

# MARIUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Casper M. Meland & Georg Witschel

En komparativ analyse av  
norsk og engelsk  
kontraktsrett

&

Mare Liberum and Maritime  
Security

356

En komparativ analyse av norsk og  
engelsk kontraktsrett

&

*Mare Liberum* and Maritime Security



Casper M. Meland & Georg Witschel

En komparativ analyse av  
norsk og engelsk  
kontraktsrett  
&  
Mare Liberum and Maritime  
Security



**Marlus nr. 356**

Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

ISSN: 0332-7868 © Sjørettsfondet, 2007  
Universitetet i Oslo  
Postboks 6706 St. Olavs plass  
N-0130 Oslo

Besøksadresse: Karl Johans gate 47

Telefon: 22 85 97 48  
Telefaks: 22 85 97 50  
E-post: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)  
Internett: [www.jus.uio.no/nifs](http://www.jus.uio.no/nifs)

Redaktør: Professor dr. juris Trine-Lise Wilhelmsen

Trykk: Lobo media

# Innholdsfortegnelse

## DEL I EN KOMPARATIV ANALYSE AV NORSK OG ENGELSK KONTRAKTSRETT, ILLUSTRERT VED NORSK STANDARD SKIPSBYGGINGSKONTRAKT ART IX, (FORCE MAJEURE)

1	INNLEDNING.....	2
1.1	Bakgrunn for oppgaven.....	2
1.2	Tema for oppgaven.....	3
1.3	Skipsbyggingskontraktens plass i rettssystemet. ....	4
1.4	Avgrensing/videre fremstilling. ....	6
2	GENERELT OM FORSKJELLEN MELLOM NORSK OG ENGELSK KONTRAKTSTOLKNING. ....	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Utgangspunktet – ordlyden. ....	9
3	FORSINKELSE OG FORLENGELSE AV TID FOR LEVERING. (FORCE MAJEURE).....	17
3.1	Innledning.....	17
3.2	Spesielle prinsipper ved tolkning av force majeure klausuler. ....	20
3.3	Materielle vilkår for force majeure etter Skip 2000. ...	22
3.3.1	Det må foreligge en force majeure begivenhet/omstendighet. ....	25
3.3.2	«Beyond the Builders control». ....	34
3.3.3	«and/or <u>any other extraordinary events</u> beyond the control of the builder». ....	42
3.3.4	Kravet til årsakssammenheng.....	46
3.3.5	«Provided always». Uttalt forutsetning – kravet til aktsomhet i planlegging og gjennomføring.....	48
3.3.6	Force Majeure - når skipet allerede er forsinket. ....	53
3.4	Offergrensen. ....	54
3.5	Underleverandør er forsinket (dobbel force majeure).....	58

4	BETYDNINGEN AV AT KONTRAKTEN UNDERLEGGES ENGELSK RETT I STEDET FOR NORSK RETT.....	63
5	VEDLEGG I.....	65
	5.1 Kontraktens ordlyd:.....	65
6	VEDLEGG II.....	67
	6.1 Litteraturliste: .....	67

DEL II "*MARE LIBERUM* AND MARITIME SECURITY:  
CONTRADICTION OR COMPLEMENTARITY?"

1	INTRODUCTION.....	70
2	THE PRINCIPLE OF MARE LIBERUM AND MARE CLAUSUM IN THE 17 <sup>TH</sup> AND 18 <sup>TH</sup> CENTURY .....	71
3	THE FREEDOM OF THE HIGH SEAS ACCORDING TO THE UNCLOS REGIME.....	72
	3.1 Geographical and functional restrictions of the freedom of the high seas under UNCLOS.....	73
	3.2 Special restrictions of the freedom of the high seas: due regard clause, duty to combat piracy and hot pursuit.....	75
4	NEW CHALLENGES AND REMEDIES.....	77
	4.1 Extension of State jurisdiction or control of the high seas.....	79
	4.2 Preventive and law enforcement measures: Protocols of 2005 changing provisions of the SUA Convention .....	80
	4.3 Proliferation-Security-Initiative (PSI) and bilateral agreements.....	83
	4.4 New remedy: Resolutions of the Security Council?... 84	
	4.4.1 Existing Security Council Resolutions.....	85
	4.4.2 Future resolutions of the Security Council under Chapter VII UN-Charter? .....	86
	4.5 Right of self-defence and extensive interpretation of Art. 110 UNCLOS.....	88
5	CONCLUSION .....	89

**Del I**  
**En komparativ analyse av norsk og**  
**engelsk kontraktsrett, illustrert ved**  
**Norsk Standard**  
**Skipsbyggingskontrakt art IX,**  
**(Force Majeure)**

Casper M. Meland  
Legal Department, Norwegian Hull Club



# 1 Innledning.

## 1.1 Bakgrunn for oppgaven.

Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt 2000, heretter omtalt som Skip 2000, er den sist oppdaterte<sup>1</sup> standard skipsbyggingskontrakt,<sup>2</sup> og den eneste internasjonalt anerkjente standard skipsbyggingskontrakten som er et «agreed document».<sup>3</sup> Både SAJ-form og AWES-form, som har vært de mest brukte standard kontraktene, er i mange henseender ansett for å være for «verkstedsvennlig».<sup>4</sup>

Som den mest balanserte kontrakten har den i løpet av de siste årene i økende grad blitt akseptert i utlandet. Dette skyldes også at kontrakten på bakgrunn av eksporthensyn er tilpasset engelsk rett. Med små endringer er kontrakten allerede i bruk i land som Kina,

---

<sup>1</sup> BIMCO holder på å utarbeide en ny standardkontrakt, NEWBUILDCON, som skal komme på markedet i juni 2007. Den er ikke tilgjengelig for bruk foreløpig. Det er en kontrakt som er utarbeidet på vegne av rederne, og er dermed den mest kjøpervennlige kontrakten på markedet. Når verkstedene har en så sterk posisjon som de har i dagens marked, er det tvilsomt om denne kontrakten kommer til å bli akseptert av noen store verft.

<sup>2</sup> Begrepet standardkontrakt kan defineres som «kontraktsvilkår som er utarbeidet på forhånd, og som tilsiktedes anvendt i et ubestemt antall fremtidige, konkrete kontraktsforhold av en nærmer bestemt type.» Se Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, Oslo 2002 s. 166.

<sup>3</sup> «Agreed document» er *betegnelsen på en standardkontrakt som er blitt til gjennom forhandlinger mellom to parter eller bransjeorganisasjoner, i motsetning til kontrakter som er ensidig utformet av den ene part.* Jusleksikon, Jon Gisle, side 10.

<sup>4</sup> SAJ-form, «Shipbuilders Association Japan», er den hyppigst anvendte kontrakten, og som anvendes eksklusivt i Japan og Korea. Den europeiske standardkontrakten kalles AWES-form, «Association of West European Shipbuilders». Begge kontraktene er utarbeidet på vegne av verkstedene.

Tyskland, Russland, Tyrkia, Italia, Polen og Spania. I de fleste av disse tilfellene har man valgt en nøytral rett i lov- og jurisdiksjonsklausulen.<sup>5</sup>

Med en slik utvikling i omfanget og rekkevidden av bruken av Skip 2000 møter man i økende grad spørsmålet om hvilken risiko partene løper ved at kontrakten underlegges et fremmed lands rett.

## 1.2 Tema for oppgaven.

Tema for oppgaven er å illustrere hvilken risiko partene løper ved at Skip 2000 underlegges engelsk rett i stedet for norsk. Spørsmålet vil illustreres i forhold til art. IX, som er kontraktens force majeure bestemmelse.

Det vil bli tatt utgangspunkt i hvordan klausulen skal tolkes etter norsk rett. Selv om kontrakten er engelskspråklig, er utgangspunktet og hovedregelen at kontrakten tolkes på samme måte og etter de samme prinsipper som en norskspråklig kontrakt.<sup>6</sup> Ved anvendelse av engelske standardkontrakter skrevet med tanke på engelsk rett, men avtalt undergitt norsk rett, kan det melde seg en del særskilte problemer.<sup>7</sup> <sup>8</sup> Skip 2000 er en norsk kontrakt basert på

---

<sup>5</sup> ILO, 10 januar 2007, *The Norwegian Shipbuilding Contract*.

<sup>6</sup> Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3. utgave, Oslo 2002, s.153 flg.; Erling Selvig, «Kontraktens rettskildelære», *Knophs oversikt over norsk rett*, 12 utgave, Oslo 2003 s.256-257.

<sup>7</sup> Se ARICA dommen, ND 1983 s. 309. Her ble et engelsk certeparti som var underlagt norsk rett tolket i lys av engelsk bakgrunnsrett. Begrunnelsen var at man etter norske tolkningsprinsipper anså partenes intensjoner som sammenfallende med den engelske og ikke den norske bakgrunnsretten. Dommen er utførlig kommentert av Selvig i TfR 1986.1.

<sup>8</sup> I Borealnes dommen, referert i ND 2002. 81, ble utgangspunktet fra ARICA saken opprettholdt. Det ble videre presisert at selv om en kontrakt

norsk bakgrunnsrett. Det melder derfor seg ikke noen slike problemer, og kontrakten skal tolkes som en norsk tospråklig kontrakt.<sup>9</sup>

Med utgangspunkt i det norske tolkningsresultat vil forskjellene illustreres ved at samme ordlyd analyseres i forhold til engelsk rett. Et praktisk eksempel på dette er at verkstedet inngår en kontrakt med en norsk kjøper og kontrakten er underlagt norsk rett. Kontrakten selges videre til en kjøper som ønsker kontrakten underlagt engelsk rett, noe verkstedet aksepterer. Hvilken risiko utgjør så en endring av lov- og jurisdiksjonsklausulen?

### 1.3 Skipsbyggingskontraktens plass i rettssystemet.

Forholdet mellom verkstedet og bestiller i skipsbyggingsforhold er ikke underlagt preceptoriske lovregler, verken i Norge eller England. Kontraktsforholdet består av utpreget profesjonelle parter og det har siden slutten av det 20. århundre vært en tradisjon med selvregulering i form av standardkontrakter.<sup>10</sup>

Selv om skipsbygging innehar entrepriserettslige elementer, har avtale om bygging av skip tradisjonelt vært å regne som kjøp.<sup>11</sup> Bakgrunnsretten er formelt sett kjøpsloven. På grunn av at

---

som er underlagt norsk rett kan tolkes i samsvar med engelsk rett kan en ikke kreve at *rettsvirkningene* av tolkningen skal underlegges engelsk rett.

Dommen er kommentert av Selvig i ND. 2003 nr 19. side XIX.

<sup>9</sup> Skip 2000 er en engelsk språklig kontrakt som i utgangspunktet bygger på og er underlagt norsk rett, men som er tilpasset engelsk rett på bakgrunn av eksportthensynet. Se Øystein Meland, *Skipsbygging, Kommentarer til Norsk Skipsbyggingskontrakt*, Bergen 2006, side 13-14.

<sup>10</sup> Standardkontraktene fungerer i realiteten som et rammeverk for den enkelte kontrakt som så blir individuelt forhandlet mellom partene.

<sup>11</sup> Meland side 22; Bull, Falkanger, *Innføring i Sjørett*, 6. utg. side 63

skipsbyggingskontrakter fremstår som en mellomting mellom en entreprise- og kjøpskontrakt, passer kjøpslovens regler mindre bra på slike kontrakter.<sup>12</sup>

Etter engelsk rett regnes skipsbygging tradisjonelt sett som kjøp, med den følge at «The Sale of Goods Act» blir fungerende bakgrunnsrett.<sup>13</sup> Problemstillingen vedrørende skipsbyggingskontraktens entrepriserettslige særpreg var oppe i to House of Lords dommer.<sup>14</sup> Konklusjonen de engelske domstolene falt ned på var at; «*a contract which was not simply one of sale but which so far as the construction of the vessel was concerned, resembled a building contract*». Benjamin tolker dommene som en presisjon av at; «*a contract to build a ship, though a contract of sale of goods, [has] also some characteristics of a building contract*».<sup>15</sup>

Disse karakteristika medfører at kontrakten i visse henseender må tolkes i lys av entrepriserettslige hensyn, men endrer ikke det faktum at kontrakten som helhet vil betraktes som en kjøpsavtale.<sup>16</sup>

Verken etter norsk eller engelsk rett foreligger det p.t. noen publiserte rettsavgjørelser knyttet til Skip 2000. Årsaken til dette er nok at konflikter vedrørende skipsbyggingskontrakter sjelden

---

<sup>12</sup> Se blant annet Per Brunsvig, *Konstruksjonsansvar ved bygging av skip*, Arkiv for Sjørett, bind 13, Oslo 1973, side 175 flg; Ole Lund, *Om mislighold av skipsbyggingskontrakter*, Jussens Venner, 1967 side 116-130.

<sup>13</sup> Diplock J. in McDougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd. [1958] 2 Lloyd's Rep. 345, side 355-356: «...it seems well settled by authority that...a shipbuilding contract is...in law a contract for the sale of goods...».

<sup>14</sup> Hyundai Heavy Industries Co v. Papadopoulos and Others [1980] 2 Lloyds Rep. 1

Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co., Latreefer Inc. and Others [1998] 1 Lloyds Rep. 609

<sup>15</sup> Benjamin, *Sale of Goods*, 5<sup>th</sup> ed., kapittel 1-1041.

<sup>16</sup> Jfr. kap 3.5 om underleverandøransvaret.

avgjøres ved de ordinære domstoler, og det er opp til partene om avgjørelser fra voldgiftsretten skal offentliggjøres.<sup>17</sup>

Forarbeider til kontrakten, for eksempel i form av kontraktsutkast, er ikke publisert. I Hardhausdommen ble kommentarene som Stephen Knudtzon skrev til 1981 kontrakten vektlagt som en relevant rettskilde.<sup>18</sup> Advokat Øystein Meland har skrevet en kommentarutgave til Skip 2000. På lik linje med at Knudtzon sine kommentarer ble ansett som en relevant rettskilde for 1981 kontrakten må Meland sine kommentarer ansees som en relevant rettskilde for Skip 2000.<sup>19</sup>

Den viktigste engelske litteratur om skipsbygging er Curtis; «The Law of Shipbuilding Contracts».

## 1.4 Avgrensning/videre fremstilling.

Hovedtema for den videre fremstilling er å vise hvordan de forskjellige kontraktsrettslige regimer utgjør en risiko for ulike tolkningsresultat av den samme ordlyd. Klausulens materielle innhold generelt behandles ikke, og heller ikke de deler av bestemmelsen hvor tolkningsresultatet ville blitt det samme etter norsk og engelsk rett.

---

<sup>17</sup> Se f.eks. Kai Kruger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 side 866 og 873; Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett*, Oslo 1997 side 14.

<sup>18</sup> Rt. 1991 side 719, på side 724 og 725. Stephen Knudtzon, *Den nye kontrakt for bygging av skip ved norske verksteder*, Nordisk Skipsrederforening, Medlemsblad, Spesialnummer A 1984, Oslo 1984 side 7 – 76.

<sup>19</sup> Da Meland var representant for Norske Skipsverft og TBL Skip, og motparten, ved Georg Scheel, ikke har anerkjent kommentarutgaven til kontrakten må boken regnes å kun ha rettskildemessig vekt som juridisk teori.

Virkningen av force majeure forsinkelse etter kontrakten er at partenes frist for å yte rettidig utsettes. Av hensyn til oppgavens størrelse må det videre avgrenses mot virkningene av force majeure, og oppgavens problemstilling er ikke behandlet i forhold til disse spørsmål. Det vil også avgrenses mot partenes plikt til å påberope seg force majeure ved å sende notis. Kontrakten er på dette området klar. En problematisering av pliktens absolutte art i forhold til avtaleloven § 36 og «The Doctrine of Frustration» er ikke et spørsmål om tolkning av kontrakten, men et spørsmål om forholdet til bakgrunnsretten og faller således utenfor oppgaven.

Av samme årsak må det avgrenses mot generelle kontraktsrettslige prinsipper.<sup>20</sup> Det vil kun bli fokusert på de prinsipper som kan være av direkte relevans for tolkning av force majeure klausulen.

## 2 Generelt om forskjellen mellom norsk og engelsk kontraktstolkning.

### 2.1 Innledning.

Hovedformålet til en kontrakt som et juridisk instrument er den skal holdes.<sup>21</sup> Dette prinsippet er grunnpilaren i kontraktsretten, jfr. NL 5-1-2, og er et internasjonalt anerkjent prinsipp. Prinsippet om

---

<sup>20</sup> Om forskjellen mellom engelsk og norsk kontraktstolkning, se Thor Falkanger «*En sammenligning mellom engelske og norske prinsipper for fortolkning av kontrakter*» i Arkiv for sjørett bind 9 side 537 flg. Se også Selvig, TfR 1986 side 1 flg.

<sup>21</sup> Latin; «*Pacta sunt servanda*», på engelsk omtales prinsippet som «The Sanctity of Contract».

Det viktigste engelske prejudikat er *Paradine v. Jane*. [1558-1774] All ER Rep 172.

at kontrakter skal holdes skaper tillit til at kontrakter blir oppfylt etter sitt innhold.

Det er partenes felles forståelse som legges til grunn for innholdet i kontrakten.<sup>22</sup> Ved avvikende partsoppfatning av innholdet i en kontrakt blir det behov for tolkning av kontrakten.

Å tolke en kontrakt betyr at man fastsetter kontraktens innhold på grunnlag av kontraktens ordlyd, for å oppnå en – forhåpentligvis – ønsket rettsvirkning. En kontrakt tolkes først og fremst på bakgrunn av alminnelig anerkjente tolkningsprinsipper. Bakgrunnsretten blir i hovedsak først aktuell dersom en ikke oppnår ønsket resultat gjennom tolkning. Etter norsk rett skjer det ved at en «utfyller» kontrakten på bakgrunn av bakgrunnsretten.<sup>23</sup> Etter engelsk rett er kontrakten i utgangspunktet uttømmende.<sup>24</sup>

Skip 2000 skal i utgangspunktet være en uttømmende regulert kontrakt, jfr. art. XVIII. Kontraktens ordlyd er i utgangspunktet den samme på norsk som på engelsk. Det er de underliggende tolkningsprinsipper som begrunner et mulig avvik i tolkningsresultatet etter engelsk og norsk rett.

For å kunne illustrere forholdet mellom norsk og engelsk rett er det dermed nødvendig med en oversikt over de relevante tolkningsprinsipper som gjør seg gjeldende i forhold til Skip 2000 etter norsk og engelsk rett.

---

<sup>22</sup> Thor Falkanger, *Tolkning av Sjørettslige Standardkontrakter – særlig om betydningen av forarbeider*. FEST-1997-bl-289, pkt 4.

<sup>23</sup> Geir Woxholt, *Innledning til kontraktsretten* kap. IV, pkt 3.0. JV. 1996 s.213

<sup>24</sup> Etter Engelsk rett utfyller man bare når de utfyllende regler («implied terms»), «*are necessary to give business efficiency to the contracts as both parties must have intended, the term must be so obvious it goes without saying and it must be reasonable*» Lewison, *Interpretation of Contract*, kap 6.01 – 6.06.

## 2.2 Utgangspunktet – ordlyden.

Utgangspunktet og hovedregelen for tolkning av kontrakter etter både engelsk og norsk rett er en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Begrunnelsen for dette er forutberegnelighetshensynet. Det er ordlyden som best gir uttrykk for hva partene har ment med kontrakten, og det er ordlyden partene forholder seg til.<sup>25</sup>

Betydningen av kontraktens ordlyd etter engelsk rett illustreres av det Lord Weynsdale kaller «the golden rule»; «*In construing all written instruments ...the grammatical and ordinary sense of words may be modified, so as to avoid ...absurdity and inconsistency, but no further.*»<sup>26</sup>

Begrunnelsen for det noe bombastiske utgangspunktet er at forutberegnelighet er et meget tungtveiende hensyn etter engelsk rett.

Den engelske ordlydstolkningen er sammenfattet i fem punkter av Lord Hoffmann.<sup>27</sup> Lord Bingham oppsummerer de berømte fem punktene til Lord Hoffmann som følger;<sup>28</sup>

«To ascertain the intention of the parties the court reads the terms of the contract as a whole, giving the words used their natural and ordinary meaning in the context of the agreement, the parties' relationship and all the relevant facts surrounding the transaction so far as known to parties. To ascertain the parties' intentions the court does not of course inquire into the parties' «subjective states of mind but makes an objective judgement based on the materials already identified».

---

<sup>25</sup> Etter norsk rett sier en gjerne at dette springer ut av erklæringsteorien.

<sup>26</sup> Grey v Pearson [1857] 6 HL Cas 61, 106.

<sup>27</sup> Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1998] 1 W.L.R. 896.

<sup>28</sup> B.C.C.I v. Ali [2001] U.K.H.L. 8 1 A.C. 251.



Utgangspunktet etter engelsk rett er altså en objektiv tolkning av ordlyden. Objektiv tolkning er hva en alminnelig utrustet person innefor det aktuelle fagfelt legger i ordlyden. Etter norsk rett tar man utgangspunkt i kontraktens ordlyd, og ut fra ordlyden søker å klargjøre hva partene har avtalt. Utgangspunktet er altså det samme etter norsk og engelsk rett.

Forskjellen er at man etter norsk og engelsk rett vektlegger ulike hensyn ved ordlydstolkningen. Etter norsk rett tilstrebes et *rimelig og fornuftig* resultat av tolkningen.<sup>29</sup> I England er det primære fokus å fremme forutberegnelighet.

Forskjellen kommer til uttrykk ved at den norske dommer vil legge den subjektive tolkning til grunn der partenes felles subjektive forståelse lar seg påvise. Et eksempel på dette er Hardhausdommen.<sup>30</sup>

Her var det tvist i forhold til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt 1981. Spørsmålet var hvordan «direkte og umiddelbar følge» skulle tolkes. Det avgjørende for domstolen var at de anså den felles subjektive forståelse av begrepet bevist. Retten la ikke avgjørende vekt på hva «en objektiv tolkning av ordlyden» eller en tolkning av ordlyden i lys av kontraktens «forarbeider» måtte føre til.

At forutberegnelighet etter engelsk rett veier tyngre enn ønsket om å komme frem til et *rimelig og fornuftig* resultat, herunder det å finne partenes mening, illustreres i uttalelsene i Cheshire, Fifoot;

---

<sup>29</sup> Dette begrunnes gjerne i den generelle funksjon avtl. § 36 har. Den sier ikke bare at avtaler ikke skal være urimelig, men også at en skal søke rimelighet gjennom tolkning. Mer om dette Knophs oversikt over norsk rett, 1998, side 273 flg.

<sup>30</sup> Gjengitt i RT 1991. 719.

«*the court is usually concerned not with the parties actual intentions, but with their manifested intentions*».<sup>31</sup>

Her må det presiseres at også en engelsk domstol vil legge til grunn den subjektive forståelse der partene er enig om at ordlyden skal forståes på en bestemt måte. Der partene er enig om en subjektiv forståelse av ordlyden foreligger det ikke grunnlag for tvist, og det skal da ikke avgjøres av retten. Problemet kommer først på spissen der den ene part påstår en fravikende subjektiv forståelse av ordlyden lagt til grunn.

Hensynet til forutberegneligheten styrkes ved at en engelsk dommer ikke tillater andre bevis for partenes intensjoner enn kontrakten.<sup>32</sup> Retten kan ikke ta hensyn til bevis som forhandlinger, tidligere korrespondanse eller andre omstendigheter når de tolker ordlyden i kontrakten. Dette kalles gjerne «*the parole evidence rule*».<sup>33</sup> Regelen ble uttalt av P.O. Lawrence J.;

---

<sup>31</sup> Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14<sup>th</sup> ed. Side 135.

<sup>32</sup> Cheshire, Fifoot and Furmston 14.ed. Side 135. «*The parole evidence rule is to ... be regarded as an expression of the objective theory of contract ...*».

<sup>33</sup> Dette er kun hovedregelen ved tolkning av kontrakter. Bevis kan føres:

For at endelig kontrakt ikke er inngått. *Pym v. Campbell*

Med mindre det er avtalt «*entire agreement clause*» kan det føres bevis for at kontrakten ikke var ment til å være endelig. *Gillespie v Cheney Edgar & Co [1896] 2 Q.B. 59*

Med mindre det er avtalt «*entire agreement clause*» kan det føres bevis som motsier ordlyden i en viss utstrekning, jfr. *Lysnar v National Bank of New Zealand [1923] N.Z.L.R. 129*

Bevis kan føres for å identifisere partene, kontraktsgjenstanden eller «*additional consideration*».

Bevis kan føres for å påvise sedvane – logisk da tolkning gjøres på bakgrunn av objektiv forståelse innenfor vedkommende fagfelt.

«It is firmly established as a rule of law that parol evidence cannot be admitted to add to, vary or contradict a deed or other written instrument. Accordingly it has been held that (except in cases of fraud or rectification, and except, in certain circumstances, as a defence to an action for specific performance) parol evidence will not be admitted to prove that some particular term, which had been verbally agreed upon, had been omitted (by design or otherwise) from a written instrument constituting a valid and operative contract between the parties». (min understrekning)<sup>34</sup>

Formålet med å ekskludere andre bevis enn kontrakten er å fremme forutberegnelighet. Argumenter til støtte for et tolkningsresultat skal dermed som utgangspunkt finnes «*within the four corners of document in which they have chosen to enshrine their agreement*». <sup>35</sup> Når man ikke har noen bakgrunnsrett å tolke kontrakten i lys av, ikke kan føre andre bevis enn kontrakten og søker forutberegnelighet fremfor et rimelig og fornuftig resultat, blir kravet til klarhet i kontrakten vesentlig større når kontrakten underlegges engelsk rett.

Faktiske omstendigheter kan det derimot føres bevis for.

«Contracts are not made in a vacuum, There is always a setting in which they have to be placed. Restricted evidence is admissible «of the factual background known to the parties at or before the date of contract, including evidence of the ‘genesis’ objectively the ‘aim’ of the transaction». <sup>36</sup>

---

Det er tillatt bevis for svindel, («misrepresentation»), eller andre forhold som angår gyldigheten av kontrakten.

<sup>34</sup> Jacobs v Batavia and General Plantations Ltd, [1924] 1 CH. 287

Som Tindal C.J. sier i Shore v Wilson [1842] 9 Cl. & F 355; «*If it where otherwise, no lawyer would be safe in advising upon the construction of the written instrument.*»

<sup>35</sup> Også omtalt som «The four corner rule».

<sup>36</sup> Prens v Simmonds [1971] 1W.L.R. 1381 at 1386.

Et eksempel på dette er *Polaris v. Unilever* dommen.<sup>37</sup> Unilever påtok seg å ta imot alt *Polaris* kunne produsere av hvalolje. En tid etter at kontrakten ble inngått begynte *Polaris* å benytte en ny teknologi som resulterte i økt produksjon, som var mer enn det Unilever kunne ta imot. Det faktum at teknologien var tilgjengelig og i stor utstrekning tatt i bruk av andre hvaloljeprodusenter da kontrakten ble inngått var et relevant moment. Lord Russel of Killowen godtok bevis for slike omstendigheter, under forutsetning av at det var omstendigheter; «*which exist and are within the knowledge of the contracting parties at the time when they make their contract*». Et slikt synspunkt samsvarer med den objektive tolkningsteori.

Dommen illustrerer også «the parole evidence rule» da det ble avvist en bunke på over tusen dokumenter som en norsk dommer ville brukt for å fastlegge partenes «intended meaning».<sup>38</sup>

At en norsk dommer ville kommet til et annet resultat illustreres ved *Sollia*-dommen.<sup>39</sup> Her ble formålet med kontrakten klargjort ved bevis fra forhandlingene. I lys av formålet ble kontrakten tolket utvidende og saksøker fikk medhold i sitt krav om revisjon av kontrakten.

---

<sup>37</sup> Hvalfangerselskapet *Polaris v. Unilever* [1933] 46 LL. Rep 29

<sup>38</sup> Lord Russel of Killowen; «*indeed the whole mass of evidence in this case seems to me to confirm the wisdom of the common law in insisting on the rule that the obligations of parties to written contracts should be determined by the proper legal construction of the words used, extrinsic evidence being only admitted for limited purposes and in special cases.*»

<sup>39</sup> Dommen er referert i Rt. 1991. 220.

Dommer Lund sier i sin begrunnelse at; «*Som jeg kommer til, fremgår det også av partenes intensjoner under forhandlingene, med henblikk på å finne en pålitelig metode for å fastslå det faktiske forbruk av fjernvarme*».

For å tilpasse kontrakten til den engelske kontraktstradisjon og samtidig avtale seg vekk fra risikoen for slike tolkninger, er det i Skip 2000 tatt inn en «Entire Agreement Clause» i art. XVIII.<sup>40</sup>

Bestemmelsen har for norsk rett to vesentlige poeng. For det første skal kontrakten, jfr. definisjon av kontrakten art. I,<sup>41</sup> regnes som komplett. For det andre fastsetter artikkelen ikke noe om bevisførsel. I Norge kan man ikke forhåndsavtale en bestemt bevisførsel. Dette ville være i strid med tvistemålsloven § 190, selv om partene har fri rådighet over saken. Dette prinsipp må også antas å gjelde for voldgiftssaker.<sup>42</sup>

Realiteten av klausulen er et avvik fra norske tolkningsprinsipper for å gi kontrakten større «motstandskraft». Klausulen innebærer en presumsjon om at det ikke foreligger andre dokumenter som

---

<sup>40</sup> Kontraktens ordlyd:

Article XVIII ENTIRE CONTRACT

*«The Contract contains the entire contract and understanding between the parties hereto and supersedes all prior negotiations, representations, undertakings and agreements on any subject matter of the Contract.»*

Slike bestemmelser er også omtalt som integrasjonsklausuler. Om betydningen og rekkevidden av slike integrasjonsklausuler, se;

Henrik Aadnesen, «En rettslig studie av endringsreglene i

*Skipsbyggingskontrakten av 2000*», MarIus nr. 272, 2001 side 12 – 15.

MarIus nr 314 2002, Ola Ø. Nisja, side 56 – 58.

Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, side 127 – 129.

<sup>41</sup> «Contract» – «*this Standard Form Shipbuilding Contract with its Appendices and Exhibits including Specifications and Drawings, and any amendments thereto.*»

<sup>42</sup> Hagstrøm har tilsvarende synspunkt i TFF nr. 4 1999 side 392.

skal være av betydning for kontrakten.<sup>43</sup> Som bevisavskjæringsregel har bestemmelsen begrenset betydning.

Etter engelsk rett medfører klausulen en slik bevisavskjæring. Det kan dermed ikke føres bevis for at det foreligger andre dokumenter som kan motsi eller endre det som følger av kontrakten. Alle argumenter til støtte for et tolkningsresultat må finnes i kontrakten. Hvor absolutt den er ved såkalt «misrepresentation» er noe usikkert.<sup>44</sup> Det blir i hovedsak en vurdering basert på de samme prinsippene som gjør seg gjeldende ved unntak fra «the parole evidence» regelen.<sup>45</sup> Etter amerikansk rett er betydningen den samme. En dom avsagt etter amerikansk rett er derfor illustrerende.

«En illustrerende dom fra shipping miljøet om en slik klausul etter amerikansk rett ble nylig avsagt av United States District Court for the Eastern District of Columbia i sak om gyldighet av en avtale om immunitet inngått mellom Department of Justice (DOJ) og Stolt-Nielsen Transportation Group (SNTG). DOJ hadde lagt til grunn at SNTG hadde stoppet et ulovlig prissamarbeid i mars 2003. Når det så senere ble ansett som bevist at det hadde fortsatt til november 2003 fratok DOJ SNTG amnestiet. I selve avtalen om immunitet stod det ingen fastsatt dato. Avtalen inneholdt en «entire agreement clause» og

---

<sup>43</sup> Bull, Falkanger, «*Innføring i sjørett*», side 65, er skeptiske til rekkevidden av klausulen under norsk rett. De regner klausulen som en presisjon av kontraktens og ordlydens vekt.

<sup>44</sup> Det eksisterer ikke noe tilsvarende begrep etter norsk rett. «Misrepresentation» er et uriktig utsagn som medfører at en part trer inn i en kontrakt på galt grunnlag. Etter engelsk rett opererer man med tre typer «misrepresentation»:

«Fraudulent misrepresentation» – tilsvarende løgn, som er gjort med det for øye å svindle/lure motparten.

«Negligent misrepresentation» – uaktsom viderefremidling av uriktig fakta.

«Innocent misrepresentation» – tilfellet der vedkommende hadde en rimelig grunn til å tro at de fakta som ble gitt var riktig.

<sup>45</sup> Se note nr 32.

DOJ ble derfor ikke hørt med at de hadde lagt til grunn mars 2003. Dommeren bemerket lakonisk at dersom DOJ hadde ment mars 2003, så kunne man ha skrevet det inn i avtalen. Det var ikke gjort, og DOJ ble derfor pålagt å stå ved avtalen, og SNTG beholdt derfor sin immunitet. Saken ble påanket og reversert i ankedomstolen, men uten at man tok stilling til realiteten. Saken er videre påanket og er p.t. (August 2006) ikke endelig avgjort.»<sup>46</sup>

De spesielle tolkningsprinsippene som gjør seg gjeldende når man tolker en standardkontrakt, slik som «forfatterregelen»,<sup>47</sup> får ingen selvstendig betydning da Skip 2000 også er et «agreed document».<sup>48</sup>

At Skip 2000 er en kontrakt mellom utpreget profesjonelle parter medfører at en engelsk dommer stiller høye krav til presisjonen i kontrakten. Som Mr. J. Hobhouse uttrykker det:

«it has to be borne in mind that commercial contracts are drafted by parties with access to legal advice and in the context of established legal principles as reflected in the decisions of the courts. Principles of certainty, and indeed justice, require that contracts be construed in accordance with the established principles. The parties are always able by the choice of appropriate language to draft their contract so as to produce a different legal effect. The choice is theirs.» (Min understrekning)<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Meland side 220. Saken er i skrivende stund ikke endelig avgjort. (Mai 2007).

<sup>47</sup> På latin, «*Contra proferentem*» går ut på at en tvetydig klausul skal tolkes mot den som har skrevet den. Ved standardkontrakter ivaretar dette prinsippet den antatt svakere part, og hever kravet til klarhet i standardkontrakten. Dette gjør seg ikke gjeldende når Skip 2000 er fremforhandlet av begge parter. Se Woxholt, JV-1996-213, kap IV pkt 2. Omtaler prinsippet som «*uklarhetsregelen*».

<sup>48</sup> «*Utgangspunktet må være at standardkontrakten tolkes på samme vis som den individuelt tilhuggede og utmeislete kontrakt.*» Falkanger, *Tolkning av sjørettslige standardkontrakter*. Pkt 4. Festskrift til Birger Stuevold Larsen side 289 flg.

<sup>49</sup> EE Caledonia Ltd. V. Orbit Valve Co Europe [1993] 4 All ER 165, 173 CA.

Ved kommersielle kontrakter som er et utslag av kalkulasjon av risiko står forutberegnelighetshensynet sterkt også i Norge. I Troll-saken fremheves forutberegnelighetshensynet og kravet til presisjon ved nettopp slike kontrakter;

«hvor planlegging, budsjettering og drift stiller store krav til presisjon og forutsigbarhet, og der kontraktene inngås mellom store og ressurssterke foretagender som råder over ekspertise innenfor alle tekniske, kommersielle og juridiske fagområder ... Voldgiftsretten ... er i utgangspunktet av den oppfatning at domstolene i alminnelighet bør være tilbakeholdne med å rokke ved kontraktsbundne disposisjoner på dette området, det være seg på tolkningsgrunnlag eller gjennom avtalerevisjon».<sup>50</sup>

Skipsbyggingskontrakter er kommersielle kontrakter som er særpreget av en kalkulasjon av risiko. Ved tolkning av skipsbyggingskontrakter er derfor forutberegnelighetshensynet av stor betydning også etter norsk rett.

### **3 Forsinkelse og forlengelse av tid for levering. (Force Majeure)<sup>51</sup>**

#### **3.1 Innledning.**

Å garantere for levering på et bestemt tidspunkt innebærer en ikke ubetydelig risiko for verkstedet. I tillegg til økte finanskostnader og forholdet til verkstedets øvrige byggeprogram risikerer verkstedet å måtte betale en daglig erstatning til kjøper ved forsinket levering.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Referert i ND 2000 side 240.

<sup>51</sup> Skip 2000 art. IX ligger som Vedlegg I.

<sup>52</sup> Se Skip 2000 artikkel IV, Adjustment of Contract Price – Cancellation by the Buyer. Det presiseres at «liquidated damages» skal regnes som forhåndsavtalt erstatning, og ikke som bot. I Norge kalles dette gjerne



Det er kun fantasien som setter grenser for omstendigheter som kan medføre forsinkelse i forbindelse med byggingen av et skip. Selv om verkstedet i en del tilfeller vil være beskyttet av norsk<sup>53</sup> og engelsk<sup>54</sup> bakgrunnsrett, er det ved langvarige «samarbeid» som skipsbygging et åpenbart behov for å søke å begrense og fordele risikoen.

I Skip 2000 er dette gjort ved en Force Majeure klausul i art. IX. Tilsvarende klausuler er å finne i alle skipsbyggingskontrakter. Hensikten med force majeure klausuler er å søke å fordele risikoen for forsinkelse grunnet uventede begivenheter mellom partene.

Etter norsk rett er force majeure et akseptert juridisk begrep.<sup>55</sup> Det vil si at det er utviklet en anerkjent lære rundt begrepet som force majeure klausuler tolkes i lys av. I kjøpsloven ble det i 1988

---

dagmulkt. Etter engelsk rett er det ikke tillatt med privat avtalte bøter som inneholder et pønalt element, jfr Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Newgarage And Motor Ltd [1915] AC 79. Dette er nok en endring av ordlyden pga av eksporthensynet.

<sup>53</sup> I Norge er det avtl. § 36, og læren om bristende forutsetninger som kan «redde» Verkstedet i visse situasjoner.

<sup>54</sup> Under engelsk rett vil verkstedet kunne påberope seg «The Doctrine of Frustration».

Den går i korte trekk ut på at partene ikke er forpliktet til å oppfylle etter kontrakten dersom formålet med kontrakten radikalt endres / ødelegges pga. «supervening events».

Den gjelder i utgangspunktet ikke når partene selv har avtalt ansvarsbegrensninger, herunder forhold vedrørende ekstraordinære hendelser.

<sup>55</sup> Ola Mestad, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*, Oslo 1991, side 278, definerer force majeure som; «*ein type hendingar som verkar inn utanfrå (dei ligg utanfor forhold som partane kan kontrollere), som er sjeldsynte og som typisk har omfattende og avgjerande verknader for dei forholda dei råkar.*»

introdusert et nytt begrep kalt «kontrollansvar».<sup>56</sup> I dette ligger det at selger har risikoen for «forhold som er innenfor hans kontroll».<sup>57</sup> Dette var tidligere karakterisert som en form for objektivt ansvar justert for force majeure. Kjøpsloven endret begrepsbruken, og realiteten av endringen er at det overordnede vurderingstemaet er mer på linje med det som har utviklet seg i kontraktspraksis, som for eksempel ved skipsbygging. Ved tolkning av force majeure klausuler i skipsbyggingskontrakter etter norsk rett er det derfor naturlig å gjøre det i lys av reglene i kjøpsloven § 27.

Etter engelsk rett er ikke force majeure godtatt som et juridisk begrep, jfr Donaldson J.; «*The precise meaning of the word, if it has one, has eluded lawyers for years.*»<sup>58</sup> Det foreligger heller ikke noe lovfestet «kontrollansvar» å tolke klausulen i lys av.<sup>59</sup>

Hovedregelen i England er et objektivt ansvar ved kontraktsbrudd.<sup>60</sup> Dette ansvaret praktiseres strengt.<sup>61</sup> Den legislative begrunnelsen ligger i den engelske kontraktstradisjon.<sup>62</sup> Utgangspunktet er

---

<sup>56</sup> Kjøpsloven § 27.

<sup>57</sup> Om kontrollansvaret se Kai Kruger, Norsk kjøpsrett 4 utg side 291 og 435. Merk at Kruger omtaler «kontrollansvaret» som «hindringsansvar».

<sup>58</sup> Thomas Borthwick (Glasgow) Ltd v. Faure Faireclough Ltd [1968] 1 Lloyds Rep 16 på side 28.

<sup>59</sup> Curtis side 134, se også Podar Trading Co Ltd. V. Francois Tahger 1949.

<sup>60</sup> Jfr. *Paradine v. Jane*.

<sup>61</sup> Unntak fra dette prinsippet har man ved såkalt «Frustration of Contract», jfr. Note 53.

Mer om dette, se Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract 14 ed., side 631 – 655.

<sup>62</sup> Treitel, *Frustration and Force Majeure*. 2. ed. London 2004. § 1, henviser til «The sanctity of Contract» -prinsippet. Dersom det ikke er angitt noen risikofordeling i kontrakten presumeres det ikke å være avtalt slik.

Se også. *Paradine v. Jane*.

at kontrakter skal holdes som avtalt. Begrensninger i det objektive ansvar er det opp til partene, og ikke domstolene å avtale i kontrakten.<sup>63</sup>

Force majeure klausuler som risikerer å bli underlagt engelsk rett med derfor i større utstrekning presisere hvilke begivenheter som skal fritta for ansvar, og på hvilke vilkår. Etter engelsk rett avgjøres force majeure utelukkende på en tolkning av ordlyden i kontrakten.

## **3.2 Spesielle prinsipper ved tolkning av force majeure klausuler.**

Risikofordeling i større kontrakter ved en force majeure klausul er så utbredt at det gjennom både norsk og engelsk rettspraksis har utviklet seg en del spesielle prinsipper til anvendelse ved tolkning av slike klausuler.<sup>64 65</sup>

For det første er det verkstedet som har bevisbyrden for at vilkårene for force majeure er oppfylt. Det sier seg selv at den som påstår seg fritatt fra et ansvar må bevise at vilkårene for fritak er

---

<sup>63</sup> Mestad side 44 – 46.

<sup>64</sup> På bakgrunn av dette kan det være naturlig å karakterisere force majeure som et akseptert kontraktsrettslig begrep under engelsk rett selv om det ikke er et juridisk begrep, og at tolkningsprinsippene følger det kontraktsrettslige begrep. Det foreligger foreløpig ikke noen autoritær uttalelse under engelsk rett som støtter et slikt synspunkt, foreløpig, men det er verdt å merke seg at engelske domstoler har begynt å åpne opp for utenlandske begrep og tolkningsprinsipper, jfr *Credit Industriel v. China Merchant Bank* [2002] EWHC 973 (COMM) spesielt avsnitt 60 – 64 og 71.

<sup>65</sup> I engelsk teori er det diskutert om force majeure er en «*exemption clause*», og dermed utløser de særegne tolkningsprinsipper som følger slike klausuler. Den ledende oppfatning er at dette er tilfellet, og et skille mellom slike klausuler blir lite praktisk da force majeure klausuler under enhver omstendighet underlegges spesielle tolkningsprinsipper. Mestad side 41 er av samme oppfatning.

oppfylt. Det er også begrunnet i en presumsjon om at verkstedet har større kunnskap og bevismulighet enn kjøper.<sup>66</sup>

For det annet tolker engelske domstoler force majeure klausuler som hovedregel<sup>67</sup> ejusdem generis.<sup>68</sup> Ejusdem generis er et hjelpemiddel for å tolke generelle ord som etterfølger spesielle. Typisk eksempel er ord som etc, med mer, og lignende.

Lebeupin v. Crispin sier at generelle ord; *«used without specific definition, it should be construed in each case with a close attention to the words which precede or follow it, and with a due regard to the nature and general terms of the contract»*.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Det legges til grunn en streng bevisbyrde, og tvil skal tolkes mot verkstedet; For Engelsk rett følger dette av *Channel Island Ferries Ltd v. Sealink U.K. Ltd* [1988] 1. Lloyds. Rep. 323, 327.

For Norsk rett, Hagstrøm, Obligasjonsrett kap. 12.3.2.

<sup>67</sup> Anvendelsen av ejusdem generis regelen er noe omdiskutert under engelsk rett. Som Lord Watson sier i *Sun Fire Office v. Hart*; *«The Canon is attended with no difficulty, except in its application. Whether it applies at all, and if so, what effect should be given to it, must in every case depend upon its precise terms, subject-matter, and context of the clause under its construction»*.

<sup>68</sup> Ejusdem generis er latin og betyr «av samme klasse» *«used to interpret loosely written statutes. Where a law lists specific classes of persons or things and then refers to them in general, the general statements only apply to the same kind of persons or things specifically listed. Example: if a law refers to automobiles, trucks, tractors, motorcycles and other motor-powered vehicles, «vehicles» would not include airplanes, since the list was of land-based transportation.»*

[www.legal-explanations.com](http://www.legal-explanations.com)

<sup>69</sup> Uttalelsen er støttet i *Podar Trading Co. Ltd. V Francois Tagher* [1949] 2.K.B. 277.

Formålet med regelen er å innskrenke rekkevidden til den generelle formulering ved å tolke ordlyden i lys av de spesielle eksempler.

Ejusedem generis problemstillingen vil drøftes grundigere under kap 3.3.3.

For det tredje skal force majeure klausuler som hovedregel tolkes innskrenkende.<sup>70</sup> Force majeure klausuler utgjør et unntak fra hovedregelen om objektivt ansvar ved kontraktsbrudd. Som ansvarsbegrensningsklausul og dermed unntak fra hovedregelen, skal den tolkes innskrenkende. Etter engelsk rett følger dette av prinsippet at force majeure klausuler skal; «*be construed against the party seeking to rely upon it*».<sup>71</sup>

Spesielt har engelske domstoler vært motvillig til å tolke force majeure klausuler til fordel for forhold som skyldes uaktsomhet. Dette er basert på den generelle uttalelsen i *Lebeaupin v. Richard Crispin*; «*no man may take advantage of his own wrong*».<sup>72</sup> Når klausulen henviser til det ekstraordinære støtter også ordlyden en innskrenkende tolkning.

### **3.3 Materielle vilkår for force majeure etter Skip 2000.**

Force Majeure er i kontraktens artikkel I definert som «any one or more of the events set out in article IX clause 1.»

Hvilke begivenheter verkstedet kan påberope seg beror på en tolkning av art. IX 1).

---

<sup>70</sup> For Norsk rett, se Falkanger, Bull, *Innføring i sjørett*, side 73 petit avsnitt.

<sup>71</sup> Treitel kap 12-022

<sup>72</sup> Om emnet generelt under engelsk rett, *Force Majeure and frustration of contract*, E. McKendrick. London 1991.

Artikkelen reiser tre hovedproblemstillinger, som i praksis flyter over i hverandre;

- 1) Hvilke begivenheter er anerkjent som Force Majeure,
- 2) Hvordan har begivenhet(e) påvirket oppfyllelsesmulighetene,<sup>73</sup>  
og
- 3) Kunne begivenheten(e) vært forutsett og/eller vært overvunnet av verkstedet (eller de som likestilles med verkstedet)?

Det oppstilles også en del prosessuelle vilkår. Verkstedet er forpliktet til å påberope seg force majeure ovenfor kjøper ved å sende en notis innen en fastsett tidsfrist. Dette er for at partene skal kunne iverksette nødvendige tiltak så tidlig som mulig for å begrense følgene av en slik forsinkelse, og for å kontrollere om det foreligger en unnskyldelig force majeure forsinkelse.<sup>74</sup>

Forutsetningen for force majeure er at «*Delivery and Acceptance of the Vessel is prevented or delayed*». Det sier seg selv at det må foreligge en hindring eller forsinkelse for at Verkstedet skal kunne påberope seg fristutsettelse. Når en skal vurdere om skipet blir forsinket må en ta utgangspunkt i den opprinnelige fristen. Den opprinnelige fristen for kontraktsmessig levering oppfylles først ved overlevering av skipet.

I artikkel I defineres *Delivery and Acceptance* som: «*the physical delivery of the Vessel from the Builder to the Buyer*».

Dette må sees i sammenheng med når den praktiske Levering og Aksept finner sted:

«delivery of the Vessel shall be effected forthwith upon acceptance thereof by the Buyer by the concurrent delivery by the parties hereto

---

<sup>73</sup> Er et spørsmål om årsakssammenheng.

<sup>74</sup> Om kravet til notis, se Curtis for engelsk rett side 149-150, for norsk rett, Meland side 152-154.

to the other of a Protocol of Delivery and Acceptance signed by each party», jfr. art. VIII nr. 2.

Skjæringstidspunktet for forsinkelse blir etter dette det avtalte tidspunkt for den fysiske overlevering av skipet som finner sted ved signering av leveringsprotokoll.

Hvis verkstedet skal utføre tjenester ut over levering av skipet kan det oppstå spørsmål om regelen om fristforlengelse ved force majeure kommer til anvendelse også for disse ytelsene. Det kan f.eks. tenkes at verkstedet skal levere tegninger, utføre tilleggsarbeider eller instruere kjøperen om bruk av skipet etter levering. Ved leveransen av slike ytelser kan det etter norsk rett være naturlig å tolke kontrakten utvidende slik at det gis fristforlengelse også for disse ytelsene. Det vil da bero på om dette er en naturlig del av leveringen, om det er en nødvendig del av leveringen og om arbeidet har karakter av å være tilleggsytelse eller ikke. Dersom det foreligger en egen avtale om tilleggsytelsene vil det bero på en selvstendig tolkning av den avtalen.

Etter engelsk rett vil dette utelukkende bero på en evt utvidende tolkning av kontrakten. En dom som illustrer dette er *Ohlsson Steamship Ltd. dommen*.<sup>75</sup> Her var det ikke avtalt ekstra leveringstid for det omfattende tilleggsarbeidet. Når det ikke foreligger en tilleggsavtale, eller er avtalt ekstra leveringstid, forholder den engelske dommer seg kun til den opprinnelige kontrakten. Det ble dermed ikke tillagt noen tilleggstid, og verkstedet kunne ikke påberope seg force majeure for begivenheter som forsinket dette arbeidet. Begrunnelsen for et så strikt syn er for det første at det er partene selv som har muligheten til å avtale

---

<sup>75</sup> *Hull Central Dry Dock & Engineering Works Ltd. v. Ohlsson Steamship Ltd.* [1924] 19 Lloyd's rep. 54

tilleggstid, «*the choice is theirs*».<sup>76</sup> For det annet kan det ikke føres bevis for at partene mente noe annet enn det som står i avtalen. Da må en tilleggs- eller endringsavtale foreligge. Dette illustrerer «parole evidence» regelen i praksis. For det tredje strider et slikt resonnement med prinsippet om innskrenkende tolkning av force majeure klausuler.

### **3.3.1 Det må foreligge en force majeure begivenhet/omstendighet.**

Det første vilkåret er at forsinkelsen er forårsaket av «*extraordinary circumstances or events beyond the builders control, such as:*», så følger en lang opplisting av begivenheter.

Det første spørsmålet er hva som ligger i ordlyden «such as».

Etter norsk rett er den naturlige forståelse av ordlyden at de opplistede begivenheter kun fungerer som eksempler på begivenheter som er presumert som ekstraordinær og utenfor verkstedets kontroll. En slik forståelse støttes av kjøpslovens § 27. Etter kjøpsloven er det overordnede vurderingstemaet til enhver tid om begivenheten er utenfor selgers, her verkstedets, kontroll. Når force majeure er et anerkjent juridisk begrep i Norge, vil de opplistede begivenheter regnes som eksempler på klassiske force majeure begivenheter.

Etter norsk rett er det overordnede vurderingstemaet om begivenheten er «*extraordinary circumstances or events beyond the builders control*». Begrunnelsen for den lange opplistingen i kontrakten er kontraktens anvendelse i utenlandske jurisdiksjoner

---

<sup>76</sup> Jfr kap 2.



(eksporthensynet) og hensynet til forutberegnelighet.<sup>77</sup> De opplistede begivenheter fungerer som eksemplifisering på begivenheter partene presumptivt kan påberope seg.

Problemet etter engelsk rett er at ordlyden «such as» er noe tvetydig. Ordlyden kan tolkes på to forskjellige måter. Skal de opplistede begivenheter regnes som spesifikt avtalte force majeure begivenheter, med den konsekvens at verkstedet kan påberope seg begivenheten selv om den var innenfor verkstedets kontroll?<sup>78</sup> Eller skal ordlyden tolkes på samme måte som i Norge?

Når ordlyden er uklar er det naturlig å søke veiledning i den sedvanlige ordlydstolkningen i tilsvarende kontrakter. Problemet er at ordlyden ikke anvendes i noen andre standard skipsbyggingskontrakter. «Such as» er faktisk regnet som en så uklar ordlegging, at som alternativ foreslår A&O «Fountain Guide – Drafting» formuleringer som «included, but not limited to»<sup>79</sup> eller «for example».<sup>80</sup> Avhengig av hva partene ønsker å oppnå med formuleringen. Ordlyden «such as» ligger et sted midt imellom disse to alternative formuleringene. Ordlydens uklare formulering taler for en innskrenkende tolkning på linje med den norske forståelsen av begrepet.

Når ordlyden tolkes i sammenheng med definisjonen av force majeure i art I, «*any one or more of the events set out in article IX clause 1*», er det nærliggende å tolke ordlyden som «an allocation

---

<sup>77</sup> Meland side 141. Forklarer den lange opplistingen med en tilrettelegging for ejusdem generis, og presiserer at det ikke skal innebære noen realitetsendring i forhold til det overordnede vurderingstema.

<sup>78</sup> Mer om dette under pkt 3.3.1.2.

<sup>79</sup> Dette er ordlyden som er anvendt i FIDIC og M&E87 kontraktene.

<sup>80</sup> Resultatet blir da en tilsvarende tolkning som man etter norsk rett vil legge til grunn av ordlyden «such as».

of risk»<sup>81</sup> fremfor eksempler på presumerte force majeure begivenheter.

Artikkelen er redigert annerledes enn de fleste andre force majeure klausuler i skipsbyggingskontrakter. Når vilkåret om «*extraordinary circumstances or events beyond the builders control*» oppstilles før de opplistede begivenheter, støtter dette en tolkning av de opplistede begivenheter som kun presumert anerkjente force majeure begivenheter. I motsetning til for eksempel SAJ-form, hvor kontrollkriteriet først kommer til uttrykk i «sweep-up» klausulen.

Ordlyden er uklar, og resultatet er ikke gitt. Partene løper dermed en risiko som man ikke gjør når kontrakten er underlagt norsk rett. Denne uklarheten gjør at ordlyden og rekkevidden av en del av de opplistede begivenheter blir av større betydning. Et eksempel på dette er begivenheter som «collisions, explosions og fires». Dette er alle begivenheter som ofte er forårsaket av uaktsomhet.<sup>82</sup> Uaktsomhet er å regne som innenfor partens kontroll, og vil omfattes av aktsomhetsplikten i «provided always» klausulen. Om disse begivenhetene fritar selv om de er forårsaket av forhold innenfor Verkstedets kontroll vil da bero på en tolkning av «such as» i sammenheng med den nevnte begivenhet.

Av de opplistede begivenheter vil kun de begivenheter som kan utgjøre en risiko for ulike tolkningsresultat kommenteres.

---

<sup>81</sup> Van Dunne, Jan –«*The Changing of Guard: Force Majeure and Frustration of Contract; the foreseeability requirement replaced by nonnative risk allocation*», Construction Superconference 2002, Session 1111, Force Majeure: Worlds Wide Excuse For Contractual Non-Performance.

<sup>82</sup> Tilsvarende det vi på engelsk omtaler som «negligence».

### 1.«Naturkatastrofer» (*Acts of God*).

Det engelske uttrykket «Acts of God» er i kommentarutgaven oversatt til naturkatastrofer.<sup>83</sup>

Under engelsk rett har uttrykket blitt definert som; «*such an operation of the force of nature as reasonable foresight and ability could not foresee or reasonably provide against.*»<sup>84</sup>

«Acts of God» er opprinnelig det engelske alternativet til det franske begrepet *force majeure*. Chitty definerer «Acts of God» som følger: «*These latter expressions appear to denote events due to natural causes, without any human intervention.*»<sup>85</sup> Det er dermed et snevrere begrep enn *force majeure*, da det utelukker menneskelig intervensjon. Etter norsk rett vil den anerkjente engelske forståelse av begrepet bli lagt til grunn.<sup>86</sup>

«Acts of God» mister noe av sin selvstendige betydning da kontrakten også åpner for «*other extraordinary weather conditions not included in normal planning*».

---

<sup>83</sup> Se Meland note 201: «*Her ser man et eksempel på at når oversettelsen skal være så nøyaktig ord for ord som mulig, så ble det engelske uttrykk «Acts of God» oversatt med Naturkatastrofer. Om det semantisk er korrekt er en ting, juridisk sett og for formålet er det likevel dekkende.*»

<sup>84</sup> Sitat Atkin J. i *Baldwin's Ltd v. Halifax Corporation* (1916) 85 L.J.K.B. 1769 på side 1774.

<sup>85</sup> Chitty I kapittel 14-148.

<sup>86</sup> En slik forståelse følger av ARICA saken, jfr. Note 7. Det samsvarer også med det objektive tolkningsprinsipp at en legger til grunn den alminnelig anerkjente lære/forståelse, selv om den stammer fra engelsk rett. Når en anvender engelske formuleringer legger en til grunn deres lære om formuleringen.

## 2. «Other extraordinary weather conditions not included in normal planning»

Ordlyden anviser en «sweep-up» formulering som er ment til å omfatte ekstremvær som ikke går under katastrofebetegnelsen. Etter norsk rett er det naturlig å tolke ordlyden i lys av værforhold som omfattes etter den tradisjonelle force majeure lære. Da det etter engelsk rett ikke foreligger noen veiledning i force majeure begrepet, må tolkningsresultatet utelukkende søkes i ordlyden. For det første følger det direkte av ordlyden at værforholdene må være av ekstraordinær karakter. At værforholdenes ekstraordinære karakter må være av kvalifisert art, følger av ordlyden når den tolkes i lys av de øvrige nevnte unnskyldelige vær betingede forhold. For det andre presiserer vilkåret «*not included in normal planning*» et kvalifikasjonskrav til det ekstraordinære element ved å stille krav til at Verkstedet ikke kunne tatt høyde for slike værforhold. Vilket vil ofte være sammenfallende med kravet til forutsigbarhet i «*provided always*» klausulen.<sup>87</sup> Vilkårets selvstendige betydning i denne sammenheng er å fungere som en presisjon av kvalifikasjonskravet til det ekstraordinære element.

Hva som er ekstraordinært og uforutsigbart vil bero på en konkret vurdering i forhold til det geografiske området verkstedet holder til på, årstiden arbeidet utføres og hvilke værforhold som er påregnelig i området.

Rettspaksis i både Norge og England opererer med en høy terskel for dette vilkåret.

Begrunnelsen for dette er flere. For det første er utgangspunktet etter vanlig tolkningspraksis at ordlyden skal tolkes innskrenkende. For det andre er endringer i været regnet som en del av den vanlige risikoen ved å drive verft. Det er basert på tanken om at verkstedet

---

<sup>87</sup> Se kap. 3.3.5.

er nærmest til å bære risikoen, iverksette tiltak mot og forutse risikoen for forsinkelse grunnet værforhold.

Da ordlyden i utgangspunktet har samme betydning i Norge som i England, vil norsk rettspraksis også være illustrerende for hvor grensen går etter engelsk rett. To norske lagmannsrettsdommer illustrerer hvor terskelen settes for værforhold påberopt som force majeure.

I RG 1960 side 179 ble det hevdet at det var force majeure at det regnet i Bergen. Det var anført følgende for byretten:

«De saksøkte har videre anført at anbudet var så rimelig at det var en avgjørende forutsetning at alt skulle klaffe og således at maskinene kunne utnyttes fullt ut. De har forklart at dette ble presisert da kontrakten ble inngått. Dette slo ikke til. Særlig var det en del svære regnskyll, som gjorde det umulig å arbeide med bulldozeren lengre tid om gangen. Særlig vanskelig var det da å komme gjennom en rygg som besto vesentlig av leire. Det var også snøfall og en del frost. Værforholdene var så vanskelige, at de saksøkte har ment det forelå force majeure.» Til dette bemerket Lagmannsretten lakonisk: «At værforholdene i seg selv hadde preg av force majeure, kan etter lagmannsrettens mening åpenbart ikke hevdes.»

Et annet eksempel som viser at det skal mye til er RG 1992 side 1158.<sup>88</sup> Da påberopte Trondheim Kommune seg at flom i Trondheim – som var den verste på 27 år – var force majeure. Hensett til at statistikk og målinger tilsa et gjentaksintervall på mellom 10 og 30 år ble kommunen ikke hørt med dette.

Værforholdene må altså være av katastrofelignende karakter og av en slik art at det er naturlig å fritta for ansvar som oppstår på grunn av værforholdenes uventede innvirkning på kontrakten.

---

<sup>88</sup> Mer om denne dommen under pkt 3.4.

### 3. «Collisions».

Isolert sett skaper ikke ordlyden «collisions» vanskeligheter. Det er sjelden problematisk å klargjøre om det har funnet sted en kollisjon. Ordlyden omfatter alle former for kollisjoner, men vil i denne anledning illustreres i forhold til sammenstøt mellom skip, jfr sjøloven § 161. Det som gjør denne begivenheten spesielt interessant er at ordlyden «collisions» i sjørettslig sammenheng er særpreget av en presumsjon om utvist skyld fra en av partene.<sup>89</sup> Spørsmålet er om uaktsomhet eller skyld kan inkorporeres i ordlyden slik den er brukt i Skip 2000.

Et illustrerende eksempel er tilfellet der et av verkstedets skip kolliderer med et annet skip, og synker. Ombord i skipet var hovedmaskinen til skipet under bygging, og resulterer i forsinkelse. Kollisjonen skyldes uaktsomhet fra skipets kaptein i form av uaktsom navigering. Kan verkstedet påberope seg dette som fristutsettende force majeure?

Etter norsk rett har ikke ordlyden noen annen selvstendig betydning enn å fungere som et eksempel på klassiske force majeure begivenheter, jfr kap 3.3.1. Å tolke ordlyden utvidende til å omfatte tilfeller hvor den part som påberoper seg fritaksgrunnen er skyld i denne strider mot det overordnede kontrollkriteriet som følger av klausulen, både på bakgrunn av tolkningen av ordlyden «such as», fordi en utvidende tolkning av ordlyden ville stride med bakgrunnsretten og fordi utvist skyld vil konsumeres av ordlyden i «provided always» klausulen.

Utvist skyld hos verkstedet, eller noen som verkstedet etter kontrakten svarer for, er som hovedregel innenfor Verkstedets kontroll, jfr kap 3.3.2. Etter norsk rett kan Verkstedet derfor ikke

---

<sup>89</sup> Se her Bull, Falkanger kap 11.2.

påberope seg fristutsettende force majeure for kollisjoner som er forårsaket av Verkstedet.

Under engelsk rett ble tilsvarende problemstilling diskutert i «Super Servant Two» dommen.<sup>90</sup> I kontrakten som var inngått mellom partene kunne bortfrakter heve kontrakten «*in the event of force majeure, Acts of God, perils or danger or accidents of the sea ... which reasonably may impede, prevent or delay the performance of the contract*». Spørsmålet for House of Lords var om bortfrakter etter den aktuelle klausul hadde rett til å heve kontrakten selv om force majeure begivenheten var forårsaket av bortfrakters uaktsomhet. L.J. Dillon uttaler;

«The language of cl. 17 is, I think, wide enough to embrace events caused by Wijmuller's negligence. But the general tenor of the clause, opening with a reference to force majeure and Acts of God ... strongly points towards events beyond the direct or indirect control of Wijmuller.»

Ordlyden ble tolket i lys av å være en risikofordelingsklausul. På grunn av forutberegnelighetshensynet ble de opplistede begivenheter tolket som spesifikt avtalte begivenheter som befrakter skulle bære risikoen for. Det har formodningen mot seg at partene har ønsket en begrensning i ordlydens rekkevidde når det ikke følger av kontrakten.<sup>91</sup> I dommen kategoriseres klausulen ikke som en force majeure klausul, men en kanselleringsklausul. Resultatet

---

<sup>90</sup> J. Lauritzen A.S. v. Wijmuller B.V. The «Super Servant Two» [1990] 1 Lloyd's Rep. 1.

Her var det inngått et certeparti om slep av en rigg. Bortfrakter hadde muligheten til å oppfylle med ett av to skip. Det valgte skip sank så grunnet «uaktsomhet» fra bortfrakter. Da det andre skipet var bortfraktet, påberopte bortfrakter seg hevingsrett.

<sup>91</sup> Det er partenes og ikke domstolenes oppgave å avtale begrensninger i ordlyden, jfr kap 2.

ble at klausulen ikke ble underlagt de spesielle tolkningsprinsipper.<sup>92</sup> Det er på bakgrunn av dette L.J. Dillon konkluderer med at; «*The clause therefore clearly envisaged that events constituting negligence should fall within its scope*». Selv om dommen ikke er et prejudikat for force majeure klausuler, er den illustrerende for ordlydstolkningen av de begivenheter som kan inkorporere skyld.

«Perils or danger of the sea» er ikke begivenheter som forutsetter menneskelig intervensjon. «Collisions», sammenstøt mellom skip forutsetter i all hovedsak menneskelige intervensjon. «Perils or danger of the sea» er ikke begivenheter som på noen måte er særpreget av en presumsjon om skyld. «Collisions», sammenstøt mellom skip er særpreget av en presumsjon om skyld. Når House of Lords tolker ordlyden «perils or danger of the sea» til å omfatte skyld vil også ordlyden «collisions» isolert sett omfatte skyld.

I Skip 2000 er kontrollkriteriet oppstilt som et vilkår før eksemplifisering. Dette tyder på at kontrollkriteriet er ment som et overordnet vilkår som også må oppfylles i forhold til ordlyden «collisions». En slik tolkning har også støtte i prinsippet om at force majeure klausuler skal tolkes innskrenkende. Dette prinsippet må avveies mot hensynet til forutberegnelighet. Som en risikofordelingsklausul bør de opplistede begivenheter ha en selvstendig mening, og ikke kun ha begrenset rekkevidde som eksempler. Forutberegnelighetshensynet tilsier at verkstedet bør kunne påberope seg de begivenheter som er opplistet i klausulen, selv om disse er forårsaket av uaktsomhet.

Begrunnelsen for at force majeure klausuler skal tolkes innskrenkende er at de representerer et unntak og en begrensning i

---

<sup>92</sup> Jfr kap 3.2, jfr også prinsippet; «No man shall take advantage of his own wrong». *New Zealand Shipping Co. v. Societe des Ateliers et Chantiers de France*, [1919] A.C.1.



hovedregelen om at kontrakter skal holdes, og objektivt ansvar ved kontraktsbrudd. Prinsippet om innskrenkende tolkning er altså begrunnet i *pacta sunt servanta*. Ved tolkning av ansvarsbegrensningsklausuler står *pacta sunt servanda* sterkere enn forutberegnelighetshensynet, og støtter en innskrenkende tolkning.

Harmoniseringshensyn støtter også en tolkning av ordlyden i sammenheng med kravet til aktsomhet i «*provided always*» klausulen. Her pålegges verkstedet en generell aktsomhetsplikt som ekskluderer *force majeure* forårsaket av uaktsomhet.

På bakgrunn av en innskrenkende tolkning og måten klausulen er redigert på blir kontrollkriteriet ett overordnet vilkår i forhold til alle opplistede begivenheter også etter engelsk rett.

Selv om man mest sannsynlig ender med et tilsvarende resultat som i Norge er ordlyden illustrerende på hvordan man går forskjellige veier, og risikerer å møte en rekke andre hindre på den «ukjente veien» enn man gjør i det kjente *force majeure* terrenget i Norge.

### 3.3.2 «**Beyond the Builders control**».<sup>93</sup>

Ordlyden henviser til det ovenfor nevnte kontrollkriteriet. Det er viktig å presisere at ordlyden kun henviser til kontrollkriteriet som et selvstendig vilkår og ikke til kontrollansvaret.<sup>94</sup> Kontrollkriteriet er et overordnet vilkår som er en nødvendig men ikke i seg selv tilstrekkelig forutsetning for *force majeure*.

---

<sup>93</sup> Mer utfyllende om «kontrollkriteriet» se Hagstrøm side 489 – 496, Kai Kruger, *Hindringsansvar, ny kontraktsrettslig figur?* Jussens Venner 1992 side 337.

<sup>94</sup> Kontrollansvaret er samlebetegnelsen på ansvaret som ligger til grunn i kjøpsloven § 27.

Ordlyden syntes å forutsette en «kontrollsfære» rundt verkstedet der verkstedet gjennom kontroll og tilrettelegging har muligheten til å forberede riktig oppfyllelse. Ordlyden gir liten veiledning til fastsettelsen av «kontrollsfærens» rekkevidde.<sup>95</sup> Fastleggelsen av kontrollsfærens rekkevidde må skje på grunnlag av en rekke tolkningsfaktorer.

Da ordlyden er tilnærmet identisk med kontrollkriteriet i kjøpsloven § 27 er det naturlig i forhold til norsk rett å søke veiledning i kjøpsloven.

Formålet med innføringen av «kontrollansvaret» i kjøpsloven var å lempe for de mæjore ansvaret som var nedfelt i kjøpsloven § 24.<sup>96</sup> I forarbeidene til kjøpsloven fremholdes det at kontrollkriteriet skal oppfattes etter et strengt årsaksperspektiv. Det fremholdes at *«forhold som direkte eller indirekte beror på selgerens tiltak og handlinger, ligger også innenfor hans kontrollsfære.»*<sup>97</sup> Prinsipielt er det et viktig skille mellom det å ha satt en utvikling i gang og å ha påvirknings- og kontrollmulighet. Dersom kontrollkriteriet fastlegges etter rene årsaksbetraktninger blir det avgjørende om årsaken til at en utvikling er satt i gang er innenfor «kontrollsfæren». Realiteten av dette blir et strengere ansvar enn Høyesterett kom til Rt. 1970. s. 1059. En slik tolkning strider med formålet til «kontrollansvaret». Sett under ett taler også forarbeidene for at det er de praktiske påvirknings- og kontroll-

---

<sup>95</sup> Mestad, side 283, omtaler faktisk en slik ordlyd som *«språkleg håpløst»*.

<sup>96</sup> Ot.prp. Nr 80 (1986-1987) s. 38 flg.

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s 73.

I fortsettelsen fremholdes det så; *«At råvareleveranser svikter, er derfor ikke tilstrekkelig til å fritta selgeren dersom svikten skyldes at han har gjort seg for avhengig av en bestemt leverandør.»*

mulighetene som er avgjørende etter kontrollkriteriet.<sup>98</sup> Uttalelser i forarbeidene tyder på at det avgjørende for kontroll- og påvirkningsmulighetene er om det foreligger et handlingsalternativ. Den objektive sfære beror altså på en konkret vurdering av om verkstedet har en objektiv mulighet til å påvirke eller kontrollere forsinkelsen ved å foreta en alternativ handling.

Fra rettspraksis er «Agurkpinnedommen»<sup>99</sup> illustrerende for hvordan den konkrete «kontrollsfære» vurderingen etter kjl. § 27 blir foretatt. Om selgers reelle mulighet til å påvirke sier dommer Skoghøy:

(52) Den mangel som splittbambuspinnene var beheftet med, var skjult og kunne ikke ha vært oppdaget uten forholdsvis omfattende undersøkelser. Spørsmålet er om denne mangel ligger innenfor det som selgeren kunne ha forhindret.

(53) Ved denne vurdering må man anlegge en objektiv betraktning. Det er ikke noe vilkår for kontrollansvar at selgeren kunne og burde ha oppdaget mangelen. I forhold til kontrollansvaret er det avgjørende om mangelen ligger innenfor det selgeren objektivt sett har kontroll over.

(54) I forarbeidene er det uttalt at selgerens mangelsansvar ved kjøp av artsbestemte ting som kan byttes ut og finnes allment tilgjengelig i markedet, er tilnærmet objektivt og også omfatter «skjulte mangler, enten de var til stede på avtaletiden eller har oppstått seinere», se Ot.prp.nr.80 (1986-1987), side 91-92.

(55) Ut fra de opplysninger som foreligger i denne saken, må det legges til grunn at det på markedet fantes et tilstrekkelig kvantum splittbambuspinner som ikke var smittet med *penicillium oxalicum*, til å tilfredsstille Aase Gartneris behov, og at disse objektivt sett var tilgjengelig for Vekstmiljø AS. Når dette er tilfellet, må Vekstmiljø etter min oppfatning hefte på grunnlag av reglene om kontrollansvar.

---

<sup>98</sup> Etter en grundig gjennomgang av forarbeidene kommer Hagstrøm til samme resultat på side 492.

<sup>99</sup> Dommen er referert i Rt. 2004. 675

selv om smitten ikke kunne ha vært oppdaget uten forholdsvis omfattende undersøkelser. (min understrekning)

Dommen illustrerer at kontrollkriteriet som selvstendig vilkår skal tolkes objektivt. Selv om det ikke kunne forventes at selger foretok undersøkelsene, så var det objektivt sett mulig. Det forelå dermed et handlingsalternativ innenfor selgers kontrollsfære. Et eksempel i forarbeidene støtter en slik streng tolkning. «*Skyldes brannen kortslutning i det elektriske anlegget, ligger det i prinsippet innenfor selskapets kontrollsfære, mens situasjonen blir en annen dersom det er en pyroman som er på ferde*». I forhold til det elektriske anlegget foreligger det objektivt sett en påvirknings- eller kontrollmulighet. Mens en handling fra en tilfeldig utenforstående pyroman kan en objektivt sett ikke påvirke.

Samlet sett syntes det best forenlig med ordlyden og forarbeidene å kreve at det foreligger en reell kontroll- eller påvirkningsmulighet. Etter rettspraksis blir den ytre grense for kontrollsfæren om det objektivt sett foreligger ett handlingsalternativ.

Etter engelsk rett kan man ikke fastlegge rekkevidden av kontrollsfæren på bakgrunn av de samme tolkningsfaktorer som i Norge. Ordlyden må tolkes i lys av autoritære uttalelser i rettspraksis. Utgangspunktet er at; «*the courts apply the presumption that the expression is likely to be restricted to supervening events which arise without the fault of either party has undertaken responsibility*».<sup>100</sup> Som risikofordelingsklausul skal ordlyden tolkes objektivt i lys av hva partene har påtatt seg ansvar for. Dette utgangspunktet presiseres med en ny presumsjonsregel av Sir Andrew Morrit V-C; «*A fortiori, events are not beyond the*

---

<sup>100</sup> Keith Pickavagne, *Delay and Disruption in Construction Contracts*, 3. ed London 2005. Side 197.

*control of a party who has instigated or induced the event.*»<sup>101</sup> Etter engelsk rett er altså utgangspunktet om en har satt i gang en utvikling, og ikke om det foreligger en påvirknings- eller kontrollmulighet. Ordlyden tolkes dermed i et strengere årsaks-perspektiv enn man gjør i Norge. Er en av de nødvendige begivenhetene som resulterer i force majeure begivenheten iverksatt av verkstedet er det presumptivt innenfor deres kontroll, selv om det ikke foreligger noe handlingsalternativ i ettertid. Dette er basert på tanken om at begivenheter man selv har iverksatt er underlagt en egen kontrollsfære, og det forelå en kontroll- og påvirknings-mulighet i det utviklingen ble satt i gang. Dette gjelder selv om begivenhetene utvikler seg i en retning man ikke hadde forventet på det daværende tidspunkt.

I «The Kriti Rex» dommen uttales kriteriet som en vurdering av om «*seller is directly or indirectly responsible*». <sup>102</sup> Det er kun en omskrivning av presumsjonen om at resultat av forhold en selv har iverksatt er innenfor ens egens kontrollsfære. Det man selv har iverksatt er man ansvarlig for. Dommen støtter således utgangs-punktet om en tolkning ut fra et strengt årsaksperspektiv.

Den objektive kontrollsfære som følger av ordlyden rekker altså noe lenger etter engelsk rett. Den konkrete vurderingen beror i hovedsak på de samme kriterier, men den objektive kontrollsfæren i England skal vurderes fra et strengere årsaksperspektiv.

---

<sup>101</sup> Mamidoil.Jetoil Greek Petroleum SA v Okta Crude Oil Refinery (No2) [2003] EWCA Civ 1031

Her var det spørsmål om offentlige vedtak, forbud, var en force majeure begivenhet. Når parten selv hadde tatt kontakt med myndighetene kunne man ikke si at dette var utenfor deres kontroll, selv om det spesifikt var avtalt at offentlig vedtatte forbud var å regne som force majeure.

<sup>102</sup> [1996] Lloyd's Rep. Vol. 2. 171

Neste spørsmål er hvem som identifiseres med verkstedet når man vurderer «kontrollsfæren».

Det naturlige utgangspunkt følger av definisjonen av «The Builder» i artikkel I:

«the company referred to as «Builder» in the preamble, inclusive of its servants and employees».

Ordlyden åpner ikke for identifikasjon oppover mot et eventuelt morselskap.

Men hvis morselskapet har betydelig innflytelse over verkstedet kan det være rom for identifisering i form av ansvarsgjennombrudd.<sup>103</sup>

I forhold til kontrollkriteriet er utgangspunktet etter norsk rett at verkstedet identifiseres med sine underleverandører. Det er begrunnet i en presumsjon om at verkstedet er nærmest til å bære risikoen for sine underleverandører, og at verkstedet har mulighet til å påvirke og kontrollere underleverandører. Verkstedet må dermed bevise at det påberopte forhold var utenfor underleverandørens kontroll. En slik forståelse av kontrollansvaret følger av kjl. § 27 (2), som må tolkes i sammenheng med kontrollsfæren i 1.ledd.

I England kom man i «Scott Lithgow» saken til et annet resultat.<sup>104</sup> Lord Keith begrunner sin ordlydstolkning på følgende måte:

«Prima facie it is not within the power of a contracting party to prevent quality breaches of contract on the part of a supplier or subcontractor such as lead to delay... Failures by such suppliers or subcontractors, in breach of their contractual obligations to Scott

---

<sup>103</sup> Se her Knut Kaasen, Kommentarer til Nr 92 side 629 note 8.

<sup>104</sup> [1989] 45 Build. L.R. 1, H.L.

Lithgow, are not matters which, according to the ordinary use of language, can be regarded as 'within Scott Lithgow's control'».

Scott Lithgow dommen har vært gjenstand for massiv kritikk i England.<sup>105</sup> En slik ordlydstolkning samsvarer ikke med utgangspunktet for kontrollkriteriet, jfr ovenfor. Dommen er også i strid med Hermann v. Morris<sup>106</sup> dommen, hvor feil hos underleverandør ble regnet som verkstedets ansvar. Utgangspunktet i Hermann v. Morris dommen samsvarer best med den betydningen en force majeure klausul har som risikofordelingsmekanisme. At intensjonen i Skip 2000 er å følge utgangspunktet i Hermann v. Morris dommen støttes av klausulen 4.ledd om ansvar for underleverandører.

For verkstedet er retten til å velge underleverandører og forhandle priser og kontrakter et viktig kommersielt punkt i kontrakten. Som et kompromiss for denne valgretten er det presisert i kontrakten at verkstedet er fullt ut ansvarlig for underleverandørenes arbeid.<sup>107</sup> Når det i kontrakten er presisert at verkstedet er ansvarlig for underleverandører vil underleverandørene subsumeres under kontrollkriteriet.

Et spørsmål som gjerne kommer opp er om endringer i priser, markedsendringer og andre forhold av økonomisk betydning er «utenfor partenes kontroll». Dette omtales gjerne i teorien som «økonomisk force majeure».

Løsningen vil bero på en utvidende tolkning av kontraktens ordlyd. Når hovedregelen ved tolkning av ansvarsbegrensningsklausuler er innskrenkende tolkning har det formodningen mot seg

---

<sup>105</sup> Se bl.a. Ian Duncan Wallace Q.C., «*Beyond the Contractors Control*», 1991 Construction Law Journal 3.

<sup>106</sup> [1919] T.L.R. 574

<sup>107</sup> Se art II nr 4: «*Verkstedet skal forbli fullt ut ansvarlig for riktig utførelse av slikt arbeid som om det var utført ved Verkstedets eget anlegg*».

å åpne for «økonomisk force majeure» ved en utvidende tolkning. Norsk voldgiftspraksis har vært motvillig til å tolke ordlyden utvidende til å inkludere økonomisk force majeure.<sup>108</sup> Etter engelsk rett vil en slik utvidende tolkning være i direkte motstrid med prinsippet om at partene selv bærer risikoen for sine egne kontrakter.<sup>109</sup> Når skipsbyggingskontrakter i tillegg er spekulasjonsartet forretningsvirksomhet er risiko for endringer i markedet en del av kontraktens natur.<sup>110</sup> Verken etter norsk eller engelsk rett kan ordlyden tolkes utvidende til å inkludere «økonomisk force majeure».

Etter norsk rett må eventuell økonomisk force majeure begrunnes i avtaleloven § 36. Når voldgiftspraksis i utgangspunktet er veldig restriktiv til revisjon av slike kontrakter er det klart at det skal mye til å en revisjon med hjemmel i avtaleloven § 36.<sup>111</sup>

Etter engelsk rett vil en eventuell revisjon av kontrakten måtte begrunnes i «The Doctrine of Frustration». Grunnvilkåret for revisjon er at formålet med kontrakten er radikalt endret, pga. forhold som er så ekstraordinære at de er utenfor hva partene kunne tenkes å forutse og kontrollere. Det skal med andre ord ekstremt mye til.

---

<sup>108</sup> Se bla. Aker-Reksten dommen, referert i ND. 1975 side 298.

<sup>109</sup> «The Sanctity of Contract» – pacta sunt servanda.

<sup>110</sup> Se Rt 1983 side 716. GI dommen. Når partene har lik forutsetning for å vite om risikoen ved å inngå en spekulasjonsartet kontrakt skal hver av partene bære sin del av risikoen for dette.

<sup>111</sup> Se Røstad dommen, Rt 1988. s. 276 og Skjelsvik dommen, Rt 1988. s. 295.



### 3.3.3 «and/or any other extraordinary events beyond the control of the builder».

Dette er en såkalt «sweep up» klausul, en sikkerhetsventil som er ment å presisere at klausulen ikke inneholder noen uttømmende oppstilling av force majeure begivenheter.

Spørsmålet er hvor langt ordlyden rekker?

Etter norsk rett blir resultatet at enhver begivenhet som er utenfor den vanlige risiko verkstedet påtar seg ved å inngå kontrakten kan utgjøre force majeure. Da under forutsetning av at begivenheten i tillegg er utenfor verkstedets kontroll, jfr kontrollkriteriet ovenfor. Hva som er ekstraordinært må avgjøres konkret. Her må en ta utgangspunkt i stedet hvor verkstedet ligger og forholdene som gjør seg gjeldende ved byggingen. Formålet er å skille slike begivenheter fra dårlig arbeid og andre forhold som verkstedet vil ha kontraktsbruddsansvar for. Ved skipsbygging er det som nevnt bare fantasien som setter grenser for hvilke begivenheter som kan forårsake en forsinkelse. Det er dette klausulen skal ta høyde for. Parallellen til kjøpsloven § 27 som bakgrunnsrett blir tydeligere gjennom denne klausulen.

Etter engelsk rett er formuleringens rekkevidde mer uklar.

I forhold til engelsk rett er spørsmålet først og fremst om ordlyden skal tolkes ejusdem generis, eller om den skal anvendes i sin naturlige brede betydning.<sup>112</sup>

Det er viktig å presisere at ejusdem generis kun er et hjelpemiddel, og ikke et tolkningsprinsipp, for å komme frem til partenes «intended meaning».<sup>113</sup> Hovedargumentet for å tolke

---

<sup>112</sup> Jfr kap 3.2.

<sup>113</sup> Chitty paragraph 12-087

*The rule depends on the assumed intention of the framer of the instrument, i.e. that the general words were only intended to guard against*

klausulen ejusdem generis er at de spesifikt nevnte eksempler ellers mister sin selvstendige betydning.<sup>114</sup> Ved å tolke ordlyden ejusdem generis blir ordlyden tolket innskrenkende, noe som samsvarer med prinsippet om at force majeure klausuler skal tolkes innskrenkende. Chitty hevder at den generelle regel er at det må følge spesifikt av kontrakten dersom ordlyden skal tolkes ejusdem generis.<sup>115</sup> På den annen side hevder Curtis at hovedregelen ved skipsbyggingskontrakter er en ejusdem generis tolkning, med mindre det følger klart av ordlyden at partene har avtalt seg vekk fra en slik tolkning.<sup>116</sup> En slik forståelse samsvarer bedre med de ovenfor nevnte argumenter. At hovedregelen er en ejusdem generis tolkning følger også av Devlin J.;<sup>117</sup>

«Legal draftsmen are all familiar with the existence of the rule, and familiar too with the proper signals to hoist if they do not want it to apply. Phrases such as ‘whether or not indicated by the foregoing words’ and ‘without prejudice to the generality of the foregoing’ are often employed in legal draftsmanship»

Utgangspunktet er dermed at klausulen skal tolkes ejusdem generis, med mindre:

- 1) Det følger klart av ordlyden at partene har avtalt seg bort fra denne tolkningsregel,<sup>118</sup> og

---

*some accidental omission in the objects of the kind mentioned, and were not intended to extend to objects of a wholly different kind...*

<sup>114</sup> «if the general words have their unrestricted meaning, the enumerated items are surplusage» Chandris v. Isbrandsten-Moller Co. Inc. [1951] 1.K.B. 240.

<sup>115</sup> Chitty side 750, og henviser til Larson v. Sylvester [1908] A.C. 295 og Earl of Jersey v Neath Poor Law Union [1889] 22. Q.B.D. 555.

<sup>116</sup> Curtis side 145 – 147.

<sup>117</sup> Chandris v. Isbrandtsen-Moller Co. Inc. [1951] 1.K.B. 240

<sup>118</sup> McIntyre & Brothers [1921] 2 K.B. 97

- 2) det ikke er mulig å finne en genus på bakgrunn av de spesielt opplistede.<sup>119</sup>

Ordlyden er så vid og vanskelig å definere rekkevidden av at de ikke følger klart av ordlyden at partene har avtalt seg vekk fra en ejusdem generis tolkning, Det er nettopp i slike tilfeller ejusdem generis vil fungere som et hjelpemiddel ved tolkningen. Ordlyden ligger også her et sted midt mellom formuleringene i andre anerkjente skipsbyggingskontrakter. I SAJ form anvendes formuleringen «whether or not indicated by the foregoing words». Ordlyden gjør det da klart at «sweep up» klausulen ikke skal tolkes ejusdem generis.<sup>120</sup> Tilsvarende benytter NEWBUILDCON formuleringen; «any other cause of a similar nature to the above», for å gjøre det klart at ordlyden skal tolkes ejusdem generis.<sup>121</sup> En uklar rekkevidde taler for en ejusdem generis tolkning.

Klausulens plassering medfører også en uklarhet i forhold til tradisjonelle formuleringer.

Tradisjonelt skal en «sweep up» klausul plasseres til slutt. Dette er for å gjøre det klart at klausulen som sådan skal omfattes. Etter engelsk rett har det formodningen mot seg å tillegge klausulen virkning som en «sweep up» klausul når den ikke er plassert som den tradisjonelt skal.<sup>122</sup> Her er «sweep up» klausulen plassert midt i

---

<sup>119</sup> «The ejusdem generis rule cannot, however, be applied unless there is a genus to which the general words can be restricted. Therefore, where the matters specifically referred to are so various that they fall into no common category the meaning of subsequent general words is not limited by relation to them.» Chitty kapittel 12-086.

<sup>120</sup> Art VIII, linje 19. Se også kommentarer til ordlyden i Curtis side 145 -146.

<sup>121</sup> Linje 902 – 903 I Consultation Draft.

<sup>122</sup> «It's not a «sweep up provision» when it is in the middle of the clause, it's barely a sweep. When the effect of a sweep up provision is ambiguous, the

force majeure klausulen. Det er da uklart om partene har ønsket å avtale seg vekk fra ejusdem generis prinsippet. Klausulens plassering støtter således en ejusdem generis tolkning.

Etter ordlyden skal klausulen tolkes ejusdem generis.

Det neste spørsmålet er så om det lar seg oppstille ett genus på bakgrunn av de nevnte eksempler.

Hvis det ikke lar seg oppstille et genus lar tolkningsregelen seg ikke praktisere, og det er regnet som en presumsjon for at partenes intensjon var at regelen ikke skulle anvendes.<sup>123</sup> Testen for om det lar seg oppstille et genus er;

«whether the specified things which precede the general words can be placed under some common category. By this [is meant] that the specified things must possess some common and dominant feature.»<sup>124</sup>

I Skip 2000 er det opplistet så vidt forskjellige eksempler at det ikke lar seg oppstille ett felles genus. Devlin J. påpeker i Chandirs v. Isbrandtsen-Moller dommen at ejusdem generis kun er et hjelpemiddel for å komme frem til partenes intensjon og at regelen for dette formål skal anvendes fleksibelt. Det er ikke ett absolutt vilkår at det lar seg oppstille ett felles genus for alle opplistede eksempler. Dette synspunktet er basert på uttalelsene til Lord Halsbury;<sup>125</sup> «*words, however general, may be limited with respect to the subject matter in relation to which they are used*». De opplistede eksempler er adskilt i separate klasser med semikolon. At det ikke er oppstilt i separate ledd, som i for eksempel

---

*ejusdem generis rule of construction shall apply.*» J. Turner, partner CDG LLP, co-writer 4<sup>th</sup> ed, *The Law of Shipbuilding Contracts*.

<sup>123</sup> Chandris v. Isbrandtsen-Moller Co Inc. [1951] 1 K.B. 240, 246.

<sup>124</sup> S.S. Magnhild v. McIntyre Brothers & Co [1920] 3.K.B. 321

<sup>125</sup> The Thames and Mersey Marine Insurance Co Ltd v. Hamilton Fraser & Co [1887] 12 App. Cas. 484.

NEWBUILDCON, medfører ikke en eksklusjon av ejusdem generis. Resultatet er at hver gruppe innenfor hvert semikolon utgjør sin egen klasse.

Slik ordlyden da må tolkes er at den påberopte begivenhet må være i samme kategori som et av de oppstilte eksempler. Eksempel på dette er terrorangrep. Det faller ikke inn under den direkte ordlyden av «war or warlike conditions», men er hindring av samme kategori. En søker således genus i hver eksempelgruppe atskilt med semikolon, og ikke i alle de nevnte som sådan.

Etter engelsk rett vil force majeure klausulens rekkevidde begrenses ved en ejusdem generis tolkning. Rekkevidden av «sweep up» klausulen åpner dermed ikke for enhver tenkelig situasjon, og får med dette en snevrere rekkevidde enn klausulen får når den er underlagt norsk rett.

### **3.3.4 Kravet til årsakssammenheng.**

Den andre hovedproblemstillingen er hvordan den påberopte force majeure begivenhet har påvirket oppfyllelsesmulighetene.

Forsinkelsen må være «*a consequence of*» force majeure begivenheten. Ordlyden oppstiller et krav til årsakssammenheng mellom den påberopte begivenhet og forsinkelsen. Spørsmålet er hvilke krav som stilles til årsakssammenhengen?

Dette er et omdiskutert tema i norsk teori. Spørsmålet er om force majeure begivenheten må være hovedårsaken til forsinkelsen, eller om det er tilstrekkelig at den utgjør en av flere nødvendige, men ikke i seg selv tilstrekkelige årsaker til forsinkelsen. Spørsmålet om årsakssammenheng diskuteres i hovedsak i erstatningsretten. I tillegg til en ren faktisk årsakssammenheng mellom årsak og skade må årsakssammenhengen være adekvat. En slik adekvansvurdering oppstår i mye mindre grad når en skal ta standpunkt til om en force majeure hendelse er årsaken til en hindring. Det har da sterkere fellestrekk med forsikringsretten, hvor

vurderingen er om skaden er forårsaket av et farebegrep som man er forsikret mot. I forsikringsretten opererer man med en hovedårsakslære. Dette ville i så fall medføre at Verkstedet kun hadde rett på fristutsettelse dersom den påberopte force majeure begivenhet var hovedårsaken til forsinkelsen. Kravet til force majeure begivenheten blir da vesentlig skjerpet, og det samsvarer ikke med den funksjonen klausulen har som risikofordelingsmekanisme. Når det i kontrakten er valgt en nøytral ordlyd som «a consequence of», i motsetning til «hindre» eller «forhindre» tyder det på at partene ikke har ment en tilsvarende streng forståelse som i forsikringsretten.

Etter kommentarutgaven fremgår det at partene har forutsett samme krav til årsakssammenheng som 1981 kontrakten. En legger seg da på en mildere linje enn man gjør i forsikringsretten, og sier at *«force majeure begivenheten trenger ikke å være den eneste årsaken til forsinkelsen, men den må i alle fall være medvirkende og helst den dominerende årsak.»*<sup>126</sup> Man legger altså betingelsesteorien til grunn. Det vil si at begivenheten må være en nødvendig, men trenger ikke i seg selv å være en tilstrekkelig årsak. En slik forståelse må være den riktige når man tolker ordlyden i sammenheng med den strenge bevisbyrden verkstedet pålegges. Å ta utgangspunkt i betingelsesteorien fremfor hovedårsakslæren samsvarer også best med klausulens funksjon som risikofordelingsklausul.

Utgangspunktet etter engelsk rett er at verkstedet må bevise at det foreligger en *«causative link between the event relied upon and the delay claimed.»*<sup>127</sup> Dyson J. presiserer kravet som stilles til

---

<sup>126</sup> Meland s. 103.

<sup>127</sup> Ascon Contracting Ltd v Alfred McAlpine Construction Ilse of Man Ltd. [1999] 66. Con. L.R. 119.

årsakssammenheng beror på klausulens formulering; «*note that where delay is caused by concurrent causes, only one of which constitutes a force majeure event, the balance of authority suggest that a permissible delay can in principle be claimed.*»<sup>128</sup> I lys av disse uttalelsene vil kontraktens nøytrale ordlyd henføre til betingelseslæren også etter engelsk rett.<sup>129</sup>

I forhold til Skip 2000 er kravet til årsakssammenheng mellom force majeure begivenheten og forsinkelsen i utgangspunktet det samme etter norsk og engelsk rett.

### **3.3.5 «Provided always». Uttalt forutsetning – kravet til aktsomhet i planlegging og gjennomføring.**

1. «*Could reasonably have been foreseen or anticipated ... on the date of the Contract,*»

En forutsetning for å påberope seg force majeure er at verkstedet ikke kan forutse force majeure begivenheten da kontrakten ble inngått. Ordlyden henfører til en objektiv norm om hvilken kunnskap verkstedet burde ha på avtaletidspunktet. Da det kan være vanskelig å bevise faktisk kunnskap støtter bevis tekniske hensyn en slik tolkning. Ved å legge en objektiv norm til grunn pålegges verkstedet en generell aktsomhetsplikt i sin planlegging og gjennomføring av kontrakten som går utover den generelle lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Da man etter engelsk rett ikke operer med noen lojalitetsplikt i kontraktsforhold støtter også eksport hensynet en slik tolkning.

Ordlyden er tilsvarende som formuleringen i kjøpsloven § 27. Kjøpslovsforarbeidene angir at dersom det dreier seg om sjeldent

---

<sup>128</sup> Jfr kap 3.2.

<sup>129</sup> En tilsvarende betydning av en nøytral ordlyd legger Treitel til grunn i kap12-024.

forekommende hindringer, må det «foreligge en konkret hending som tilsier fare», for at vilkåret skal bli aktuelt.<sup>150</sup> Begrunnelsen for dette er at verkstedet ikke skal pålegges en urimelig høy aktsomhetsplikt. Ordlyden er ment å omfatte de begivenheter som innebærer en oppfordring til reaksjon hos verkstedet.<sup>151</sup>

Etter engelsk rett beskriver Treitel utgangspunktet tilsvarende, som ett spørsmål om «*the event is either actually foreseen or where the degree of its foreseeability is high.*»<sup>152</sup> I The Wolf Trap dommen presiseres det at risikoen må være av en slik natur at den innebærer en oppfordring til reaksjon for fra verkstedets side.<sup>153</sup> Utgangspunktet for vurderingen er altså den samme etter norsk og engelsk rett.

Den objektive norm avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering ut fra sted, årstid, og andre objektive standarder. Hvordan grensen for det forutsigbare i forhold til vær illustres i RG 1992 side 1158, på side 1166:

«Det nærmere innhold av force majeure unntaket er i liten grad klarlagt ved rettspraksis. Det må imidlertid være klart at den relevante årsaksfaktors upåregnelighet må være vesentlig større enn det påregnelighetskriterium som legges til grunn ved culpa-vurderinger. I motsatt fall vil det objektive ansvar etter vassdragslovens § 115 i realiteten innskrenke seg til et culpaansvar. I nær-værende sak er det foretatt en grundig analyse av sannsynligheten

---

<sup>150</sup> Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 73.

<sup>151</sup> Hagstrøm side 486; «Også de mindre sannsynlighetsgrader er relevante dersom det ved kontraktsinngåelsen knyttet seg så mye usikkerhet til en omstendighet at debitor hadde en oppfordring til å overveie den og eventuelt ta et spesifisert forbehold.» Jfr Rt 1922, 562

<sup>152</sup> Treitel kap 13-001.

<sup>153</sup> The Wolf Trap Case; «*such reasonable likelihood that the obligor should not merely foresee the risk but ...have guarded against it*». [1951] 1. Lloyds Rep. 118



for at en flom som den man hadde i det angjeldende område natt til 10. desember 1987, vil gjenta seg. Av NHL-rapportens konklusjon fremgår at gjentaksintervallet mest sannsynlig er 15 år og at det er meget sannsynlig at en slik flom vil gjenta seg innenfor en tidsperiode på 10 til 30 år. Lagmannsretten kan ikke se at en hending med et slikt gjentaksintervall kan karakteriseres som så ekstraordinær eller av slik katastrofelignende karakter at det kan karakteriseres som et force majeure tilfelle. Det ses da hen til at det bør stilles sterke krav til det ekstraordinære ved naturforholdene for at ansvar skal foreligge etter vassdragsloven.»

Dette resonnement vil ha direkte overføringsverdi til Skip 2000. Når det er en uttalt forutsetning at force majeure ikke gjelder der partene kunne ha forutsett begivenheten vil det stilles strenge krav til det ekstraordinære element. Når uvær som kommer med 15 års mellomrom er mulig å forutse illustrerer dette at grensen settes høyt. En streng terskel begrunnes også i presumsjonen om at verkstedet som lokalt forankret er nærmest til å bære risikoen for værforhold.

Et praktisk eksempel på dette er at kinesiske verft til stadighet prøver å skylde på ekstrem varme som force majeure. Varme på over 36 grader, som igjen resulterer i temperaturer på godt over 40 grader i tanker o.l. medfører at arbeidet ikke kan utføres. Verkstedet anfører så at arbeidet de facto blir forsinket, pga forhold som er utenfor deres kontroll, og som er av ekstraordinær art. Et slikt resonnement lar seg ikke subsumere under Skip 2000. Den eneste måten verkstedet kan få forlenget byggetid i slike tilfeller er å ta forbehold i kontrakten om forsinkelse forutsatt ekstrem varme over lengre perioder.<sup>134</sup>

Av rettspraksis er Rt 1962. s. 175 illustrerende for at manglende forbehold vanligvis utelukker retten til å påberope seg force

---

<sup>134</sup> Ved skipsbygging i asiatiske land er det blitt vanlig å endre force majeure klausulen til å omfatte slike forhold.

majeure. Selgeren av en motor ble pålagt erstatningsansvar for unnlatt levering selv om det var umulig å levere på grunn av importrestriksjoner. Det ble uttalt: «*Da kjøpekontrakten ble inngått, var import av motoren med tilbehør betinget av kjøpetillatelse, og Dieselservice måtte da selv ta med i sin beregning den mulighet at importlisens ikke ble gitt. Noe forbehold for det tilfelle at lisens ble nektet, ble som nevnt ikke tatt.*» Siden importrestriksjonene gjaldt da kontrakten ble inngått var hindringen såpass nærliggende at selgeren hadde en oppfordring til å ta et forbehold.

Walton Harvey Ltd v Walker Hamfrays Ltd dommen illustrerer hvordan manglende forbehold etter engelsk rett tilsvarende utelukker force majeure.<sup>135</sup> Det var inngått en avtale om å sette opp et reklameskilt over et hotel i syv år. Hotellet ble så ekspropriert, med hjemmel i lov som var vedtatt da avtalen ble inngått. Hotelleier var klar over risikoen for ekspropriasjon da avtalen ble inngått. Hotellet ble så revet, og kontrakten kunne ikke etterleves. Når hjemmelsloven var vedtatt før kontraktsdato var hindringen så nær at hotelleier hadde en oppfordring til å ta et forbehold.

Om risikoen for en hindring utgjør en oppfordring til reaksjon hos verkstedet beror på en konkret vurdering av kontrakten som helhet. Nile Co dommen uttaler at: «*was or ought to have been foreseen ...does not prevent it from becoming a frustrating event when it occurs; the question ... is whether the new situation thus created is whithin or outside the scope of the contract on its true construction*».<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> [1931] 1 Ch. 274.

<sup>136</sup> Nile Co for the Export of Agricultural Crops v H & J M Bennet (Commodities) Ltd [1963] 1. Lloyd's Rep. 555.

Poenget i forhold til klausulen er at alle kjente forhold som kan påvirke kontrakten må verkstedet ta hensyn til «i kontrakten» ved sin planlegging. I realiteten betyr det at man må ta høyde for tidstap o.l. for begivenheter man vet vil kunne skje. Når verkstedet er nærmest til å bære risikoen for forhold de burde kjenne til må de spesifikt avtale at disse forhold skal regnes som force majeure for å kunne bli fritatt et forsinkelsesansvar.

2. «*or could have been prevented or overcome by the exercise of due diligence by the builder*».

Dette omtales gjerne som umulighetskriteriet. Det hjelper ikke å ta høyde for noe man ikke kan påvirke. I utgangspunktet har ordlyden kun selvstendig betydning for kunnskap som oppstår etter kontraktens inngåelses dato. Er verkstedet kjent med en risiko før kontraktsdato har de muligheten til å ta forbehold om denne risikoen. Kunnskap om risiko for forsinkelse etter at kontrakten er inngått er det derimot ikke mulig å ta forbehold om i kontrakten. Et overordnet vilkår for force majeure er at verkstedet utviser «behørig aktsomhet» for å unngå at risikoen de har fått kunnskap om resulterer i forsinkelse.<sup>137</sup>

I «provided always» klausulen ligger det er en intern motstrid mellom kravet å utvise «behørig aktsomhet» («due diligence») og plikten til å gjøre sitt ytterste («do its utmost»). På bakgrunn av prinsippet om innskrenkende tolkning må det sistnevnte legges til grunn. Kravet til reaksjon på grunnlag av kunnskap om risiko for forsinkelse må dermed tolkes i sammenheng med «offergrensen», jfr kap 3.4. I forhold til kravet om kunnskap fastsetter ordlyden at

---

<sup>137</sup> Meland side 139 har oversatt «exercise of due diligence» til «plikt å utvise behørig aktsomhet».

verkstedet har en aktsomhetsplikt og reaksjonsplikt som varer gjennom hele kontraktsforholdet.

### **3.3.6 Force Majeure - når skipet allerede er forsinket.**

Kan verkstedet påberope seg force majeure dersom skipet allerede er forsinket når force majeure begivenheten inntreffer?

Etter norsk rett vil en tilleggsforsinkelse som hovedregel fritta for ekstra ansvar. Begrunnelsen for dette er at en slik tolkning av kontrakten samsvarer med formålet om å et rimelig og fornuftig resultat. Når verkstedet presterer i henhold til kontrakten og betaler dagbøter etter kontrakten, gjelder kontrakten som sådan. Det er da rimelig at verkstedet også nyter godt av den beskyttelsen som ligger i kontraktens force majeure klausul.

Under engelsk rett følger man det samme prinsippet som det følger av det klassiske sjørettslige begrep «once on demurrage – always on demurrage». Det betyr at dersom en forsinkelse finner sted etter leveringsdato, er det uten betydning hva årsaken til forsinkelsen er. Tanken er at dersom skipet hadde blitt levert rettidig ville ikke force majeure begivenheten ha resultert i forsinkelse. Begrunnelsen for en slik tolkning finner vi i den engelske kontraktstradisjon. Utgangspunktet er at kontrakter skal holdes og unntak fra dette skal være klart avtalt. Her foreligger det allerede ett brudd på kontrakten, og «*no man may take advantage of his own wrong*».<sup>138</sup>

En dom som illustrerer nettopp dette synspunktet er Ohlsson Steamship dommen.<sup>139</sup> Kontrakten, som inneholdt en klausul om fritak fra «liquidated damages» ved streik, var på et ombygnings-

---

<sup>138</sup> Leubepin v Crispin. [1920] 2.K.B. 714.

<sup>139</sup> Hull Central Dry Dock & Engineering Works Ltd. v. Ohlsson Steamship Ltd. [1924] 19 Lloyd's Rep. 54

arbeid på et skip som skulle ta 40 dager. Dersom det tok lenger tid enn dette skulle det betales «liquidated damages» fra den 40 dag, med mindre det ble avtalt noe annet. Det ble så avtalt en stor mengde tilleggsarbeid på skipet, uten at det spesifikt ble avtalt en ny leveringsfrist. Tilleggsarbeidet medførte at skipet ble forsinket. Etter at skipet allerede var forsinket oppstod det så en streik, som verkstedet påberopte seg som force majeure. Bailhace J. uttrykker da;

«The [Yard] cannot rely upon the strike interfering with their work, if at the time the strike began, they had exceeded their contract time. They can only rely upon the strike clause as being an interference with the work given to them or contracted for if at the time of the strike they committed no breach of contract».

Dommen illustrerer hvordan fokus etter engelsk rett primært er forutberegnelighet fremfor det norske fokus på et rimelig og fornuftig resultat.

For å unngå et slikt tolkningsresultat er det spesifikt avtalt i art IX, nr. 1 b) at en eventuell tilleggsforsinkelse grunnet force majeure skal fritta fra ansvar. Ordlyden er så klar at en engelsk og norsk domstol vil falle ned på samme resultat.

### **3.4 Offergrensen.**

Når force majeure først er inntrådt kan det være fristende for verkstedet å benytte anledningen til å få så mye ekstra tid som mulig. Dette skal ikke aksepteres, og kontrakten fastslår derfor at verkstedet er «*obliged to do its utmost to avoid or minimise*» den forsinkelsen som force majeure tilfellet medfører.

Spørsmålet er hva som ligger i plikten «*to do its utmost*».

Dette er det som i norsk teori ofte kalles «offergrensen».<sup>140</sup> Med «offergrensen» snakker vi om kjøpers berettigede forventning til verkstedets tilstrebelser for å minimalisere forsinkelsen. Det er et spørsmål om hvor omfattende oppfylleelsesvanskene må være for at verkstedet skal være fritatt for ansvar. Hvor grensen skal trekkes beror først og fremst på kontraktsforholdet, der momenter som partenes stilling, kjøpets og varens art, og det aktuelle tap er relevante.

Etter ordlyden er verkstedet forpliktet til å gjøre det som er praktisk mulig for å hindre eller minimalisere forsinkelse pga den påberopte begivenhet. Etter norsk rett følger en plikt til å gjøre sitt ytterste for å minimalisere følgene av force majeure av lojalitetshensynet. Ordlyden inneholder ingen rimelighetsbegrensning tilsvarende kjøpsloven § 27. Verkstedet blir pålagt en absolutt plikt til å gjøre sitt ytterste for å unngå forsinkelse for å kunne påberope seg force majeure. Formålet med vilkåret er å pålegge verkstedet å søke alternative oppfylleelsesmåter, selv om det skulle medføre økte kostnader for verkstedet.

I skipsbygging stilles det en meget høy terskel for hva som er praktisk mulig. Som Knudtzon sier; *«denne plikten til å begrense forsinkelse må tolkes meget strengt. Verkstedet må derfor gå meget langt i sine anstrengelser til å unngå forsinkelser»*.<sup>141</sup>

Den øvre grense er naturlig nok det fysiske umulige. Tendensen i norsk rettspraksis har imidlertid vært å godta også det som er praktisk umulig, selv om det er fysisk mulig å oppfylle. En del eldre

---

<sup>140</sup> Er et begrep som er formulert i juridisk teori. Kan formuleres som et spørsmål om hvor langt selger, her Verksted sin plikt til å tilstrebe oppfyllelse går. Ment å illustrere at verftet må ofre noe mer enn det de allerede har forpliktet seg til. Om offergrensen, se Mestad 304-305.

<sup>141</sup> Knudtzon side 21.

norske dommer illustrerer dette. I Rt 1922. 385, var det spørsmål om manglende tilgang på spesielle stålmaterialer ga et skipsverft rett til, i henhold til en force majeure klausul i skipsbyggingskontrakten, å innstille arbeidet på et nybygg og i stedet fullføre byggingen med materialer en annen bestiller kunne skaffe for så å levere skipet til denne. Dersom den nye kontrakt ikke ble inngått ville det ikke være mulig for verftet å fortsette sin drift. Alternativet var en senere nedleggelse av verftet, og det var et for stort offer å kreve.

Mindre dramatiske tiltak kan derimot kreves gjennomført. I Rt 1914 s. 869 ble det påberopt force majeure pga værhindringer ved tørking av et parti tørrfisk. Her fikk ikke selgeren medhold, da det lot seg gjøre å leie pakkhus som var velegnet for tørking.

Verkstedet er altså forpliktet til å foreta økonomiske ofre, men det kan ikke kreves at de økonomiske ofre er så store at verkstedet risikerer konkurs på grunn av dem. Grensen beror på en konkret vurdering av den økonomiske belastning i forhold til forsinkelsens mulige omfang og dens betydning for kjøper.

Et eksempel der det ble prosedert på «offergrensen» er ved synkingen av Ekofisk anlegget i Nordsjøen, se ND 1997 side 263. Som en følge av at plattformen sank kunne ikke gassen fra Gyda feltet bli tatt imot og prosessert der, og det måtte legges en ny ledning. Saken ble løst ved tolkning av en annen del av kontrakten, men Philips gruppens anførsel om deres «offergrense» illustrerer et tilfellet hvor det må være klart at det ikke kunne stilles krav om at det ble bygget en ny plattform;

«ved vurderingen av om «offergrensen» i henhold til Gyda Gas Agreement er overskredet, må det sees bort fra at Philipsgruppen har valgt å bygge nye anlegg. Det foreligger således ingen mulighet for mottak av Gydagassen uten at det bygges et nytt Ekofisk senter, noe som ligger klart utenfor hva Philipsgruppen er forpliktet til å gjøre for å overvinne «offergrensen» i forhold til Gyda-gruppen.»

På bakgrunn av disse momenter sier Meland at det nok ikke kan forventes at Verkstedet går over i tre skift eller utstrakt bruk av overtid og helgearbeid for å ta igjen forsinkelsen. Men det vil kreves at Verkstedet foretar mulig omrokninger på arbeidsstyrken og arbeidet, eksempelvis setter deler av arbeidet til en underleverandør.<sup>142</sup> Når en norsk dommer skal vurdere «offergrensen» på bakgrunn av hva som er «fornuftig og rimelig» i forhold til de konkrete omstendigheter er nok dette riktig.

En engelsk dommer vil derimot tolke ordlyden ut fra forutberegnelighet. Spørsmålet er altså ikke hva det er rimelig å forvente Verkstedet gjør for å overvinne «offergrensen», men hva kjøper kan forvente på bakgrunn av ordlyden i kontrakten.

Etter engelsk rett innebærer ordlyden i realiteten en avtalefestning av det Treitel kaller det fjerde tolkningsprinsipp til bruk ved force majeure klausuler.<sup>143</sup> Griffiths L.J. uttaler om utgangspunktet for offergrensen;

«Clauses of this kind have to be construed upon the basis that those relying on them will have taken all reasonable efforts to avoid the effect of the matters set out in the clause which entitle them to vary or cancel the contract.»<sup>144</sup>

En avtalefestning av plikten til å gjøre sitt ytterste medfører en sterkere plikt enn det som følger av det ulovfestede tolkningsprinsipp. Ordlyden pålegger også et større offer enn «reasonable efforts». Ordlyden oppstiller ikke noen rimelighetsgrense, men

---

<sup>142</sup> Meland side 152

<sup>143</sup> Treitel, kap 12-026

<sup>144</sup> B. & S. Contracts and Design Ltd. v. Victor Green Publications Ltd [1984] 1. Lloyd's Rep. 559.

Her gikk arbeiderne til verkstedet ut i streik med krav om ekstra betaling for å fullføre kontrakten. Selv om dette ville medføre en ekstra kostnad var verkstedet forpliktet til å betale denne som en del av «offegrensen».



grensen må også her settes ved det praktisk mulige.<sup>145</sup> Etter ordlyden må Verkstedet bevise at de ikke kunne gjøre mer enn de har gjort for å overvinne følgende. En slik ordlydstolkning ble opprettholdt av Ralph Gibson L.J i Court of Appeal:

«...Requires that the party claiming its protection proves that there were no steps which it could have taken to avoid being prevented from performing its obligation by the incident or event said to be within the clause».

Da ordlydstolkningen fokuserer på forutberegnelighet og ikke rimelighet vil nok offergrensen ha en lengre rekkevidde etter engelsk rett enn etter norsk. De synspunkt Meland fremmer om utstrakt bruk av overtid og ekstra skift vil nok være innenfor offergrensen etter engelsk rett. Det er under forutsetning av at det ikke strider mot arbeidslovgivning og lokale tariffavtaler, og at verkstedet ikke kan bevise at det lot seg gjennomføre.

### **3.5 Underleverandør er forsinket (dobbel force majeure).**

På grunn av behovet for spesialisering og effektivitet er det vanlig med utstrakt bruk av underleverandører ved skipsbygging. Også underleverandørene kan bli rammet av forhold som i Skip 2000 er definert som force majeure. Spørsmålet er om force majeure forsinkelse hos underleverandør kan fritta verkstedet for ansvar.

Utgangspunktet er at verkstedet har risiko for forsinkelse fra underleverandør.<sup>146</sup> Skip 2000, på lik linje med en rekke andre

---

<sup>145</sup> En slik tolkning følger av ordlyden, og samsvarer med grensen mot «The Doctrine of Frustration».

<sup>146</sup> Jfr kap 3.3.2.

standardkontrakter,<sup>147</sup> bestemmer allikevel at verkstedet på visse vilkår kan påberope seg forsinkelse fra underleverandør.

Klausulen kan tolkes på to forskjellige måter. Det første alternativet er at klausulen tolkes i samsvar med kjøpsloven § 27 (2) og den tradisjonelle lære om «dobbel force majeure».<sup>148</sup> Verkstedet må da først bevise at de selv fyller vilkårene for force majeure, og så bevise at underleverandørens forsinkelse oppfyller kontraktens vilkår for force majeure.<sup>149</sup> En slik tolkning av kjøpslovens § 27 (2) følger av ordlyden «*er selgeren fritatt for ansvar dersom også tredjemann ville vært fritatt*» (min understrekning).<sup>150</sup> Det kjøpsrettslige underleverandøransvaret oppstiller som vilkår for «dobbel force majeure» at verkstedet objektivt sett ikke har noe handlingsalternativ, jfr. «kontrollkriteriet» og Agurkpinedommen.<sup>151</sup> Selv om verkstedet fremdeles er bundet av kontrakten med underleverandøren, pålegges verkstedet en plikt til å søke alternative innkjøp for å oppfylle kontrakten i forhold til kjøper. En slik tolkning innebærer en skjerpelse av vilkårene for force majeure.

Det andre alternativet er at verkstedet kun må bevise at underleverandør oppfyller vilkårene for force majeure, at verkstedet har utvist behørig aktsomhet («due diligence») ved valg av underleverandør og at verkstedet har tatt rimelig høyde for risikoen

---

<sup>147</sup> Se eksempelvis NS 3430, pkt 17.2.2.

<sup>148</sup> Se Hagstrøm side 496 – 502.

<sup>149</sup> Se Hagstrøm side 496.

<sup>150</sup> Forarbeidene forutsetter også at selgeren skal søke alternative innkjøp. Det forutsettes at oppfyllelssvikt fra underleverandør kan ligge utenfor selgers kontroll «*når selgeren ... ikke kan få tingen i tide fra den forutsatte leverandør og er avskåret fra å få tingen fra en annen*», jfr Ot. prp. Nr 80. (1986-1987) s. 38.

<sup>151</sup> Rt 2004. 675, se også kap. 3.3.2.

for forsinkelse fra underleverandøren. Hvis en faller ned på en slik tolkning medfører det en lempelse av kontrollansvaret. En naturlig forståelse av ordlyden støtter en slik tolkning. Selv om skipsbyggingskontrakter er å kategorisere som kjøpskontrakter er de særpreget av å ha entrepriserettslige elementer i seg.<sup>152</sup> I forhold til underleverandøransvaret må kontrakten tolkes i lys av nettopp disse entrepriserettslige elementer. I forarbeidene til bustadoppføringsloven, som er en entrepriselov, uttales følgende til støtte for det andre tolkningsalternativet:

«Det kan seiast at hovudentreprenøren ikkje er hindra i utføringa sjølv om underentreprenøren er det, dersom underentreprenøren kunne ha fått arbeidet utført ved ein annan underentreprenør. Kontrollansvarsregelen i kjøpslova og handverkertjenestelova skal visstnok oppfattast slik («dobbel force majeure»). I entrepriseforhold kan dette etter uvalgets mening verke urimeleg. Underentreprenøren har normalt krav på tilleggsfrist i høve til hovudentreprenøren på grunn av den uventa hindringa, og hovudentreprenøren kan derfor ikkje heva kontrakten med underentreprenøren. Skal hovudentreprenøren vera nøydd til å hente inn ein ny underentreprenør, kjem han i avbestillingsansvar overfor den første underentreprenøren. Utvalet meiner at hovudentreprenøren i slike tilfelle bør ha krav på tilleggsfrist. Til dømes er det ein tilfeldig skilnad om dersom hovudentreprenøren skal ha krav på utsettelse dersom hans eige tilsette er tatt ut i arbeidskonflikt, mens han ikkje skal ha krav på tilleggsfrist dersom underentreprenørens tilsette er tekne ut i konflikt».<sup>153</sup>

De samme særskilte hensyn vil kunne gjøre seg gjeldende i forhold til en skipsbyggingskontrakt. Vilkåret «major parts or of important performance» henviser til deler av en slik betydning at verkstedet presumptivt ikke kan skaffe nye tilsvarende deler fra andre

---

<sup>152</sup> Jfr kap 1.3.

<sup>153</sup> Ot.prp nr.21 (1996-1997) side 51.

leverandører. Når en tolker klausulen i sammenheng med dette vilkåret tyder det på at partene formodentlig har ønsket å frita verkstedet for ansvar der underleverandøren er forsinket på grunn av force majeure, selv om verkstedet objektivt sett kunne skaffet tilsvarende deler fra en annen leverandør. Det kan føres som argument mot en slik tolkning at bustadoppføringsloven omhandler «underentreprenører», mens kjøpsloven og kontrakten omhandler «underleverandører», jfr Meland sin oversettelse av klausulen.<sup>154</sup> En «underentreprenør» henviser i sterkere grad til leveranser av tilvirkningstypen mens «underleverandører» kan peke på hyllevarer. Dette er også en av årsakene til at kjøpsloven valgte en slik nøytral begrepsbruk. Kjøpsloven bygger på CISG art 79 (2). Her var den opprinnelige formulering «subcontractors», men det ble erstattet med «third parties» fordi det ikke hadde hjemstavn utenfor entrepriseretten.<sup>155</sup> Det var imidlertid ikke ment noen realitetsendring.<sup>156</sup> På bakgrunn av kontraktens formulering, «subcontractor», blir argumentet istedet en støtte for å vektlegge de entrepriserettslige hensyn.

Problemet er at dette strider med «Provided always» klausulen, og verkstedets plikt «to do its utmost» for å minimalisere eller unngå forsinkelsen. «Provided always» klausulens plassering tilsier at den er ment å omfatte hele artikkelen, da også underleverandøransvaret. Formålet med «provided always» klausulen er å pålegge verkstedet en aktsomhetsplikt og lojalitetsplikt. Å tolke underleverandøransvaret innskrenkende på bakgrunn av ordlyden i «provided always» vil resultere i en bredere rekkevidde av den uttalte forutsetning enn det som fremstår som partenes intensjon.

---

<sup>154</sup> Meland side 139 og 147.

<sup>155</sup> Stoll i Schlechtriem side 615

<sup>156</sup> Hagstrøm side 497.

Etter norsk rett er det «rimelig og fornuftig» å tolke underleverandøransvaret i samsvar med ordlyden. Bestilling av spesialdeler av «major parts or of important performance» er kontrakter av klare entrepriserettslige element. Ved å pålegge verkstedet alternative oppfyllelsmåter vil verkstedet bli sittende igjen med et kontraktsbruddsansvar ovenfor underleverandør. Når lovgiver har valgt å fritta en entreprenør fra et slikt ansvar i forbindelse med entrepriser, er det rimelig på dette punkt å tolke kontrakten i lys av de særskilte entrepriserettslige element og fritta verkstedet på tilsvarende grunnlag.

Etter norsk rett er verkstedet kun forpliktet til å bevise at underleverandøren oppfyller kontraktens vilkår, at verkstedet har utvist «behørig aktsomhet» ved valg av underleverandør og at de har tatt rimelig høyde for risikoen for forsinkelse ved valg av underleverandør.

Etter engelsk rett har man ingen «dobbel force majeure» lære. At utgangspunktet er at verkstedet er ansvarlig for underleverandør etter engelsk rett illustreres ved Eagle Star dommen.<sup>157</sup> Her ble det anført at en force majeure klausul skulle tolkes som at det var utenfor Verkstedet eller underleverandørens kontroll. En slik anførsel ble beskrevet av Hirst L.J. i Court of Appeal som; «*absurd*».

Ordlyden i underleverandøransvarsklausulen åpner for en utvidelse av adgangen til å påberope seg force majeure. En utvidelse av adgangen til force majeure støttes også av det faktum at engelske domstoler begynt å vektlegge entrepriserettslige hensyn ved tolkning av skipsbyggingskontrakter, jfr. Kap 1.3. «Provided always» klausulen er en generell forutsetning som er ment å pålegge en generell aktsomhetsplikt. Underleverandørklausulen er

---

<sup>157</sup> John Mowlen v. Eagle Star and ors [1995] 44 Con. L.R. 134.

en spesiell klausul ment å utvide retten til å påberope seg force majeure. Ved å legge «provided always» klausulen til grunn mister underleverandørklausulen sin selvstendige betydning. Ut fra et *lex specialis* synspunkt har det formodningen mot seg at partene spesifikt har avtalt en klausul som ikke skal gjelde etter sin ordlyd.

En engelsk domstol vil følgelig falle ned på det samme resultat som en norsk domstol.

## **4 Betydningen av at kontrakten underlegges engelsk rett i stedet for norsk rett.**

En gjennomgående forskjell mellom norsk og engelsk kontraktsrett er at kravet til presisjon er større når kontrakten underlegges engelsk rett. Som det fremgår av analysen er klausulen tidvis uklar i forhold til engelsk rett. Verkstedet risikerer med dette å en mindre adgang til fristutsettende levering når kontrakten underlegges engelsk rett.

Et eksempel som illustrerer dette er tilfellet der en verkstedsarbeider omkommer i en ulykke på verkstedet. Lokale myndigheter stenger så verkstedet av hensyn til etterforskningen.

Etter engelsk rett gir dette ikke rett til fristutsettende levering. For det første er verkstedet kun fritatt fra forsinkelsesansvaret dersom forsinkelsen skyldes en begivenhet som spesifikt er avtalt som force majeure, jfr. kap. 3.3.3. Når force majeure forsinkelse vurderes ut fra et strengt årsaksperspektiv, jfr. kap. 3.3.2., er det ulykken som i tilfelle skal ansees som force majeure. En slik dødsulykke på verkstedet er ikke i seg selv en anerkjent force majeure begivenhet etter en ejusdem generis tolkning av klausulen. For det andre er det ulykkesårsaken som skal vurderes i forhold til «kontrollkriteriet», jfr. kap. 3.3.2. Med mindre ulykken er forårsaket av ytre ekstraordinære omstendigheter som verkstedet ikke kunne kontrollere eller påvirke, har verkstedet risikoen for slike ulykker.

Etter norsk rett kan enhver ekstraordinær begivenhet som er utenfor verkstedets kontroll vurderes som force majeure. En dødsulykke kan dermed være en force majeure begivenhet, dersom den etter en rimelig og fornuftig tolkning ansees som «*ekstraordinære og inngripende uhell*» av en slik art at den var utenfor verkstedets «kontrollsfære».<sup>158</sup> I forhold til «kontrollkriteriet» vil en ikke vurdere ulykken isolert. Det offentlige vedtak er også en betingelse for forsinkelsen.<sup>159</sup> Spørsmålet om verkstedet objektivt sett hadde et handlingsalternativ vil også vurderes i forhold dette. Etter en konkret vurdering vil det derfor være fullt mulig at verkstedet har rett på fristutsettende levering etter norsk rett.

Verkstedet bør derfor endre ordlyden på de områder det i oppgaven kommer frem at ordlyden er uklar i forhold til engelsk rett. Gjennom slik presisering kan de oppnå en tilsvarende forståelse av klausulen som etter norsk rett, og med dette unngå den risiko for uønskede resultat som lovvalgsendring ellers kan medføre.

---

<sup>158</sup> Hagstrøm, side 495.

<sup>159</sup> Samsvarer med betingelsesteorien, jfr kap. 3.3.4.

## 5 Vedlegg I

### 5.1 Kontraktens ordlyd:

*Artikkel iX DELAYS AND EXTENSION OF TIME DELIVERY  
(force majeure)*

#### 1. Cause of Delay

(a) In case of Force Majeure Delay, the Delivery Date shall be postponed by the number of days corresponding to the net delay in delivery as set out below. It shall be considered a Force Majeure Delay if the Delivery and Acceptance of the Vessel is prevented or delayed as a consequence of extraordinary circumstances or events beyond the builders control, such as:

Acts of God; acts of princes and rulers; requirements or government authorities; war or warlike conditions; civil commotion or riots; mobilisation; strike or lockout (except local labour disturbances at the Builders yard) quarantines; flood, typhoons, hurricanes, storms, or other extraordinary weather not included in normal planning; earthquakes, tidal waves, landslide; fires, explosions, collisions, or stranding; import or export bans or restrictions, prolonged failure, shortage or restriction of electrical current, oil or gas:

and/or; any other extraordinary events beyond the control of the builder;

and/or; be late delivery of major parts or of important performance by Subcontractor(s) where the cause of delay would have been recognised as Force Majeure delay under this article IX if it had affected the Builder, provided that the Builder has shown due diligence in its choice of Subcontractor and ensured a reasonable margin of delays, so that at the time of ordering same it could reasonably be expected by the Builder to deliver in time;

and/or; delays in the Builders other commitments resulting from Force Majeure as herein described directly causing delay of the Builder's performance hereunder;

Provided always:

That there shall be no Force Majeure Delay if such delay could reasonably have been foreseen or anticipated by the Builder on the Date of the Contract, or that it could have been prevented or overcome by the exercise of due diligence by the builder, its servants, employees or Subcontractors



(b) The provisions under sub-clause (a) above apply whether or not the Force Majeure occurs after the Contract Delivery Date.

The Builder is obliged to do its utmost to avoid or minimise the Force Majeure Delay.

## 2. Notice of delay.

(a) Within 10 days after the Builder becomes aware or should have become aware of any cause of delay as aforesaid, on account of which the Builder will claim that it is entitled under the Contract to postpone the Delivery Date, the Builder shall notify the Buyer in writing or by telefax, confirmed by registered mail, of the date such cause of delay commenced. Likewise, within 10 days after the date such cause of delay ended, the Builder shall notify the Buyer in writing or by telefax, confirmed by registered mail, of the date when such cause of delay ended.

Failure by the builder to give such notices as aforesaid shall prevent the Builder from subsequently claiming Force Majeure Delay on account of such circumstances.

(b) The Builder shall notify the Buyer of the period, by which the Delivery Date is postponed by reason of such cause of delay, with all reasonable despatch after it has been determined. Failure by the Buyer to object to the Builder's claim for postponement of the Delivery Date within 10 days after the receipt by the Buyer of such notice shall be deemed to be a waiver by the buyer of its right to object to such event, provided always that the Builder's information in respect of the cause of the delay and the consequences thereof were correctly stated in the notice.

## 3. Permissible Delay

Delays on account of such causes as specified in this Article IX, Clause 1 and in Article VI hereof and any other delays caused by non fulfilment by the Buyer of the Buyer's obligation hereunder or any other delays of a nature which under the terms of this Contract permit postponement or extension of the Delivery Date shall constitute Permissible Delay and shall extend the Delivery Date for any net delay caused thereby. .

## 6 Vedlegg II.

### 6.1 Litteraturliste:

Meland, Øystein. Skipsbygging, Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt. Bergen 2006.

Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet, 3 utg. Oslo 2002

Knophs oversikt over norsk rett. 12 utgave.

Kai Kruger, Norsk Kontraktsrett, Bergen 1989.

Sir G.H. Treitel, Frustration and Force Majeure. 2<sup>nd</sup> ed. London 2004.

Chitty, On Contracts Volume 1, General Contracts 29<sup>th</sup> ed. London 2002.

McGregor On Damages, 16 ed. London 1997.

Falkanger, Bull. Innføring i sjørett, 6 utg.

Selvig, Erling, Kjøpsrett til studiebruk.

Hagsrøm, Viggo. Obligasjonsrett. Oslo 2003.

Woxholt, Geir, Innledning til kontraktsretten, Jussens Venner 1996 side 213.

Cheshire, Fifoot & Furmston. Law of Contract, 14 ed.

Mestad, Ola. Om Force Majeure og risikofordeling i kontrakt.

Gisle, Jon. Jusleksikon, 2. utg. Oslo 2003.

Falkanger, Thor. En sammenligning mellom engelske og norske prinsipper for fortolkning av kontrakter. Arkiv for sjørett, bind 9. hefte.

Selvig, Erling. TfR 1986.1.

Moss, Giuditta Cordero. Lectures on Comparative Law of Contracts, Institutt for privatrett, stensilserie A, nr 166-2004.

Lewison, The Interpretation of Contracts, London 2003.

- Aadnesen, Henrik, «En rettslig studie av endringsreglene i Skipsbyggingskontrakten av 2000», MarIus nr. 272, 2001 side 12 – 15.
- E. McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract, London 1991.
- Curtis, Simon. The Law Of Shipbuilding Contracts. 3 ed. London 2002.
- Keating, On Building Contracts. 6. ed, London 1995.
- Pickavange, Keith, Delay and disruption in Construction Contracts, 3 ed. London 2005

## **Del II**

# **«*Mare Liberum* and Maritime Security: Contradiction or Complementarity?»**

Georg Witschel<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> The author is Director General of the legal department in the German Foreign Office. However, this article does not necessarily reflect the views of the government of the Federal Republic of Germany. The author thanks Dr. Stefan Keil, Ms. Sarah Wolf, Mr. Christian Glass and Mr. Jakob Schirmer for their extremely valuable help and support, making this publication possible.

# 1 Introduction

*Mare liberum* or freedom of the high seas is one of the basic and most important principles of the law of the sea. It is closely connected with the flag State principle and has a tremendous relevance for most economies, since international trade heavily relies on shipping cargo across the oceans. Whether it's crude oil or coal, fish or meat, lumber or furniture, cars or computers: without open sea lanes across the world's oceans global economy would not exist. Therefore, many States have a vital interest in securing and expanding the principle of the freedom of the high seas. Besides the purely economic reasons there are often geo-strategic considerations and military or defence reasons which motivate States to firmly hold to the principle of *mare liberum*.

On the other hand, an unregulated or unrestricted freedom of the high seas harbours the risk to foster piracy, terrorism and other activities endangering States' security interests and the life of citizens. Obviously there is also a need for the protection of the marine environment and the conservation of fish stocks. However, this article will focus on security interests in a narrower sense, such as the fight against piracy, terrorism and the proliferation of weapons of mass destruction. Many States have a vital interest to ensure that ships under their flag are not victims of piracy, that weapons of mass destruction or their components are not shipped to States of concern and that terrorists do not turn a ship into a deadly weapon or a carrier for explosives. Not surprisingly those States seek ways to exercise more control over international shipping, for example by expanding national sovereignty or control rights to sea areas beyond their territorial seas or even zones of functional jurisdiction such as the contiguous zone.

The tension between the two objectives – maintaining freedom of the high seas and improving security – is not new. Despite the substantive extension of functional jurisdiction of coastal States beyond their territorial sea in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) attempts to expand the geographical limits of the Exclusive Economic Zones (EEZ) persist.<sup>161</sup> And so do attempts to control shipping well beyond the contiguous zone, particularly since September 11, 2001.

Tension does not necessarily mean that one part of the world favours a rigorous pro security approach to the detriment of the freedom of the high seas, whereas others simply take the opposite course. Rather most States have a major interest both in global mobility, be it for trade or defence reasons (being often an integral part of national security and a prerequisite for collective security including under UN auspices), and in improved coastal security.<sup>162</sup>

## **2 The principle of *mare liberum* and *mare clausum* in the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> century**

The principle of *mare liberum* is mainly associated with the great Dutch lawyer Hugo Grotius and his famous work «*Mare liberum*», published as early as 1609.<sup>163</sup> Grotius argued that all oceans ought to be open to all users and should not fall under the sovereignty of States. He was probably the first to promote the idea of free

---

<sup>161</sup> Oxman, Bernard, The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea, AJIL 100/4 (2006), p. 838 et seqq.

<sup>162</sup> Oxman, see note 2, p. 840.

<sup>163</sup> Even if the concept of community interests pre-dates Grotius, see: Meron, Theodor, Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez, 85AJIL, 110,113-114 (1991).

maritime trade: All States should share an interest in using the oceans for the carriage of persons and goods all over the world as well as to fish freely beyond the borders of their territorial seas. Of course Grotius' postulation was quickly disputed and opposite concepts were brought forward, for example by John Selden in his book «*Mare clausum*» of 1635. Yet: Grotius concepts of *mare liberum* and the freedom of the high seas were confirmed during the following centuries as classic principles of the law of the sea. During the following centuries further principles emerged. The violation of the freedom of the high seas was qualified as a violation of a common right of all nations (Christian Wolff, 1750). The high seas were not any more perceived as *res nullius*, but rather as *res communis*, belonging not to a single or a few nations, but to all.

### **3 The freedom of the high seas according to the UNCLOS regime**

UNCLOS is considered by many as the «Constitution of the Oceans», even if a number of important nations are still preparing their accession (e.g. the US) or refrain from becoming a State Party (such as Turkey). UNCLOS confirmed and codified the principle of the freedom of the high seas (in fact part VII of UNCLOS incorporated most of the relevant provisions of the 1958 Convention without major changes). Thus Art. 87 UNCLOS defines the content of the principle of the high seas, comprising the freedom of navigation, overflight, laying cables and pipelines, constructing artificial islands, fishing and of scientific research.

The freedom of the high seas is closely connected with the so called flag State principle. Although the high seas are free and are not under the sovereignty or authority of any State, ships cruising the high seas have a certain link to State jurisdiction. As a basic

principle of international law of the sea they are subject to the jurisdiction of the State whose flag they fly. UNCLOS stipulates in Art. 94 et seqq. a number of correspondent duties of flag States, such as registering ships and ensuring that ship and crew do not pose a risk to maritime navigation or environment. To put it the other way round: Due to the flag State principle, enforcement measures on the high seas against vessels flying a foreign flag must not be taken, unless the flag State agrees or international law provides for such rights, such as in Art. 100 et seqq. UNCLOS for combating piracy. Another problem in this context is that many ships are registered in countries which are unwilling or unable to cope with their duties as a flag State ("flags of convenience"). Thus the careful balance stipulated in UNCLOS between freedom of the high seas and duties of flag States is sometimes not fully reflected in reality.

### **3.1 Geographical and functional restrictions of the freedom of the high seas under UNCLOS**

Building on the 1958 Geneva Conventions UNCLOS established a global system with well defined, but quite extensive limitations for the freedom of the high seas through the concepts of territorial seas, exclusive economic zones and continental shelves, and with elements of international management, such as the Authority managing the mineral resources of the Area (see Art. 156 et seqq. UNCLOS). This resulted in a number of geographical (12 sea miles territorial sea) or functional restrictions of the freedom of the high seas, reaching considerably further than the 1958 Geneva Convention, which did not prescribe the permissible breadth of the territorial sea and accordingly not the geographical limits of the high seas.

Pursuant to Art. 3 UNCLOS, States Parties have the right to establish the breadth of their territorial sea up to 12 nautical miles.



Coastal States have sovereignty over their territorial sea, which they exercise in accordance with UNCLOS and other rules of international law. There are only few limitations of this coastal State sovereignty, such as the right of "innocent passage" of foreign vessels through the territorial sea.

But UNCLOS provides for a number of other (partially overlapping) restrictions of the freedom of the high seas beyond the limits of the territorial sea, which are not based on sovereignty, but rather permit to exercise a limited functional jurisdiction.

According to Art. 33 UNCLOS coastal States may control vessels in the so called contiguous zone, extending to up to 24 nautical miles, in order to prevent and punish infringements of their customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within their territory and territorial sea.

Art. 76-85 UNCLOS stipulate that coastal States may declare a continental shelf, where they have «sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources» at the seabed of the continental shelf in a zone of 200 nautical miles.

Art. 55-75 UNCLOS provide coastal States with the right to declare the zone of 200 nautical miles from the baseline as exclusive economic zone (EEZ). On a global perspective EEZ embrace about one third of global marine environment and nearly all important sea and gulf areas. Coastal States may exercise in the EEZ certain sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources. They also have jurisdiction in certain areas, e.g. with regard to the protection of the marine environment. On the other hand the coastal State exercising these rights has to respect the rights flowing from the freedom of the high seas of other States provided by UNCLOS. This balance is not always respected, however. Numerous States do or intend to restrict the freedom of the high seas, in particular of passage and overflight, of other States in their

EEZ, by trying to prevent for example foreign military activities. They argue that freedom of the high seas is no absolute right and that military activities (especially intelligence) cannot be considered as «peaceful use» and «peaceful purpose» as provided by UNCLOS. They put forward that States conducting such military activities do not give «due regard» to the Coastal States interests. Thus they consider military and intelligence-gathering activities by vessels flying the flag of another State in their EEZ as an unlawful exercise of freedom of navigation and overflight.<sup>164</sup>

### **3.2 Special restrictions of the freedom of the high seas: due regard clause, duty to combat piracy and hot pursuit**

Besides these three zones of functional (and limited) jurisdiction of coastal States another important element in UNCLOS restricts the freedom of the high seas and underlies its character as an area of interest for all nations: The due regard clause of Art. 87 para. 2 UNCLOS stipulates that the freedoms of the high seas shall be exercised by the States with due regard for the interests of other States in their exercise of the freedoms and with due regard to the rights concerning the Area.

There are two other elements or rather duties in UNCLOS, which can be interpreted as a kind of restriction of the freedom of the high seas: the duty to cooperate in the repression of piracy (Art. 100 UNCLOS) and the right to hot pursuit (Art. 111 UNCLOS).

Piracy is a persistent threat to maritime activities, not a kind of Captain Blackbeard style of romantic past. To give a few examples:

---

<sup>164</sup> Valencia, *The Proliferation Security Initiative: Making Waves in Asia*, 2005, p. 14 et seqq.

28 ships have been attacked in the Strait of Malacca alone in 2004, worldwide 239 cases of piracy have been reported in 2006. Whilst the total number of attacks is decreasing (possibly with the exception of the Somali coast), the attacks are increasingly violent, often carried forward with modern equipment such as high speed boats and weapons, e.g. machine guns and rocket propelled grenades.

Piracy is an unlawful act under both customary and conventional international law. According to Art. 101 UNCLOS it consists of any illegal act of violence or detention, or any act of depredation, committed on the high seas and for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft. In order to help combating piracy Art. 110 UNCLOS allows warships to stop, board and search a foreign vessel on the high seas and to verify its papers when it is suspected of being engaged in piracy.

Given the considerable threat to commercial shipping it is not surprising that a number of regional meetings and initiatives dealt with piracy. In this regard, a number of Asian States wishing to fight piracy in Asian waters more effectively established in 2004 the Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia (ReCAAP). ReCAAP is a regional government-to-government agreement enhancing maritime security, without infringing on the freedom of the high seas. It interweaves the different State jurisdictions by obligating States Parties to provide mutual assistance and information. The International Maritime Organization (IMO) encourages such regional initiatives combating piracy and armed robbery against ships in the wider context of maritime security.

Finally one might mention the customary law principle of «hot pursuit», codified in Art. 111 UNCLOS. The hot pursuit of a foreign ship may be undertaken when the coastal State has good reason to believe that the ship has violated the laws and regulations

of that State. Such pursuit must be commenced when the foreign ship is within the internal waters, the archipelagic waters, the territorial sea or the contiguous zone of the pursuing State, and may only be continued outside the territorial sea or the contiguous zone if the pursuit has not been interrupted. The right of hot pursuit shall apply *mutatis mutandis* to violations in the exclusive economic zone or on the continental shelf. The right of hot pursuit ceases as soon as the ship pursued enters the territorial sea of its own State or of a third State.

## 4 New challenges and remedies

The challenges of both modern terrorism and proliferation of weapons of mass destruction (WMD) brought a number of deficiencies of the «old system» to the surface. It became quite clear that UNCLOS was not designed for specific security matters such as terrorist attacks against ships or oil platforms. Art. 110 UNCLOS allows to stop and search a foreign vessel only in case of piracy, which implies that an offence is committed for private ends and by a person from another ship than the attacked one. In other words: Do Art. 101 and 110 UNCLOS also cover acts of terrorism? And do they cover acts committed from within one ship without another ship involved, as it was the case when the Italian cruise ship *Achille Lauro* was hijacked by Palestinian terrorists who had been among the passengers of the ship?

Since there was no clear answer to these questions (or rather a prevailing view that Art. 110 UNCLOS could not be interpreted to cover terrorist attacks from passengers on board the same ship) a conference was held in Rome under the auspices of IMO which adopted the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (SUA Convention) on 3 March 1988, which however only provided for repressive measures

by improving the possibilities to prosecute criminal acts committed on sea (principle of prosecute or extradite, *aut dedere aut judicare*). Preventive or control measures such as stopping, boarding and searching a foreign vessel and seizing of cargo are not allowed under the SUA Convention of 1988.

Against the backdrop of modern global terrorism, the concerns about the proliferation of WMD (and the potential threat of WMD at the disposal of terrorists) promoted by the events of 11 September 2001, various gaps and needs in the international legal framework were recognized. Among them were the need:

- to adopt effective measures to prevent ships from being used as means for terrorist attacks or as support vessels for terrorist activities;
- to ensure bringing persons who are suspected of committing terrorist acts or illegally transporting WMD at sea to justice;
- to stop the proliferation of WMD.

The existing legal regimes such as UNCLOS and SUA was considered inadequate by many States. An incident in the Arabian Sea highlighted the perceived shortcomings. In December 2002 Spanish marines boarded the *So San*, a freighter flying no flag but registered in North Korea. On the ship they found Scud missiles. However after a declaration of an Arab State that it had purchased the weapons the *So San* could continue its journey and deliver its cargo. The final destination of the missiles remained unclear, despite the declaration, and there was a suspicion that the Scuds were acquired by a Middle Eastern terrorist organisation. Anyway, international law did not provide a basis for intervention and neither Spanish nor European or American authorities found a way to prevent the weapons from being delivered.

## 4.1 Extension of State jurisdiction or control of the high seas

The various challenges to maritime and coastal State security resulted in a number of quite different approaches. Some are of a unilateral nature, trying to extend zones of sovereignty or at least functional jurisdiction, some are multilateral, some rather political declarations, other legal instruments, some rely on voluntary co-operation, some are mandatory.

In some cases security and economic issues seem to strengthen the «siren song of territorial temptation».<sup>165</sup> Thus some Latin American coastal States try to unilaterally extend their territorial sea or at least establish broader zones under their effective control to up to 200 nautical miles, an endeavour which would be contrary to UNCLOS regime and customary law.

Other States seek ways to extend elements of effective State control onto the high seas in accordance with UNCLOS. Australia is establishing a maritime «security zone» (Australian maritime identification system – AMIS) of 500 nautical miles, in which vessels intending to transit Australian waters are requested to report – on a voluntary basis – their identity, course and speed.<sup>166</sup> Such voluntary reporting seems to be in accordance with the principle of the freedom of the high seas and UNCLOS.

Based on a similar concept of reporting a multilateral, legal approach has been taken within the IMO. The Maritime Safety Committee (MSC) of IMO adopted in May 2006 a new regulation for the long-range identification and tracking of ships (LRIT). This regulation was included in chapter V on «Safety of Navigation» of

---

<sup>165</sup> B. Oxman, see note 2, page 844 et seqq.

<sup>166</sup> Cp.: <http://www.customs.gov.au/site/page.cfm?u=5644>, 14.05.2007.

the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS). Through the new SOLAS regulation 19-1 LRIT will be introduced as a mandatory requirement for *inter alia* passenger ships and cargo ships of 300 gross tonnage and upwards on international voyages. The SOLAS regulation on LRIT maintains the right of flag States to protect information about the ships entitled to fly their flag, where appropriate, while allowing coastal States access to information about ships navigating off their coasts. The SOLAS regulation on LRIT does not create or affirm any new rights of States over ships beyond those existing in international law, particularly, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), nor does it alter or affect the rights, jurisdiction, duties and obligations of States in connection with UNCLOS. The LRIT information includes the ship's identity, location and date and time of the position. Regulation 19-1 SOLAS is expected to enter into force on 1 January 2008.

## **4.2 Preventive and law enforcement measures: Protocols of 2005 changing provisions of the SUA Convention**

Realising that the 1988 SUA Convention was limited to legal co-operation and thus somewhat «toothless», the 2005 SUA Protocols were adopted by the Diplomatic Conference of the IMO on the Revision of the SUA Treaties held in London from 10 to 14 October 2005, which amended important provisions of the SUA Convention and gave the Convention a new face. One of the protocols amends the SUA Convention in regard of platforms, the other in regard of ships (the following remarks only refer to the latter). The 2005 Protocols have not yet been signed nor ratified by

a sufficient number of States and therefore have not yet entered into force.<sup>167</sup>

During the elaboration of the 2005 SUA Protocols the tension between the freedom of the high seas and security related interests of States became apparent. In the end a number of security related measures were achieved:

- Criminalisation of transportation and delivery of weapons of mass destruction;
- Ensuring that people having committed terrorist acts at sea are brought to justice;<sup>168</sup>
- Preventive actions with an impact on the freedom of the high seas (Art. 8 *bis* 2005 SUA Protocols): law enforcement (or

---

<sup>167</sup> See further: Mensah, Suppression of Terrorism at Sea: Developments in the Wake of the Events on 11 September, 2001, in Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum (Hrsg.), *Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace*, S. 641 ff.

<sup>168</sup> Just to name some of the new offences contained in Art. 3, 3 *bis*, 3 *ter* and 3 *quarter*:

- Possession of explosives with the intention to kill or to injure or carrying them knowing that they are intended to be used for a terrorist attack
- Carrying or causing to be carried items like chemical, biological and nuclear materials which are mentioned in the specific Conventions concerning those matters
- Discharging life threatening substance from a ship to intimidate the population or compelling a government or international organisation
- Transporting a person, knowing that this person will commit or has committed a terrorist act
- Using a ship to harm a person or to destroy property for a terrorist purpose
- Killing or injuring or endangering a person in connection with the commission or attempted commission of a terrorist offence or endangering a person by the use of violence.



other authorized) officials of a State Party are allowed to board and search a ship flying the flag or displaying marks of registry of another State Party outside the territorial sea after authorisation of the flag State, when the ship is suspected to be engaged in the above mentioned activities. When finding a suspected person or goods as the result of any boarding authorities may detain the ship, cargo and persons on board. There are various safeguards concerning a boarding such as compliance with human rights regulations and the commercial interests of the flag State. The regulation concerning liability of States for an illegal or unfounded boarding is an important safeguard that vessels are not stopped and searched without reasonable grounds.

However, a proposal that contracting Parties are allowed to board and search a vessel without the explicit authorisation of the flag State if there is no reply to a boarding request within a certain period of time was rejected during the negotiations. Upon or after depositing its ratification, States have two opt-in-options: The first one regarding the authorization for boarding and searching a vessel if there is no reply to a boarding request within four hours. The second one, even stronger, allowing for boarding and searching without any explicit consent or time frame. It may be assumed that not many States will opt into these provisions. In a nutshell: SUA 2005 Protocol does have an impact on the freedom of navigation and the flag State principle, but boarding requires the consent of the flag State or an opt in into the relevant provisions of the Protocol. States are not legally obliged to allow the control of their vessels, however there might be quite some political pressure to do so.

### 4.3 Proliferation-Security-Initiative (PSI) and bilateral agreements

In the wake of the attacks of September 11 and as a consequence of the above mentioned So San incident US President George W. Bush announced in 2003 the so called Proliferation Security Initiative (PSI). PSI is a political alliance to further the combat against the proliferation of WMD. PSI is not a legal instrument, and it is not based on an international agreement in the legal sense. Many States of concern do not participate. However PSI builds on the revised SUA-Convention as a central legal tool to achieve its political aims.<sup>169</sup> Whereas PSI itself has no direct legal influence on the freedom of the high seas, it is a political framework for achieving major restrictions of the freedom of navigation by way of bilateral agreements. As long as the SUA 2005 Protocols have not yet entered into force the PSI initiative is so far one of the most important tools to fight the proliferation of WMD. On the other hand PSI is not attempting to undermine UNCLOS or customary law.<sup>170</sup> Germany is one of the 11 founder members; today 20 countries are actively participating in this interdisciplinary initiative and almost 80 are affiliated to it.<sup>171</sup> One important aspect of this initiative is for sure that Governments and private companies are

---

<sup>169</sup> See further: Byers, *Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative*, AJIL 98 (2004), S. 526 ff.

<sup>170</sup> Bergin, *The Proliferation Security Initiative – Implications for the Indian Ocean*, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 20 (2005), S. 91; other opinion: Valencia, *The Proliferation Security Initiative: Making Waves in Asia* (2005), S. 43.

<sup>171</sup> The German Federal Foreign Office organized a PSI meeting of 37 States in Hamburg from 24 to 26 November 2005. As not only PSI partners, but also all European States and representatives of the European Union were participating, the meeting had a strong regional component.

increasingly aware of the risks of WMD proliferation. Potential deliverers may be deterred, given the potentially high political cost of being involved in proliferation activities.

The Interdiction Principles for the PSI of September 2003 do not mention any enforcement measures against ships on the high seas<sup>172</sup>, but the United States concluded bi-lateral Ship Boarding Agreements with important flag States such as for example Cyprus, Liberia and Panama. These agreements allow on a reciprocal basis the:

- Boarding and searching of any ship flying the flag of the other State, when it is reasonably suspected to carry missiles or weapons of mass destruction;
- Searching, detaining and seizing any cargo of this ship.

The authorisation of the flag State may be presumed two hours after the request has been made, if there is no reply (in agreements with Panama, Liberia the Marshall Islands and Belize). As a consequence the flag State principle is further restricted, however only on a bilateral, legal basis, without establishing any rights regarding third States and ships flying their flag.

#### **4.4 New remedy: Resolutions of the Security Council?**

The existing legal and political frameworks clearly have certain shortcomings under security aspects. UNCLOS does not permit the boarding or searching of a vessel of a third State without consent of the flag State for the purposes of combating terrorism or countering

---

<sup>172</sup> «Seriously consider providing consent» to the boarding and searching of ships by other states is the formulation chosen.

the proliferation of WMD.<sup>173</sup> The various UN and IMO counter terrorism conventions improve legal cooperation and have firmly established the "prosecute or extradite" principle, but either do not provide for any preventive or enforcement measures against third State vessels or require an opting into such provisions. PSI is a powerful political instrument, but has no legal bearing. In general the problem with treaty based approaches lies in the fact that ships flying the flag of a State not being party to the revised SUA Convention or a PSI related agreement may transport and deliver WMD without being stopped or searched. The same is true for a vessel being suspected to transport terrorists or weapons, explosives and other goods to be used by terrorists. Since more and more ships are flying flags of convenience and since these States do not regulate and effectively enforce restrictions provided by the above mentioned treaties and conventions, the lack of a further reaching legal basis remains a real problem – at least from a security standpoint. Therefore the question arises whether existing or future Security Council Resolutions (SCR) could be an appropriate remedy.

#### **4.4.1 Existing Security Council Resolutions<sup>174</sup>**

The SC has adopted an impressive number of resolutions dealing with terrorism since 1985.<sup>175</sup> They reach from merely condemning

---

<sup>173</sup> Some sources however suggest to interpret Art. 110 Para. 1 lit. d UNCLOS in a way that ships under control of terrorists and thus used as a weapon can be treated like ships without a flag if this State is no longer able to exercise direct control over it. See Wolfrum, in: Vitzthum, *Handbuch des Seerechts*, S. 314.

<sup>174</sup> See for details: Wolfrum, in: Vitzthum, *Handbuch des Seerechts*, S. 312 ff.; Byers, *Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative*, *AJIL* 98 (2004), S. 530 f.

terrorism to sanctions against States and non-State actors. Terrorism is clearly identified as a threat to international peace and security, consequently many of the decisions have been adopted under Chapter VII of the UN Charter. The resolutions call for closer co-operation of UN members, reiterate the «prosecute or extradite principle», stipulate arms embargoes and travel restrictions against certain groups and individuals and even established a new UN body to support the Security Council in combating terrorism. SCR 1368 in conjunction with SCR 1373 recognized that States attacked by terrorists may invoke the right of self defence under Art. 51 UN Charter. However, in spite of the quite progressive development of the SC practice, SCR rarely deal with terrorism related to maritime activities<sup>176</sup> and do not provide any legal basis for boarding or searching a vessel flying the flag of another State. The same is true for SCR 1540 of 28 April 2004, concerning the protection against the use and proliferation of WMD, which does not provide a legal basis for non compliant stopping, boarding or searching.

#### **4.4.2 Future resolutions of the Security Council under Chapter VII UN-Charter?**

The SC has built an impressive and sometimes innovative architecture of SCR over the last decades, in particular since September 11. In some resolutions the SC incorporated (mandatory under Chapter VII) parts of international conventions, which were

---

<sup>175</sup> Witschel, Georg, Bekämpfung des internationalen Terrorismus, in: Sabine von Schorlemer (editor), Globale Probleme und Zukunftsaufgaben der Vereinten Nationen, Zeitschrift für Politik, SB 1/2006, p. 22-50

<sup>176</sup> SCR579 (1985) of 18 Dec. 1985, see also Witschel, FN 16, p. 28

at the time not yet in force (financing of terrorism)<sup>177</sup> or still discussed in the UN General Assembly (definition of terrorism).<sup>178</sup> In other words it may be argued that the SC adopted instruments of a general and abstract nature which fall in principle in the competence of the UN GA as the main forum for elaborating international legal instruments. If the SC considers certain shipments of persons or weapons a threat to international peace and security, why not adopt a Chapter VII resolution and give States the authority to control ships without the consent of the flag State? The answer is that such resolutions need to be specific, related to a specific time and situation, to a specific threat to international peace and security. As demonstrated by the SCR 1701<sup>179</sup> the SC is well prepared to adopt mandatory resolutions in order to assist member States in controlling their maritime borders and prevent the smuggling of weapons by ships. But even in such a specific context the SC did not provide for non compliant boarding outside Lebanon's territorial sea.

Moreover the UN Charter does not stipulate a right for the SC to modify and amend international treaties or customary law by way of abstract-general resolutions. The SC thus cannot abolish or restrict the freedom of high seas. Even if the SC adopted some resolutions, which provided for the halting or controlling of ships in international waters, these referred to specific situations, such as the Iraqi occupation of Kuwait or Haiti<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> SCR 1373 (2001) of 28 September 2001

<sup>178</sup> SCR 1566 (2004) of 8 October 2004

<sup>179</sup> SCR 1701 (2006) of 11 August 2006, extending the mandate of the UN Interim force in Lebanon (UNIFIL)

<sup>180</sup> SCR 685 (1990) of 25 August 1990, op 1 («to hold all inward and outward maritimashipping») and SCR 917 (1994) of 6 May 1994, ops 9 and 10

## 4.5 Right of self-defence and extensive interpretation of Art. 110 UNCLOS

In SCR 1368 the SC explicitly recognized the right of self-defence as enshrined in Art 51 UN-Charter against terrorist attacks. Operation Enduring Freedom (OEF), a joint endeavour of an alliance of States launched after September 11 and designed to combat Al Qaeda and the Taliban, is based on the right of self-defence. In that context the German Navy, to give only one example, participates with up to 1800 sailors and a number of war ships in maritime surveillance activities around the «horn of Africa». Until 2006 256 cases of flag verification and closer control and 56 cases of compliant boardings were reported, but no non-compliant boarding occurred. Since OEF is based on the right of self-defence against terrorists, i.e. non-State actors such as Al Qaeda and the Taliban, stopping, boarding or searching of ships flying the flag of another State would not be permissible. Moreover neither SCR 1368 nor any other SCR implies a right to non compliant boarding/searching of a ship flying the flag of another State. Non compliant boarding/searching under the Law of Armed Conflict at Sea presupposes the existence of an armed conflict between the States whose ships are involved. The few exceptions from this rule, such as the US controlling every ship on its way to Cuba during the so called Cuban crisis in 1961 as a measure of self defence, do not constitute a sufficient level of State practice to establish a new customary law rule allowing non compliant boarding outside situations of armed conflict.<sup>181</sup> It remains to be

---

(«prohibit any and all traffic from entering or leaving the ... territorial sea of Haiti»)

<sup>181</sup> See further: Liacouras, Intelligence gathering on the high seas, in: Strati, Gavouneli, Skourtos (Hrsg.), Unresolved Issues and New Challenges to the

seen if a customary law rule will emerge in future which allows a non compliant boarding of ships registered for example in failing states or in states which are unwilling or unable to prevent the use of these ships for terrorist purposes.

## 5 Conclusion

The relation between security interests of States and upholding the freedom of the high seas is a multi-faceted one, certainly not without certain elements of tension. This relation is not limited to territorial or sovereignty claims only, but often a matter of functional jurisdiction or mere treaty based approaches. Maritime security and *mare liberum* are thus neither contradictory nor complementary principles. Rather there is a sometimes difficult interplay between the two, which is reflected in all major legal documents adopted or discussed, particularly since September 2001. It seems that so far a careful balance between strengthening security related provisions, such as rights to boarding and searching ships, and the freedom of the high seas has been maintained. It is also noticeable that unilateral attempts to extend zones of (functional) jurisdiction were not successful and that proposals to allow non compliant boarding were refused. Above all it should be recognized that most States favoured multilateral approaches and treaty instruments to mitigate the tension between security interests and the freedom of the high seas. One explanation is probably that many States have an interest both in increasing (coastal) security and maintaining the freedom of the high seas. Another may be the

---

Law of the Sea (2006), S. 137; Syrigos, Development on the Interdiction of Vessels on the High Seas, in: Strati, Gavouneli, Skourtos (Hrsg.), Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea (2006), S. 163.



argument that UNCLOS provides a durable codification of the law of the sea, a kind of carefully built bulwark, which prevents hasty changes in the complicated balance between security and *mare liberum*. Therefore the only viable approach for achieving more security on a global basis lies in treaty instruments elaborated in global organisations such as the UN and the IMO.

## Tidligere utgaver av MarIus

De oppgitte prisene er for abonnemeter. Andre kjøpere som ønsker enkeltheft må betale dobbelt pris, med minstepris kr. 50 + porto. Fullstendig register i runde nummer (310, 320 osv.) og på våre nettsider [www.jus.uio.no/nifs](http://www.jus.uio.no/nifs).

- 348 DØVIK, Kristian Statnetts utøvelse av systemansvaret. 2006. 160 s. Kr 80,-
- 349 OULIE-HAUGE, Toini Små kraftverk – store utfordringer? 2006. 177 s. Kr 90,-
- 350 Avdeling for petroleums- og energirett 25 år. 2007. 94 s Kr 60,-
- 351 EVJE, Anders Regelendringer i tidsbefragningsforhold. 2007. 180 s. Kr 90,-
- 352 VALMOT, Caroline Universal service, en fremstilling av medlemsstatenes forsyningsplikt innenfor det europeiske elektrisitetmarkedet. 2007. 176 s. Kr 90,-
- 353 Det 21. nordiske sjørettsseminar: Foredrag holdt i Nyslott, Finland. 22.–25. august 2004. 2007. 326 s. Kr 140,-.
- 354 Det 15. nordiske dommerseminar: Foredrag holdt i Svendborg, Danmark. 5.–7. september 2005. 2007. 124 s. Kr 70,-.
- 355 BERGER, Fredrik og HAVER, Gustav CO<sub>2</sub>-deponering på kontinentalsokkelen: Ansvar for utslipp etter norsk rett og forholdet til klimakvoteregimet etter Kyotoprotokollen. 2007. 336 s. Kr. 140,-.
- 356 MELAND, Casper M. og WITSCHHEL, Georg En komparativ analyse av norsk og engelsk kontraktsrett & Mare Liberum and Maritime Security. 2007. 98 s. Kr 70,-.

## Bøker utgitt av Sjørettsfondet fra 1990

- Syversen, Jan: **Skatt på petroleumsutvinning**. 762 s. ISBN 82-90260-199l. Kr. 50.- 33-4
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, Sanfelt, Scheel og Thoresen: **Skipsfart og samarbeid**. Maritime joint ventures i rettslig belysning. 1119 s. 199l. Kr. 50.-. ISBN 82-90260-34-2
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: **Håndbok i kaskoforsikring** På grunnlag av Norsk Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-37-7
- Hans Peter Michelet: **Last og ansvar**. Funksjons- og risiko- fordeling ved transport av gods under tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993. Kr. 50.-. ISBN 82-90260-36-9
- Røsæg, Erik: **Organisational Maritime Law**. 121 s. (Utsolgt) 1993. Kr. 100.-.
- Nygaard, Dagfinn: **Andres bruk av utvinningsinnretninger**. 365 s. 1997. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-40-7
- Bull, Hans Jacob: **Hefte i sjøforsikringsrett**. 60 s. 2. (Utsolgt) utg. 1997. Kr. 60.-.
- Michelet, Hans Peter: **Håndbok i tidsbefraktning**. 600 s. 1997. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-31-8
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter Graver: **Næringsreguleringsrett** 187 s. 1998. Kr. 150.-. ISBN 82-90260-42-3
- Brautaset, Are, Eirik Høyby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet: **Norsk Gassavsetning - Rettslige hovedelementer** 611 s. 1998. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-43-1
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: **Innføring i sjørett**. 6. utg. 573 s. 2004. Kr. 300.-. ISBN 82-90260-46-6
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, Amund Lunne: **Den nye reguleringen av oppstrøms gassrørledningsnett**. 344 s. 2005. Kr. 500,-. ISBN 89-90260-47-4

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW forms part of the University of Oslo. It is also a part of the co-operation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The core research areas are maritime law and petroleum/energy law. In MARIUS, articles from these core areas are published in the Nordic languages or English. It is issued at irregular intervals.

