørsmålet i saken var av generell interesse og viktighet («general public importance»)

¹⁶ Strong (2004) s. 193

2.2 Engelsk og norsk kontraktsrett – noen grunnleggende forskjeller

Jeg finner det hensiktsmessig innledningsvis å redegjøre for noen grunnleggende forskjeller mellom engelsk og norsk kontraktsrett, ettersom disse forskjellene har betydning for den videre drøftelsen. I punkt 2.2.1 tar jeg for meg visse hovedprinsipper for kontraktstolkning under norsk og engelsk rett. I punkt 2.2.2 om «Kontraktsvilkår» redegjøres det for det særlige systemet i engelsk rett om inndelingen i type kontraktsvilkår, noe som får betydning for hva som skal til for å sette deklarasjonslov til side. Systemet sammenliknes deretter med det norske.

2.2.1 Kontraktstolkning

Common law og civil law jurisdiksjonene bygger på ulike tradisjoner for kontraktstolkning. Generelt kan man si at mens common law-systemet tar utgangspunkt i en objektiv tilnærming med særlig vekt på en bokstavelig tolkning av kontrakten, har civil law-systemet en subjektiv tilnærming som ser utover ordlyden og legger særlig vekt på partenes felles intensjoner.¹⁷ Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt, og ved nærmere analyse er forskjellen neppe så stor som den ser ut ved første øyekast.

Tradisjonelt har engelsk kontraktstolkning basert seg på tolkningsprinsipper som tar sikte på å skape forutberegnelighet for partene.¹⁸ Domstolene har derfor begrenset seg til å lete innenfor kontraktens fire hjørner for å finne partenes intensjon, den såkalte «four corners rule»¹⁹. Videre har det utviklet seg en regel kalt «parol evidence rule» som fastslår at dersom kontrakten er skriftlig, utgjør det som er skrevet den fullstendige kontrakten²⁰. Dette innebærer at partene ikke kan fremlegge ytre bevis, og spesielt ikke muntlige bevis,

¹⁷ Rosengren (2013) s. 2

¹⁸ Hagstrøm (2009) s. 43

¹⁹ Poole (2010) s. 235

²⁰ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 864

for å «add, vary or contradict that writing»²¹. Ved ikke å ta i betraktning annet enn det som fremgår av den skriftlige kontrakten, er «parol evidence rule» egnet for å fremme forutberegnelighet. Dette kan imidlertid gå på bekostning av rimelighetssynspunkter ettersom det etter omstendighetene kan være klart at andre vilkår enn de skriftlige var avtalt mellom partene. Av denne grunn har domstolene utviklet en rekke unntak fra denne regelen.²² Et unntak fra regelen er at den bare får anvendelse på uttrykkelige kontraktsvilkår, slik at den ikke forhindrer at kontraktsvilkår innfortolkes i kontrakten (se punkt 3.4.1.1 under).²³

En viktig avgjørelse av House of Lords fra 1998 («*West Bromwich*»)²⁴, oppsummerte en utvikling som hadde funnet sted i rettspraksis, som gradvis hadde gått fra en bokstavelig tolkning av kontrakter mot en kontekstuell kontraktstolkning.²⁵ Lord Hoffmann fastslo at man ved kontraktstolkningen kunne og skulle ta i betraktning den videre «matrix of fact» for å tolke kontrakten i overensstemmelse med «business common sense». Kontrakten skal således tolkes i den konteksten den ble utformet i, med all den bakgrunnsinformasjon partene hadde på kontraktstidspunktet, slik som tidligere avtaler og formålet med kontrakten. Det ble likevel gjort unntak for «pre contractual negotiations», som det ikke er adgang til å ta i betraktning. Disse prinsippene for kontraktstolkning ble bekreftet av House of Lords i *Chartbrook*-dommen.²⁶ Med unntak for adgangen til å ta tidligere forhandlinger i betraktning ved kontraktstolkningen, er skillet mellom common law og civil law tradisjonene for kontraktstolkningen dermed ikke så skarpt som det tradisjonelt har vært.

²¹ *Henderson v Arthur* [1907] 1 KB 10

²² *Chitty on Contracts*, Volume I (2008) s. 864

²³ *Poole* (2010) s. 210, *Chitty on Contracts*, Volume I (2008) s. 867

²⁴ *ICS Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896

²⁵ *Grant* (2010) s. 6182

²⁶ *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] 3 WLR 267

2.2.2 Kontraktsvilkår

2.2.2.1 Kontraktsvilkår etter engelsk rett

Kontraktsvilkår kan i engelsk kontraktsrett være uttrykkelig avtalt mellom partene i kontrakten, eller innfortolkes i kontrakten etter bakgrunnsretten, i henhold til lov eller på annet grunnlag. Som jeg kommer tilbake til fastslår SGA at enkelte vilkår skal innfortolkes i kontrakter basert på engelsk rett.

På ett viktig område skiller engelsk kontraktsrett seg fra norsk. Engelsk kontraktsrett deler inn kontraktsvilkår etter vilkårenes viktighetsgrad i tre generelle klasser:

1. «Conditions» er viktige vilkår som sies å gå til kontraktens kjerne, og ethvert brudd på en «condition» gir den uskyldige part en rett til å avslutte kontrakten og kreve erstatning, eller han kan velge å fastholde kontrakten og kreve erstatning for kontraktsbruddet.²⁷
2. «Warranties» er motsatsen til «conditions». Brudd på en «warranty» gir rett til erstatning, men gir ingen rett til å avslutte kontrakten.²⁸
3. «Innominate terms» er en mellomgruppe. Brudd på slike vilkår vil noen ganger, men andre ganger ikke, ha de samme virkninger som brudd på «conditions», avhengig av alvorlighetsgraden på bruddet.²⁹

Som beskrevet over er dette skillet viktig for hvilke misligholdsbeføyelser en kan kreve ved brudd på de ulike typer kontraktsvilkår. Det som er relevant i denne sammenheng er at dette skillet også er viktig fordi det er vanskeligere å kontrahere seg bort (ved å ta forbehold) fra innfortolkede vilkår som etter bakgrunnsretten er «conditions» enn vilkår som bare er «warranties». Som vi skal se er vilkårene som iht. SGA som skal innfortolkes

²⁷ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 825

²⁸ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 825

²⁹ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 825.

når det gjelder salgsgjenstandens kvalitet, å anse som "conditions". De nærmere reglene om SGA's krav til salgsgjenstandens kvalitet, og hva som skal til for å fravike disse, kommer jeg tilbake til i pkt. 3.4.1.

2.2.2.2 Kontraktsvilkår etter norsk rett

I norsk rett har vi ikke den ovennevnte inndelingen av kontraktsvilkår. I forhold til hevningsretten er det nærliggende å sammenlikne norske kontraktsvilkår generelt med «innominate terms», slik at det er alvorlighetsgraden av kontraktsbruddet som er det avgjørende, ikke hva slags type kontraktsvilkår man står overfor.

I engelsk rett er skillet mellom kontraktsvilkårene som nevnt av betydning for hvilke krav som stilles for at en ansvarsfraskrivelse skal stå seg. Selv om det ikke er en slik inndeling av kontraktsvilkår i norsk rett, har man også i norsk rett tolkningsprinsipper som i resultat likner den engelske løsning. Det synes å være en tendens i rettspraksis til å underkjenne allment avfattede ansvarsfraskrivelser, dersom en full anvendelse av fraskrivelsen ville innebære at betydningsfulle kontraktsbrudd blir uten virkninger.³⁰ Metodene domstolene anvender er blant annet restriktiv tolkning. Det har dermed utviklet seg et prinsipp om at det kreves klar ordlyd for å fraskrive seg betydelige mangler.³¹ I Rt. 1926 s. 535 ble det uttalt at klausulen måtte være gitt et meget klarere uttrykk dersom den skulle antas å fraskrive «alt ansvar for selv den betydeligste skjulte feil» (s. 538). Forskjellen mellom engelsk og norsk rett er at man ved den norske løsning legger avgjørende vekt på konsekvensen av en gitt avtaleklausul i det konkrete tilfelle, og ikke opererer med ulike kategorier av kontraktsforpliktelser.

³⁰ Hagstrøm (1996) s. 22

³¹ Hagstrøm (2009) s. 330

3 RETTSTILSTANDEN FØR UNION POWER-DOMMEN

3.1 Saleform klausul 11 – Tilstanden ved levering

Klausul 11 omhandler skipets tilstand ved levering. Første ledd bestemmer:

“11. Condition on delivery

- (1) The Vessel with everything belonging to her shall be at the Seller's risk and expense until she is delivered to the Buyers, but subject to the terms and conditions of this Agreement she shall be delivered and taken over as she was at the time of inspection, fair wear and tear excepted.” (Min understrekning).

Bestemmelsen fastslår at risikoen for tap, forringelse eller skade på skipet forblir hos selgeren inntil skipet leveres til kjøperen. Hovedregelen er at skipet skal leveres i den tilstand det var på tidspunktet for inspeksjon. Denne hovedregelen er underlagt enkelte unntak.

For det første er det gjort unntak for «fair wear and tear» (alminnelig slit og elde). Dette er en rimelig bestemmelse, ettersom skipet normalt fortsetter å være i bruk frem til leveringen. Unntaket for «fair wear and tear» innebærer ikke at selgeren kan overse normalt vedlikehold etter at salgsavtalen er inngått.³² Selgeren har en plikt til å vedlikeholde skipet på en forsvarlig måte i perioden mellom inspeksjon og levering.³³ Tvist om det har skjedd en forringelse av skipets tilstand i denne perioden kan lettere oppstå når det er lang tid mellom inspeksjon og levering, enn når leveringen skjer rett etter inspeksjonen.

For det annet er det i annet ledd tre unntak som alle knytter seg til skipets klasse og sertifikater. Skipet skal leveres «with her class maintained free of any class conditions or

³² Goldrein (2008) s. 165

³³ Goldrein (2008) s. 165

recommendations», «free of average damage affecting the Vessel's class» og «with the ship's class/national/other certificates valid and unextended and free from any conditions or recommendations». Disse unntakene er imidlertid ikke tema for oppgaven, så jeg går ikke nærmere inn på dette.

I NSF 1983 og 87 var ordlyden «as she *is* at the time of inspection». Dette ble endret i 1993-versjonen til «as she *was*». Klausul 4 oppstiller alternative løsninger for tilfeller hvor skipet er inspisert før avtaleinngåelsen (punkt a), og hvor skipet først skal inspiseres etter avtaleinngåelsen (punkt b). Endringen til «as she *was*» reflekterer at det er vanlig at kontrakten signeres *etter* kjøperens inspeksjon av skipet (klausul 4a) eller under enhver omstendighet at inspeksjon skjer før levering, og dermed er «as she *was*» grammatisk mer korrekt enn alternativet. Bortsett fra denne språklige rettelsen var det ikke tilsiktet å endre meningsinnholdet av klausulen, slik at rettspraksis fra 1987-versjonen fortsatt er relevant.³⁴

3.2 «As she was» i Saleform klausul 11 – det samme som «as is»?

I det følgende skal jeg se på hvordan ordlyden i Saleform klausul 11 «as she was...» tradisjonelt har blitt oppfattet, herunder hvorvidt det har samme meningsinnhold som et alminnelig «as is»-forbehold. I punkt 3.3 drøfter jeg hva som ligger i et alminnelig «as is»-forbehold.

3.2.1 Engelsk rett

Det er så vidt meg bekjent ingen publiserte dommer som uttrykkelig sier at «as she was»-forbeholdet er det samme som et alminnelig «as is»-forbehold i engelsk rett. De fleste saker om Saleform avgjøres ved voldgift, og disse publiseres i all hovedsak ikke. Selv om flere av de publiserte voldgiftsavgjørelsene omhandler Saleform klausul 11, har ikke spørsmålet om «as she was» betyrt det samme som «as is» blitt satt på spissen i disse sakene. Ettersom

³⁴ Strong (2004) s. 144 flg.

hovedoppfatningen i bransjen (se nedenfor) synes å ha vært at klausul 11 er en «as is»-bestemmelse kan det også tenkes at det har vært ansett som så åpenbart at det ikke har vært nødvendig å si dette direkte. I «*The Rewa*»³⁵ som ble avgjort av Court of Appeal i februar 2012 uttalte Lord Justice Aikens om klausul 11 i avsnitt 27: «The basic agreement between the parties is that the vessel is to be delivered and taken over «...as she was at the time of inspection». In short, this is an «as was» sale and purchase contract.» Dette ble av selgerne i Union Power-saken tatt til inntekt for at Aikens LJ anså dette som et «as is»-forbehold. Dommeren i Union Power-saken var imidlertid uenig i dette.

Det synes klart at den generelle bransjeoppfatning har vært at salg på basis av Saleform 1993 (og tidligere versjoner av Saleform) er «as is»-salg. Dette har kommet til uttrykk blant annet i artikler om Saleform utgitt av praktiserende i bransjen, og på seminarer og liknende.³⁶

Denne oppfatningen har også vært den dominerende i juridisk litteratur om kjøp og salg av skip basert på Saleform. Det er særlig to bøker som er sentrale på dette området; «*Sale of Ships – The Norwegian Saleform*» og «*Ship Sale and Purchase*».³⁷ I den førstnevnte boken skriver Strong og Herring om kravet i klausul 11 om at skipet skal leveres og overtas «as she is» (1987-versjonen): «Despite the familiarity of this expression (*and alternatives such as «as is» or «as is, where is»*) there appears to be little modern English case authority on its precise meaning»³⁸. Deretter drøfter forfatterne endringen i Saleform 1993 fra «as she is» til «as she was» og uttaler at utover den grammatiske endringen, er innholdet det samme som i 1987-versjonen.³⁹ Strong og Herring legger til grunn at «as she was»-forbeholdet i Saleform 1993 tilsvarer et alminnelig «as is»-forbehold.⁴⁰ Også Goldrein

³⁵ Polestar Maritime Ltd v YHM Shipping Co Ltd and another («The Rewa»)

³⁶ Herring, Khan and Goldsmith (Ince&Co) (2013), «Warning – Saleform 93 – new English judgement» (2013) s.1, McGladdery og Hagberg (Wikborg Rein) (2013), McMahan i Lloyd's List (2013), Grotmol (1998) s. 5582, Scheel (2011) s. 23

³⁷ Strong (2004) og Goldrein (2008)

³⁸ Strong (2004) s. 128 (min utheving)

³⁹ Strong (2004) s. 144

⁴⁰ Strong (2004) s. 126-156

legger til grunn at «as she was»-forbeholdet er en «as is»-bestemmelse i sin drøftelse av klausul 11 i Saleform 1993.⁴¹

På denne bakgrunn synes det klart at den generelle oppfatningen har vært at «as she was»-forbeholdet innebærer et «as is»-forbehold etter engelsk rett, selv om det ikke er noen domsavgjørelser som har tatt stilling til dette (før Union Power-dommen).

3.2.2 Norsk rett

Tilsvarende som etter engelsk rett har den rådende oppfatningen i bransjen vært at "as she was"-forbeholdet i Saleform klausul 11 også etter norsk rett er et "as is"-forbehold.⁴²

Saleform klausul 11 har gjennomgått en rekke mindre endringer siden de tidligste versjonene. Om Saleform (1956) skriver Brækhus⁴³ at klausul 11 i Saleform (1956) inneholder et «as is»-forbehold. «I de vanlige kontrakter om kjøp og salg av skib gis «as is» prinsippet anvendelse også på de skjulte feil og mangler. I Salgsform 1956 finnes regelen i § 11 ...»⁴⁴ 1956-versjonen skiller seg fra 1993-versjonen ved at skipet skal leveres og overtas i «den stand det befinner seg i leveringsøyeblikket», mens det i Saleform 1993 heter «as she was at the time of *inspection*, fair wear and tear excepted». Det har altså skjedd en endring til fordel for kjøper i de senere versjoner av Saleform der tilstanden på inspeksjonstidpunktet er avgjørende. Denne endringen var ikke ment å reflektere en endring av bestemmelsens «as is»-karakter (se nedenfor).

I 1987-versjonen var ordlyden i klausul 11 «as she is at the time of inspection». Denne

⁴¹ Goldrein (2008) s.165 flg.

⁴² Grotmol (2011) s. 5582, Scheel (2011) s. 23, McGladdery og Hagberg (2013)

⁴³ Brækhus (1968) s. 343

⁴⁴ Brækhus (1968) s. 343. Se også ND 1960 s. 535 der det ble uttalt at klausul 11 i Saleform 1956 er en «as is»-bestemmelse.

versjonen var også ansett som et «as is»-forbehold både i rettspraksis og i juridisk teori.⁴⁵ I 1987-versjonen ble det imidlertid innført en mindre endring hvoretter selgerne pliktet å underrette klassen om forhold de ble kjent med forut for leveringen som ville kunne medføre pålegg fra klassen. Denne endringen innebar en liten modifikasjon i «as is»-prinsippet som i utgangspunktet er et «selgervennlig» prinsipp. Endringen førte imidlertid til en rekke tvister, og var hovedgrunnen til at ordlyden ble endret til en ren «as is»-bestemmelse i Saleform 1993 (med de nevnte unntak i punkt 3.1).⁴⁶ Også i den juridiske teori ble klausul 11 i Saleform 1993 ansett som en «as is»-bestemmelse.⁴⁷

Rettsoppfatningen i norsk rett på bakgrunn av rettspraksis, bransjeforståelse og juridisk litteratur er sammenfatningsvis at «as she was»-forbeholdet i Saleform klausul 11 må leses som et alminnelig «as is»-forbehold anvendt på situasjonen på inspeksjonstidspunktet istedenfor leveringstidspunktet.

3.3 Hvordan forstås «as is»?

3.3.1 «As is» etter engelsk rett

Ordlyden «as she was» i Saleform klausul 11 har som illustrert over blitt tolket på samme måte som alminnelige «as is»- eller «as is, where is»-forbehold. Et «as is»-forbehold ble i

⁴⁵ Krüger (1989) s. 295 og s. 470, og eksempelvis lagmannsrettsdom inntatt i ND 2003 s. 310 om salg av brukt skip basert på Saleform 1987 hvor klausul 11 ble ansett som en «as is»-bestemmelse. Se også voldgiftsdom inntatt i ND 1994 s.218 om Saleform 1987, der det ble uttalt at klausul 11 inneholder et «as is»-forbehold.

⁴⁶ Scheel (2011) s. 23, Se også Bimco's Explanatory Notes to Saleform 1993

⁴⁷ Falkanger, Bull, Brautaset (2011) s. 116 «The starting point is that the sale is «as is», see clause 11. The ship is sold in its current condition with whatever faults or defects it has, regardless of whether they are apparent or latent». Krüger (1999) s. 233: "Ved salg av skip under "Norsk Salgsform" (gjeldende versjon fra 1993) er det videre klart forutsatt at fartøyet overtas "as is" med kjøperrisiko for eldre slitasje (pkt 11)".

«The Morning Watch»⁴⁸ definert slik:

«The term «as is» has a clearly recognised meaning in a contract of sale. The purchaser takes the object sold as he finds it without any warranty as to quality or condition».

Uttrykket ble også vurdert i en kanadisk sak kalt MacLeod v Ens.⁴⁹ Kanadisk rett har tradisjonelt vært basert på engelsk rett, og tillegges betydning i England på linje med andre common law-jurisdiksjoner. Her uttalte retten:

«When used with reference to a sale, people generally take the term «as is» to mean that the product is bought and sold in the condition in which it then exists, for better or for worse, with altogether no warranties in relation to quality, durability, or fitness, and with the entire risk in those respects to be borne by the Buyers».

Selv om disse vurderingene av uttrykket ble gitt obiter, gir de et dekkende bilde av hva som generelt er akseptert som betydningen av «as is»-uttrykket blant praktiserende jurister, nemlig at kjøperen overtar skipet i den tilstand det er på tidspunktet som er definert i kontrakten, med alle feil inkludert.

3.3.2 «As is» etter norsk rett

En «as is»-klausul er et alminnelig forbehold, det vil si at selgeren søker å frasi seg *enhver* risiko for egenskaper ved ytelsen uansett hva som måtte inntre, i motsetning til å fraskrive seg krav på grunn av spesifikke forhold.⁵⁰ Slike forbehold brukes gjerne ved salg av brukte gjenstander, for eksempel ved salg av brukte skip. «As is»-klausuler eller liknende «som den er»-forbehold, går etter sitt innhold ut på å sette de alminnelige mangelsregler til side, slik at en større del av risikoen for skjulte feil og mangler overtas av kjøperen gjennom

⁴⁸ Mariola Marine Corporation v Lloyd's Register of Shipping [1990] 1 Lloyd's Rep 547 s. 555-6

⁴⁹ MacLeod v Ens 1983 135 DRL 365

⁵⁰ Hagstrøm (2009) s. 328

forbeholdet, men ikke fullt ut ettersom bakgrunnsretten oppstiller visse minstekrav til salgsgjenstanden.

I norsk rett er «as is»-forbehold og tilsvarende alminnelige forbehold regulert i kjøpslovgivningen, i motsetning til hva som er tilfelle i engelsk rett. Kjøpsloven regulerer kjøp på «as is»-vilkår i § 19. Bestemmelsen angir tre unntak/modifikasjoner i «as is»-prinsippet. Dette kommer jeg nærmere inn på i punkt 3.4.2.2 under.

Hva som nærmere bestemt ligger i et «as is»-forbehold, beror på en tolkning av kontraktsvilkårene det ellers er en del av. I Rt. 1982 s. 1357 ble resultatet bygget på en tolkning av kontraktsvilkårene. Saken gjaldt salg av en bygning «i foreliggende stand», altså et alminnelig forbehold. En tid etter overtagelsen brøt bygningen sammen på grunn av snøbelastning på taket. Til tross for at bygningen var solgt med et alminnelig forbehold, fant Høyesterett at kjøperen kunne gjøre gjeldende et erstatningskrav mot selgeren. Klausulen måtte tolkes slik at «den gjelder eventuelle mangler ved eiendommen av mer tradisjonell karakter, så som fysiske skader, dårlig håndverk eller andre forhold som ofte undersøkes og kontrolleres ved befaring ... Slik forstått gjelder ikke ansvarsfraskrivelsen for den grunnleggende mangel ved lagerbygningens konstruksjon, som danner grunnlaget for erstatningskravet her» (s. 1365).

Ved et «as is»-kjøp av brukte skip konkret, er synspunktet at kjøperen før han treffer sin avgjørelse får mulighet til å se skipet og deretter vurdere fritt om han vil ha det. Men dersom han først har bestemt seg for å kjøpe, får han ta skipet som det er. Funksjonelt hører derfor «as is»-prinsippet nøye sammen med kjøperens frie refusjonsrett.⁵¹ Som nevnt over må dette prinsippet sees på bakgrunn av kjøpslovens bestemmelser.

⁵¹ Brækhus (1968) s. 433

3.4 Betydningen av bakgrunnsretten

3.4.1 Bakgrunnsretten i England: Sale of Goods Act 1979

3.4.1.1 Materielle krav til salgsgjenstanden etter SGA

Kontraktsvilkårene i en kommersiell kontrakt kan enten være uttrykkelig avtalt mellom partene i kontrakten, eller bli innfortolket i henhold til bakgrunnsretten. SGA oppstiller en del vilkår som skal innfortolkes i salgskontrakter (med mindre annet gyldig avtales).

SGA s. 14 omhandler vilkår om kvalitet og egnethet som skal innfortolkes i salgskontrakter som reguleres av engelsk rett.

Seksjon 14 (2) av SGA bestemmer:

«Where the Seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality».

Plikten til å levere varer av tilfredsstillende kvalitet er absolutt, det nytter ikke å bevise at man har handlet etter beste evne.⁵² Seksjon 14 (2A) definerer tilfredsstillende kvalitet slik:

«... goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory...».

Referansen til en «reasonable person» antyder en objektiv standard, men det antas at en må ta i betraktning egenskaper ved den individuelle kjøper, og man må videre forutsette at «the reasonable person» er fullt kjent med varens tilstand (inkludert eventuelle skjulte mangler),

⁵² Grant v Australian Knitting Mills Ltd [1936] A.C. 85, 100

og at han med denne kunnskapen ville anse varen for å være av tilfredsstillende kvalitet.⁵³

Seksjon 14 (2B) bestemmer videre blant annet at «... the quality of the goods includes their state and condition...».

Brudd på et innfortolket vilkår etter s. 14 (2) gir kjøperen to valg. Enten kan han velge å avslutte kontrakten – ved å avvise varen – og i tillegg kreve erstatning, eller han kan fastholde kontrakten – med andre ord akseptere varen – og kreve erstatning.

3.4.1.2 Adgangen til å fravike Sale of Goods Act

Spørsmålet i det følgende er hva som etter engelsk rett kreves for at eksklusjonsbestemmelser som søker å sette bakgrunnsretten til side skal stå seg.

Utgangspunktet i engelsk rett er at de krav som oppstilles i SGA om krav til varens kvalitet mv. skal innfortolkes i kontrakten. SGA oppstiller også regler om hvordan man kan ekskludere slike innfortolkede vilkår. Dette reflekteres i seksjon 55 (1) som bestemmer:

«Where a right, duty or liability would arise under a contract of sale of goods by implication of law, it may (subject to the Unfair Contract Terms Act 1977) be negated or varied by express agreement, or by the course of dealing between the parties, or by such usage as binds both parties to the contract.»

Videre fremgår det av s. 55 (2):

«An express term does not negative a term implied by this Act unless inconsistent with it...».

Sammenfatningsvis kan de innfortolkede vilkår i SGA fravikes ved uttrykkelig avtale som

⁵³ Chitty on Contracts, Volume II (2008) s. 1442

er i uoverensstemmelse med SGA, på grunnlag av etablert praksis mellom partene, eller gjeldende bransjepraksis/kutyme.

Innfortolkede vilkår om beskrivelse, egnethet for formålet, tilfredsstillende kvalitet, og overensstemmelse med vareprøve er i SGA klassifisert som «conditions», se ss. 13(1A), 14 (6) og 15 (3). Hva skal så til for å avtale seg vekk fra vilkår som er «conditions»?

I rettspraksis har det blitt oppstilt krav om at ordlyden må være klar, hvis et slikt forbehold skal stå seg, når de relevante innfortolkede vilkårene som skal ekskluderes er «conditions», og ikke bare «warranties». Videre fremgår det av rettspraksis at prinsippet om klar ordlyd tolkes strengt når gjelder eksklusjon av «conditions».

I *The Mercini Lady*,⁵⁴ som gjaldt en kontrakt om salg av olje, var et av spørsmålene for retten om en klausul i avtalen ekskluderte s. 14(2) i SGA. Klausulens ordlyd var slik: «There are no guarantees, warranties or misrepresentations, express or implied [of] merchantability, fitness or suitability of the oil for any particular purpose or otherwise which extend beyond the description of the oil set forth in this agreement». Selv om dommeren hadde sympati med selgerens argument om at den naturlige forståelse av ordlyden var at partene hadde ment å ekskludere innfortolkede vilkår om «merchantability, fitness or suitability», følte han seg bundet av tidligere rettspraksis som sa at «conditions» ikke kan ekskluderes med henvisning til «guarantees», «warranties» eller «terms». Det er bruken av ordet «condition» som er nøkkelen. Ettersom avtalen ikke spesifikt ekskluderte «conditions», og siden s. 14 (2) er en «condition», var ordlyden ikke klar nok (se dommens avsnitt 48-53). Det var heller ingenting i klausulen som var i uoverensstemmelse med SGA.

Den nyeste bekreftelse av prinsippet om at det kreves klar ordlyd for å ekskludere «conditions» som skal innfortolkes etter loven, er *Air Transworld Ltd v Bombardier Inc*⁵⁵ fra 2012. Resultatet i denne saken ble imidlertid det motsatte av det i *Mercini Lady*. Retten

⁵⁴ *Bominflot v Petroplus Marketing («The Mercini Lady»)* [2010] EWCA Civ 1145; [2011] 1 Lloyd's Rep 442

⁵⁵ *Air Transworld Ltd v Bombardier Inc* [2012] EWHC 243 (Comm); [2012] 1 Lloyd's Rep 349

fant at ordlyden «all other ... obligations ... or liabilities express or implied arising by law» var tilstrekkelig vidt formulert til å ekskludere også «conditions» etter SGA. Dommeren kom til at denne formuleringen var vid nok til å ekskludere «conditions» selv om ordet «condition» ikke var brukt. Dommeren mente at ordlyden skilte seg fra den tidligere rettspraksis som hadde lagt til grunn at ordet «conditon» måtte brukes, ettersom ordlyden var vid nok til å omfatte kontraktuelle «conditions» uten tvetydighet.

Hva er så årsaken til at retten kom til ulikt resultat i de to dommene? Etter min oppfatning ble resultatet i *Air Transworld*-dommen motsatt av tidligere rettspraksis fordi partene ikke hadde forsøkt å liste opp de forskjellige kategorier av kontraktsvilkår som skulle ekskluderes, eksempelvis «warranties», «guarantees» og så videre. Hadde de hatt en slik ordlyd måtte ordet «conditions» vært uttrykkelig formulert i ansvarsfraskrivelsen, jf. den tidligere rettspraksis. Partene hadde istedet valgt en mye bredere ordlyd som omfattet alle disse typer kontraktsvilkår, og unngikk på denne måten «fellen» som man i de tidligere sakene hadde gått i, ettersom klausulen ikke hadde en uttømmende liste av hva som skulle ekskluderes. Problemet i de tidligere saker var at partene hadde forsøkt å kontaktsfeste nøyaktig hva som skulle ekskluderes, men uten å ta med en viktig kategori, nemlig «conditions».

Innfortolkede «conditions» kan som nevnt ekskluderes ved å avtaleregulere et alternativt system som fullt ut er i uoverensstemmelse med SGA. Et eksempel på dette er «entire-agreement»-klausuler. Saleform 2012 inneholder en «entire agreement»-klausul som tar sikte på å fravike bakgrunnsretten. Jeg kommer nærmere tilbake til denne i punkt 5 nedenfor.

3.4.1.3 Betydningen av Sale of Goods Act ved salg basert på Saleform

Virkingen av at det er tatt et «as is»-forbehold i kontrakten er ikke direkte regulert i SGA, slik det er i kjøpsloven (se under). Kreves det at skipet skal være av «satisfactory quality» etter s. 14 selv om et «as is»-forbehold er tatt, eller er et slikt forbehold tilstrekkelig til å

ekskludere SGA?

Frem til Union Power-dommen i desember 2012 hadde ikke dette spørsmålet blitt avgjort av engelske domstoler. Den generelle oppfatningen var som nevnt at «as she was»-forbeholdet i klausul 11 var et «as is»-forbehold. Uttrykket «as is» har blitt definert meget vidt i engelsk rettspraksis⁵⁶, og det har i teorien vært antatt at et slikt forbehold var tilstrekkelig til å møte kravet om en uttrykkelig avtale om å fravike de innfortolkede vilkår etter SGA s. 55.⁵⁷

Før Union Power var således den generelle rettsoppfatning etter engelsk rett at ved salg av skip på basis av Saleform klausul 11 skulle kjøper overta skipet i den tilstand det var på inspeksjonstidspunktet, med alle feil inkludert og uten et krav til kvalitet i henhold til SGA s. 14 skulle innfortolkes. Ettersom det ikke forelå noen autoritative avgjørelser om dette spørsmålet, var svaret likevel ikke klart.

3.4.2 Bakgrunnsretten i Norge: Kjøpsloven av 1988

3.4.2.1 Mangelsvurderingen ved alminnelig salg (ikke «as is»-salg)

Utgangspunktet ved mangelsvurderingen etter norsk rett er kjl. § 17 om varens egenskaper. Varen skal være i overensstemmelse med det som er avtalt, jf. første ledd. Skipet er med andre ord beheftet med en mangel hvis det ikke har de egenskaper det skal ha ifølge kontrakten og partenes relevante forutsetninger.

Dersom det ikke er tilstrekkelige holdepunkter i avtalen til å fastslå om det foreligger en mangel, kommer bakgrunnsretten supplerende inn. Her må man falle tilbake på det såkalte «abstrakte mangelsbegrep», som innebærer at kjøperen må kunne kreve at skipet er

⁵⁶ The Morning Watch, MacLeod v Ens (se punkt 3.3.1)

⁵⁷ Strong (2004) s. 30 og Goldrein (2008) s. 68 og s. 238

brukbart til sitt formål og i jevnt god tilstand⁵⁸. Et overordnet krav er at selger plikter å levere «alminnelig god vare; vanlig god handelsvare», jf. Rt 1998 s. 774 (s. 781). En videreføring av dette prinsippet er at gjenstanden skal ha alminnelig funksjonsdyktighet i en rimelig driftsperiode. I Rt 1998 s. 774 forankret Høyesterett dette kravet i kjøpers «begrunnede normalforventning».⁵⁹ Også i kommersielle forhold gjelder kravet om alminnelig funksjonsdyktighet i en rimelig driftsperiode, jf. voldgiftsdommen Wingull, ND 1979 s. 231 (formann var professor Sjur Brækhus). Dette kravet er ikke uttrykkelig lovfestet i kjøpsloven, men enkelte av bestemmelsene må anses som viktige utslag av kravet.⁶⁰ Dette gjelder eksempelvis regelen i kjl § 17 (2) bokstav a om vanlig funksjonsdyktighet ved levering.

Tidspunktet for mangelsvurderingen er ved levering, jf. kjl. § 21 sammenholdt med § 13. Det er uten betydning om mangelen først viser seg senere, hvis den forelå skjæringstidspunktet, jf. kjl. § 21 (1). Essensen er dermed at skjulte mangler som eksisterer på leveringstidspunktet, men som materialiserer seg senere, ved alminnelige kjøp er selgers risiko hvis slike mangler gjør at varen ikke oppfyller de krav kjl. § 17 oppstiller. (Annerledes ved «as is»-kjøp, se under). Også etter Saleform klausul 11 er leveringstidspunktet avgjørende, men som vi har sett avviker bestemmelsen fra kjøpsloven ved at kravet til skipets tilstand knyttes til inspeksjonstidspunktet.

3.4.2.2 Mangelsvurderingen der «as is»-forbehold er tatt

Den norske kjøpsloven skiller seg fra den engelske ved at «as is»-kjøp er direkte regulert i loven (kjl. § 19). Ved «as is»-forbehold er det derfor ikke i norsk rett spørsmål om å fravike kjøpsloven i sin helhet, men derimot om i hvilken utstrekning de alminnelige mangelsregler i kjøpsloven er fraveket gjennom et «as is»-forbehold. I det følgende skal jeg se på hvilke rettsvirkninger det har i forhold til mangelsvurderingen at «as is»-forbehold er tatt. Jeg skal

⁵⁸ Brækhus (1968) s. 432

⁵⁹ Hagstrøm (2009) s. 154

⁶⁰ Hagstrøm (2009) s. 153

også se på spørsmålet om adgangen til å fravike kjøpsloven i sin helhet, nærmere bestemt de unntak fra «as is»-prinsippet som kjl. § 19 oppstiller. For å unngå dobbeltbehandling drøftes dette under punkt 5 om «entire agreement»-klausulen i Saleform 2012, ettersom denne klausulen søker å fraskrive kjøpsloven, herunder kjl. § 19.

Kjøpsloven § 19 første ledd bestemmer at selv om tingen er solgt «som den er» eller med tilsvarende alminnelige forbehold, foreligger det mangel ved tingen dersom vilkårene i paragrafens bokstav a, b, eller c er oppfylt. Som nevnt i punkt 3.2 over blir «as she was»-forbeholdet i Saleform klausul 11 tolket som et alminnelig «as is»-forbehold, slik at ved salg av skip på dette vilkår skal mangelsvurderingen foretas etter kjl. § 19.

«As is»-prinsippet er åpenbart fordelaktig sett fra selgerens side. Saleform har derfor tradisjonelt vært ansett som en selgervennlig kontrakt.⁶¹ Men prinsippet gjelder ikke uten unntak, og disse reguleres i kjl. § 19 bokstavene a-c.

Kjøpslovens § 19 bokstav a og b fastslår at alminnelige forbehold ikke beskytter selger mot krav som bygger på uriktige eller tilbakeholdte opplysninger (opplysningssvikt). Disse reglene er en kodifikasjon av tidligere rettspraksis, eksempelvis ND 1961 s. 141 *Thomhill ex Marosa* (voldgiftsdommer Sjur Brækhus) og ND 1983 s. 340.⁶² Dommene gjaldt salg av skip basert henholdvis på Saleform 1956 og 1966, og gjaldt «as is»-klausulens betydning når selgeren gir opplysning om skipet. Det ble i disse dommene oppstilt modifikasjoner i «as is»-prinsippet når det fra selger var gitt uriktige opplysninger om skipet.

Kjl. § 19 bokstav a regulerer tilfelle der selgeren har gitt uriktige opplysninger om salgsgjenstanden. Til tross for at skipet selges «as is» kan kjøperen gjøre mangelskrav gjeldende dersom selgerens opplysninger om skipet er uriktige og dette kan antas å virke inn på kjøpet. Bestemmelsen er omtrent likelydende med kjl. § 18 (1) om «Opplysning om egenskaper eller bruk» og er også ment å ha samme rekkevidde.⁶³

⁶¹ Scheel (2011) s. 23

⁶² Hagstrøm (2009) s. 329

⁶³ Krüger (1999) s. 240 og Bergem (2012)

Bokstav b får anvendelse der selgeren har misligholdt sin opplysningsplikt om «vesentlige forhold» ved skipet som han måtte kjenne til, og dette kan antas å ha innvirket på kjøpet. Hva som er «vesentlige forhold», må ses i lys av at det er tale om salg med «as is»-forbehold. At opplysningen har virket inn på kjøpet, vil i seg selv ikke være nok til at det er tale om vesentlige forhold. Det kreves derimot ikke at vilkårene for heving foreligger, jf RG 1998 s. 529 (Hålogaland).⁶⁴ Hva som ligger i kravet om hva selger «måtte kjenne til» illustreres ved ND 2003 s. 310 (Hålogaland), som gjaldt selgers ansvar for mangler etter salg av et brukt skip (Saleform 1987). Lagmannsretten fant at skjevheter i skipsmaskineriet ikke innebar en mangel etter kjl. § 19 bokstav b. Selgeren visste ikke om forholdet, og hadde ifølge førstvoterende etter omstendighetene «rimelig unnskyldning for å være uvitende om dette» ved kjøpets inngåelse. Vilåret om forhold «selger måtte kjenne til» var derfor ikke oppfylt.

Det vanskeligste spørsmål ved et «as is»-salg under norsk rett er terskelspørsmålet i bokstav c; når er skipet i «vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med» etter omstendighetene? Regelen i bokstav c kan beskrives som en særregel om bristende forutsetninger, som får gjennomslag selv i kjøp der det i utgangspunktet er kjøperen som har risikoen for egne forventninger.⁶⁵ Bestemmelsen pålegger selgeren ansvar for at skipet uansett forbehold holder et visst minstemål. Det forutsettes ikke noe klanderverdig forhold fra selgerens side, men et klart misforhold mellom skipets stand og det kjøperen hadde grunn til å vente.⁶⁶ Det er ikke kjøperens subjektive forventning som er avgjørende, men det kjøperen etter en objektiv vurdering kunne vente ut fra vilkårene for og omstendighetene omkring kjøpet.⁶⁷ «Vesentlighetskravet» setter terskelen for at kjøperen skal ha mangelskrav ved «as is»-kjøp høyt. Omstendighetene rundt et bruktkjøp overfører i seg selv en del av elde- og slitasjerisikoen til kjøper. I tillegg skal altså skipet være i vesentlig dårligere stand enn hva man etter omstendighetene kunne regne med. Tanken er

⁶⁴ Bergem (2012)

⁶⁵ Krüger (1999) s. 241

⁶⁶ Krüger (1999) s. 242

⁶⁷ Bergem (2012)

nok at en høy terskel i seg selv er konfliktavvergende.⁶⁸

Sammenfatningsvis innebærer dette at forskjellen mellom alminnelig kjøp og «as-is»-kjøp er at ved «as-is»-kjøp vil risikoen for skjulte/latente mangler som eksisterer på leveringstidspunktet overføres til kjøperen gjennom kjl § 19, med unntak av de tre situasjonene som oppstilles i bokstav a-c.

3.4.3 Sammenlikning av engelsk og norsk løsning i loven

SGA og kjøpsloven har visse forskjeller når det gjelder system og oppbygging. Kjøpsloven i Norge skiller seg fra SGA ved at «as is»-kjøp er direkte regulert i loven, jf. kjl. § 19. Ved bruk av Saleform klausul 11 i norsk rett kommer kjl. § 19 til anvendelse, og mangelsvurderingen foretas dermed på denne bakgrunn. I norsk rett bruker vi ikke uttrykket «implied term» eller innfortolkede vilkår om de deklatoriske bestemmelsene i kjøpsloven, men for sammenlikningens skyld kan en si at kravene til varen som oppstilles i kjl § 19 bokstav a-c må innfortolkes i partenes avtale ved salg «as is».

De ulike systemene i SGA og kjøpsloven når det gjelder «as is»-salg, får konsekvenser for betydningen av at det er tatt «as is»-forbehold. I England hvor «as is»-kjøp ikke reguleres i loven tas «as is»-forbehold på ordet, i den forstand at kjøperen overtar skipet i den stand det var ved inspeksjonstidspunktet (når salgskontrakten reguleres av Saleform).

Utgangspunktet etter gjeldende rettsoppfatning har derfor vært at «as is»-forbehold avskjærer kjøperens mangelskrav med hensyn til krav til varens kvalitet som oppstilles i SGA. I norsk rett innebærer reguleringen av «as is»-klausulen i kjøpsloven at begrepet «as is» må forstås med enkelte modifikasjoner. At skipet selges «as is» avskjærer ikke kjøperens mangelskrav hvis vilkårene i kjl. § 19 bokstav a-c er oppfylt.

I utgangspunktet kan derfor «as is»-forbehold etter engelsk rett få større konsekvenser for kjøperen enn i norsk rett, der kjl. § 19 bokstav c sørger for at salgsgjenstanden må svare til

⁶⁸ Krüger (1999) s. 242

et visst minstemål. Som nevnt over er imidlertid terskelen for når skipet er i «vesentlig dårligere stand» enn hva man kan regne med etter forholdene (kjl § 19 bokstav c) satt høyt, slik at forskjellen i praksis kanskje ikke er så stor. Har man først nådd denne terskelen, vil det imidlertid være av stor betydning for kjøperen at kontrakten reguleres av norsk rett i stedet for engelsk rett, ettersom han dermed har mangelskravet i behold.

Også når det gjelder bestemmelsen om uriktige opplysninger (bokstav a) er ikke forskjellen i engelsk rett så stor, ettersom en parallell til dette finnes i det engelske instituttet «misrepresentation». Dette reguleres i Misrepresentation Act 1967. Det vil føre for langt å gå inn på de nærmere regler her, men i korthet går reglene ut på at når selgeren gir uriktige opplysninger om salgsgjenstanden, vil kjøperen ha visse misligholdssanksjoner mot selgeren (hvilke sanksjoner avhenger av om opplysningen er gitt «innocent», «negligent» eller «fraudulent»).

Kjl. § 19 bokstav b om misligholdt opplysningsplikt savner imidlertid motstykke i engelsk rett. I engelsk rett er hovedregelen at selgeren ikke plikter å opplyse om forhold som, om de hadde vært kjent for kjøper, kunne ha påvirket hans beslutning om å inngå kontrakten.⁶⁹ Prinsippet om *caveat emptor* («let the buyer beware») står sterkt i England, og fortrenger selgerens opplysningsplikt.⁷⁰ Regelen gjelder uansett hvor uærlig det vil fremstå i det konkrete tilfellet å holde opplysningen tilbake.⁷¹ Dersom selgeren i tillegg til å holde tilbake opplysninger tar aktive skritt for å skjule en mangel, anses det imidlertid som en «misrepresentation».⁷²

⁶⁹ Chitty on Contracts, Volume I, (2008) s. 511

⁷⁰ Poole (2010) s. 521

⁷¹ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 511

⁷² Det er også unntak fra regelen i spesielle avtaleforhold; kontrakter *uberrimae fidei* («of the utmost good faith») og kontrakter med særlig tillitsforhold mellom partene (eks. mellom advokat og klient), Chitty on Contracts (2008) s. 512-513

Sammenfatningsvis har «as is»-prinsippet noe ulike virkninger i engelsk og norsk rett, men med unntak for reglene om misligholdt opplysningsplikt, er ikke forskjellen i praksis så stor.

4 SITUASJONEN ETTER UNION POWER-DOMMEN

4.1 Om Union Power-dommen

Som nevnt over hadde ingen engelsk domstol vurdert forholdet mellom Saleform klausul 11 og SGA før Union Power-saken. The High Court of Justice bestemte her - etter anke fra voldgiftsretten - at det ved annenhåndssalg- og kjøpskontrakter av skip, skal innfortolkes et vilkår om at skipet skal være av «satisfactory quality» etter s. 14 (2) i SGA. I det følgende gis en redegjørelse for dommen før jeg ser nærmere på rettsstillingen i England og Norge i lys av dommen.

4.1.1 Kort om sakens bakgrunn

Skipet Union Power ble solgt i henhold til et Memorandum of Agreement («MoA») basert på Saleform 1993 i september 2009. I henhold til Saleform klausul 11 ble skipet solgt «*as she was at the time of inspection, fair wear and tear excepted*». I august 2009 foretok kjøperne en inspeksjon av skipet og klassifikasjonspapirene, uten at noen mangler ble oppdaget. Skipet ble overlevert til kjøperne 1. oktober 2009. Tidlig i november samme år brøt skipets hovedmotor sammen under en ballastreise. Sammenbruddet skyldtes en feil ved motorens veivtapp.

Kjøperne gikk til voldgiftssak mot selgerne med påstand om at det blant annet hadde vært et brudd på kravet om «satisfactory quality», som de anførte skulle innfortolkes i kontrakten i henhold til SGA s. 14(2). Selgerne anførte at SGA ikke skulle innfortolkes i kontrakten ettersom ordlyden i kontraktens klausul 11 utelukket SGA ved å fastslå at skipet var solgt «as she was» og dermed ekskluderte SGA, jf dens seksjon 55. Selgerens påstand var at «as she was»-forbeholdet måtte likestilles med et alminnelig «as is»-forbehold. Spørsmålet i saken var derfor om ordene «as she was» i Saleform klausul 11 var

tilstrekkelige til å ekskludere kravene i s. 14 i SGA. Voldgiftsretten ga kjøperne medhold, hvorefter selgerne anket til High Court.

4.1.2 Voldgiftsrettens avgjørelse⁷³

Voldgiftsretten⁷⁴ gikk gjennom tidligere rettspraksis⁷⁵ for å fastslå hva som ligger i alminnelige forbehold slik som «as is, where is», og fastslo at det er en allmenn oppfatning at slike forbehold betyr at kjøperen overtar skipet som han finner det. At «as is, where is» har dette innholdet, trengte likevel ikke etter voldgiftsrettens mening å bety at ordene «as she was» i Saleform 93 klausul 11 har det samme innholdet (se dommens avsnitt 55). Resonnementet fra voldgiftsretten var at ordene «as she was» utgjorde en nødvendig del av en setning for å slå fast den kontraktuelle retten kjøperne har til å overta skipet i samme tilstand som ved inspeksjonen (med unntak av «fair wear and tear»). Det var derfor ingen logisk nødvendighet at ordene «as she was» måtte ha et videre innhold, for at klausulen skulle gi mening. Forbehold som «as is, where is» må derimot tillegges et videre innhold om det skal gi noen mening (dommens avsnitt 56).

Videre uttalte voldgiftsretten at ordene «as she was» er inntatt i klausul 11 og derfor måtte tolkes i denne kontekst. I tillegg til at skipet skal leveres «as she was at the time of inspection», krever klausul 11 at skipet skal leveres med klassen opprettholdt, uten pålegg/anbefaling og uten havariskade av betydning for klassen. Dette innebærer eksempelvis at dersom skipet er underlagt en «class condition» eller «recommendation» på inspeksjonstidspunktet, så har selgeren likevel en plikt til å reparere skipet slik at «class condition» eller «recommendation» blir slettet før levering. Det er altså ikke tilstrekkelig å levere skipet med klassepapirer slik de var ved inspeksjonen. Ordene «as she was» kan leses sammen med de andre kravene i klausul 11 uten at de motsier hverandre, til tross for at disse kravene kan gi selgeren en plikt til å levere skipet i en bedre tilstand enn det var

⁷³ Voldgiftsdommen er ikke publisert, men dens avsnitt 53-61 er inntatt i High Court's avgjørelse avsnitt 10.

⁷⁴ Bestående av Simon Crookenden QC, Michael Baker-Harber og Simon Gault

⁷⁵ Blant annet *The Morning Watch* og *The Brave Challenger*

ved inspeksjon (dommens avsnitt 57).

På denne bakgrunn kom voldgiftsretten til at ettersom de øvrige vilkår i klausul 11 ikke er i uoverensstemmelse med at skipet skal leveres «as she was», er det vanskelig å se hvordan de innfortolkede kravene etter SGA kan være i uoverensstemmelse med «as she was»-forbeholdet, jf SGA s. 55 (2). På samme måte som de øvrige vilkår i klausul 11, kan de innfortolkede vilkårene etter SGA om krav til varens kvalitet medføre at selger må levere skipet i bedre tilstand enn det var ved inspeksjonen. Voldgiftsrettens konklusjon var dermed at kravet om «satisfactory quality» i SGA skulle innfortolkes i kontrakten.

4.1.3 High Court's avgjørelse

Selgerne søkte om tillatelse til å anke voldgiftsdommen til High Court, med spørsmål om:

“Whether a term as to satisfactory quality is implied into the Contract/MOA by Section 14 of the Sale of Goods Act 1979?”

Det ble akseptert at spørsmålet var av allmenn interesse, og det ble gitt adgang til å anke på basis av at voldgiftsrettens avgjørelse var åpen for alvorlig tvil.⁷⁶

Retten tilnærmet seg problemstillingen ved å dele det opp i to spørsmål, henholdsvis det snevre og det videre spørsmål:

For det første måtte det avgjøres om kontraktens ordlyd «as she was» hadde samme betydning som alminnelige «as is» eller «as is, where is»-forbehold (det snevre spørsmålet). Selgerne argumenterte for at «as she was» hadde samme virkning som alminnelige «as is, where is»-forbehold, som ofte benyttes ved kjøp og salg, og at dette ekskluderte kravet om «satisfactory quality» i SGA s. 14. Kjøperne på sin side hevdet at

⁷⁶ Clyde & Co (2013)

«as she was» ikke kunne likestilles med «as is, where is» eller liknende forbehold, slik at bakgrunnsretten ikke var ekskludert.

Skulle retten komme til at «as she was» i Saleform klausul 11 hadde samme betydning som et «as is» eller «as is, where is»-forbehold, argumenterte kjøperne subsidiært for at «as is»-forbehold ikke var tilstrekkelig til å ekskludere vilkårene i SGA s. 14. Retten måtte derfor *for det andre* avgjøre, forutsatt at kontrakten var en «as is» eller «as is, where is» kontrakt, om slike forbehold var tilstrekkelige til å ekskludere SGA, slik at det ikke kunne innfortolkes noe krav om «satisfactory quality» (det videre spørsmål).

Det ble bemerket at dette var spørsmål som ofte hadde oppstått i voldgiftssaker, men som overraskende nok aldri hadde blitt avgjort ved en engelsk domstol (avsnitt 8). Retten viste til at utgangspunktet er at vilkårene i s. 14 i SGA får anvendelse på en kontrakt om salg av skip, som alle andre kontrakter om salg av «goods», med mindre kontrakten uttrykkelig fastslår at de innfortolkede kravene etter SGA er ekskludert.

Om det snevre spørsmålet kom dommeren til at ordene «as she was» i konteksten av klausul 11 i Saleform 93, ikke hadde samme betydning som et alminnelig «as is, where is»-forbehold i salgskontrakter. Dommeren fant at uttrykket «as she was» i klausul 11 kun var en nødvendig del av en setning for å fastslå selgernes plikt til å levere skipet i samme stand som det var under inspeksjonen. Ordene hadde med andre ord ingen betydning for hva som er selgernes plikt - enten ved inspeksjonen eller ved levering - angående skipets kvalitet.

Kravet om «satisfactory quality» er etter SGA s. 14 (6) en «condition», og etter engelsk rett kreves det klar og utvetydig ordlyd for å ekskludere dette (jf. «*The Mercini Lady*»). Ettersom ordene «as she was» i Saleform klausul 11 kan tolkes på mer enn én måte, var de ikke tilstrekkelig klare til å ekskludere SGA. Kravet om «satisfactory quality» måtte derfor innfortolkes i kontrakten.

Ettersom dommeren fant at kontrakten ikke inneholdt et «as is»-forbehold, var det ikke nødvendig for resultatet i saken å ta stilling til det videre spørsmål, altså om et «as is»-forbehold er tilstrekkelig for å ekskludere SGA. Dommeren uttalte likevel i et obiter dictum at et «as is»-forbehold var tilstrekkelig til å ekskludere retten til å avvise skipet, men et slikt forbehold kunne ikke ekskludere retten til å kreve erstatning for brudd på de innfortolkede vilkårene etter SGA (se om dette punkt 4.2.3 under).

Oppsummeringsvis er Saleform 93 ikke en «as is»-salgskontrakt. Og skulle man skrive inn et rent «as is»-forbehold i kontrakten vil det i følge dommeren i Union Power-dommen ikke ekskludere de innfortolkede vilkårene etter SGA om at skipet skal være av «satisfactory quality» på leveringstidspunktet.

4.2 Rettstilstanden i England etter Union Power-dommen

4.2.1 Presedensvirkningen av Union Power-dommen

Union Power-dommen ble avgjort av High Court, som er en førsteinstansdomstol og kan sammenliknes med tingretten i Norge. Selgerne forsøkte å anke avgjørelsen til ankeinstansen Court of Appeal, men fikk ikke tillatelse til videre anke. I saker som opprinnelig har vært avgjort ved voldgift, kreves det at den ankende part må få tillatelse til videre anke fra retten i første instans (det vil si High Court), vanligvis fra dommeren som avgjorde saken i High Court, jf. Arbitration Act s. 69 (6). For å få ankeadgang av dommeren, må dommerens vurdering være at saken gjelder et viktig spørsmål som fortjener å bli vurdert av Court of Appeal, se Arbitration Act s. 68 (8). Hvis dommeren ikke gir den ankende part ankeadgang, er dommen dermed endelig. Det er kun i meget begrensede tilfeller at det er mulig å utfordre et avslag på en ankesøknad (hovedsaklig må det være grunnet i grove feil fra dommerens side). Det er vanskeligere å anke når partene opprinnelig har avtalt voldgift, ut fra synspunktet at partene har avtalt å løse tvister ved voldgift og ikke ved de alminnelige domstoler. Dommeren som avgjorde Union Power-

saken i High Court, Mr. Flaux J, avviste søknaden om anke. Dommen er dermed endelig.

Common law systemet i England er i stor utstrekning basert på rettspraksis, og presedenslæren i England står sterkt. Presedenslæren er basert på *stare decisis* som betyr å holde fast ved tidligere avgjørelser. Under denne læren blir rettsavgjørelser som er avsagt av dommere i høyere domstoler gitt presedensvirkninger, slik at avgjørelsen må følges i fremtidige liknende saker av dommere i lavere instanser.⁷⁷ Det har blitt uttalt at «it is more difficult to get rid of an awkward decision in England than almost anywhere else in the world.»⁷⁸ Per i dag er Union Power den høyeste rettskilde om dette spørsmålet i engelsk rett. Inntil det kommer en ny dom om dette temaet på samme eller høyere nivå enn High Court, representerer Union Power gjeldende engelsk rett i dag.

4.2.2 Det «snevre» spørsmålet – betydningen av «as she was» i Saleform klausul 11

Union Power har medført en endring av den tidligere oppfatningen når det gjelder betydningen av «as she was» i Saleform klausul 11. Som det fremgår av punkt 4.1 over kan ikke dette likestilles med et alminnelig «as is» eller «as is, where is»-forbehold. Dommeren holdt fast ved den generelle oppfatningen i engelsk kontraktsrett om at innfortolkede vilkår om tilfredsstillende kvalitet skal innfortolkes i kontrakter med mindre partene *klart og utvetydig* kontraherer seg bort fra dem (jf *The Mercini Lady* og *Air Transworld*). Ordlyden i klausul 11 var ifølge dommeren ikke tilstrekkelig klar til å ekskludere SGA's innfortolkede vilkår om at skipet skal leveres i «satisfactory quality». Det var fatalt for selgernes sak at ordene «as she was» kunne tolkes på mer enn én måte.

I engelsk rett finnes det et tolkningsprinsipp som sier at dersom en avtalebestemmelse kan tolkes på flere måter, skal det kommersielt mest fornuftige tolkningsresultatet legges til grunn. Dette fremgår blant annet av en høyesterettsavgjørelse avsagt av Supreme Court

⁷⁷ Baker Q.C. (2012) s. 3-4

⁷⁸ Cross (1990) s. 24

(«*Rainy Sky*»)⁷⁹ fra 2011 som gjaldt spørsmålet om tolkningen av en tvetydig kontaktsbestemmelse. Dommeren uttalte (avsnitt 40): «Since the language of paragraph [3] is capable of two meanings it is appropriate for the court to have regard to considerations of commercial common sense in resolving the question what a reasonable person would have understood the parties to have meant.» I *Union Power* var nettopp problemet at «as she was» kunne tolkes på to måter, enten kun som en nødvendig del av en setning for å fastslå selgerens plikt til å levere skipet i den stand det var ved inspeksjon, eller også som et «as is»-forbehold. Ettersom den rådende oppfatning i bransjen var at «as she was» var tilstrekkelig til å ekskludere SGA, og bransjen hadde innrettet seg deretter ved ikke å ta inn ytterligere forbehold, kan man si at det kommersielt mest fornuftige ville være å legge denne løsningen til grunn. Ved å følge dette tolkningsprinsippet er dermed et nærliggende tolkningsresultat at «as she was» tolkes som et «as is»-forbehold ut fra hvordan bransjen har oppfattet dette (se punkt 3.2). Dette ble imidlertid ikke drøftet i *Union Power*-dommen.

Når dommeren ikke tok i betraktning tolkningsprinsippet fra «*Rainy Sky*»-saken kan det se ut til at dette skyltes at dommeren la avgjørende vekt på en ren ordfortolkning sammenholdt med de strenge kravene til klar ordlyd for at «implied terms» som er «conditions» i henhold til SGA kan anses fraveket. Dommeren synes å anerkjenne at «as she was» kan tolkes på to måter, men i stedet for å vurdere hvilket av disse tolkningsalternativer som gir best «commercial common sense» (ref. «*Rainy Sky*»), valgte dommeren det tolkningsalternativet som innebærer at SGA ikke kunne anses fraveket. Hvis «commercial common sense» hadde vært tatt som et utgangspunkt, ville gjeldende bransjeoppfatning kunne trekke i retning av å anse «as she was» som et «as is»-forbehold. Det er forståelig at et uttrykk som kan tolkes på flere måter, ikke er tilstrekkelig klart til å sette til side SGA, men det er mindre opplagt at dommeren ved valget av tolkningsalternativer, ikke tar i betraktning prinsippet som ble fastslått i «*Rainy Sky*»-saken.

Dommen fastslår følgelig at Saleform klausul 11 ikke inneholder et «as is»-forbehold, og

⁷⁹ *Rainy Sky SA and others v Kookmin Bank* [2011] UKSC 50

forøvrig ikke på tilstrekkelig klar måte tilsidesetter bestemmelsen om salgsgjenstandens kvalitet i SGA.

4.2.3 Det «videre» spørsmålet – er «as is»-forbehold tilstrekkelig til å fravike Sale of Goods Act?

Union Power-dommen har dessuten medført en avklaring når det gjelder hvorvidt «as is» er godt nok til å fraskrive seg SGA, i den grad man kan legge vekt på en obiter dictum uttalelse.⁸⁰ Dommeren fant at dersom det hadde vært inntatt en ren «as is»-klausul i kontrakten ville dette ikke vært tilstrekkelig til å ekskludere SGA. Hans synspunkt var at et «as is»-forbehold ville ha den virkning at kjøperen mister retten til å avvise skipet, men at retten til å kreve erstatning for brudd på s.14 om «satisfactory quality» av SGA ville bli uberørt av et «as is»-forbehold (se dommens avsnitt 82 og 84).

Her ser det ut til at dommeren tar til orde for en slags mellomløsning i forhold til hva som normalt er rettsvirkningene av brudd på «conditions» og «warranties» (se punkt 2.2.2.1). Kravet om «satisfactory quality» i s. 14 (2) er en «condition» etter SGA s. 14 (6). Regelen i engelsk rett er at brudd på en «condition» gir kjøperen valget mellom å terminere kontrakten og kreve erstatning, eller fastholde kontrakten og kreve erstatning i tillegg⁸¹. Løsningen dommeren tar til orde for fremstår derfor ikke som noen åpenbar løsning. På den ene side sier han at en «as is»-klausul ikke er tilstrekkelig til å sette til side kravet om «satisfactory quality», noe som blant annet begrunnes med at dette er en «condition». På den annen side sier han at ved brudd på kravet om at skipet skal være i «satisfactory quality» (med andre ord brudd på en «condition») vil kjøperen ved «as is»-kjøp miste retten til å avvise skipet, og har kun kravet om erstatning i behold. Ettersom kjøperen normalt har rett til å terminere kontrakten ved brudd på en «condition», er det uklart hva som begrunner at kjøperen ikke kan avvise skipet. Dermed går dommeren inn for en

⁸⁰ Et obiter dictum kan etter engelsk rett veilede, informere eller opplyse begrunnelser for nye saker, men disse uttalelsene er ikke bindende, se Baker Q.C. & Ho (2012) s. 4

⁸¹ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 825

mellomløsning ved å si at et «as is»-forbehold ekskluderer retten til å avvise skipet, men ikke retten til å kreve erstatning, med andre ord en slags delvis eksklusjon.

Selv om løsningen det (obiter) legges opp til tilsynelatende ikke samsvarer med generelle prinsipper, kan det spørres om ikke dette likevel er en rimelig løsning. Som nevnt i punkt 3.4.2.2 over har vi i norsk rett et «as is»-prinsipp som gjennom kjl. § 19 er modifisert i bokstavene a-c. I engelsk rett er «as is»-prinsippet absolutt (men som nevnt finnes det unntak for uriktige opplysninger/«misrepresentation»). «As is»-klausuler i kjøp etter engelsk rett kan dermed ha mer vidtgående virkninger for kjøperen enn etter norsk rett. Løsningen som dommeren legger opp til i Union Power-dommen kan sees på som en annen måte å begrense virkningene av en «as is»-klausul.

På den annen side kan det spørres hva som blir igjen av «as is»-prinsippet i engelsk rett, dersom dette blir stående. Etter dommerens mening er ikke «as is»-prinsippet tilstrekkelig til å ekskludere krav om at varen skal være av tilfredsstillende kvalitet. «As is» betyr tradisjonelt at man skal ta varen «som den er», med de feil og mangler varen har. Når man innfortolker et krav om tilfredsstillende kvalitet også i kontrakter med «as is»-forbehold, blir «as is» et uthulet begrep. Fortstått på denne måten vil ikke «as is»-regelen utfylle den funksjonen den tradisjonelt har hatt for selgere, nemlig å fraskrive seg mangelsansvar ved salg av brukte salgsgjenstander, der det typisk er vanskelig for selgeren å vite hvilken kvalitet varen har.

Synspunktet ble gitt i et obiter dictum og er derfor ikke bindende. Det er opp til domstolene i senere saker om de vil følge dette standpunktet eller ikke. Etersom begrunnelsen for mellomløsningen dommeren legger opp til synes uklar, er det grunn til å stille spørsmål ved om etterfølgende domstoler vil følge dette standpunktet.

4.2.4 Oppsummering

Dommerens begrunnelse i Union Power-dommen vil utvilsomt være av stor betydning for alle parter som enten forhandler eller utformer salgskontrakter. Dersom partene ønsker å ekskludere SGAs vilkår, kreves det etter Union Power-dommen klare og utvetydige eksklusjonsbestemmelser. Ved å kun innta bestemmelser som «as is, where is», kan man ikke være sikker på at det er tilstrekkelig til å ekskludere bakgrunnsretten.

Relevansen av obiter-standpunktet i Union Power-dommen strekker seg utover kjøp og salgskontrakter av skip spesielt, til kjøp og salgskontrakter generelt der «as is»-klausuler er inntatt i salgskontraktene. Ettersom Saleform 1993 per i dag er det mest benyttede formularet i kjøp og salg av brukte skip, er dommen av stor betydning for shippingmarkedet, og parter som har inngått kontrakt på disse vilkår med antagelse om at SGA ikke får anvendelse må etter dette revurdere hvilke plikter de er pålagt etter kontrakten.

Betydningen av Union Power-dommen avhenger av om den blir stående som høyeste rettskilde om dette spørsmålet, eller om det kommer en ny dom som fastslår eller fraviker resultatet. Hovedregelen i Saleform er at tvister skal løses ved voldgift, se klausul 16, og i praksis blir de fleste sakene behandlet ved voldgift. Som vi har sett er det begrenset ankeadgang for saker avgjort ved voldgift, slik at det i utgangspunktet skal mye til for å få en ny sak om dette i High Court, og enda mer for at en slik sak skal bli anket til Court of Appeal og i siste instans til Supreme Court. Det er også nærliggende å anta at kontraktspraksis vil endre seg, ved at kontraktspartene for å være på den sikre siden inngår kontrakter i henhold til Saleform 2012 fremover med «entire agreement»-klausuler (eller inntar liknende forbehold i 1993-versjonen), for å ekskludere SGA (se punkt 5). I såfall minker sannsynligheten for at slike tvister oppstår, slik at Union Power-avgjørelsen blir stående som gjeldende rett. Dommen kom imidlertid som en overraskelse på bransjen, og reaksjonene på dommen i ettertid tilsier at temaet har generell interesse og at spørsmålet er

tvilsomt. Det skal ikke utelukkes at en annen dommer av disse grunner vil slippe en anke gjennom dersom spørsmålet kommer opp på ny.

4.3 Har Union Power-dommen noen betydning for norsk rett – og i tilfelle i hvilken utstrekning?

Utgangspunktet er at engelske dommer ikke har presedensvirkninger i norsk rett, det vil si at en norsk domstol ikke er bundet til å følge avgjørelsen ved liknende saker i norsk rett. En annen sak er at engelske dommer kan ha innflytelse eller argumentasjonsverdi med betydning for norsk rett. I det følgende skal jeg se på om den tolkning dommeren la til grunn i Union Power kan ha noen betydning for hvordan Saleform klausul 11 kan forventes å bli tolket i norsk rett fremover.

4.3.1 Tolkningen etter norsk rett av standardvilkår utformet på engelsk

Et særlig rettskildespørsmål oppstår når et internasjonalt/engelsk standardformular skal tolkes etter norsk rett. Skal den norske dommeren tilstrebe samme løsning som i det land som standarden ellers har sin mest naturlige tilknytning til, eller skal man gi norsk kontraktsrett anvendelse selv om det går utover den internasjonale rettsenhet?⁸² Dette spørsmålet kom på spissen i Arica-dommen (ND 1983 s. 309 *Arica NV*) som jeg kommer til nedenfor.

Utgangspunktet ved avtaletolkning etter norsk rett er at man skal søke å finne frem til hva partene har ment.⁸³ Hvis partenes felles oppfatning på kontraktstidspunktet var at et aktuelt spørsmål skal løses på samme måte som i engelsk rett, til tross for norsk lovvalg, er svaret klart nok at den engelske løsning må legges til grunn.⁸⁴ Men også der partene ikke har en

⁸² Krüger (1989) s. 469

⁸³ Woxholt (2006) s. 403

⁸⁴ Selvig (1986) s. 24

slik felles oppfatning, kan det ved tolkningen i norsk rett oppstå særlige spørsmål når partene har inngått en Saleform-kontrakt som er utarbeidet på engelsk og med engelsk rett (i hvertfall delvis) som bakteppe. Utgangspunktet er at når norsk rett er valgt som bakgrunnsrett, skal engelskspråklige kontraktsvilkår bli håndtert på samme måte som kontraktsvilkår utformet på norsk.⁸⁵ Likevel blir man i tolkningsprosessen konfrontert med forholdet mellom norsk og engelsk.

Problemstillingen illustreres ved voldgiftsavgjørelsen inntatt i ND 1983 s. 309 *Arica NV*, som har foranlediget en heftig debatt i teorien («Arica-diskusjonen»)⁸⁶. Saken gjaldt tolkningen av off-hire-bestemmelsen i et engelsk standardcerteparti (Texacotime 2) med lovvalgsklausul som viste til engelsk/amerikansk rett. Standarden var imidlertid endret slik at norsk rett skulle gjelde. Spørsmålet var hvilken betydning den angloamerikanske innflytelse på kontrakten eventuelt skulle ha for tolkningen av kontraktens regler om fradrag i tidsfrakten i tilfelle av maskinskade, brann og andre forhold på rederens side som fører til avbrudd i skipets tjeneste (off hire-klausulen).⁸⁷ Sakens tvistepunkt gjaldt beregningen av fradraget. Skipet fikk maskinhavari med last om bord, og ble tauet over Atlanteren til lossehavnen. Under engelsk rett ville off-hire-klausulens formulering forstås som en såkalt periode-klausul, det vil si at skipet er off-hire fra off-hire-begivenheten oppstår til den bortfaller, uavhengig av faktisk tidstap. I Arica-saken ville dette medføre et meget urimelig resultat idet befrakter ville slippe å betale for at skipet ble slept over Atlanterhavet til lossehavnen i Europa.⁸⁸ I henhold til norsk bakgrunnsrett ville en netto tidtapsløsning legges til grunn (jf. Sjølovens § 144, nå § 392). Bortfrakter krevde tidsfrakt basert på en slik nettoløsning.

I voldgiftsdommen kom flertallet (bestående av professor Sjur Brækhus og høyesterettsadvokat Ole Lund) til at en off-hire klausul skulle tolkes i tråd med

⁸⁵ Selvig (1986) s. 4

⁸⁶ Se bl.a. Bråfelt (2008) s. 36-40, Grönfors (1989) s. 51-53, Honka (1989) s.157, Haaskjold (2002) s. 191-194, Krüger (1989) s. 885-887, Selvig (1986), Solvang (2009) s. 68 flg.

⁸⁷ Selvig, (1986) s. 4-5

⁸⁸ Solvang (2009) s. 73

oppfatningen i engelsk rettspraksis.⁸⁹ Ut fra resonnementet om at formularkonsipistene hadde valgt en formulering i overensstemmelse med festnet forståelse etter engelsk rett, fant flertallet at den engelske løsning måtte legges til grunn, på bekostning av den norske, materielle bakgrunnsrett.⁹⁰ Den engelske rettspraksis fikk betydning «ikke som et uttrykk for engelsk rett, men fordi den klart danner bakgrunnen for og derved angir meningen med klausulen».⁹¹ Mindretallet (høyesterettsadvokat Hans Peter Michelet) mente at klausulen måtte tolkes i lys av den daværende sjøloven § 144, uavhengig av den engelske forståelsen av spørsmålet.

Det er delte meninger om i hvilken grad man ved tolkningen av en standardkontrakt i norsk rett skal se hen til løsningen i det rettssystem som standardkontrakten er utarbeidet på bakgrunn av. For internasjonale kontrakter er det imidlertid liten tvil om at den bakgrunnsrett formularet er utformet på bakgrunn av *til en viss grad* vil påvirke tolkningen også i norsk rett.⁹² Det er likevel en grense for i hvilken grad man kan tillegge den engelskrettslige forståelsen betydning. Dette er berørt i ND 2002 s. 80 *Borealnes NV*. Enevoldgiftsdommeren uttalte her at «[d]et er riktig at enkelte klausuler i et certepartiformular konsipert på bakgrunn av engelsk rettstradisjon etter omstendighetene vil kunne fortolkes i lys av engelsk bakgrunnsrett», men presiserte så uttrykkelig at misligholdssanksjonene i utgangspunktet skal bli bedømt etter norsk bakgrunnsrett.⁹³ Det blir gjerne fremhevet som en generell forskjell mellom kontraktstradisjonen i norsk og engelsk rett at man i norsk rett søker å oppnå et konkret rimelig resultat, mens man i engelsk rett i større grad vektlegger forutberegnelighet (ref. drøftelsen i punkt 2.2.1).⁹⁴ Når det spesielt gjelder tolkningen av ansvarsfraskrivelser, er det likevel nokså stor likhet

⁸⁹ Flertallet så hen til periodeløsningen knesatt i *Hogarth v Miller* [1891] A.C. 48 HL (Westfalia-saken) som forelå på tidspunktet da *Texacotime* ble utarbeidet

⁹⁰ Solvang (2009) s. 74

⁹¹ Dommens s. 323

⁹² Dette kommer tydelig frem i Rt 2008 s. 1237, der den engelskrettslige forståelsen av standardiserte forsikringsvilkår utformet på bakgrunn av engelsk rett ble tillagt nokså stor vekt, selv om den konkrete forsikringskontrakten var underlagt norsk rett.

⁹³ Dommens s. 85. Se også Selvig (1986) s. 19.

⁹⁴ Se Falkanger (1969) s. 566 og Selvig (1986) s. 2

mellom holdningen i norsk og engelsk rett.⁹⁵ Det finnes prinsipper om innskrenkende tolkning i begge rettssystemer.⁹⁶ Som vi har sett skiller systemet i England seg imidlertid fra det norske ved at det oppstilles strenge krav for å fraskrive seg ansvar for «conditions».

Ved tolkningen av standardkontrakter utformet på engelsk kan det etter dette være grunn til å se hen til løsningen i det land kontrakten er utformet på bakgrunn av. I hvilken utstrekning man skal legge vekt på den engelske løsningen må imidlertid vurderes etter omstendighetene i det konkrete tilfelle. Momenter i vurderingen er om det må antas å ha vært partenes intensjon at den engelske løsningen skal legges til grunn, eventuelt formularkonsipistenes intensjon der partenes intensjon ikke kan bevises, om den engelske rettsoppfatningen er festnet og hva slags type standardvilkår det er.

4.3.2 Bør Union Power-dommen tillegges vekt ved tolkningen etter norsk rett?

Etter dette blir spørsmålet om argumenter i de baner som Arica-diskusjonen illustrerer kan få betydning for tolkningen av Saleform klausul 11 etter norsk rett.

Saleform er et internasjonalt standardformular som benyttes verden over. De tidligere versjoner av Saleform var utformet på norsk og engelsk, mens de nyere versjoner derimot kun er utformet på engelsk. Til tross for at kontrakten er utarbeidet av Norsk Skibsmeglerforbund har den alltid vært tilsiktet benyttet i internasjonale forhold, og da særlig med sikte på regulering etter engelsk rett. Den engelske rettskultur har dermed hatt innflytelse ved kontraktens utforming. Den angloamerikanske rettsinnflytelse forsterkes ved at det i Saleform-kontraktene er inntatt engelsk og amerikansk lovvalg som en del av standardbestemmelsene, se Saleform 1993/2012 klausul 16 punkt a og b, mens punkt c åpner for at partene kan gjøre et annet lovvalg. Engelsk rett er «default»-løsningen i Saleform, det vil si at dersom partene ikke har avtalt annet, så skal kontrakten være underlagt engelsk rett. I praksis blir det avtalt at de aller fleste tvister i kjøp- og salgavtaler

⁹⁵ Falkanger (1969) s. 556 flg. og Selvig (1986) s. 1

⁹⁶ Selvig, (1986) s.10

for skip avgjøres ved voldgift- eller domstolsbehandling etter engelsk eller eventuelt amerikansk rett. Når kontraktsspråket er engelsk, må engelsk rettsoppfatning og kontraktstradisjon antas å ha satt preg på utformingen av kontraktsvilkårene, og kan dermed belyse hva som har vært partenes mening med de forskjellige kontraktsvilkårene.⁹⁷ De nevnte forhold er argumenter for å se hen til tolkningen i engelsk rett ved tvister under kontrakter basert på Saleform.

Synspunktet må imidlertid nyanseres. Saleform er utarbeidet av Norsk Skibsmeglerforbund og konsipistene er hovedsakelig norske jurister og skipsmevlere. Historisk er Saleform et norsk dokument, og dette har gitt dokumentet delvis et norsk preg. Selv om engelsk rett er default-løsningen i Saleform, er hensikten med dokumentet at det skal kunne anvendes i ulike rettssystemer (klausul 16 punkt c) og det er i så måte et internasjonalt dokument, mer enn et rent engelskrettslig dokument. Sammenlikner man med Arica-saken, gjaldt tvisten en kontrakt basert på Texacotime. Denne kontrakten er utarbeidet av Texaco (nå Chevron Texaco) og har ingen tilknytning til Norge eller norsk rett. I en slik situasjon er det større grunn til å legge den engelske forståelse til grunn, ettersom norsk rett ikke har vært i tankene til formularkonsipistene overhodet.

I vurderingen av om den engelske forståelse av Saleform klausul 11 bør legges til grunn eller vektlegges ved tolkningen etter norsk rett, er det slik jeg ser det grunn til å skille mellom kontrakter som er inngått før Union Power ble avsagt, og kontrakter som inngås etter at Union Power ble avsagt.

Skal man ved kontrakter inngått før Union Power se hen til den engelske tolkningen av Saleform klausul 11? Utgangspunktet for norsk avtaletolkning er som nevnt at man ved kontraktstolkningen søker å finne partenes felles mening.⁹⁸ Som illustrert tidligere (punkt 3.2) var det en utbredt oppfatning før Union Power-dommen både i engelsk og norsk rett at «as she was»-forbeholdet i klausul 11 var et «as is»-forbehold som i hovedsak ekskluderte bakgrunnsretten. Ved kontrakter inngått før Union Power-dommen ble avsagt kan det på

⁹⁷ Selvig (1986) s. 4

⁹⁸ Selvig (1986) s. 4, Woxholt (2006) s 403.

generell basis ikke legges til grunn at den løsning som fremkom av Union Power-dommen reflekterer partenes felles intensjon. Det samme gjelder for de som har utarbeidet Saleform. En annen sak er naturligvis at det i et konkret tilfelle kan tenkes ført bevis for at partenes felles oppfatning på avtaletidspunktet var at «as she was»-forbeholdet ikke innebar en slik eksklusjon av den alminnelige bakgrunnsretten. De konkrete omstendigheter i saken er avgjørende for tolkningsresultatet.

Spørsmålet blir mer aktuelt for kontrakter inngått *etter* Union Power-dommen. Ettersom det nå er avklart i engelsk rett (i hvertfall inntil det kommer en ny avgjørelse om dette) at "as she was" ikke er et "as is"-forbehold, er det grunn til å spørre seg om man ved tolkningen av dette uttrykket i norsk rett bør se hen til den engelske forståelsen av uttrykket.

Utgangspunktet for kontraktstolkningen er som nevnt av man skal finne frem til hva partene har ment å avtale, med andre ord hva som var partenes felles oppfatning. For kontrakter inngått etter Union Power-dommen blir spørsmålet om partene har ment at spørsmålet skal løses på samme måte, selv om det er avtalt norsk lovvalg. Hva partene har ment må avgjøres konkret i den enkelte sak, ut i fra omstendighetene i saken. På generelt grunnlag kan man si at når partene har gjort et norsk lovvalg, har partene også ment at den norske forståelsen av "as she was"-frasen skal legges til grunn. Det er en festnet oppfatning i norsk rett at "as she was"-forbeholdet er et "as is"-forbehold (se punkt 3.2.2 over).

Selv om Saleform er utformet på engelsk og med sikte på å virke på engelsk rett, er det som nevnt over aspekter ved kontraktens utforming og opprinnelse i Norge som gjør at grunnlaget for å se hen til den engelske løsningen svekkes.

Situasjonen i Union Power-dommen skiller seg fra situasjonen i Arica-saken. I Arica-dommen ble norsk rett fortrent til fordel for *festnet* engelsk rettsforståelse. Union Power-dommen er en nylig avsagt dom. Dommen er den eneste autoritative avgjørelse om dette spørsmålet i engelsk rett, og ble avsagt av High Court som er en førsteinstansdomstol. Resultatet i dommen kom også som en stor overraskelse for mange i bransjen. Den

rettsoppfatningen som Union Power-dommen gir uttrykk for, kan etter dette ikke sies å være en festnet rettsforståelse, slik som situasjonen var i Arica-saken. Også dette svekker begrunnelsen for å se hen til løsningen i Union Power ved tolkning etter norsk rett.

Til dette kommer også at bakgrunnen for resultatet i Union Power-dommen er det engelske system, med svært stenge krav til fravikelse av bakgrunnsretten oppstilt i *The Mercini Lady* og *Air Transworld*-dommene, når det gjelder eksklusjon av "conditions". I tolkningen av "as she was"-frasen i engelsk rett medførte de strenge krav til fravikelse av "conditions" at ordlyden i klausul 11 ikke var tilstrekkelig klar til å fravike krav til varens kvalitet fordi dette kravet er en «condition». I Norge har vi ikke det samme system med oppdeling av kontraktsvilkår, slik at fremgangsmåten etter engelsk rett ikke er direkte anvendelig etter norsk rett.

Til slutt er det også grunn til å tro at en norsk dommer vil være mer tilbøyelig til å ta bransjeoppfatningen med i betraktning enn hva engelske domstoler er. Voldgiftspraksis tillegges også mer vekt i norsk rett enn i engelsk rett (se punkt 2.1.4), og som vi har sett har klausul 11 blitt ansett som en "as is"-klausul i flere voldgiftsavgjørelser.

Når det konkret gjelder «det snevre spørsmålet « i Union Power-dommen ble det fastslått at uttrykket «as she was» i klausul 11 ikke er et «as is»-forbehold. Skulle denne tolkningen legges til grunn i norsk rett ville det innebære at mangelsvurderingen skal foretas etter de alminnelige mangelsregler i kjl. § 17, og ikke etter reglene om «as is»-kjøp i § 19.

Bakgrunnen for at dommeren kom frem til denne løsningen er de strenge krav som kreves for å fraskrive bakgrunnsretten, spesielt «conditions». Etersom «as she was» kunne tolkes på mer enn én måte var ikke utvetydighetskravet oppfylt. «As she was» var på denne bakgrunn ikke en «as is»-bestemmelse i engelsk rett. Dette systemet med strenge krav til å fravike «conditions» er ikke direkte overførbart til norsk kontraktsrett. Vi har imidlertid en praksis for å tolke ansvarsfraskrivelse restriktivt (se punkt 2.2.2.2), noe som har en viss parallell til den engelske fremgangsmåten. Det er heller ingenting i kjøpslovens system som strider i mot en tolkning av at «as she was» ikke er en «as is»-klausul (se motsetningsvis

det «videre spørsmål» under). Men når utgangspunktet i norsk rett er at utenlandske dommer ikke er bindende, må det noe mer til for å legge løsningen til grunn, eksempelvis slike argumenter som illustreres av Arica-dommen. Som nevnt over er det imidlertid særforhold ved vår situasjon som svekker grunnlaget for å se hen til den engelske løsningen. Det gjelder særlig Saleforms norske opprinnelse, at resultatet i Union Power ikke er en festnet rettsstilstand og at det generelt må antas at når partene foretar norsk lovvalg så skal den norske løsning legges til grunn. I norsk rett har vi lang tradisjon for å tolke klausul 11 som en «as is»-bestemmelse, både i rettspraksis og i juridisk teori og i bransjen generelt (se punkt 3.2.2). I norsk rett taler alle rettskildene unisont for at klausul 11 er en «as is»-regel. På bakgrunn av de ovenfor nevnte momenter ved vurderingen av om man i norsk rett skulle se hen til løsningen i Union Power-saken, er det slik jeg ser det lite grunnlag for å legge denne løsningen til grunn i norsk rett.

I Union Power-dommen ble det også uttalt i et obiter dictum («det videre spørsmål») at en «as is»-klausul i engelsk rett ikke er tilstrekkelig klar til å fraskrive bakgrunnsretten (SGA). Hvis man her skulle trekke en parallell til norsk rett, ville dette innebære at selv om man har en «as is»-klausul så skal de alminnelige mangelsregler gjelde (kjl. § 17). Dette ville gitt en merkelig regel etter norsk rett, ettersom det er direkte regulert i kjl. § 19 hvordan «as is»-kjøp skal vurderes. En slik tolkning ville innebære at § 19 ble stående som en virkningsløs paragraf i kjøpsloven. Uttalelsen i obiter dictumet har dermed liten overføringsverdi til norsk rett.

Sammenfatningsvis er det på denne bakgrunn etter min oppfatning lite grunnlag for å legge løsningen i Union Power-dommen (både det «snevre» og det «videre» spørsmål) til grunn ved tolkningen av Saleform klausul 11 etter norsk rett, selv i saker som er inngått etter at dommen ble avsagt. Dette måtte i tilfelle begrunnes i konkrete omstendigheter i saken, dersom disse skulle tilsi at partene har lagt Union Power-løsningen til grunn.

4.4 Sammenfatning

Hva er så forskjellene mellom å inngå en Saleform-kontrakt med engelsk og norsk lovvalg med hensyn til betydningen av «as she was»-forbeholdet i klausul 11?

Etter engelsk rett skal det, som vi har sett, innfortolkes et krav om «satisfactory quality» til skipets tilstand. «As she was»-forbeholdet bestemmer at skipet skal være i den tilstand det var ved inspeksjonen, men det skal også være i tilfredsstillende kvalitet etter SGA s. 14 (2). I motsetning til stillingen etter engelsk rett etter «Union Power»-dommen, innebærer «as she was»-forbeholdet i norsk rett at skipet selges «as is». Dette har direkte rettslige konsekvenser, ettersom vi da forlater den alminnelige mangelsvurderingen i kjl. § 17, og havner i de spesielle «as is»-reglene i kjl. § 19. Risikoen for skjulte/latente mangler overføres fra selger til kjøper ved «as is»-salg, med de unntak som følger av § 19 bokstav a-c.

Som det ble lagt til grunn obiter, vil et rent «as is»-forbehold ikke ekskludere SGA i engelsk rett. Når et skip selges «as is», men samtidig skal være av «satisfactory quality» blir det ikke mye igjen av «as is»-begrepet. Selgere som ønsker å fraskrive seg mangelsansvaret må derfor se hen til andre metoder etter engelsk rett. En måte selgere kan fraskrive seg mangelsansvaret på er ved «entire agreement»-klausuler, som jeg behandler under.

5 «ENTIRE-AGREEMENT»-KLAUSULEN I SALEFORM 2012

5.1 Kort om bakgrunnen for at «entire agreement»-klausulen ble innført i Saleform 2012

I Saleform 2012 er det innført en «entire agreement»-bestemmelse i klausul 18. I utgangspunktet var første utkast til 2012-versjonen uten en «entire-agreement»-klausul. Konsipistene følte seg sikre på at klausul 11 var tilstrekkelig til å ekskludere bakgrunnsretten, og anså det derfor unødvendig med en «entire agreement»-klausul. Da utkastet ble sendt ut på konsultasjon til ulike advokatfirmaer og shippingselskaper i Oslo, London og Singapore kom det imidlertid tilbakemeldinger fra flere hold om at det burde innføres en «entire agreement»-klausul. Hovedsynspunktet fra London var å fjerne all tvil om klausul 11 var tilstrekkelig til å ekskludere SGA. I Norge ville man ha en «entire agreement»-klausul for å ekskludere kjl. § 19-unntakene. Dessuten mente man at dersom § 19-unntakene ble ekskludert ville det være enklere å selge inn norsk jurisdiksjon; utenlandske parter vil lettere gå med på å avtale norsk lovvalg om man slipper å forholde seg til norsk bakgrunnsrett som man ikke kjenner til.⁹⁹

På bakgrunn av at det i forhold til engelsk rett nå er avklart at «as she was»-forbeholdet i klausul 11 ikke er tilstrekkelig klart til å ekskludere SGA, er det interessant å se på om klausul 18 i 2012-versjonen er tilstrekkelig. Jeg vil i det følgende se på virkningen av bestemmelsen i henholdsvis engelsk og norsk rett.

5.2 Hva er en «entire agreement»-klausul?

En «entire-agreement»-klausul avskjærer adgangen til å føre ytre bevis for at kontrakten inneholder andre kontraktsvilkår enn det som uttrykkelig fremgår av kontrakten. Dette

⁹⁹ Aadnesen og Scheel (2013) som begge var med å utarbeide Saleform 2012 i hhv. komiteen til Norsk Skibsmeglerforbund og BIMCO

fordi partene ved å innta en slik klausul har gjort det klart at kontraktsdokumentet inneholder alle kontraktsvilkårene i avtalen.¹⁰⁰ Formålet med en slik klausul er å ekskludere ansvar som ikke uttrykkelig er regulert i kontrakten.¹⁰¹ Virkningen av slike klausuler avhenger av om ordlyden er formulert presist nok.¹⁰²

På norsk kalles slike klausuler gjerne for integrasjonsklausuler. Etter sin ordlyd og opprinnelse tar slike klausuler sikte på bevisavskjæring, ved at fastleggelsen av avtalen skal skje innenfor kontraktens fire hjørner. Dette innebærer at domstolene må basere kontraktstolkningen på kontraktsdokumentet slik det foreligger, og avskjære bevis i form av parts- og vitneforklaringer, samt dokumentbevis. Entire agreement-klausuler brukes i stigende utstrekning også i norsk og nordisk praksis, selv om bevisavskjæringsreglene savner motsykke hos oss.¹⁰³ Dette siste innebærer at selv om det avtalerettslig må legges til grunn at klausulen er vedtatt og gyldig, kan det neppe medføre at det som ellers har passert mellom partene ikke tas i betraktning.¹⁰⁴ I det følgende skal jeg imidlertid begrense meg til å se på virkningen av tredje ledd i klausul 18 som søker å fraskrive bakgrunnsretten. Første og andre ledd som omhandler bevisavskjæringsregler omtales meget kort for sammenhengens skyld.

5.3 Om Saleform 2012 klausul 18

Klausul 18 i Saleform 2012 lyder:

- (1) « The written terms of this Agreement comprise the entire agreement between the Buyers and the Sellers in relation to the sale and purchase of the Vessel and supersede all previous agreements whether oral or written between the Parties in relation

¹⁰⁰ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 871

¹⁰¹ Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 870

¹⁰² Chitty on Contracts, Volume I (2008) s. 871, også rettspraksis *The Mercini Lady* og *Air-Transworld-dommene*

¹⁰³ Hagstrøm (2009) s. 127

¹⁰⁴ Hagstrøm (2009) s. 128

thereto.

- (2) Each of the Parties acknowledges that in entering into this Agreement it has not relied on and shall have no right or remedy in respect of any statement, representation, assurance or warranty (whether or not made negligently) other than as is expressly set out in this Agreement.
- (3) Any terms implied into this Agreement by any applicable statute or law are hereby excluded to the extent that such exclusion can legally be made. Nothing in this Clause shall limit or exclude any liability for fraud».

Kort oppsummert ekskluderer første ledd de tidligere avtaler som partene måtte ha inngått, annet ledd ekskluderer utsagn fra selger som kan ha vært motiverende for kjøper og som ikke fremgår av kontrakten, og til slutt ekskluderer tredje ledd innfortolkede lovbestemmelser slik som SGA og kjøpsloven.

Det er tredje ledd jeg skal fokusere på i det følgende, ettersom det er denne som omhandler eksklusjon av bakgrunnsretten. Isolert sett er bestemmelsen i tredje ledd noe man ofte finner som en separat ansvarsfraskrivelse,¹⁰⁵ og den omtales da normalt ikke som en entire-agreement klausul. Her er den imidlertid tatt inn i tillegg til det som vanligvis er med i en entire-agreement klausul, altså første og annet ledd.

5.4 Engelsk rett

Tredje ledd i Saleform klausul 18 søker å ekskludere innfortolkede vilkår etter bakgrunnsretten. Det som etter ordlyden skal ekskluderes er «Any terms implied...». På bakgrunn av de krav som ble oppstilt i *The Mercini Lady* og *Air Transworld*-dommene om at det kreves klar og utvetydig ordlyd (se punkt 3.4.1.2 over) i eksklusjonsbestemmelser for å ekskludere «conditions», kan det spørres om ordlyden i klausul 18 tredje ledd er

¹⁰⁵ jf. *The Mercini Lady*

tilstrekkelig klar. I *The Mercini Lady* opprettholdt høyesterett (The Supreme Court) kravet om at ordet «conditions» måtte brukes for å ekskludere «conditions». På bakgrunn av denne avgjørelsen kan det spørres om ikke ordlyden må ha en direkte henvisning til «conditions» for å ha virkning også overfor de innfortolkede vilkår i SGA som er «conditions». I *Air Transworld* inneholdt ikke eksklusjonsbestemmelsen en direkte henvisning til «conditions», men retten fant likevel at klausulen ikke kunne leses på annen måte enn at den også ekskluderte «conditions». Det er dermed ikke et ubetinget krav at ordet «conditions» fremgår av eksklusjonsbestemmelsen, så lenge ordlyden er vid nok til å også omfatte «conditions», og ikke kan forstås på annen måte enn at partene mente å også kontrahere seg bort fra de innfortolkede vilkår som er «conditions».

Rekkevidden av «entire agreement»-bestemmelsen i klausul 18 har så langt ikke vært vurdert i rettsapparatet. På den ene siden kan man si at for å være fullstendig sikker på at klausul 18 er tilstrekkelig til å ekskludere SGA burde ordlyden endres til uttrykkelig også å omfatte «conditions», jf *The Mercini Lady*. På den annen side synes imidlertid ordlyden å ha større likhetstrekk med den vide formuleringen i *Air Transworld*-dommen enn den oppramsende eksklusjonsbestemmelsen i *The Mercini Lady*. Ordlyden «any terms implied...» er vid nok til språklig å omfatte også «conditions». Oppfatningen generelt synes å være at klausul 18 er tilstrekkelig bredt formulert til å ekskludere SGA. Saleform 2012 er utarbeidet i samarbeid med BIMCO, og det fremgår av BIMCO's «Explanatory notes to Saleform 2012» at meningen med klausulen er å ekskludere nettopp krav til «satisfactory quality and fit for purpose» i SGA: «Although the [Entire Agreement clause] is designed to work under any system of law, under English law it should effectively exclude the implied terms of [SGA]. This should remove the uncertainty concerning the sale of ships under English law and a potential obligation ... of 'satisfactory quality'...»¹⁰⁶ Ordlyden i klausul 18 3.ledd i Saleform 2012 ble formulert av en engelsk QC (Simon Crookenden) som rådet BIMCO at ordlyden var klart tilstrekkelig til å ekskludere SGA.¹⁰⁷ Som nevnt var formålet med å innta denne bestemmelsen i Saleform nettopp å fjerne all tvil om SGA skulle innfortolkes i Saleform eller ikke. Det er derfor klart at i hvertfall formularkonsipistenes

¹⁰⁶ BIMCO (2012), se også Scheel (2011) s. 23

¹⁰⁷ Aadnesen (2013)

formål og intensjon med bestemmelsen var å ekskludere bakgrunnsretten. Det er også interessant å merke seg at Ince & Co, som representerte selgerne i Union Power-dommen antar at klausul 18 er tilstrekkelig: «...Therefore, ship-owners who sell second-hand ships in the future should consider using the NSF 2012, which contains a clause 11 similar to that in the NSF 1993 but which additionally expressly excludes all implied terms at clause 18.»¹⁰⁸ På denne bakgrunn er min oppfatning at ordlyden i klausulen er vidt nok formulert til å omfatte også «conditions».

Selv om SGA er ekskludert, er imidlertid ikke ansvar for svindel (fraud) ekskludert (se klausul 18 tredje ledd). Dette innebærer at ansvar for uriktige opplysninger som er gitt svikaktig («fraudulent misrepresentation») ikke er ekskludert. Dette *kan* heller ikke ekskluderes, ettersom Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) kommer til anvendelse. UCTA er en slags parallell til avtaleloven¹⁰⁹ § 36. UCTA oppstiller krav om at kontraktsvilkår for å være gyldige må være rimelige og rettferdige, UCTA s. 6(3). Det er imidlertid sannsynlig at eksklusjon av ansvar for uriktige opplysninger som er gitt uaktsomt («negligent misrepresentation») ikke vil rammes av UCTA.

5.5 Norsk rett

Klausul 18 tredje ledd søker å ekskludere anvendelsen av kjøpsloven. Under norsk rett er det alminnelige mangelsansvar som følger av kjl. § 17 flg. unntatt gjennom «as is»-bestemmelsen i Saleform klausul 11 (forutsatt at «as she was» anses som et «as is»-forbehold). Spørsmålet i det følgende er derfor om klausul 18 tredje ledd i Saleform 2012 også ekskluderer de minstekrav som stilles til varen ved «as is» salg etter kjøpsloven § 19 bokstav a-c.

Utgangspunktet er at kjøpsloven er deklarasjonsrett. Loven kan fravikes ved avtale, etablert praksis mellom partene, eller handelsbruk eller sedvane som må anses som bindende

¹⁰⁸ Herring, Khan, Goldsmith (2013)

¹⁰⁹ Lov om slutning av avtaler, om fuldmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31.05.1918 nr. 4

mellom partene, jf kjøpsloven § 3. I praksis blir loven fraveket i stor grad, spesielt i kommersielle forhold hvor prinsippet om kontraktsfrihet står høyt.

Også unntakene i kjøpsloven § 19 kan fravikes, men dette må gjøres uttrykkelig.¹¹⁰ Utgangspunktet er at jo mer alvorlig mangelen er, desto mer skal det til for at en ansvarsfraskrivelse anses tilstrekkelig klar til å ekskludere selgerens ansvar.¹¹¹ Spørsmålet i det følgende er derfor om ordlyden i Saleform 2012 klausul 18 oppfyller klarhetskravet. Ordlyden i klausul 18 tredje ledd fastslår at det som søkes fraveket er «any terms implied... by any applicable statute or law ...». Det er dermed uttrykkelig fastslått at bakgrunnsretten er fraskrevet, men er dette klart nok formulert?

Saleform 2012 klausul 18 må tolkes i den kontekst den er utformet. Som nevnt over er Saleform-kontrakten historisk et norsk dokument, men den engelske rettskultur har i de ulike klausulene i varierende grad fått gjennomslag. Når det gjelder «entire-agreement»-klausulen er dette et typisk eksempel på en klausul hvor engelsk rett har fått innflytelse. I norsk rett har vi ikke tradisjon for slike klausuler.¹¹² Ved utformingen av en standardkontrakt som skal gjelde internasjonalt, og hvor hensikten med kontrakten er at den skal kunne anvendes på forskjellige rettssystemer (se klausul 16 c om lovvalg) er det naturligvis grenser for hvor uttrykkelig det er mulig å uttrykke seg om fravikelse av de enkelte lands forskjellige lovbestemmelser. Hva som var formularkonsipistenes hensikt med bestemmelsen synes hvertfall klart: Det fremgår av felleskommentaren til BIMCO om klausul 18 at «[t]he purpose of the Entire Agreement Clause is to limit the rights of the parties to the written terms of the contract ... Although the Clause is designed to work under any system of law, under English law it should effectively exclude the implied terms of the Sale of Goods Act 1979.»¹¹³ Det fremgår her uttrykkelig at det er meningen med bestemmelsen å ekskludere bakgrunnsretten i alle rettssystemer kontrakten anvendes på. På Oslo-konsultasjonen i forbindelse med første utkast til Saleform 2012 var

¹¹⁰ Bergem (2012), og Krüger (1999) s. 241

¹¹¹ Dette kom til uttrykk bl. a. i Rt. 1926 s. 535 på s. 538

¹¹² Hagstrøm (2009) s. 127

¹¹³ BIMCO (2012) (min understrekning)

tilbakemeldingene at man ønsket en «entire-agreement»-klausul nettopp for å utelukke § 19-unntakene.¹¹⁴ Klausulen ble på denne bakgrunn utformet for å få virkning på ethvert rettssystem. Formularkonsipistenes intensjon var følgelig å ekskludere de minstekrav som oppstilles i kjøpsloven § 19 (tredje ledd). Hvilken vekt kan man legge på dette?

Rt 1991 s. 719 (Hardhaus-dommen) gjaldt tolkningen av et standardformular utarbeidet av Norges Rederforbund og Skipsbyggerienes Landsforening¹¹⁵. Tvisten gjaldt blant annet tolkningen av uttrykket «direkte og umiddelbar følge av mangelen» i kontraktens § 12 nr. 4. Ved tolkningen av uttrykket la retten vekt på ytringer fra partene under kontraktsforhandlingene. Førstvoterende uttalte: «Tross den usikkerheten det her gis uttrykk for, viser imidlertid brev, notater m.v. som ble utarbeidet i forbindelse med kontraktsforhandlingene at begge parter mente at ansvar for mer katastrofeartede følger av begrensede mangler falt utenfor verkstedets ansvar.» Høyesterett kom til at en felles forståelse måtte legges til grunn. Dommen illustrerer at Høyesterett ved tolkningen av kontrakter forsøker å finne frem til hva som var konsipistenes mening, og i den grad det kan godtgjøres hva konsipistene har ment vil dette kunne vektlegges av retten.

I lys av det ovenfor nevnte om konteksten «entire agreement»-klausulen i Saleform 2012 er utformet i, som et internasjonalt standarddokument, og med så tydelige uttrykk for hva som var konsipistenes mening i felleskommentaren til BIMCO, er det gode grunner til å anse klausulen som tilstrekkelig klart formulert for å ekskludere § 19-unntakene i kjøpsloven.

De preseptoriske reglene i avtalelovens §§ 33 og 36 får imidlertid anvendelse, og disse setter grenser for hva som etter norsk rett kan avtales. Avtl. § 33 er relevant i forhold til fravikelsen av kjøpsloven § 19 bokstav a og b om selgerens opplysningsplikt. I det følgende skal jeg se på om ansvarsfraskrivelsen av kjl § 19 bokstav c spesielt står seg i forhold til avtl. § 36.

Om en ansvarsfraskrivelse skal opprettholdes, beror på et bredt skjønn med forankring i

¹¹⁴ Aadnesen (2013) og Scheel (2013)

¹¹⁵ Standardformular av 7/10-1981 for kontrakter om bygging av skip ved norske verksteder

urimelighetskriteriet som er nedfelt i avtaleloven § 36¹¹⁶ Avtl. § 36 er en gyldighets-/uvirksomhetsregel. Men etter norsk rettstradisjon er det også naturlig å karakterisere bestemmelsen som en fortolkningsregel. Når innholdet av en avtale skal fastlegges ved tolkning, ser domstolene hen til om resultatet blir urimelig.¹¹⁷ Om en ansvarsfraskrivelse er urimelig etter avtl. § 36 beror på en totalvurdering av kontraktsforholdets egenart og arten av kontraktsbruddet¹¹⁸. I kommersielle forhold veier ønsket om forutberegnelighet og det forhold at avtalen er utslag av en kalkulert risiko tungt.¹¹⁹ Klausulen i Saleform er inntatt for å sikre forutberegnelighet, og er utslag av en kalkulert og avtalt risikofordeling mellom partene. Når kontrakten er inngått av to profesjonelle parter, med lik forhandlingsstyrke, skal det meget til for at avtalen skal anses urimelig etter avtl. § 36. I Rt 2003 s. 1132 ble det uttalt at «det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet i næring mellom profesjonelle parter...» (avsnitt 46). Ved salg av skip bør det være adgang for selger til å fraskrive seg visse typer ansvar, særlig erstatningsansvar som følge av mangler. En forutsetning for kontraktsvilkårets bindende virkning er at kjøperen forut for avtaleinngåelsen får anledning til å akseptere vilkåret eller ikke. Ved salg av skip får kjøperen normalt anledning til å stille krav og forbehold i forhold til ansvarsfraskrivelsen. Dersom kjøperen aksepterer ansvarsfraskrivelsen i kontrakten, uten å ta noen form for forbehold, må han bære risikoen for eventuelle tap som følge av dette.

Regelen i kjl. § 19 bokstav c forutsetter et *vesentlig* misforhold mellom kjøpsforventningene etter omstendighetene. Ved kjøp av et brukt skip vil allerede kjøpstypen (det vil si at det er et bruktkjøp) legge elde- og slitasjerisikoen på bruktkjøperen.¹²⁰ Lovens ordinære regel ved «as is»-salg innebærer dermed at terskelen ved bruktkjøp er betydelig høyere for å bli hørt med mangelskrav enn den ellers ville vært. Hvor stort spillerommet er fra man har nådd terskelen «vesentlig dårligere stand» i kjl. § 19 bokstav c til urimelighetskriteriet i avtl. § 36 slår inn, er vanskelig å si generelt. Svaret

¹¹⁶ Hagstrøm (1996) s. 6

¹¹⁷ Hagstrøm (2009) s. 639

¹¹⁸ Hagstrøm (2009) s. 641

¹¹⁹ Se eksempelvis Rt. 1988 s. 295

¹²⁰ Krüger (1999) s. 241 flg.

beror på de overfor nevnte vurderinger i forhold til avtl. § 36 i næringskjøp og de konkrete omstendigheter i saken.

6 BETRAKTNINGER

Det er en lang tradisjon for at skip selges på «as is»-basis internasjonalt. I allefall har man i bransjen levd i den tro at man gjør det. Det er dermed tankevekkende når det kommer en dom som rokker ved en så utbredt oppfatning.

I engelsk rett har det tradisjonelt vært lagt vekt på forutberegnelighet, spesielt i kommersielle forhold. Bakgrunnsretten har forutsetningsvis spilt en mindre rolle enn i norsk rett. Utgangspunktet har vært at det er ordlyden i kontrakten som gjelder slik at man har forsøkt å holde seg innenfor kontraktens fire hjørner. I norsk rett har man til sammenlikning i større grad sett hen til andre faktorer enn kontrakten i seg selv, som formål og bakgrunnsretten generelt. Union Power-dommen er i så måte et eksempel på at denne forskjellen ikke gjelder uten videre, og at man i engelsk rett iallfall i denne sammenheng går vel så langt i å trekke inn bakgrunnsretten som vi gjør etter norsk rett. Hensynet til forutberegnelighet ble i Union Power-dommen satt til side til fordel for en streng fortolkning når det gjelder å fravike bakgrunnsretten.

Er Union Power en god dom? Slik jeg ser det, er det ikke et entydig svar på dette. På den ene side sikrer Union Power-dommen kjøpers rettigheter etter SGA, og er i så måte bra dersom man sitter på kjøpersiden av bordet. Dommen tar på alvor de strenge krav til å fravike "implied terms" som etter bakgrunnsretten er "conditions".

På den annen side er dommen i strid med det som har vært gjeldende oppfatninger i bransjen. Det synes å være et utbredt ønske om at salg av brukte skip skal skje på "as is»-basis. Som vi har sett har den alminnelige oppfatning vært at dette er tilfelle ved salg basert på Saleform, og i Saleform 2012 er det inntatt en "entire agreement"-klausul for nettopp å sikre at bakgrunnsretten ikke skal supplere kontrakten. Obiter-uttalelsen i dommen om at "as is"-forbehold generelt ikke ekskluderer krav om "satisfactory quality" medfører at "as

is" blir et uthulet begrep. "As is" er et velkjent begrep som nettopp går ut på at selgeren fraskriver seg ansvaret for eventuelle skjulte feil og mangler, slik at det ikke kan oppstilles noe krav til varens kvalitet. Når det innfortolkes et kvalitetskrav i "as is"-regelen blir regelen så uthulet at det er vanskelig å se at det blir noe igjen av den.

I den grad dommen er utilfredsstillende med hensyn til markedets behov, er dette likevel et problem som enkelt kan løses ved å innta en tilsvarende bestemmelse som den som oppstilles i Saleform 2012 klausul 18 tredje ledd. Dommen har fått mye publisitet og markedet er nå i stor grad kjent med denne dommen, slik at kontraktspraksis kan endres for å unngå at slike saker oppstår fremover. Det er trolig først og fremst i en overgangsfase Union Power-dommen er et problem, fortrinnsvis for de som allerede har inngått avtaler på basis av Saleform 1993 uten noen ytterligere ansvarsfraskrivelser.

Hvis Union Power-dommen legges til grunn, blir konsekvensen at Saleform 2012 ikke anses som en «as is»-kontrakt, samtidig som kravene til kvalitet i SGA er satt til side gjennom Entire Agreement-klausulen. Om dette kan medføre en form for mellomløsning mellom «as is»-salg og vanlige salg er noe uklart, men formodentlig blir konsekvensen noe i retning av et «as is»-salg dersom kvalitetskravene i SGA ikke kan innfortolkes.

Forøvrig er det interessant å merke seg at Mr Justice Flaux, dommeren i Union Power, nettopp har avsagt en ny High Court dom ("The Astra"¹²¹) som i likhet med Union Power representerer nyskapende jus i forhold til gjeldende bransjeoppfatning. I denne dommen uttalte Flaux at et enkelt betalingsmislighold av tidsfrakt i henhold til et NYPE certeparti var brudd på en "condition", noe som gir rederen rett til å terminere kontrakten og kreve erstatning. Selv om enkelte dommer på andre områder har gitt visse indikasjoner i retning av en slik løsning, har den rådende oppfatning likevel vært at en forsinket betaling av tidsfrakt under et tidscerteparti, ikke i seg selv skal anses som kontraktsbrudd som gir rett

¹²¹ Kuwait Rocks Co v AMN Bulkcarriers Inc (*The Astra*) [2013] EWHC 865 (Comm)

til å terminere og kreve erstatning.¹²² Det kan se ut som om Mr. Justice Flaux ikke er tilbakeholden med å avklare tvilsomme juridiske spørsmål, og det er et tankekors når han etter å ha avklart det som for de fleste var et tvilsomt spørsmål i Union Power dommen, også er den som avgjør at dommen ikke kan ankes videre. Det gjenstår å se om det samme skjer i «The Astra».

For norsk retts vedkommende er rettsstilstanden trolig uforandret etter Union Power-dommen. Det som er nytt i norsk rett er introduksjonen av "entire agreement"-klausulen i 2012-versjonen, som etter alt å dømme også setter til side unntakene i kjl § 19. Et "as is"-forbehold gjelder normalt med de modifikasjoner som oppstilles i kjl. § 19, og slik har Saleform blitt tolket til nå. Etter min mening er dette en balansert mellomløsning som så langt har fungert godt i norsk rett. Fra kjøperens perspektiv vil det innebære større risiko å kjøpe skip på basis av Saleform 2012, enn hva som har vært tilfelle tidligere. En annen sak er at ved å ekskludere kjl. § 19 kan det tenkes å bli lettere å få gjennomslag for norsk lovvalg og jurisdiksjon overfor utlendinger, og slik sett representerer 2012-versjonen en forbedring fra tidligere versjoner sett med norske øyne.

¹²² Coghlin (2008) para. 16.132

7 Litteraturliste

Litteratur

- Brækhus, Sjur *Juridiske arbeider fra sjø og land.* 1968
- Bråfelt, Camilla *Fleksibilitet i certepartiforhold.* Oslo, 2008
- Chitty, Joseph *Chitty on Contracts, Volume I, General Principles.* 13th edition, 2008
- Chitty, Joseph *Chitty on Contracts, Volume II, Specific Contracts.* 13th edition, 2008
- Coghlin m.fl. *Time Charters, Sixth Edition,* 2008
- Cross og Harris *Precedent in English Law.* 4th edition, 1990
- Falkanger, Bull og Brautaset *Scandinavian Maritime Law.* 3d edition, 2011
- Fankanger, Thor *En sammenlikning mellom engelske og norske prinsipper for fortolkning av kontrakter. I: Arkiv for sjørett, bind 9, Oslo 1965-1969. s. 537-566*
- Goldrein, Hannaford and Turner *Ship Sale and Purchase.* 5th edition, 2008
- Gönfors, Kurt *Tolkning av fraktavtal.* Sjørettsforeningen i Göteborg Skrifter nr 67 (1989)

- Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Aarbakke, *Obligasjonsrett*. 5. opplag 2009
Magnus
- Honka, Hannu *Fartygets skick och egenskaper. En befraktningsrättslig studie*. Åbo, 1989
- Haaskjold, Erlend *Kontraktsforpliktelse*. Oslo 2002
- Krüger, Kai *Norsk kjøpsrett*. Bergen 1999
- Krüger, Kai *Norsk kontraktsrett*. Bergen 1989
- Merkin, Robert *Arbitration Act 1996*. 3rd edition, London 2005
- Poole, Jill *Textbook on contract law*. 10th edition, 2010
- Solvang, Trond *Forsinkelse i havn, risikofordeling ved reisebefraktning*. 2009
- Strong, Malcolm og Herring, Paul *Sale of Ships – The Norwegian Saleform*. 2004
- Woxholt, Geir *Avtalerett*. 6. utgave, 2006
- Artikler**
- Brækhus, Sjur «Voldgiftsdommer som rettskilde», 1990,

- Publisert i «...den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm s. 447» (FEST-1990-ab-447)*
- Baker Q.C., Andrew W and Ho, Edward *«Arbitrators under English law: Inferior Tribunals or A Law Unto Themselves».*
Nordisk lecture, 9. januar 2012
- Grant, Joanna *«Interpretation of contracts under English law»*, Nordisk medlemsblad no. 570, Februar 2010
- Grotmol, Frode *«Saleform 1987 & 1993- Clause 11, Condition on delivery»*. Nordisk medlemsblad no. 551, Februar 1998
- Hagstrøm, Viggo *«Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold»*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1996 s. 421 - (TFR-1996-421)
- Rosengren, Jonas *«Contract Interpretation in International Arbitration»*. Journal of International Arbitration 30, no. 1 (2013): 1-16
- Scheel, Georg *«Saleform 2012»*. Nordisk Skibsrederforening Annual Report 2011
- Selvig, Erling *«Tolkning etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk»* i

Rettspraksis:

Norske dommer

Rt. 1926 s. 535

Rt. 1982 s.1357

Rt. 1988 s. 295

Rt. 1991 s.719 (Hardhaus)

Rt. 1998 s. 774

Rt. 2008 s. 1237

RG 1998 s. 529

Nordiske Domme i sjøfartanliggender

ND 1960 s. 535

ND 1961 s. 141 Thomhill ex Marosa

ND 1979 s. 231 Wingull

ND 1983 s. 340

ND 1989 s. 309 Arica

ND 1994 s. 218

ND 2002 s. 80 Borealnes NV

ND 2003 s. 310

Engelske dommer

Air Transworld Ltd v Bombardier Inc [2012] EWHC 243 (Comm); [2012] 1 Lloyd's Rep
349

Bominflot v Petroplus Marketing («The Mercini Lady») [2010] EWCA Civ 1145; [2011] 1 Lloyd's Rep 442

Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd [2009] 3 WLR 267

Dalmare SpA v. Union Maritime Ltf and Valor Shipping Limited (*Union Power*) [2012] EWHC 3537 (Comm)

Ernst Behnke v Bede Steam Shipping Company Ltd (27 L1. L Rep.24)

Grant v Austalian Knitting Mills Ltd [1936] A.C. 85, 100

Henderson v Arthur [1907] 1 KB 10

Hogarth v Miller [1891] A.C. 48 HL (Westfalia-saken)

Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha [1962] 2 Q.B. 26, 65

ICS Ltd v West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896

Kuwait Rocks Co v AMN Bulkcarriers Inc (*The Astra*) [2013] EWHC 865 (Comm)

Lloyd del Pacifico v Board of Trade (1929) 35 LL.L.R. 217

MacLeod v Ens 1983 135 DRL 365

Mariola Marine Corporation v Lloyd's Register of Shipping [1990] 1 Lloyd's Rep 547 s. 555-6

Polestar Maritime Ltd v YHM Shipping Co Ltd and another («The Rewa») [2012 EWCA-Civ 153

Rainy Sky SA and others v Kookmin Bank [2011] UKSC 50

The Brave Challenger [2003] EWHC 3154

The Morning Watch [1990] 1 LLR 547

Nettartikler:

Bergem, John Egil. Norsk lovkommentar, revidert 21.05.2012.

[http://abo.rettssdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=kj
%C3%B8psloven&sDest=gL19880513z2D27#gL19880513z2D27z2EzA719](http://abo.rettssdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=kj%C3%B8psloven&sDest=gL19880513z2D27#gL19880513z2D27z2EzA719)

BIMCO. «*Explanatory notes to Saleform 1993*». 7. april 2013

https://www.bimco.org/en/Chartering/Documents/Sale_and_Purchase/SALEFORM1993/Explanatory_Notes_SALEFORM1993.aspx

BIMCO. «*Explanatory notes to Saleform 2012*». 7. april 2013

https://www.bimco.org/en/Chartering/Documents/Sale_and_Purchase/SALEFORM_2012/Explanatory_notes.aspx

Clyde&Co «*The Union Power*». Januar 2013.

http://www.clydeco.com/uploads/Files/Publications/2013/CC002456_Union_Power_Update_09.01.13.pdf

McMahon, Liz, Lloyd's List. «*Sale and purchase decision sides with the buyer*». 23. januar 2013

<http://www.lloydslist.com/ll/sector/regulation/article415439.ece>

Nordisk News. «*Warning – Saleform 93 – new English judgement*». Oslo, 30.01.2013

<http://www.nordisk.org/?did=9093264>

Herring, Khan, Goldsmith. «*Our knowledge / publications / second-hand ship must be of satisfactory quality pursuant to Sale of Goods Act*». Ince & Co, 5. februar 2013 <http://in-celaw.com/ourknowledge/publications/second-hand-ship-must-be-of-satisfactory-quality-pursuant-to-sale-of-goods-act>

Annet:

McGladdery, Joe og Hagberg, Henrik. “*The Union Power – is “as is” not what it used to be?*” Seminar 6. mars 2013 hos Wikborg Rein i samarbeid med Norsk Skibsmeglerforbund

Aadnesen, Henrik og Scheel, Georg. Uformelle samtaler, Oslo, april 2013