

MARITUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Olav Vikøren, Jostein Moen, Fredrik Vinge
Nils-Gustaf Palmgren, Agnar Langeland

Fire sjørettslige foredrag

*Olav Vikøren, Jostein Moen, Fredrik Vinge
Nils-Gustaf Palmgren, Agnar Langeland*

Fire sjørettslige foredrag



Marlus nr. 387

Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2010

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
Universitetet i Oslo
Nordisk institutt for sjørett
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Telefon: 22 85 96 00
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Postdoktor Alla Pozdnakova
Bidrag sendes til: alla.pozdnakova@jus.uio.no

Abonnement og løssalg: www.audiatur.no - post@audiatur.no

Trykk: 07 Gruppen AS

Redaktørens forord

MarIus nr. 387 inneholder to utvalgte foredrag fra Det 23. nordiske sjørettsseminaret i 2008, et foredrag på postseminaret høsten 2008 samt en artikkel om et aktuelt tema i forsikringsrett.

Utgaven begynner med to artikler som er basert på foredrag holdt ved det 23. Nordiske sjørettsseminar i Rungstedgaard den 3.-4. september 2008. Advokatene Olav Vikøren og Jostein Moen, Advokatfirma Thommessen AS, har skrevet artikkelen *Om bruk av indre selskap ved organisering av eierskap til skip*. Advokat Fredrik Vinge, Advokatfirman Vinge, drøfter *Certepartier som kreditsäkerhet*.

Nils Gustaf Palmgren er Sjöfartsråd, vicehäradshövding og Bimco counsellor, og bidrar med artikkelen *Newbuildcon-Standard Newbuilding Contract/BIMCO Bakgrund, Behov, Struktur, Text, Disposition, Villkor och Användbarhet*. Denne artikkelen er basert på foredrag på postseminaret ved Nordisk institutt for sjørett høsten 2008. Forfatteren har vært ordførende for både the Steering group och the Drafting group for Newbuildcon-projektet.

Advokat i Advokatfirma Thommessen AS og siviløkonom fra Norges Handelshøyskole Agnar Langeland bidrar med artikkelen *Om "claims co-operation clause" i reassuranskontrakter og tolkningsmomenter i lys av nyere rettsavgjørelser*.

Alla Pozdnakova

Innholdsoversikt

Om bruk av indre selskap ved organisering av eierskap til skip ...1

Olav Vikøren og Jostein Moen

Certepartier som kredittsikkerhet 21

Fredrik Vinge

Newbuildcon – Standard Newbuilding Contract/BIMCO
Bakgrund, Behov, Struktur, Text, Disposition, Villkor och
Användbarhet..... 37

Nils-Gustaf Palmgren

Om "claims co-operation clause" i reassuranskontrakter og
tolkningsmomenter i lys av nyere rettsavgjørelser 59

Agnar Langeland

Bøker utgitt av Sjørettsfondet fra 1990..... 81

Om bruk av indre selskap
ved organisering av eierskap
til skip

*Olav Vikøren
og Jostein Moen*

Innhold

1	INNLEDNING.....	3
	1.1 Bakgrunn.....	3
	1.2 Om valg av selskapsform.....	4
2	KORT OM KOMMANDITTSSELSKAP.....	5
3	HVA ER ET INDRE SELSKAP?	7
4	INDRE SELSKAP – SÆRTREKK.....	9
	4.1 Ikke eget rettssubjekt	9
	4.2 Ikke registrert i Foretaksregisteret	9
	4.3 Ikke krav til tegningsinnbydelse.....	9
	4.4 Liten grad av preseptorisk lovgivning.....	10
	4.5 Innhold i selskapsavtalen.....	10
	4.6 Stor fleksibilitet vedrørende selskapskapitalen.....	13
	4.7 Ikke krav om minimum eierandel for hovedmannen.....	14
	4.8 Ingen lovkrav i forbindelse med utbetalinger eller utdelinger av overskudd.....	14
	4.9 Pant i uinnkalt kapital	15
	4.10 Pant i selskapsandel.....	15
	4.11 Anonymitet	16
5	BETENKELIGHETER VED BRUK AV INDRE SELSKAP	17
	5.1 Liten innflytelse over virksomheten.....	17
	5.2 Konsekvensene av brudd på selskapsavtalen	18
	5.3 Usikkerhet i hva som ligger i uttrykket ”ikke opptre som selskap utad”	19

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Det er mange måter å organisere et eierskap til skip på. I det følgende vil vi fokusere på bruk av indre selskap og se på likheter og ulikheter i forhold til bruk av kommandittselskaper. Vi har tatt utgangspunkt i den klassiske situasjon der et selskap B kjøper et skip fra selger A, for så – helst samtidig med overtagelse av skipet – å levere skipet videre til en befrakter C. Det inngås kjøpsavtale mellom A og B, gjerne omtalt som ”Memorandum of Agreement” som vanligvis er basert på Norwegian Salesform. Befraktningsavtalen kan enten være et bareboat certeparti eller et tidscerteparti. Førstnevnte vil ofte være å foretrekke for finansielle investorer, da dette i større grad overlater ”reder-funksjonene” til befrakter.

Prosjektet kan være et sale/leaseback arrangement, der selger og befrakter er samme enhet (eller ulike enheter innen samme konsern). Prosjektet kan også ha kommet i stand ved at tilrettelegger (megler) har fått en forespørsel fra en befrakter, og megler samtidig kjenner til et skip som er for salg som vil kunne dekke befrakters behov.

Tilrettelegger gjør klar ”prospekt” og henvender seg til potensielle investorer i prosjektet. Oppnås tilstrekkelig tegning stiftes selskapet og selskapsavtale inngås mellom deltakerne. Innholdet i selskapsavtalen gjennomgås nærmere i pkt 4.5 nedenfor. Tilrettelegger vil ofte søke å ha et rederi eller selskap/disponent med maritim erfaring med som investor i prosjektet. Det vil kunne være en fordel hvis for eksempel befrakter misligholder certepartiet eller skipet er utsatt for havari. Dette vil også kunne gi potensielle finansielle investorer trygghet for at prosjektet er verdt å satse på. Disponentens andel i prosjektet vil variere med bakgrunnen for dets deltakelse; alt fra 5 % eierandel til 50 % er vanlig.

Det inngås forretningsføreravtale med tilrettelegger, som vil

følge opp prosjektet, blant annet ved å administrere innbetaling av hyre fra befrakter, betalinger til långiver, arrangere selskapsmøter og informasjon til investorene, samt utarbeide selskaps regnskaper. Det inngås ofte en teknisk managementavtale med en teknisk manager for oppfølging av skipets tilstand, vedlikehold av skipet m.m. Managementavtalen inngås enten med den av deltakerne i selskapet som har den maritime erfaring eller med et selskap som har spesialisert seg på denne type managementtjenester.

Videre opprettes det låneavtale med en bank for å finansiere deler av kjøpesummen for skipet. Belåningsgraden har de siste årene normalt ligget på mellom 60 % og 80 %. Långiver vil kreve første prioritets pant i skipet, pant i forsikringene, pant i driftsinn- tektene og ofte også sikkerhet i selve certepartiet, og vil videre stille en rekke vilkår knyttet til egenkapitalgrad, skipsverdi, forsik- ring, samtykke fra banken ved utbetalinger til deltakerne m.m.

1.2 Om valg av selskapsform

Investorene i prosjektene ønsker først og fremst begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Alternative selskapsformer er aksjesel- skap, kommandittselskap og indre selskap. Partrederiet har enten solidarisk eller et proratarisk men ubegrenset ansvar for deltakerne og blir derfor ikke benyttet så ofte i praksis.

Investorene vil dessuten ofte se seg tjent med deltakerligning. Betydningen av og fordelene med deltakerligning kommer vi tilbake til under punkt 2 nedenfor. Ønsket om deltakerligning utelukker valg av aksjeselskap.

Valget vil derfor som regel stå mellom kommandittselskap og indre selskap som også er de mest brukte selskapsformer i praksis. Tidligere var kommandittselskap den alt-dominerende selskaps- form innenfor shippingprosjekter, men de siste årene er det nesten bare indre selskaper som brukes i Norge for denne type prosjekter. Hovedgrunnen til dette er at indre selskaper gir større grad av fleksibilitet for investorene enn et kommandittselskap.

2 Kort om kommandittselskap

For å forstå hvorfor indre selskap bli stadig mer benyttet til foretrensning for kommandittselskap, kan det være fornuftig innledningsvis å gi en kort oversikt over hvilke krav som stilles til et kommandittselskap under norsk rett.

Som kjent, består et kommandittselskap av en komplementar som har en eierandel på minst 10 %, og som har ubegrenset ansvar for kommandittselskapets forpliktelser, samt et antall kommanditister som bare hefter for sin del av selskapskapitalen – altså begrenset ansvar.

I henhold til den norske selskapsloven § 3-1 må minst 40 % av selskapskapitalen være såkalt ”bundet selskapskapital” som skal innbetales til selskapet. Minst 20 % skal betales i forbindelse med registreringen av selskapet, og 20 % skal innbetales senest to år fra registreringen.

Det er et lovkrav at komplementaren skal eie minst 10 % av selskapskapitalen, og følgelig innbetale 40 % av dette.

Videre er det et krav i selskapsloven § 3-16 at selskapets midler ikke kan deles ut til deltakerne i større utstrekning enn at selskapets nettoformue i følge balansen for siste regnskapsår overstiger 40 % av selskapskapitalen. Det betyr at hvis kommandittselskapet for eksempel selger et skip i april, så kan ikke salgsgevinsten utdeles til deltakerne før årsregnskapet foreligger i mars/april året etter.

Ved kapitalforhøyelser, dvs økning av selskapskapitalen, må 40 % innbetales innen kort tid etter kapitalforhøyelsen, jf selskapsloven § 3-18 (2).

Kapitalnedsettelse, altså reduksjoner i selskapskapitalen, kan bare gjennomføres etter en periode på tre måneder etter at kreditorvarselet er kunngjort, jf selskapsloven § 3-20 (1).

Et kommandittselskap er ikke et eget skattesubjekt. Det blir deltakerlignet, dvs at avskrivninger og avsetninger foretas i selskapet med bindende virkning for deltakerne. Ligningsresultatet blir

deretter fordelt på deltakerne. Deltagerligning innebærer altså at deltakernes andel av selskapets inntekter og fradragposter skal regnes med til samme beregningsgrunnlag som deltakernes øvrige inntekter. Dette innebærer at underskudd på selskapsandelen kan trekkes fra i skatteyderens inntekt fra andre kilder.

Motstykket er at deltakerne er skattepliktige for sin andel av selskapets overskudd uavhengig av om overskuddet er utbetalt til deltakerne eller om den beholdes i selskapet. Skatt på overskudd i kommandittselskap skal betales av deltakerne også i de tilfellene hvor overskuddet holdes tilbake i kommandittselskapet. Dette kan være en stor ulempe for deltakerne i kommandittselskapet. Det innebærer at deltakerne der opptjent overskudd ikke utbetales deltakerne, må være forberedt på å ha annen likviditet tilgjengelig for å betale skatten på overskuddet.

Det ovennevnte er preseptoriske regler som ikke kan fravikes gjennom selskapsavtalen. Følgelig setter de skranker eller begrensninger for hvorledes deltakerne kan opptre. Det er disse begrensningene som har ført til veksten i bruk av indre selskap.

3 Hva er et indre selskap?

Et indre selskap består av en hovedmann som opptrer utad i eget navn, og stille deltakere som ikke fremtrer utad.

I selskapsloven § 1-2 (1) litra c defineres indre selskap som:

”Selskap som ikke opptrer som sådant overfor tredjemann.”

Det kan være ganske underlig å snakke om et selskap når det ikke opptrer utad som sådant.

Hovedmannen er ubegrenset ansvarlig for det indre selskaps forpliktelser og vil være den som kontraktsmotpartene kontraherer med. I kjøpsavtalen for skipet, låneavtalen med banken, certepartiet med befrakter og i avtalene med forretningsfører, disponenter etc, vil hovedmannen stå som part, og det er viktig at det ikke angis i kontrakten at han opptrer på vegne av et indre selskap.

Stille deltaker er i selskapsloven § 1-2 (1) litra d definert som:

”Deltaker i et selskap der det er avtalt at deltakelsen ikke skal fremtre utad, og at deltakeren bare har begrenset ansvar med en fastsatt sum.”

De stille deltakerne fremtrer ikke utad som deltakere i selskapet. De har en passiv rolle, men har gjennom selskapsavtalen plikt til å skyte inn et begrenset beløp eller visse aktiva og rett til å få en andel av overskuddet. Stille deltaker har et begrenset ansvar for det indre selskapets forpliktelser. Ansvaret er begrenset til det beløp som fremgår av selskapsavtalen. Det er ikke nødvendig at dette beløpet er registrert noe sted, eller at kontraktsmotparten får kjennskap til begrensingsbeløpet. Kontraktsmotparten kontraherer med hovedmannen som opptrer utad i eget navn. I forholdet partene i mellom – det vil si i selskapsavtalen – er det imidlertid avtalt at virksomheten som hovedmannen driver, skal være for felles regning og risiko.

Et indre selskap ligner på mange måter på et kommandittselskap – én deltaker har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser – komplementar eller hovedmann, og de andre deltakerne har kun et begrenset ansvar – kommandittist eller stille deltaker.

4 Indre selskap – særtrekk

Det foreligger imidlertid en del særtrekk ved indre selskap der det indre selskap i stor grad skiller seg fra kommandittselskapet.

4.1 Ikke eget rettssubjekt

Et indre selskap er ikke et eget rettssubjekt. Man kan ikke saksøke det indre selskapet som sådant, men må eventuelt saksøke hovedmannen og de stille deltakerne direkte.

4.2 Ikke registrert i Foretaksregisteret

Et indre selskap verken kan eller skal registreres i Foretaksregisteret. Selskapet opptrer ikke utad som selskap, og dermed er det vel for så vidt naturlig at det heller ikke skal registreres i noe selskapsregister. Ansvarsbegrensningen for de stille deltakerne følger direkte av selskapsavtalen, og det er ingen forutsetning for å kunne påberope seg ansvarsbegrensningen at selskapet registreres i Foretaksregisteret, eller at medkontrahent på annen måte er blitt kjent med ansvarsbegrensningen.

4.3 Ikke krav til tegningsinnbydelse

Det er ikke krav til tegningsinnbydelse etc ved innbydelse til tegning av andeler i et indre selskap. For aksjeemisjoner¹ og for kommandittselskaper² eksisterer det bestemmelser om at initiativtaker må ha prospekt eller tegningsinnbydelse når tilbudet sendes til en ubegrenset krets av personer. Disse bestemmelsene gjelder ikke for innbydelse til tegning av andeler i indre selskap. Det er imidlertid under utarbeidelse et forslag om å utvide kravet om tegningsinnbydelse til også andre ”omsettelige andeler”, og det vil

¹ Verdipapirhandelloven § 7-2

² Selskapsloven § 3-4

da bli et spørsmål om andeler i et indre selskap faller inn under dette eller ikke.

4.4 Liten grad av preseptorisk lovgivning

Det er liten grad av preseptorisk lovgivning som gjelder for indre selskap. Det er altså store avtalefrihet og fleksibilitet for investorene. Utgangspunktet er imidlertid at indre selskap reguleres av selskapsloven, og det er enkelte preseptoriske bestemmelser som også gjelder for indre selskap. Disse vil bli omtalt nedenfor. Indre selskap følger bestemmelsene i den norske selskapslovens kapittel 2 som gjelder for ansvarlige selskaper og ikke bestemmelsene i kapittel 3 som gjelder for kommandittselskaper.

4.5 Innhold i selskapsavtalen

Forholdet mellom hovedmann og stille deltaker reguleres av selskapsavtalen som er inngått mellom dem. Det er stor kontraktsfrihet, men i praksis har man i stor grad tatt utgangspunkt i kommandittselskapsavtaler og med mer eller mindre hell benyttet disse som utgangspunkt for avtalene om indre selskap. Det er imidlertid ikke noe formelt krav om at det skal opprettes noen skriftlig selskapsavtale for det indre selskap.

En typisk selskapsavtale inneholder gjerne bestemmelser om:

- i) Navn og registrering
Selskapsavtalen slår stort sett bare fast at selskapet ikke skal ha noe navn, ikke opptre som selskap utad og ikke registreres.
- ii) Videre defineres formål og virksomhet, som for eksempel å kjøpe samt drive et bestemt angitt skip.
- iii) Det er også bestemmelser i selskapsavtalen om selskapets kapital, om kapitalforhøyelse og kapitalnedsettelse etc.
Her fremgår den viktige bestemmelsen om at hovedmannen

har et ubegrenset ansvar og de stille deltakerne har et begrenset ansvar.

Videre fremgår beløpet på selskapskapitalen, hvor mye som skal være innbetalt ved tegning og hvor mye som skal være uinnkalt, hvor stor andel hovedmannen skal ha, etc.

Det er ofte bestemmelser om at hovedmannen kan, med f eks 14 dagers skriftlig varsel, kalle inn hele eller deler av den uinnkalte kapitalen, og at de deltakerne som ikke innbetaler, anses for vesentlig å ha misligholdt selskapsavtalen og kan bli utløst.

Videre fremgår det også bestemmelser om at selskapskapitalen kan nedsettes ved beslutning av selskapsmøtet med gjerne et kvalifisert flertall. Det samme gjelder også ved kapitalforhøyelse. Det er som regel ikke krav om at alle deltakerne må tegne seg i kapitalforhøyelsen, men de som ikke deltar, kan bli utløst til takst av de deltakerne som deltar.

- iv) Videre er det normalt bestemmelser om eierforhold og ansvar der det fremgår at de stille deltakerne ikke skal fremtre utad, og ikke ha noe ansvar overfor tredjemann.

Innad derimot, skal virksomheten anses som drevet for selskapets regning og risiko.

Selskapsavtalen har også ofte bestemmelser om at hovedmannen kan pantsette den uinnkalte delen av selskapskapitalen.

- v) Videre er det bestemmelser om selskapets forvaltning, og det fastslås normalt at hovedmannen skal lede selskapets forretninger og opptre utad i eget navn samt stå utad som eier av alle selskapets eiendeler inkludert f eks skipet. Hovedmannen har derved myndighet til å opptre utad i enhver sammenheng for selskapets regning og risiko med mindre han går ut over formålet eller instruksjer som han har mottatt.

Videre er det bestemmelser om styret i hovedmannen, og gjerne slik at de stille deltakerne kan få velge et nærmere

bestemt antall styremedlemmer i hovedmannen.

Det er ofte bestemmelser som fastslår at hovedmannen ikke kan delta i annen virksomhet.

Videre inngås normalt forretningsføreravtaler mellom hovedmannen og en forretningsfører. Det er ofte tilretteleggerne som er forretningsfører for selskapet.

- vi) Videre er det bestemmelser om selskapsmøtet. Denne bestemmelsen kommer også ofte fra kommandittselskapsavtaler og blir litt spesiell i forhold til det indre selskap fordi én av de preseptoriske bestemmelsene i selskapsloven går ut på at de stille deltakerne ikke kan delta på selskapsmøtet. Vi kommer tilbake til dette nedenfor, men det er unektelig en ganske spesiell situasjon at den eneste som da i praksis kan delta på selskapsmøtet – som er selskapets øverste organ – er hovedmannen som oftest kun eier en liten andel i det indre selskap som sådant. I realiteten betyr dette at deltakerne i så henseende er uten reell innflytelse på virksomheten. I en slik konstellasjon blir det også meningsløst å ha bestemmelser om avstemmingsregler etc i selskapsmøtet i og med at det kun er én deltaker – hovedmannen – som kan være til stede.

Enkelte, særlig de tidligere indre selskapsavtalene, har imidlertid omfattende bestemmelser om at alle stille deltakere kan delta på selskapsmøtet, og avstemmingsregler for hvilke typer beslutninger som kan fattes med simpelt flertall, og hvilke som krever kvalifisert flertall etc. Det er grunn til å tro at disse bestemmelsene ikke er gyldig, og at man rett og slett må se bort fra dem, og for så vidt også de vedtak som blir fattet av de stille deltakerne.

- vii) Videre er det ofte bestemmelser i selskapsavtalen om at hovedmannen skal føre regnskap for selskapet.

Normalt skal overskuddet fordeles på de enkelte deltakere i forhold til deres eiendeler.

- viii) Normalt er det også bestemmelser om at andelene i det indre selskap kan overdras eller pantsettes med samtykke fra hovedmannen, og som regel vil også banken kreve i låneavtalen at banken skal samtykke ved pantsettelse eller overdragelse av andelen til nye eiere.
- ix) Det er også bestemmelser om mislighold, og at deltakere som vesentlig misligholder sine forpliktelser, kan utløses til en takst som gjerne tar utgangspunkt i markedsverdien for skipet med et fradrag i verdien for å gi misligholderen en slags form for erstatningsansvar, f eks slik at man utløses til en takst på skipet minus salgskommisjon minus leverings- og avviklingskostnader samt f eks en ytterligere reduksjon med 20 % av skipets bruttoverdi.
- x) Videre er det bestemmelser om at en bestemt andel av deltakerne kan begjære eller kreve skipet solgt. Dette kan være f eks 25 % av selskapskapitalen. I så fall kan de deltakerne som krever salg utløses av de deltakerne som ikke ønsker salg, og da til markedsverdi.
- xi) Det er også bestemmelser om at selskapet skal oppløses ved salg av skipet etc.

4.6 Stor fleksibilitet vedrørende selskapskapitalen

Det er som nevnt stor fleksibilitet vedrørende utformingen av selskapskapitalen i et indre selskap.

Det er ikke krav om at verken hovedmannen eller de stille deltakerne skal innbetale eller være ansvarlige for et minimumsbeløp. Minimumsbeløpet kan følgelig settes så langt ned som det er kommersielt akseptabelt for omverdenen. I kommandittselskaper er det derimot bestemmelser i § 3-5 som oppstiller krav om at en kommandittists innskudd skal være minst 20.000 kroner.

Videre er det ikke noe krav til at deler av selskapskapitalen må være innbetalt. For kommandittselskapet må 40 % av selskapska-

pitalen være innbetalt innen to år. Det gjelder ingen tilsvarende bestemmelse for indre selskaper, og man har derfor større fleksibilitet til å avstemme kapitalinnbetaling med selskapets forventede forpliktelser.

Videre er det mulig å angi selskapskapitalen i fremmed valuta, f.eks. dollar. Shipping er ofte dollar-drevet, og kjøpesum for skip angis i dollar, lån tas ofte opp i dollar og hyren under certepartier betales gjerne i dollar. Følgelig kan det være greit for selskapet som sådant at selskapskapitalen angis i dollar.

4.7 Ikke krav om minimum eierandel for hovedmannen

Det er ikke noe krav om minimum eierandel for hovedmannen i et indre selskap. For kommandittselskaper kreves det at komplementaren, som har en tilsvarende stilling som hovedmannen, eier minst 10 % av selskapskapitalen. Normalt eier hovedmannen ned mot 1%, dog ned mot 3% i selskap innenfor rederibeskatning, jf skatteloven § 8-11 (2).

4.8 Ingen lovkrav i forbindelse med utbetalinger eller utdelinger av overskudd

Det er ingen spesielle krav i forbindelse med utbetalinger eller utdelinger av overskudd. Det er stor fleksibilitet. Man kan tilnærmet avtale hva man måtte ønske, selvsagt under tilbørlig hensyntagen til forsvarlig forretningsdrift, og slik at det holdes tilbake et tilstrekkelig beløp til dekning av nødvendige utgifter i forbindelse med selskapets forretningsdrift. Det er imidlertid ikke krav om at en bestemt del av selskapskapitalen skal være bundet eller være igjen i selskapet, eller at man f.eks. ved utdelingern må ta utgangspunkt i balansen fra siste regnskapsår. Dette betyr i praksis at en eventuell salgsgevinst som finner sted ett år, umiddelbart kan utbetales til deltakerne uten at man behøver å vente på ferdigstillingen årsoppgjør eller at det gjennomføres kapitalnedsettelse.

Når det gjelder kapitalnedsettelse, er det kun nødvendig med vedtak i selskapsmøtet. Det er ikke noe krav om kreditorvarsel eller annen offentliggjøring av kapitalnedsettelsen. Dette kan selvfølgelig være en ulempe for banken som har gitt lån til selskapet for å kjøpe skipet, eller for andre kontraktspartener. Det har imidlertid også bankene forstått, og følgelig krever banken gjerne at det inntas i låneavtalen at selskapsavtalen ikke kan endres uten etter samtykke fra banken.

4.9 Pant i uinnkalt kapital

Videre krever også banken pant i uinnkalt andel av selskapskapitalen. Det pengekrav eller den enkle fordringen som hovedmannen har mot de stille deltakerne, pantsettes til banken som sikkerhet for oppfyllelse av lånet. Det er for så vidt også et særtrekk ved indre selskap at kreditorene kan få pant i den uinnkalte andelen av selskapskapitalen. For kommandittselskaper er dette ikke mulig. Det står i selskapsloven § 3-5 nr 2 at selskapets krav på innskudd ikke kan stilles som sikkerhet eller tas som utlegg for selskapsforpliktelsene. Det er vanskelig å se bakgrunnen for at det skal være et slikt forbud for kommandittselskapet og ikke for indre selskaper, men p.t. foreligger det i hvert fall ikke noe lovforbud mot at hovedmannen pantsetter disse kravene.

4.10 Pant i selskapsandel

Når det gjelder pant i selve selskapsandelen, er det mulig i kommandittselskaper å pantsette en selskapsandel. Det er også mulig at en andel i et indre selskap kan pantsettes etter reglene om innløsningspapirer i panteloven § 4-2. Hvis selskapsandelen skal være et innløsningspapir, må det utarbeides et skriftlig andelsbevis der det fremgår at gjeldsbrevloven § 21 gjelder, dvs at man må fremlegge andelsbeviset, slik at hovedmannen kvitterer tilbakebetalingen på andelsbeviset før deltakeren får utbetalt sin andel av f eks selskapskapitalen. Innløsningspapir forutsetter at andelene er

omsettelige, og det er kanskje tvilsomt om en andel er omsettelig når det kreves samtykke fra hovedmannen for at andelen kan omsettes.

4.11 Anonymitet

De stille deltakerne oppnår også anonymitet, hvilket noen kan anse for å være en fordel.

5 Betenkeligheter ved bruk av indre selskap

5.1 Liten innflytelse over virksomheten

For det første har en investor eller en stille deltaker i et indre selskap i utgangspunktet liten innflytelse over virksomheten.

Som tidligere nevnt, kan ikke en stille deltaker være medlem på selskapsmøtet. Dette følger av selskapsloven § 2-9 (3), og selskapsloven § 1-4 som fastslår at loven ikke kan fravikes med mindre det er særskilt fastsatt. Det er også i forarbeidene uttalt at det er naturlig at en stille deltaker som bare hefter for sitt innskudd ikke kan være selskapsmøtemedlem.³ Det at loven har vært ment å være preseptorisk på dette punkt fremgår også av følgende mer generelle uttalelse i forarbeidene:

”En stille deltaker med begrenset ansvar for selskapsforpliktelsene bør finne seg i å spille en passiv rolle i selskapets virksomhet. Han bør spesielt ikke ha rett til å delta aktivt i beslutninger i selskapet, og det bør heller ikke være adgang til å gi ham en mer aktiv rolle.”⁴

Dette betyr at hovedmannen er den eneste som møter på selskapsmøtet og kan naturlig nok beslutte hva den måtte ønske. I de fleste prosjektene er det tilrettelegger eller disponenten som eier hovedmannen og derved kontrollerer både generalforsamlingen og styret i hovedmannen. Følgelig kan de stille deltakerne ikke i særlig grad påvirke beslutningene i selskapsmøtet. Det er også Hovedmannen som formelt eier skipet og kan i forhold til godtroende tredjemann fritt disponere over dette ved salg, pantsettelse, utleie etc.

³ NOU 1980 : 19 side 114

⁴ NOU 1980 : 19 side 105

Den manglende innflytelsen har man imidlertid prøvd å bøte på i selskapsavtalen ved å oppnevne et såkalt ”deltakerråd”. Deltakerrådet skal være et forum for utveksling av informasjon mellom hovedmannen og de stille deltakerne. Det er de stille deltakerne som møtes i deltakerrådet.

Videre skal deltakerrådet enten gi instruksjoner til hovedmannen om hvordan han skal drive virksomheten, eller – i andre selskapsavtaler – gi anbefalinger til hovedmannen. Instruksjonsadgangen synes for så vidt å være en omgåelse av forbudet mot at stille deltakere kan delta på selskapsmøtet, og vi vil anta at bestemmelsene om at deltakerrådet skal gi instruksjoner til hovedmannen, ikke er rettslig bindende. Anbefalinger er jo kun anbefalinger, og det trenger ikke hovedmannen å ta hensyn til.

For å øke innflytelsen til de stille deltakerne, vil det normalt være bestemmelser i selskapsavtalen om at stille deltakere har rett til å nominere styremedlemmer til enten hovedmannens eget styre eller et styre i det indre selskapet. Dette kan være fornuftig og vil sikkert fungere i de aller fleste tilfeller som en sikkerhet for at hovedmannen ikke misbruker sin myndighet. Det er imidlertid hovedmannen som står som registrert eier av skipet og vil formelt sett kunne selge skipet uten at de stille deltakerne kan forhindre det.

Den sikreste måten for investorene å få innflytelse på, vil imidlertid være at de eier en forholdsmessig andel av aksjene i hovedmannen, f eks i samme forhold som de eier andeler i det indre selskap. Derved har de kontroll på generalforsamlingen og kan velge et styre som de har tillit til.

5.2 Konsekvensene av brudd på selskapsavtalen

En annen konsekvens forårsaket av de få preseptoriske lovreglene for indre selskap, er at et brudd på selskapsavtalen først og fremst vil få kontraktsrettslige konsekvenser, ikke selskapsrettslige. Beslutninger eller handlinger i strid med selskapsavtalen vil ikke være selskapsrettslig ugyldige, men kunne være et kontraktsbrudd

som medfører at deltakerne kan få et krav på erstatning. Det er klart at et erstatningskrav vil kreve en dokumentasjon for et økonomisk tap, hvilket ofte vil kunne være vanskelig å dokumentere. Dette er også et usikkerhetsmoment og en betenkelighet ved bruk av indre selskap.

5.3 Usikkerhet i hva som ligger i uttrykkene ”ikke opptre som sådant overfor tredjemann” og ”deltakelsen ikke skal framtre utad”

Et tredje forhold er usikkerhet rundt hva som ligger i uttrykkene ”ikke opptre som sådant overfor tredjemann” og ”deltakelsen ikke skal framtre utad”, jf definisjonene av indre selskap og stille deltaker i selskapsloven § 1-2 (c) og (d).

Når det gjelder definisjonen av indre selskap er det klart at man ikke krever hemmelighet av det indre selskapets eksistens, men det er hovedmannen som må inngå kontraktene og opptre i eget navn overfor kontraktspartner, det være seg under kjøpekontrakt, certeparti, låneavtale etc. Det er i teorien lagt til grunn at dersom det indre selskap opptrer utad ved å signere avtaler i eget navn, så vil selskapet ikke lenger være et indre selskap, men et ansvarlig selskap.

Når det så gjelder definisjonen av stille deltaker taler ordlyden for at disse må være anonyme i forhold til omverden. I forarbeidene er det også uttalt at stille deltakere må forholde seg helt passive.⁵

Ofte er imidlertid hovedmannen svært tynt kapitalisert. Derfor krever ofte kontraktspartner informasjon om de stille deltakerens økonomiske soliditet, ber om kopi av selskapsavtalen etc. Dette betyr jo for så vidt at hovedmannen i utgangspunktet har informert kontraktspartner om de stille deltakerens eksistens. De stille deltakerne er således i praksis ikke helt passive og anonyme.

Det vil også være krav i låneavtalen om at skriftlig selskapsavtale skal fremlegges, at selskapsavtalen ikke skal endres uten ban-

⁵ NOU 1980 : 19 side 113

kenes samtykke, at nye stille deltakere skal godkjennes av banken etc.

I tillegg får ofte banken pant i uinnkalt andel av selskapskapitalen med rettsvern som for enkle pengekrav, dvs notis til stille deltakere. Det er også klart at omverdenen – i hvert fall de som hovedmannen har inngått kontrakt med – kjenner til at hovedmannen opptrer som hovedmann i et indre selskap.

Opptrer man da på en måte som er forenelig med definisjonene av indre selskap og stille deltaker?

Spørsmålet er i svært liten grad drøftet i juridisk litteratur, og det foreligger ingen dommer som direkte tar stilling til dette. Den rettspraksis som foreligger gjelder skattespørsmål der problemstillingen ikke har kommet på spissen.⁶ Høyesterett sin vurdering i Rt 1989 side 296 (på side 302) kan imidlertid tyde på at hovedmannens inngåelse av kontrakter med tredjemenn, der det fremgår at det eksisterer investorer i hovedmannen i form av stille deltakere, ikke er til hinder for at det indre selskap fortsatt er å anse som et indre selskap.

Konsekvensene for de stille deltakerne hvis deres deltakelse er mer aktiv enn det loven gir adgang til har imidlertid ikke blitt vurdert av Høyesterett. I forarbeidene er det antatt at han er å anse som kommandittist⁷, og at den i selskapsavtalen avtalte ansvarsbegrensningen kun kan påberopes overfor tredjemann som visste eller burde visst om deltakerens begrensede ansvar.

Shippingmarkedet går opp og ned, og i nedgangstider har kreditorene en tendens til å søke alle muligheter for å få tilbake sine penger. Følgelig kan det tenkes at enkelte kreditorer ved neste korsvei ønsker å prøve om selskapet har trådt over grensen og i realiteten opptrådt som et selskap utad og derved er et ansvarlig selskap, og/eller om ansvarsbegrensningen for de stille deltakerne er ugyldig.

⁶ Se blant annet Rt 1986 side 58 og Rt 1989 side 296

⁷ NOU 1980 : 19 side 113

Certepartier som kreditsäkerhet

Fredrik Vinge

Innehållsförtegnelse

INLEDNING.....	23
RÄTTSKÄLLOR	24
LÅGRATE- OCH HÖGRATECERTEPARTIER.....	26
PROBLEMOMRÅDEN	27
SVENSK RÄTTSPRAXIS	28
TILLÄMPNINGSPRÅGOR	30
ÅSKÅDNINGSEXEMPEL.....	33
AVSLUTNING.....	35

Inledning

Jurister som arbetar med fartygskrediter har ofta att ta ställning till värdet av säkerhet i certepartier. Vid fartygsfinansiering utgör säkerhet i kontrakt och intjäning ett standardmässigt moment. Detta motiveras av att en redares investering i ett fartyg regelmässigt bygger på redan ingångna kontrakt med en befraktare. Det rör sig många gånger om långa avtal, som ska säkerställa en intjäning som täcker en betydande del av rederiets kapitalkostnad i form av räntor och amorteringar. Just när det gäller fartyg – som har en överskådlig livstid – är det tydligt att kapitalvärdet är en direkt funktion av faktisk och förväntad intjäningsförmåga.

För kreditgivarna är det självklart att i möjligaste mån säkerställa detta värde, i synnerhet när det är fråga om långa kontrakt. Vid sidan av de värden som ligger i befraktningsavtalen vill kreditgivarna ofta säkerställa kontroll över de löpande betalningsströmmarna från befraktaren så att dessa i första hand reserveras för räntor och amorteringar. För advokater blir det ofta aktuellt att uttala sig om giltigheten av sådana säkerheter i legal opinions.

Rättskällor

Även om pantsättning och säkerhetsöverlåtelse av certepartier är en internationell företeelse gör sig de nationella rättsordningarna gällande med särskild styrka i sakrättsliga förhållanden. För frågor om säkerhet i form av certepartier kan man endast få begränsad ledning ur rättspraxis och doktrin i svensk rätt. Utgångspunkten anses dock vara att förfallande fordringar enligt ett ömsesidigt kontrakt som ett certeparti utgör pantsättningsbara enkla fordringar.¹ Till skillnad från vad som gäller i norsk rätt finns i Sverige inte något krav på särskilt lagstöd (hjemmel) för tillåtligheten av en pantsättning. Man kan därför i svensk rätt falla tillbaka på vad som anses gälla för pantsättning av enkla fordringar generellt och särskilt i vad avser ömsesidigt förpliktande kontrakt.

Kurt Grönfors skriver om certepartier i sin uppsats *Ägande och brukande som kreditunderlag*, i *Transporträttsliga Studier Sjärrättsföreningens i Göteborg skrifter nr. 50 (1975) s. 185*, ursprungligen publicerad i *Nordisk Gjenklang, Festskrift till Carl Jacob Arnholm (1969)*, s. 417. Grönfors betonar bl.a den vikt som kreditgivarna tillmäter långtidscertepartier och uttalar bl.a., att "[v]id hithörande transaktioner bedömer kreditgivarna långtidscertepartiet såsom den huvudsakliga säkerheten och därmed basen för hela den komplicerade transaktionen. Inteckningssäkerheten kan ibland t.o.m. behandlas ganska styvmoderligt jämfört med den säkerhet, som certepartiet kan anses ge."² Även om norsk rätt, som redan antytts, skiljer sig från svensk rätt berörs frågeställningar rörande certepartier och kan vägledning också sökas i *Sjur Brækhus Sikkerhet i certepartier og certepartifrakter i Festskrift till Knut Rodhe (1976) s. 33.*³

¹ Se Högsta domstolen i NJA 1995 s. 157 på s. 162. Mera om detta rättsfall nedan.

² Grönfors a.a. s. 193

³ Även publicerad i *Fra Kredittretten og andre rettsområder, TI artilder 1968-178*, s. 279

Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, (fortsättningsvis citerad i 6 uppl med supplement (2000)) är ett centralt verk på sakrättens område. Håstad behandlar ingående olika frågor rörande pantsättning av ömsesidigt förpliktande avtal, bl.a. den s.k. frysningsprincipen,⁴ dvs behandlingen av framtida icke intjänade fordringar, och betydelsen av nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd.⁵ Håstad uttalar sig också om certepartier och betonar svårigheten för en panthavare att vidmakthålla ett fördelaktigt långtidscerteparti mot en befraktare, som vill bryta avtalet i förtid.⁶ Gösta Walin uttalar sig om det sakrättsliga skyddet för hyresfordringar i *Panträtt* (1991) s. 185-194. Slutligen har Claes Martinson skrivit en avhandling, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar* (2002), där anslutande frågor berörs.

Frågeställningar som uppkommer generellt vid pantsättning av rättigheter i ömsesidiga kontrakt har behandlats i olika rättsfall av Högsta domstolen. Det viktigaste är NJA 1973 s. 635, det s.k. skogs-körslomålet. I NJA 1995 s. 157 uttalade sig Högsta domstolen vidare om pantsättning av framtida hyresfordringar. Om dessa rättsfall mera nedan.

⁴ Håstad a.a. s. 338-342

⁵ Håstad a.a. s. 429-439

⁶ Håstad a.a. s. 436

Lågrate- och högratecertepartier

Som Brækhus anför kan man skilja mellan lågrate- och högratecertepartier.⁷ Ett lågratecerteparti är ett avtal som har ingåtts på villkor som till följd av marknadsutvecklingen framstår som förmånliga för befraftaren. Ett lågratecerteparti framstår därmed värdesänkande för fartyget eftersom rederiet blir bundet av ett oförmånligt certeparti. För ett högratecerteparti gäller motsatsen. Det är bindande för befraftaren i en situation där fartyget inte längre kan hyras ut till samma villkor på marknaden. Ett högratecerteparti verkar alltså i värdehöjande riktning för fartyget. För en fordringsägare hos rederiet framstår det därför som viktigt att säkerställa att ett ingånget högratecerteparti upprätthålls och att förmånen av detsamma kan komma honom tillgodo.

⁷ Brækhus, a.a. s. 37

Problemområden

Vid en prövning av säkerhet i ett ömsesidigt förpliktande avtal som certeparti uppkommer frågor av två kategorier.

Den första avser frågan om panträttens giltighet mot sekundogäldenären, dvs. vid befракtningsavtal frågan om i en situation, där det låntagande rederiet brister i sina förpliktelser mot långivaren, panthavaren kan framtvunga en fullgörelse av befракtningsavtalet direkt mot befракturen. Rederiets betalningssvårigheter kan många gånger antas sammanhänga med en fallande fraktmarknad. Just i en sådan situation är det ofta troligt att befракturen har ett starkt ekonomiskt incitament att försöka bryta befракtningsavtalet och i stället hyra in billigare tonnage. Det säger sig också självt att en befrakture inte utan vidare kan tvingas godta att ett ömsesidigt förpliktande avtal som ett certeparti fullgörs av en annan person än det ursprungliga rederiet. I vart fall får denna utgångspunkt anses gälla om befракtningsavtalet är ett tidscerteparti, som en befrakture ingått på grundval av bl.a. rederiets kommersiella och tekniska kompetens och de förväntningar som befракturen ställer på rederiet i dessa avseenden. Situationen är sannolikt annorlunda vid ett rent bareboat-befraktningsavtal men också här är det tillrådligt för en långivare att från början tillförsäkra sig om att befракturen godtar en partsväxling i händelse av det ursprungliga rederiets oförmåga att fullgöra avtalet. Vid långa avtal är det troligt att sådana bekräftelser är relativt vanligt förekommande.

Den andra kategorin kan kallas för sakrättslig och avser frågan om pantsättningsens verkan mot rederiets konkursbo och övriga fordringsägare till rederiet. Denna genomgång kommer i det följande enbart att beröra denna fråga.

Svensk rättspraxis

Högsta domstolen behandlade i NJA 1973 s. 635, det s.k skogskörslomålet, verkan av pantsättning av fordringar härrörande ur kontrakt. Målet är av central betydelse för en bedömning av giltigheten av en kontraktspantsättning. I målet hade gäldenären pantsatt successivt uppkommande fordringar enligt ett avtal om skogskörningar med lastbil. Situation var alltså på många sätt likartad den som råder vid pantsättning av ett certeparti även om kapitalkostnaderna för pantsättaren får antas ha spelat en i sammanhanget underordnad roll. I målet var frågan om panträtten över huvud taget var verksam och om återvinning kunde ske. Högsta domstolen fann att "[v]erkan av pantsättningen med giltighet mot övriga borgenärer" inträdde först efterhand som tillgodohavandet tjänades in.⁸ Panthavaren ansågs sålunda inte ha någon panträtt i belopp som inte tjänats in när pantsättaren försattes i konkurs. Detta är ett uttryck för vad som i kommentarer till rättsfallet har kallats för frysningsprincipen. Den delen av intäkterna från skogskörningarna som intjänats inom återvinningsfristen (då 60 dagar, enligt motsvarande lag numera tre månader)⁹ ansågs återvinningsbar eftersom säkerheten inte ansågs lämnad förrän den intjänats.

Walin hävdar i *Panträtt* att intjänandekravet i skogskörslomålet bör begränsas till panträtter som är beroende av framtida arbetsprestationer.¹⁰ Denna ståndpunkt kritiseras av Håstad. Enligt Håstads uppfattning är ration bakom utgången av skogskörslomålet att ägande- och panträtter, vars substanser är beroende av konkursförvaltarens handlande, bör sakna sakrättsligt skydd.¹¹

I ett senare fall, NJA 1995 s. 157, uttalade sig Högsta domstolen om pantsättning av ett hyreskontrakt. Högsta domstolen uttalade i

⁸ NJA 1973 på s. 653.

⁹ 4 kap 10§ konkurslagen (1987:672)

¹⁰ Walin, *Panträtt*, s. 186

¹¹ Håstad a.a. s. 342

detta fall att "[d]et finns dock inte något hinder för att part i ett [ömsesidigt] kontrakt förfogar över sin rätt till betalning när förfallodagen inträtt. Dessförinnan kan han emellertid vara förhindrad att förfoga över den rätten."¹²

Rättsfallet avsåg pantsättning av ett andrahandshyreskontrakt till fast egendom. Högsta domstolen ansåg att i detta fall borde man "utgå från samma princip som vid överlåtelse av pantsättning av fordran enligt enkelt skuldebrev, dvs låta transaktionen få sakrättslig verkan i och med att andrahandshyresgästen denuntierats". Som Håstad påpekar i en kommentar till rättsfallet är emellertid vidden av detta uttalande inte entydig.¹³

Slutsatsen som kan dras av de beskrivna rättsfallen är alltså att en pantsättning av rederiets fordringar enligt ett certeparti i och för sig är giltig men kan begränsas av frysningsprincipen.

¹² NJA 1995 på s. 162

¹³ Håstad a.a., s 341-42

Tillämpningsfrågor

En central fråga för bedömningen av den sakrättsliga giltigheten av en pantsättning av förmånerna i ett ömsesidigt kontrakt är vilket sakrättsligt skydd som tillkommer sekundogäldenären, dvs vid certepartier befraktaren. Om befraktaren inte har ett sakrättsligt skydd för sitt brukande av fartyget står möjligheten till buds för en konkursförvaltare att bryta certepartiet och sälja fartyget för att därmed realisera fartygsvärdet till förmån för fordringsägarna. Om befraktaren inte åtnjuter sakrättsligt skydd kan också en enskild utmätningssökande framtinga en förmånsrätt i fartyget och sälja det till nackdel för befraktaren. Detta anses vara gällande rätt i Sverige och brukar uttryckas som att köp bryter legostämman,¹⁴ dvs nyttjanderätten gäller inte mot en ny ägare.

Det framstår i detta sammanhang som föga kontroversiellt att en rätt som måste gå före befraktarens nyttjanderätt är den som tillkommer innehavaren av ett skeppshypotek. I avvägningen mellan befraktarens och andra rättighetshavares rätt till fartyget finns det inte heller – åtminstone de lege lata – någon grund för att göra åtskillnad mellan skeppshypotekshavare och exempelvis en utmätningssökande borgenär. En konkursförvaltare måste därför kunna bryta certepartiet och sälja fartyget för att tillgodose prioriterade och oprioriterade fordringsägares intressen i fartyget. I dessa situationer får befraktarens intresse i en fortsatt nyttjanderätt till fartyget antas stå tillbaka.

En annan konsekvens av samma resonemang är att om nyttjanderättshavarens intresse i ett fortsatt nyttjande inte är skyddat mot borgenärernas intresse i objektet, så kan inte heller objektets värde urgröpas med sakrättslig verkan genom att avkastningen avyttras eller pantsätts.

Också i ett rent bareboatcerteparti, där några arbetsprestationer inte utförs, kan med tillämpning av ovanstående resonemang

¹⁴ Grönfors a.a., s.198

en befraktare antas sakna sakrättsligt skydd. En konkursförvaltare är därmed – för att tillgodose skeppshypotekshavares och andra fordringsägares intressen i fartygets kapitalvärde – berättigad att sälja fartyget med följd att panthavaren i certepartiet inte kan hävda någon rätt i befraktningsavtalet efter det att frysningstidpunkten inträtt. Även om rättsläget inte är fullständigt klart kan därför betydelsen av arbetsprestationer inte anses vara avgörande när det gäller frågan om tillämpning av de principer som uttalats i skogskörslömlaget. Avgörande blir i stället om konkursförvaltaren kan disponera över objektet utan att behöva respektera nyttjanderätten.

Ovanstående resonemang får emellertid mindre praktiskt betydelse vid pantsättning av ett certeparti, där den normala situationen är att pantsättningen utgör en kompletterande säkerhet till ett skeppshypotek. Sett mot denna bakgrund gör sig helt andra aspekter gällande. Säkerheten i certepartiet och den däri fastlagda fartygsavkastningen blir i stället för en urgröpning av fartygsvärdet ett sätt att skydda detsamma för skeppshypotekshavaren genom säkerställa att certepartiet kan upprätthållas.

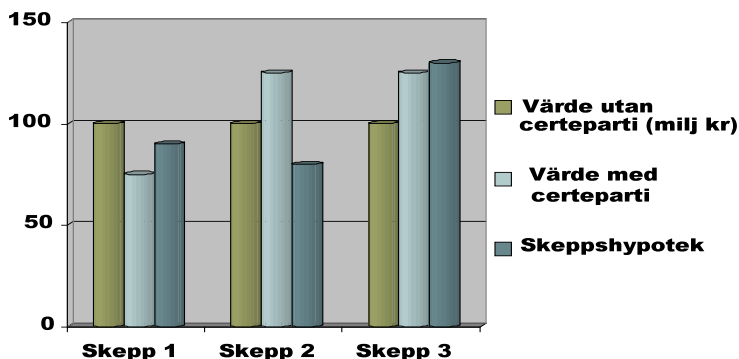
I en konkurs fungerar detta på följande sätt. En konkursförvaltare har en grundläggande redovisningsplikt mot fordringsägare med särskild förmånsrätt, se exempelvis Högsta domstolen i NJA 1995 s. 367. En fordringsägare med särskild förmånsrätt i ett objekt anses också i och med konkursutbrottet ha förmånsrätt i den avkastning som följer med objektet.

Med konkursförvaltarens redovisningsplikt följer en skyldighet för honom att försöka upprätthålla värdet på den pantsatta egendomen och att tillse att dess avkastning förblir så hög som möjligt. Konkursförvaltaren får följaktligen inte skada en skeppshypotekshavares intresse i fartyget genom att angripa certepartiet. Tvärtom blir alltså utgångspunkten för konkursförvaltaren att han måste respektera certepartiet och det värde som tillförs genom befraktningen och är skyldig att redovisa detta till skeppshypotekshavaren.

Som inledningsvis anförts är pantsättning av certepartier mycket vanligt förekommande. Detta gäller inte minst i internationella sammanhang. Med certepartiets karaktär av en successivt förfallande enkel fordran möter dess pantsättning enligt vad som ovan beskrivits inte något principiellt hinder enligt svensk rätt. För att pantsättningen ska bli effektiv är det emellertid en förutsättning att certepartiet inte pantsätts självständigt utan tillsammans med fartyget, dvs som ett komplement till ett skeppshypotek. I förening med ett skeppshypotek kan panträtten i certepartiet fungera utmärkt. Säkerheten i certepartiet ger då skeppshypotekshavaren ett ytterligare skydd som kan säkerställa att certepartiet och därmed fartygsvärdet upprätthålls. Härtill kommer att skeppshypotekshavaren genom panträtten i certepartiet kan utöva en många gånger viktig kontroll över betalningsströmmarna från befraktaren.

Åskådningsexempel

I skissen nedan visas hur ett certeparti kan påverka värdet av ett fartyg. I samtliga tre fall anses köpet ha ett marknadsvärde utan certeparti om 100 milj kr. Skissen demonstrerar också varför en pantsättning av certeparti måste ge vika för skeppshypotekshavarens intressen



I fall 1 utgör certepartiet en belastning på fartygsvärdet och för redaren. Det rör sig alltså om ett lågratecerteparti. I denna situation saknar certepartiet värde också för skeppshypotekshavaren, som i en konkurs bäst kan tillgodogöra sig sin fordran genom en omedelbar försäljning av fartyget.

I fall 2 har ett högratecerteparti tecknats. I detta fall höjer certepartiet värdet av fartyget. Också här är det egalt för skeppshypotekshavaren om certepartiet upprätthålls, åtminstone under förutsättning att skeppshypotekshavarens sammanlagda fordran inte överstiger 75 milj kr. Konkursförvaltaren får emellertid avgöra om han vill försöka fortsätta fartygsdriften med certepartiet för att tillgodogöra konkursborgenärerna certepartiets värdehöjande effekt eller om han vill sälja fartyget för 100 milj kr.

Också i fall 3 innebär certepartiet en värdehöjande effekt för fartyget. I detta fall kommer emellertid denna höjning entydigt skeppshypotekshavaren tillgodo. I denna sista situation kan en konkursförvaltare antas vara skyldig att respektera certepartiet för att upprätthålla värdet av fartyget för skeppshypotekshavarens räkning.

Avslutning

Enligt vad som framgår ovan ger en pantsättning av ett befraktningsavtal upphov till ett antal frågor av både obligations- och sakrättslig karaktär. En komplicerande faktor när det gäller fartyg är att det endast undantagsvis kan förutsägas i vilket land och därmed jurisdiktion fartyget kan förväntas befinna sig när en pant-havare vill ta sin pant i anspråk. En pantsättning eller en säkerhetsöverlåtelse av ett certeparti enligt anglosaxisk rätt har onekligen den fördelen att den redan på grund av sin vanliga förekomst kan vara lättare att göra gällande i ett antal jurisdiktioner. När befraktaren är ett svenskt företag eller befraktningsavtalet är underkastat svensk rätt kan emellertid en pantsättning enligt svensk rätt många gånger vara ändamålsenlig. Samma sak gäller om en exekution av panträtten av sådan eller annan anledning kan komma aktualiseras i Sverige. Även med de många begränsningar som generellt råder för kontraktspantsättningar kan säkerhet i ett certeparti – i kombination med ett fartygshypotek – fylla en viktig funktion som skydd för en fordringsägare.

Newbuildcon – Standard
Newbuilding Contract/BIMCO
Bakgrund, Behov, Struktur, Text,
Disposition, Villkor och
Användbarhet

En översikt, som är ger en viktig bakgrund för
den rätta förståelsen av kontraktet

Nils-Gustaf Palmgren

Innehållsförtegnelse

1	BAKGRUND	39
2	MARKNADSFÖRING	41
3	BEHOV	42
4	STRUKTUREN	44
5	TEXT OCH REDIGERING	45
6	KONTRAKTETS KOMPOSITION	46
7	KONTRAKTSVILLKOREN, DISPOSITION OCH ”HIGHLIGHTS”	47
	Part one/Box layout	47
	Part two	47
	Definitions	47
	Section 1 – Vessel	48
	Section 2 – Financial	48
	Section 3 – Production	49
	Section 4 – Delivery	50
	Section 5 – Legal	50
	Section 6 – Sundry	51
	Part three	52
	Annexes	52
	Helt nya klausuler	52
	Utelämnade klausuler	53
	Materiella förbättringar	53
8	KONTRAKTETS ANVÄNDBARHET	56

1 Bakgrund

BIMCO, marknadsledare för produktionen av standarddokument för sjöfartsbranschen, har tagit fram ett nytt standarddokument, en modell, för nybyggnad av faryg. Dokumentet, som publicerades hösten 2007, är avsett för världsomfattande bruk både internationellt och nationellt.

Eftersom projektet var både utmanande och osedvanligt arbetsdrygt har BIMCO satsat mera på detta projekt än på något tidigare dokument. Riktlinjerna drogs upp av en styrgrupp med mångsidig representation från sjöfartsnäringen, såsom rederier, varv, klassningssällskapen och försäkringsbranschen. Arbetets gång övervakades av BIMCO's Documentary Committee, som också, såsom brukligt är, slutligt godkände dokumentet. Det egentliga "drafting-arbetet" utfördes, med administrationens bistånd, av en arbetsgrupp på fem jurister alla med mångsidig erfarenhet av skeppsbyggnadsjuridik både från beställar- och byggarsidan. Varvsrepresentanter inbjöds att delta i arbetsgruppen men avböjde. Representanter för varv och jurister representerande varv hördes emellertid som sakkunniga under arbetets gång.

Gruppen sammanträdde under en två årsperiod till 19 heldagsmöten fördelade på 24 arbetsdagar, vartill kom en inte obetydlig korrespondens och dokumentläsning mellan mötena. Knappast har så mycket tid någonsin brukats på utformningen av ett enda nybyggnadskontrakt, men så har också ambitionen varit att dokumentet skall bli normgivande världen över.

För att få en allsidig belysning av internationell skeppsbyggnadspraxis genomfördes på basen av en preliminär draft en omfattande konsultationsprocess. BIMCO utnyttjade på så sätt sitt vittförgrenade internationella nätverk av sakkunniga på olika nivåer och områden. Draften sändes till varv och rederier både i Fjärran Östern och Europa, till advokatbyråer, skiljemän och mäklare. Det resulterade i ett mångfald värdefulla kommentarer, vilka alla

värderades av arbetsgruppen och bidrog därigenom på sitt sätt till en möjligast allsidig bedömning av dokumentets formulering, omfattning och balans.

Med dokumentet har BIMCO uppfyllt sin ambition att ha ett dokument för varje nisch inom sjöfarten. Hela spektrumet för ett fartygs livscykel från tillblivelsen till skrotningen är härmed täckt i BIMCO's samling "Forms of approved documents". Dokumentet är uppgjort enligt BIMCO's generella dokumentationstekniska kvalitetskrav och strävar sålunda till att vara så klart och balanserat som möjligt.

2 Marknadsföring

Ett nytt dokument måste naturligtvis förklaras, och så att säga "säljas in" i marknaden. Med det syftet har BIMCO hållit seminarier i Hong Kong, Singapore, London, Hamburg, Shanghai, Dalian, Madrid, Oslo och Stockholm. Mera planeras. Responsen har genomgående varit positiv. Det har emellertid klart framkommit att den rätta förståelsen av kontraktets fördelar och nyheter befrämjas av förklarande presentationer och texter. Många missförstånd och förutfattade meningar har skingrats tack vare seminarierna. Denna artikel tjänar också detta syfte.

3 Behov

Den primära utgångspunkten för projektet var att det fanns ett reellt behov inom sjöfartsindustrin av ett *globalt* standard skeppsbyggnadskontrakt. Den växande skeppsbyggnadsverksamheten och tillkomsten av nya skeppsbyggnadsnationer accelererade behovet.

Skeppsbyggandet regleras inte av någon internationell konvention utan av nationell lag. I motsats till de flesta andra avtalsområden inom sjöfarten finns det inte heller något allmänt internationellt omfattat standardavtal för skeppsbyggnad. De existerande modellerna används i allmänhet endast nationellt eller regionalt. Behovet av *harmonisering* är uppenbart.

En internationell konvention behövs inte, utan avtalsfrihet skall gälla.

Alla parter är emellertid betjänta av en standardisering, unifiering och harmonisering av reglerna och villkoren samt av en solid, globalt accepterad referensplattform för ingående av skeppsbyggnadsavtal.

De existerande kontraktsmodellerna, av vilka det norska kontraktet är det modernaste och det japanska det mest brukade, användes huvudsakligen endast regionalt. De har samtliga större eller mindre uppenbara brister, i form av otillfredsställande, oklara eller bristfälliga villkor samt, inte minst, avsaknad av vissa väsentliga bestämmelser. Kännetecknande för dem är, att de samtliga vid användning i praktiken kräver betydande ändringar och tillägg med stora variationer i slutprodukten som följd. De är helt enkelt inte tillräckligt bra och moderna för att tjäna som en allmän global modell. Även standarden på avtalsdokumentationen måste med tiden utvecklas såsom det sker med andra instrument i moderna affärsrelationer.

Det var likaså klart från början att förutsättningarna för att ett nytt dokument skall bli allmänt godkänt och använt är att det är

tillräckligt bra och bjuder på någonting nytt och unikt.

Målsdättningen med projektet blev att höja skeppsbyggnadskontraktens kontraktuella kvalitet genom att avhjälpa de existerande bristerna och implementera BIMCOs erkända dokumentationspraxis och i andra globalt använda standarddokument använda koncisa språk. En kodifiering av de juridiska och kontraktuella villkoren och reglerna inom det internationella skeppsbyggandet skulle befrämja en global harmonisering och öka förutsägbarheten. Industrin, redarna, varven, mäklarna och finansierarna skulle på så sätt erbjudas ett välbehövt nytt konkurrenskraftigt alternativ.

4 Strukturen

Efter en genomgång av olika existerande modellavtal stod det klart att inget av dem var tillräckligt bra eller modernt för att tjäna som bas för den nya modellen.

Arbetsgruppen, som hade frihet och mandat att skapa något nytt och togs sig den tid det krävde, beslöt att börja uppbyggandet av Kontraktet från början (from scratch) utan någon direkt modell. Kontraktet är inte ett resultat av en kommersiell förhandling utan arbetsgruppen tog ett akademiskt grepp på uppgiften baserat på bred kommersiell och juridisk praktisk erfarenhet. Det blev många möten och interna seminarier. Målet var ett välstrukturerat, tillräckligt uttömmande balanserat kontrktsformulär.

Strukturen är ny, den innebär de facto en helt ny typ av kontrakt för byggande av fartyg. Det är redan i sig en *betydande reell nyhet*, en kvalitetsförbättring. Den leder parterna i kronologisk ordning genom händelserna i ett skeppsbyggnadsprojekt. Det ökar klarheten och läsbarheten. Det gör det också enklare att göra eventuella ändringar eller tillägg logiskt riktigt. Det är ett juridiskt dokument inte ett tekniskt.

5 Text och redigering

Klarheten och läsbarheten befrämjas också i hög grad av att man strävat till att använda ett klart, enkelt och konsekvent språk. Till det bidrar också ett stort antal kontraktsdefinitioner, som förenklar och förkortar texten. Tydliga rubriker och underrubriker ävensom klara klausulbestämda referenser och crossreferenser förenklar både läsbarheten och förståelsen av villkoren. Den språkliga och stilistiska redigeringen är så långt driven att man också i det avseendet kan tala om en *reell nyhet*.

Klarheten, och därmed också förutsägbarheten ökas också betydligt av att mycket sägs ut, som i andra modeller har utelämnats. Trots att Kontraktet är mera omfattande än andra modeller är texten relativt sett kortare tack vare att texten är mera koncis.

6 Kontraktets komposition

Kontraktet är enligt BIMCO praxis indelat i *tre delar*, Part one, Part two och Annexes.

Part one omfattar en Box Layout för fartygsspecifika fakta och en Preamble för underskrift, som konstituerar det juridiskt bindande avtalet och som reglerar prioriteringen mellan Kontraktets och bilagornas skilda delar.

Part two består av Definitioner och *sex olika Sektioner*. Dessa är Vessel, Financial, Production, Delivery, Legal och Sundry. De innehåller de egentliga kontraktsvillkoren

Part one and two är samordnade till en fungerande helhet genom referenser och crossreferenser.

I Kontraktet ingår därtill som en viktig del, *Annexes*, dvs. ett valbart antal bilagor. I modellen förutsätts som bilagor åtminstone ömsesidiga Garantitexter, en Specifikation och Maker's List. Eventuella Addenda eller Riders, som det vanligen finns behov för, är tänkta att ingå som ytterligare bilagor. Genom användningen av bilagor kan parterna täcka sina speciella kontraktuella behov utöver det som standardkontraktet bjuder.

7 Kontraktsvillkoren, disposition och ”highlights”

Part one/Box layout

Detta är ett välkänt koncept inom shipping. Det är en del av *BIMCO's brand*, men det är en *nyhet för skeppsbyggare*. I boxarna skall parterna fylla i kontrakts- och fartygsspecifika kommersiella och tekniska uppgifter

Det är ett nödvändigt och praktiskt komplement till den innehållsrika och komplexa juridiska texten i Part two. Den utgör en nyttig checklist för parterna över vad som måste observeras och överenskommas och underlättar på så sätt kontraktförhandlingarna. Upplägget är användarvänligt och förutsätter i och för sig inga ändringar eller tillägg i Part two.

Man kan säga att Part one är Kontraktets kommersiella del, Part two den juridiska och Specifikationen den tekniska.

Part two

I det följande beskrivs Part two, de egentliga juridiska kontraktsvillkoren, närmast ur ett dokumenttekniskt perspektiv med endast vissa korta observationer rörande den juridiska innebörden som vägledning för användaren.

Definitions

Denna inledande del innehåller, såsom ofta brukligt i anglosaksiska kontrakt, ett stort antal *definitioner av begrepp* som förekommer på flera ställen i Kontraktet. Det ger en enda referenspunkt som inte behöver upprepas och förenklar på så sätt läsandet och förkortar texten.

Definitionerna är kontraktuella inte juridiska.

Section 1 – Vessel

Denna inledande sektion reglerar grundläggande fakta och karaktistitika för Fartyget, dvs. *objektet för Kontraktet*, men också beträffande varvet, regler- och klass- bestämmelser och vissa andra kriterier för byggandet.

Boxlayouten och Specifikationen är centrala komplement till den sektion.

Tekniska beskrivningar i denna sektion gäller, avvikande från huvudregeln, endast ifall de inte definierats annorlunda i Specifikationen. Det uppmuntrar användandet av Specifikationen för tekniska frågor.

Fartyget skall byggas enligt ”Good international Shipbuilding practice” om inte annat uttryckligen överenskommes, vilket naturligtvis är möjligt.

Några helt nya klausuler, jämfört med andra modeller, Green Passport, Protective Coatings och Source of origin ingår här.

Section 2 – Financial

Här regleras *Beställarens huvudåtagande* enligt Kontraktet, dvs att betala för fartyget. Reglerna om pris, prisjusteringar, betalningar och finansiella garantier har, i motst till andra kontraktmodeller, alla koncentrerats till en sektion. Här sägs när och hur betalningar skall ske för alla olika betalningstyper.

Böter för leveransfel (liquidated damages) behandlas som prisavdrag och ingår därför här. Samma systematik tillämpas för de olika typerna av fel. En tröskel gäller för böter, en annan högre, för hävning. Endast avvikelser beträffande fart, bränsleåtgång, dödvikt, kubik och leveranstid är behandlade. Utrymme för andra fel eller avvikelser finns reserverat. Ifall denna möjlighet inte utnyttjas gäller allmänna ansvarsregler enligt respektive jurisdiktion. Det är att märka att Kontraktet har i första hand skrivits för bulkers, tankers och containerfartyg, men det kan enkelt också användas för andra typer av fartyg med vissa tillägg, bl.a de nys-

nämnda om påföljderna av speciella fartygsspecifika fel.

Finansiella garantier förutsätts av båda parterna. Förslag till garantitexter ingår i paketet. Detta avsnitt är en väsentlig nyhet och strävar till att öka säkerheten för vardera parten vid byggandet av fartyg samt till att harmonisera finansieringsdokumentationen. Förhandlingarna mellan parterna blir både enklare och snabbare ifall de förslagna garantitexterna slår igenom som riktgivande för internationella skeppsbyggnadsaffärer.

Section 3 – Production

En praktisk sektion, som reglerar *kärnan i Byggarens åtagande*, dvs. produktionen (själva byggnadsprocessen) av fartyget.

Rätten att använda underleverantörer, godkännande av ritningar, beställarens leveranser, ändringar och modifieringar, provturer och Beställarens representant och inspektioner behandlas här.

Den ger den legala ramen för byggnadsprocessen. Där ingår Beställarens rätt och begränsningar att ingripa i processen, i verkstaden, på bädden och under provturen samt också hos underleverantörer. I regel ingen skyldighet, men samarbete förutsätts.

Den reglerar i huvudsak procedurfrågor och kompletteras av Specifikationen. Olika tidsfrister är angivna, men endast för den händelse att parterna ej överenskommer om annat. Eftersom olika projekt varierar beträffande affärsrelationer samt kommersiella, tekniska, geografiska parametrar är det naturligt att projektanpassa dessa.

Regler för undvikande av onödiga dröjmål i byggnadsprocessen och vid leveransen har inarbetats. Verksamheten kan fortgå, men dispyten kan hänskjutas till ”Dispute Resolution”.

Beställarens relation till klassen, som är dubbelbottnad, har här reglerats klarare än brukligt.

Section 4 – Delivery

Procedurerna vid leveransen av fartyget har samlats i en sektion, vilket igen är en betydande praktisk nyhet. Sektionen är en slags meny för leveransen, steg för steg. När, var och hur skall leveransen ske. Vilka leveransdokument behövs. Hur sker betalningen och övergången av äganderätten.

Bestämmelserna gäller viktiga *åtaganden för vardera parten* som blir aktuella i alla skeppsbyggnadsprojekt och är nyttiga för alla som tar del i en fartygsleverans.

Bestämmelsen om procedurerna för den sista avbetalningsraten (Final Instalment) är ett gott exempel på Kontraktets systematik. Begreppet Final Instalment är definierat i ”Definitions”, beloppet är angivet i Box 11, eventuella modifieringar uppräknas i klausul 15 i ”Financial”, enligt vilket det slutliga beloppet kan räknas ut. Betalningsproceduren beskrivs i klausul 28 i ”Delivery”.

Section 5 – Legal

Detta är kanske den svåraste och mest avancerade sektionen. Den behandlar de juridiska konsekvenserna av situationer/omständigheter där det uppstått avvikelser från eller störningar i Kontraktet överenskomna eller förutsatta händelseförlopp eller utföranden.

Igen har de aktuella bestämmelserna samlats i en sektion. Den är ömsesidig såtillvida att *vardera partens ansvar* regleras i denna sektion. Den är en nyhet både beträffande struktur och substans.

Klarhet och förutsägbarhet har ställts i focus. Målet har varit att uppnå ökad världsomspännande harmoni beträffande ansvarsregimen i skeppsbyggnadsprojekt.

Allt i allt rör det sig om en avancerad och spännande juridik, som skulle kräva längre analyser än vad som är möjligt i en översiktsartikel. Här görs bara några axplock ur innehållet.

- Force majeure – bas ICC modell, lång lista av olika fri-skrivande dröjsmål

- Builder's Guarantee (teknisk) – öppet för längre garantitid
- De egentliga ansvarsbestämmelserna ingår i en klausul (Responsibilities and Exclusions) – uppdelad i tre delar, nämligen, Byggarens Friskrivningsklausuler, Ömsesidiga Friskrivningsklausuler och Ansvarsklausuler. Klausulen är inte heltäckande, utan kontraktuellt ansvar enligt respektive rättssystem kan därutöver bli aktuellt.
- Knock for Knock principen gäller beträffande skador på egendom och person
- Försäkring, en klausul – mera detaljerade bestämmelser, också för regleringen försäkringsfall.
- Avbrott och upphörande (Suspension and Termination) – Parternas rätt att häva Kontraktet respektive påföljderna därav regleras ingående. Det är en komplicerad juridik hanterad så långt möjligt på ömsesidig bas, men då situationerna inte är lika med olika utfall som följd.
- Copyrights, Trademarks – igen ömsesidig
- Lösning av tvister (Dispute Resolution) – BIMCO's standardklausul bas. Fyra alternativa möjligheter. Ett enklare och snabbare lösningsalternativ i synnerhet för akuta tekniska tvister var en av de primära målsättningarna för arbetet. Klassen, Expert Determination eller Mediation är resultatet.
- Jurisdiction och lagval – Parterna kan välja, men om inget val gjorts gäller engelsk rätt med arbitration London.

Tack vare denna sektion blir Kontraktet klart mera balanserat och mera transparent än de andra modellerna.

Section 6 – Sundry

Här uppsummeras vissa bestämmelser om *själva Kontraktet*, dvs om tillämpningen av det, såsom hur kommunikationen mellan parterna skall ske, när Kontraktet träder ikraft och hur det kan överlåtas. Enkla men strikta regler måste gälla i ett standardkontrakt.

Part three

Annexes

Upplägget med bilagor skapar en solid kontraktuell bas för parterna att efter behov för tillägg och ändringar använda ett obegränsat antal bilagor. De utgör en integrerad del av Kontraktet. Bilagorna kan i princip integreras utan att själva kontraktstexten behöver ändras där det inte är avsikten. En referens är tillräcklig för att bibehålla klarheten. En av de stora fördelarna med Boxlay-out- och Bilagesystemet är att komersiella och tekniska uppgifter kan inarbetas utan den juridiska villkorstexten behöver påverkas. Uppmärksamhet måste dock iakttagas beträffande boxar, referenser och crossreferenser.

Helt nya klausuler

De allmänna grundläggande principerna och kutymerna inom skeppsbyggandet har bevarats och kodifierats. De känns igen redan i innehållsförteckningen, om ock i en ny design, Man har inte försökt uppfinna hjulet på nytt, men har gett det nya däck.

Kontraktet innehåller emellertid några helt nya klausuler, nämligen

- Protective Coatings
- Green passport
- Source of origin
- Compulsory Guarantees
- Expert Determination

De tre förtsnämnda motiveras av vikten av att betona miljömedvetenheten i moderna skeppsbyggnadsprojekt. BIMCO vill med dessa demonstrera ett aktivt miljöengagemang. De två sistnämnda är ägnade att befrämja ett snabbare och smidigare genomförande av skeppsbyggnadsprojekt, vilket är en allmän önskan inom näringen.

Utelämnade klausuler

Utöver det som intagits i Kontraktet diskuterades och övervägdes en mängd i och för sig aktuella dimensioner och alternativ för olika skeppsbyggnadskontrakt. Utgångspunkten var dock att skapa ett allmänt *standardavtal*. Därför utelämnades exceptionella och specifika frågeställningar. Kraven på ett möjligast balanserat kontrakt medförde att s.k ”smart clauses” undveks. Kontraktet strävar till att vara både parts- och konjunktur neutralt.

Det kan dock nämnas att i Kontraktet inte intagits någon valuta- eller eskaleringsklausul eller en klausul om förtida leverans. Ej heller har man formulerat några viten för andra avvikelser än de som reglerats i Section 2. För samtliga dessa frågor konstaterades ämnet vara för specifikt och exceptionellt för att regleras generellt. Ifall behov föreligger är skraddarsydda klausuler att föredraga.

Kontraktet är baserat på att äganderätten till faryget övergår till Beställaren vid leverans, vilket är den helt dominerande regeln idag. Möjligheten att som alternativ ha en tidigare successiv tidigare äganderättsövegång föreslogs. Det skulle dock ha medför så många andra alternativa förändringar i kontraktsupplägget att öveskådligheten skulle ha äventyrats.

Eftersom Kontraktet är mera omfattande än de andra existerande modellerna är det naturligtvis möjligt att parterna önskar att någon eller några bestämmelser skall utgå. Med kontraktets struktur är det i så fall förhållandevis enkelt att då helt stryka klausulen eller bestämmelsen i fråga eller ersätta den med en ny i form av en bilaga utan att kontraktets användning i övrigt äventyras. Det faktum att man t.ex. inte önskar någon av de ny klausulerna utgör m.a.o. inte ett hinder för att i övrigt använda kontraktet.

Materiella förbättringar.

Ovan har främst dokumenttekniska och formella karakteristika beskrivits, men kontraktet innehåller också ett flertal materiella förbättringar och innovationer som endast fragmentariskt berörts.

Följande korta sammanfattande uppräknig av de mest framträdande belyser dimensionen av den aspekten:

- Beställarens förhållande till klassen definieras klarare,
- IMO's rekommendation om det s.k. gröna passet och bestämmelser om skyddande bestrykning har inkluderats i Kontraktet
- mera uttömmande regler för produktionsprocessens framskridande såsom användning av underleverantörer, godkännande av ritningar, ändringar, inspektioner, tester och Beställarens leveranser,
- mekanismer för undvikande av förseningar av leverans vid mindre fel,
- enhetliga regler för viten
- klara regler gällande parternas finansiella garantier,
- färdigt utformade garantitexter, granskade av bankjurister (förhoppningsvis godkännes de som standard för branchen)
- harmoniserade återbetalningsregler vid kancellering,
- klarare regler för parternas legala ansvar vid avvikelser från de avtalade villkoren eller förutsättningarna; det gäller tillåtna förseningar, säljarens tekniska garanti, parternas kontraktuella ansvar och friskrivningar, försäkringar och kancellering; reglerna har såvitt möjligt gjorts ömsesidiga (en enhetlig juridisk regim för internationell skerppsbyggnad eftersträvas),
- en begriplig force majeure klausul, med en enkel kontrollista för force majeure- eller andra tillåtna försenings-händelser,
- reglerna för leveransen av fartyget är sammanfattade i en sektion, en handlingsmanual inklusive förteckning över dokumentationen överskådlig för alla berörda,
- specificerade regler för fördelning av försäkringsersättningar

- moderniserade lösningar för lösande av dispyter med olika alternativ (klassen, expert, medling eller arbitration) beroende på dispytens natur och parternas vilja och beredskap för en uppgörelse.

Även om avsikten inte varit att i någon större utsträckning ändra på skeppsbyggandet materiellt är det klart att det mera utförliga kontraktet, såsom exemplen ovan visar, tillför skeppsbyggandet ny och ökad juridisk substans.

8 Kontraktets användbarhet

Som sammanfattning kan konstateras att Kontraktet är i första hand ett nytt alternativ att användas av parterna i ett skeppsbyggnadsprojekt.

Målsättningen är att det skall kunna tjäna som Benchmark för internationella skeppsbyggnadsprojekt.

Det kan användas som sådant eller som bas med ändringar, tillägg och strykningar.

Vissa enskilda "stand alone"- klausuler kan också användas separat.

Det kan användas för alla typers fartyg, men är i första hand utformat för tankers, bulkers och containerfartyg. Ifall det användes för andra fartygstyper krävs vissa tillägg, för vilka utrymme reserverats.

Det kan användas av stora och små parter och i den jurisdiction parterna önskar.

Det är ett globalt kontrakt, som kan användas internationellt och nationellt.

Dess funktionella struktur, dess klarhet och förutsägbarhet, dess enkla och konsekventa språkbruk gör det användarvänligt.

Boxlayout'en underlättar kontratsförhandlingarna.

Det är mera balanserat och marknads- och konjunktur neutralt.

Den mer uttömmande behandlingen av aktuella frågeställningar minskar risken för dispyter. Ett genomtänkt arrangemang för ömsesidiga finansiella garantier och ömsesidiga kancelleringsbestämmelser som uttalade delar av Kontraktet är goda tidsaktuella exempel på detta.

Plattformen på vilken parterna börjar förhandlingarna har höjts väsentligt i detta Kontrakt.

Det ger tidsbesparingar och skapar en bättre grund för goda relationer under skeppsbyggnadsprojektets förverkligande, både under förhandlingarna och under byggnadsskedet och vid

leveransen.

Slutligen är det viktigt att notera att Kontraktet finns tillgängligt elektroniskt (BIMCO Idea). Parterna kan sålunda snabbt och säkert ingå avtalet i en elektroniska miljö.

Beträffande Kontraktets användbarhet är det viktigt att observera att det inte är ett slutligt avtal. Det är endast ett standard- ett modell-avtalsformulär, en plattform för förhandlingar mellan parterna, som sådant mångsidigt och flexibelt. Parterna förutsätts vardera bidra till det slutliga avtalet i enlighet med sina respektive önskemål och intressen. Den högre plattformen ger ett vitt spektrum av möjligheter men ställer också krav på parternas observans och professionalitet.

Om "claims co-operation clause"
i reassuransekontrakter og
tolkningsmomenter i lys av
nyere rettsavgjørelser

Agnar Langeland

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	61
2	HVA ER EN SAMARBEIDSKLAUSUL (CLAIMS CO-OPERATION CLAUSE)	63
3	INFORMASJONSKLAUSULER (CLAIMS INFORMATION CLAUSE)	67
4	CLAIMS COOPERATION CLAUSE – TOLKNINGSMESSIGE MOMENTER ETTER NORSK RETT	69
4.1	Kort om alminnelig tolkningsmessige prinsipper	69
4.2	Norsk rettspraksis	70
4.3	Engelsk rettspraksis	73
4.4	Konklusjon rettspraksis:	76
4	KORT OM FORHOLDET MELLOM CCC-KLAUSULER OG FOLLOW THE SETTLEMENT-KLAUSULER (FS)	77
5	KONKLUSJON	79

1 Innledning

Forholdet mellom forsikringsselskapet (også omtalt som cedenten eller den reassurerte) og deres reassurandører har endret seg i forhold til situasjonen på 1980- og 1990-tallet. Reassurandørene er i dag i større grad styrt av finansielle mål og deres opptreden er mer diktert av kontraktens rettigheter og plikter enn det tradisjonelle langsiktige forretningsperspektivet som i stor var basert på "Gentlemen's Agreement". Man kan godt si at det har funnet sted en rettsliggjøring av forholdet.

Utviklingen forsterkes av at mange reassurandører har gått i "run off" og i noen tilfeller er administrasjon av forretningen overtatt av profesjonelle "run-off selskaper". Når et forsikringsselskap derfor skal kreve skader dekket på sine reassuransekontrakter og skaden knytter seg til forsikringsår noe tilbake i tid¹, vil ofte noen av reassurandørene være i "run off". Slike selskaper fokuserer primært på å begrense utbetalingene så mye som mulig og vil legge mindre vekt på markedsrenommè og et fremtidig forretnings samarbeid med det aktuelle forsikringsselskap.

I en slik verden blir reassuransekontraktens utforming, etterlevelse og tolkning viktig.

I denne artikkelen vil jeg se nærmere på en klausul i reassuransekontrakter som forekommer fra tid til annen, nemlig samarbeidsklausulen (på engelsk betegnet som claims co-operation clause, heretter kalt "CCC"). Jeg vil først å gi en kort redegjørelse om klausulens typiske utforming, gi eksempler på kontrakter hvor slike klausuler anvendes, se på hvordan de tolkes i henhold til nyere rettspraksis og til slutt se på hvilke forhold som er viktig å ta hensyn til i forbindelse med utformingen av slike klausuler. Avslutningsvis vurderer jeg og sameksistensen mellom en CCC-klausul og en "Follow the settlement"-klausul.

¹ Typisk for enkelte typer ansvarsskader og andre skader knyttet til langhalet forretning

I utgangspunktet er det to typer klausuler som er motstridende ved at den ene delvis opphever virkningen av den andre. Det foreligger flere avgjørelser som kaster lys over hvordan de to klausulene skal tolkes og anvendes i forhold til hverandre.

2 Hva er en samarbeidsklausul (claims co-operation clause)

CCC forekommer både i "excess of loss-kontrakter" (XL) og i proporsjonal reassuranse (for eksempel kvote- og excedent kontrakter). I begge tilfeller kan kontrakten være på fakultativ basis eller som kontraktsreassuranse. Klausulen er kanskje mest vanlig ved fakultativ avdekning av risiker.

Klausulen anvendes for å sikre at reassurandørene skal ha innflytelse over det underliggende skadeoppgjør mellom forsikrings-selskapet og forsikringstaker. Normalsituasjonen er at det i reas-suransekontrakter ikke finnes noen CCC. Når den dukker opp er det gjerne utløst av spesielle forhold. Bakgrunnen kan for eksempel være at reassurandørene har en svært stor andel av forretningen som tegnes og i realiteten sitter på den vesentligste del av risikoen (XL kontrakt med lavt excess punkt og høy limit eller cedentens egen deltakelse (i en proporsjonal kontrakt) er liten). En annen årsak kan være at reassurandøren ønsker kontroll med skadeoppgjøret ved spesielt store skader. Andre motiver kan være at reas-surandøren gjerne vil forsikre seg om at cedenten ikke inngår forlik som kan være diktert av andre forhold enn det som fremgår av vilkårene i originalpolisen. For XL-kontrakter med lavt excess-punkt og hvor vi står overfor en stor skade er det lett å forstå at reassurandørene vil ønske å ha en hånd på rattet. Den vesentligste del av skaden vil da være for reassurandørenes regning og de siste kronene vil i sin helhet være for reassurandørenes regning. I andre tilfeller kommer klausulen inn som en reaksjon (innstramming) på tidligere diskutabile skadeoppgjør.

I noen tilfeller er CCC-klausuler ikke direkte begrunnet i foran-nevnte, men i det forhold at vi står overfor en ny og relativt uerfaren cedent og hvor reassurandørene ønsker å bidra med sitt profes-jonelle apparat i forbindelse med større skadeoppgjør. Vi skal huske på at mange reassurandører også er direktetegnende

forsikringsselskaper og har således egen kompetanse knyttet til håndtering av skader under en primærpolise.

Enkelt sagt er en CCC-klausul en klausul som forplikter et forsikringsselskap å konsultere og samarbeide med sine reassurandører i forbindelse med håndtering av skader, inngåelse av avtale med forsikrede og utbetaling av det avtalte oppgjør. I en kjent dom som vi skal komme tilbake til senere nemlig *Insurance Company of Africa vs. Scor*² var klausulen i kontrakten formulert som følger:

”It is a condition precedent to liability under this re-insurance that all claims been notified immediately to the underwriters and the reinsured hereby undertake in arriving at the settlement of any claim, that they will co-operate with the underwriters and that no settlement shall be made without the approval of the underwriters”.

I denne klausulen ser vi for det første at det er et vilkår for dekning av en skade under kontrakten at den reassurerte har tilfredsstilt kravene i klausulen (condition precedent). Mislighold kan føre til at reassurandøren unnslipper hele skaden i stedet for den ellers normale sanksjonen i kontraktsforhold; en rett til erstatning dersom reassurandørene kan dokumentere tap som følge av cedentens manglende oppfyllelse av klausulens vilkår. Den reassurertes forpliktelser knytter seg til flere forhold:

- i) Alle skader i originalforholdet skal varsles umiddelbart til reassurandørene.
- ii) Den reassurerte garanterer overfor reassurandørene at han vil samarbeide med reassurandørene i forbindelse med at han forplikter seg i det underliggende skadeoppgjøret.
- iii) Den reassurerte garanterer at ingen utbetalinger vil bli foretatt uten godkjenning fra reassurandørene.

² *The Insurance Company of Africa vs Scor (UK) Reinsurance Company Ltd* [1985] 1 Lloyd’s Rep 312

Det finnes mange varianter av ovennevnte klausul. Et skille går mellom klausuler som ikke representerer en "condition precedent for liability" og de som oppstiller en slik rettsvirkning. Et annet skille går mellom klausuler som omhandler informasjon og samarbeid, men hvor det ikke kreves samtykke i forbindelse med forpliktelse og utbetaling fra cedentens side. En særlig variant av CCC er den såkalte Claims Control Clause som gir reassurandørene fullmakt til langt på vei å overta styringen med skadeoppjøret og ofte forestå selve oppjøret selv. Denne varianten vil ikke bli behandlet nærmere her.

Det er naturlig å si noen ord om den såkalte "Follow the settlement clause" (heretter og betegnet FS klausul) som oftest er den klausul som danner grunnlaget for reassurandørens forpliktelse til å betale for de underliggende skader. Reassurandørene skal i utgangspunktet følge cedenten i "tykt og tynt". CCC-klausulene vil derfor ofte komme inn som en modifikasjon av denne forpliktelsen og delvis oppheve virkningen av en slik ubetinget følgeplikt. En typisk FS-klausul er som følger:

"This reinsurance is subject to the same terms, clauses and conditions as the original policy and the reinsurer is to pay as may be paid thereon and to follow without question the settlement of the reinsured....".

Og en variant som er mer reassurandørvennlig:

"All loss settlements by the reinsured shall be binding upon reinsurers provided that such settlements are within the terms and conditions of the original policies and within the terms and conditions of this reinsurance".

Utgangspunktet er at reassurandørene skal følge den reassurerte i alle henseender og betale sin del av alle originalskader som gjøres opp. I internasjonal teori og rettspraksis er det antatt at de eneste innsigelser reassurandører har i behold i forhold til FS-klausul er

at cedenten ikke har opptrådt ”honestly and businesslike” i forbindelse med oppgjøret av originalskaden og/eller at polisen/risikoen er utenfor dekningsfeltet i reassuransekontrakten³.

³ Scor dommen og Hill vs Mercantile and General Insurance Company Plc [1996] 1 WLR 1239 (HL). I den siste dommen var det og stilt som krav i FS klausulen at reassurandørens forpliktelse var betinget av at skaden var innenfor originalpolisen. Dersom dette ikke er klart forutsatt, vil kravet være som formulert i Scor dommen: cedenten må ha opptrådt ”honestly and businesslike” ifm håndteringen av skadeoppgjøret.

3 Informasjonsklausuler (claims information clause)

En mer vanlig klausul i reassuransekontrakter er Claims Information Clause eller Claims Notification Clause. Disse pålegger den reassurerte en varslingsplikt under visse omstendigheter som kan være mer eller mindre presist definert. Vi vil i denne artikkel ikke behandle denne type klausuler spesifikt, men vil begrense oss til å nevne noen hovedspørsmål knyttet til denne type klausuler.

Klausulene kan være utformet på ulikt vis for eksempel slik at plikten til å informere utløses innen et visst tidspunkt etter at skade er anmeldt ("*immediately*" eller "*as soon as reasonable practicable*") eller for eksempel at det foreligger et potensielt tap ("*loss that gives rise to a claim*"). En annen variant er en plikt for den reassurerte til å informere dersom skaden med sannsynlighet vil nå opp til for eksempel 75 % av den reassurertes egenandel. Formuleringene er ofte generelle og begreper må tolkes. Hva menes f.eks med uttrykket "*loss that gives rise to a claim*" ? Normalt vil en objektiv norm bli lagt til grunn det vil si den vurdering en gjennomsnittlig kompetent og erfaren reassurert ville lagt til grunn. Det er ikke nok at den reassurerte selv hadde god grunn til å tro at tapet ikke ville materialisere seg i en anmeldt skade. Også uttrykkene "*immediately*" eller "*as soon as reasonable practicable*" krever aktsomhet fra den reassurertes side.

Plikten til å informere er normalt formulert som en garanti (warrant) og konsekvensen av brudd på garantien vil oftest være at reassurandøren kan ha krav på dokumentert tap som har oppstått som følge av manglende notifikasjon. I noen tilfeller kan informasjonsplikten være sanksjonert med en rett for reassurandøren til å avvise skaden fullstendig ved mislighold av informasjonsplikten. Oppfyllelse av garantien er i de tilfellene en absolutt betingelse for dekning av den aktuelle skade (condition precedent).

Selv om notifikasjonsplikten ikke er formulert som en "condi-

tion precedent” (som trolig er mest vanlig), kan grove brudd på informasjonsplikten likevel i visse tilfeller få mer alvorlige konsekvenser. Dersom for eksempel manglende informasjon fra den reassurerte skyldes grov uaktsomhet og har alvorlige konsekvenser for reassurandøren kan følgene bli alvorlige, særlig ved gjentatte brudd på informasjonsplikten. Under engelsk rett er det antatt at konsekvensen da kan bli at reassurandøren kan bli fritatt for dekning av skaden eller løses fra hele reassuranseavtalen. Etter norsk rett kan resultatet trolig bli det samme basert på prinsippene om heving av kontrakt ved vesentlig kontraktsbrudd.

4 Claims cooperation clause – tolkningsmessige momenter etter norsk rett

Det foreligger svært lite rettspraksis i Norge på reassuranseområdet. De fleste tvister løses gjennom forhandlinger og ved tvist er det som ofte voldgift som er avtalt i kontrakten. Svært få voldgiftsavgjørelser er offentliggjort. I desember 2006 ble det imidlertid avsagt en interessant dom i Borgarting som gjelder tolkning av en CCC-klausul. I engelsk rett er det en omfattende rettspraksis knyttet til tolkning av CCC-klausuler og i de senere år er det avsagt flere dommer som klargjør rettstilstanden på dette området ytterligere under engelsk rett.

4.1 Kort om alminnelig tolkningsmessige prinsipper

Dersom reassuranseavtalen er underlagt norsk rett vil alminnelige norske tolkningsmessige prinsipper bli lagt til grunn for å fastlegge klausulens rekkevidde. I tillegg vil normalt retten se hen til både norsk og utenlandsk rettspraksis. Utenlandske rettskilder er særlig aktuelt på reassuranserettens område hvor begrenset norsk rettspraksis kan suppleres med rettsavgjørelser både etter kontinental og ikke minst angloamerikansk rett. Dette ble og synliggjort i nevnte dom av 12. desember 2006, se nedenfor.

I tillegg vil internasjonal markedspraksis og kutyme være relevante tolkningsfaktorer på reassuranserettens område fordi svært mange reassuransekontrakter er av internasjonal karakter. I Norge er det typiske mønster at cedenten er norsk og reassurandørene er utenlandske. Det er alminnelig antatt at det eksisterer en internasjonal praksis og kutyme innenfor reassuranserettens område. Dersom et slikt tolkningsmoment skal bli tillagt vekt i en tvist, må innholdet i en "fast og varig praksis" dokumenteres av den part som anfører dette.

Utgangspunktet etter norsk rett er at avtalene skal tolkes objektivt, dvs på en slik måte som en forstandig part i et kontraktsforhold av samme type vil oppfatte ordlyden i kontrakten. Det vil bli lagt til grunn at man har å gjøre med profesjonelle parter og dersom ordlyden er uklar eller taus på visse punkter vil forholdet kunne bli tolket i mot den part som burde sikret en klarere utforming⁴.

Etter norsk rett vil og omstendighetene rundt avtaleinngåelsen og de forutsetninger som partene har lagt til grunn være relevante tolkningsmomenter. Denne tolkningstradisjonen avviker spesielt fra engelsk rett hvor en objektiv tolkning stort sett begrenser seg til hva alminnelige forstandige forretningsmenn innenfor samme bransje vil legge i ordlyden, slik den fremstår i avtalen. Det er derfor viktig å være oppmerksom på dette forholdet når en leser engelske rettsavgjørelser og de konklusjoner som retten trekker på grunnlag av en avtaletekst. Resultatet kan i noen tilfeller bli annerledes etter norsk rett hvor retten står friere og kan trekke inn flere tolkningsmomenter.

4.2 Norsk rettspraksis

I Borgarting lagmannsretts dom av 12. desember 2006⁵ var temaet blant annet tolkning av en CCC-klausul og om cedenten hadde oppfylt vilkårene i CCC-klausulen. Fem utenlandske reassuranseselskaper ble frifunnet for kravet. Den reassurerte (Gjensidige) hadde brutt kravene som var oppstilt i samarbeidsklausulen (CCC) ved å unnlate å varsle reassurandørene før selskapet erkjente ansvar og foretok utbetaling. Etter reassuranseavtalens ordlyd medførte pliktbrudd at reassurandørenes ansvar falt bort.

Samarbeidsklausulen (CCC) i kontrakten lyder slik:

”Notwithstanding anything herein contained to the contrary, it is a condition precedent to any liability under this reinsurance that:

⁴ Jf Rt 2002-1155 øverst på s 1159

⁵ LB-2005-136447

- i) The Reinsured shall, upon knowledge of any circumstances which may give rise to a claim hereunder, advise the Reinsurer as soon as possible;
- ii) The Reinsured shall furnish the Reinsurer with all information available respecting such claim or claims and shall cooperate with the Reinsurer in the adjustment and settlement thereof;
- iii) No settlement and/or compromise shall be made and no liability admitted without the prior approval of the Reinsurer.

All other terms and conditions remain unchanged".

Samarbeidsklausulen slår for det første fast at oppfyllelse av klausulen er en betingelse for at reassurandørene skal være forpliktet til å utbetale sin del av skaden (condition precedent). For det andre pålegger den cedenten å varsle reassurandørene "upon knowledge of any circumstances which may give rise to a claim hereunder, advice the Reinsurers as soon as possible". Dette innebærer at cedenten har plikt til å varsle selv om skaden ikke er fullstendig klarlagt, konstatert, forpliktet eller utbetalt. Varsel skal gis så snart som mulig. Det er nok at cedenten har kjennskap til omstendigheter som kan gi opphav til en skade. For det tredje pålegger den cedenten å fremskaffe all tilgjengelig informasjon knyttet til skaden og samarbeide med reassurandørene både i skadeoppgjøret og utbetalingen. Til slutt forutsetter klausulen at det gis et konkret samtykke før skaden betales eller enighet oppnås. Klausulen går svært langt i å legge plikter på cedenten og er strengere enn andre typiske CCC-klausuler.

Cedenten (Gjensidige) hadde erkjent brudd på varslingsplikten og retten måtte derfor vurdere klausulens rekkevidde og særlig om manglende etterlevelse av klausulens bestemmelser skulle innebære at reassurandørenes skulle fritas for ansvar ("condition precedent") eller om andre forhold kunne trekke i annen retning.

Tingretten kom til at reassurandørene likevel måtte betale fordi tingretten innfortolket et krav til årsakssammenheng mellom manglende varsling og det tap reassurandørene måtte dekke. I og med at retten konstaterte at manglende varsling ikke hadde hatt betydning for reassurandørenes tap ble de dømt til å betale. Mislighold av CCC klausulen hadde altså ikke påført reassurandørene tap og kravet om etterlevelse av klausulen som en betingelse for dekning ble derfor modifisert.

Dommen ble anket og lagmannsretten kom til motsatt resultat. Lagmannsretten vurderte også om det var grunnlag for å innfortolke et krav til årsakssammenheng, men forkastet dette. Begrunnelsen var at klausulen og dens utforming ikke var gjenstand for forhandlinger ved etableringen av reassuranseavtalen og det var derfor ikke grunnlag for å slå fast at noen av partene hadde en avvikende forståelse av bestemmelsen. Klausulen måtte derfor tolkes objektivt som den forelå og etterlevelse var et vilkår for dekning.

Lagmannsretten vurderte deretter om det forelå andre forhold rundt Gjensidiges manglende oppfyllelse av kontrakten som kunne moderere Gjensidiges varslingsplikt i henhold til ordlyden. Den kom til at dette ikke var tilfelle. Man trakk videre paralleller til utenlandsk teori og rettspraksis og blant annet til saken mellom Gan Insurance Company Ltd of London og Tai Ping Insurance Company Ltd, jfr nedenfor. Ettersom det var utvilsomt at CCC-klausulen var brutt og at oppfyllelse av denne var en betingelse for reassurandørens ansvar for den underliggende skade, ble reassurandørene frifunnet. Dommen fra Borgarting ble ikke anket og er rettskraftig.

Det ville vært interessant å se hva utfallet ville blitt i Høyesterett ettersom tingrett og lagmannsrett kom til ulikt resultat. Det er særlig spørsmålet om det er rimelig å innfortolke et krav til årsakssammenheng som er interessant. Bør det forhold at det ikke er sammenheng mellom cedentens brudd på CCC klausulens varslingsplikt og reassurandørenes tap få betydning for rettsvirkningene av overtredelsen?

Etter min mening er dommen streng ved at den først og fremst bygger på en ordlydsfortolkning av kontrakten. Lagmannsretten viser i den forbindelse til at internasjonal praksis og forståelse må tillegges vekt særlig når kontrakten er internasjonal og sakens parter har tilknytning til flere land. Rettens henvisning til engelske rettsavgjørelser kan tyde på at retten praktiserer en strengere ordlydsfortolkning enn det som uten videre følger av norsk rett. På grunn av forskjeller mellom engelsk og norsk tolkningstradisjon skal en være varsom med å anvende engelske rettsavgjørelser i rene tolkningsmessige spørsmål. I dommen fra Borgarting ble det særlig vist til den engelske dommen mellom Gan og Tai Ping hvor tolkning av kontrakten og referansen til "condition precedent" var det helt sentrale tolkningsmomentet for den engelske domstolen og det var lite handlingsrom for andre momenter.

En avgjørelse i HR kunne klargjort om den strenge ordlydsfortolkning som Borgarting la til grunn var riktig.

4.3 Engelsk rettspraksis

Av utenlandske rettsavgjørelser har særlig saken mellom Insurance Company of Africa vs. Scor i 1985 dannet grunnlaget for tolkning og anvendelse av CCC-klausuler gjennom 1980 og 90 tallet. I 2001 forelå avgjørelse i saken mellom Gan vs. Tai Ping⁶ som representerte en interessant videre utvikling.

Forholdet der var at Tai Ping (TP) hadde en 30 % andel i en ansvarsforsikring utstedt til W og som dekket maskinskade i byggeperioden i forbindelse med oppføringen og installasjon av en næringseiendom på Taiwan. TP reassurerte 3% av sin andel med Gan. En brannskade på maskinene oppstod og TP gjorde opp med W og krevet skaden under reassuransen med Gan. Gan hevdet at TP hadde brutt CCC-klausulen og fikk ble fritatt for å dekke kravet.

CCC klausulen lød som følger:

⁶ Gan Insurance Co Ltd vs Tai Ping Insurance Co Ltd, No 2 [Lloyd's Rep IR 291]

”It is a condition precedent to any liability under this policy that

- i) The reinsured shall, upon knowledge of any circumstance which may give rise to a claim against them, advise the reinsurers immediately and in any event not later than 30 days.
- ii) The reinsured shall co-operate with reinsurersin the investigation and assessment of any loss and or circumstances giving rise to a loss.
- iii) No settlement and/or compromise shall be made and liability admitted without the prior approval of reinsurers”.

Hovedpunktene i rettens avgjørelse kan oppsummeres som følger:

- Etterlevelse av CCC-klausulen er en betingelse for dekning av skaden.
- Samtykke skal foreligge fra reassurandørene før det foretas utbetaling eller inngås avtale om dekning (compromise). Samtykke skal foreligge før ansvaret er erkjent. Det er ikke nok at dette innhentes før utbetaling foretas.
- Det er ikke grunnlag for å innfortolke et krav om at reassurandørene skal ha saklig grunn for å nekte samtykke. Reassurandørenes vurdering og beslutning må riktignok utøves ”in good faith” og han må, når sammenhengen tilsier det, fatte sin beslutning innen rimelig tid jf prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold i norsk rett. Dersom reassurandøren spekulerer i å tilbakeholde et samtykke kan han komme i ansvar gjennom en slik opptreden. Bevisbyrden for at reassurandøren ikke har opptrådt ”in good faith” ligger på cedenten⁷.

⁷ Retten uttrykker det slik: ” It is a right to be exercised in good faith after consideration of and on the basis of the facts giving rise to the claim and not with reference to consideration wholly extraneous to the subject matter of the particular reinsurance or arbitrarily. It is to be exercised by considering the claim as a whole.”

Basert på *Gan vs. Tai Ping*-dommen bør en være oppmerksom på følgende (særlig under engelsk rett men og stort sett under norsk rett): Det er viktig at CCC-klausulen etterlevs og følges opp i praksis. Dersom en erkjenner ansvar eller gjør opp skaden uten samtykke fra reassurandøren, må en være forberedt på at skaden ikke er dekningsmessig overfor reassurandørene med mindre en kan dokumentere at reassurandørens samtykke eventuelt er holdt tilbake i strid med prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold ("good faith"). Dersom cedenten ikke har inngått avtale om oppgjør i primærforholdet, er det derimot vanskeligere for reassurandøren å motsette seg betaling.

Og sist men ikke minst er det viktig å tenke gjennom utformingen av fremtidige CCC-klausuler og sørge for at de legger færre byrder på den reassurerte⁸ og at ordlyd og betingelser er klare.

For reassurandørene innebærer *Gan vs Tai Ping* dommen at de har styrket sin posisjon i forhold til spørsmålet om rekkevidden av en CCC-klausul. Og hvis reassurandørene holder tilbake sin godkjenning, er det cedenten som må dokumentere at slik tilbakeholdelse skjer "in bad faith".

I dommen mellom *Eagle Star B v Cresswell* fra 2004⁹ var temaet blant annet om ordlyden i kontrakten måtte forstås slik at etterlevelse av CCC-klausulen var en *condition precedent*. Spørsmålet kom opp fordi dette ikke var klart uttrykt i kontrakten. Ordlyden på dette punkt var:

"Underwriters hereon shall control the negotiations and settlements of any claims under this policy. In this event the underwriters hereon will not be liable to pay any claim not controlled as set out above."

Retten kom til at måten ordlyden var formulert på innebar i realiteten at etterlevelse var en "condition precedent". Det var ikke

⁸ Sett fra norske forsikringsselskapers side

⁹ *Eagle Star Insurance Co Limited vs J N Cresswell and Other* [2003]

nødvendig at man brukte det presise juridiske uttrykket så lenge realitetene i ordlyden var de samme. Resultatet ville nok blitt det samme i Norge.

4.4 Konklusjon rettspraksis:

I Norge er rettstilstanden knyttet til forståelsen og rekkevidden av en samarbeidsklausul fortsatt uklar ettersom det kun foreligger en avgjørelse fra Borgarting som konkret omhandler dette tema. Under engelsk rett er rettstilstanden rimelig klar og er blitt tydeliggjort gjennom flere rettsavgjørelser i de senere år. En skal imidlertid være forsiktig med å trekke for sterke paralleller mellom norsk og engelsk rettspraksis. Til det er forskjellen i tolkningstradisjoner for stor. Etter min mening er avgjørelsen i Borgarting i Gjensidige saken i for stor grad bygget på engelsk rettspraksis og tolkning.

Fra *Gan vs Tai Ping* dommen kan det utledes en rekke forhold som og vil være viktig for norske cedenter/forsikringsselskaper å fokusere på: Det er viktig at CCC-klausulen etterlevs og følges opp i praksis. Dersom en erkjenner ansvar eller gjør opp uten samtykke fra reassurandøren må en legge til grunn at skaden ikke er dekningsmessig med mindre en kan dokumentere at reassurandørens samtykke er holdt tilbake "in bad faith". Dersom cedenten ikke har forpliktet seg eller betalt, er det vanskeligere for reassurandøren å motsette seg betaling. Det er ikke et krav at en CCC klausul bruker betegnelsen "condition precedent" for at klausulen skal få rettsvirkninger i tråd med intensjonen. Det er realitetene i ordlyden som er avgjørende. Og sist men ikke minst er det viktig å tenke gjennom utformingen av fremtidige CCC-klausuler og sørge for at de legger færre byrder på den reassurerte og at ordlyd og betingelser er klare.

5 Kort om forholdet mellom CCC-klausuler og Follow the settlement-klausuler (FS)

Motivet for å bringe inn en CCC-klausul vil som oftest være å begrense konsekvensen av en følgepliktsklausul og sikre at de underliggende skader som reassurandøren skal betale i henhold til FS-klausulen er profesjonelt håndtert.

I utgangspunktet skulle en tro at slike klausuler var gjensidig utelukkende ettersom FS klausuler (jfr. punkt 1 ovenfor) først og fremst skal sikre at reassurandøren, på bredt grunnlag, skal følge alle oppgjør som cedenten foretar i primærforholdet. Dersom det foreligger en FS-klausul er utgangspunktet at innsigelsene som reassurandøren kan fremme er svært begrenset. Reassurandøren og cedenten er i samme båt og cedenten skal kunne stole på at han får oppgjør fra sine reassurandører. Likevel ser en at CCC-klausuler tas inn i kontrakter med FS-klausul og siktemålet er at reassurandørene vil ha innsyn og styring med erstatningsutbetalingene i primærforholdet. Ofte mangler kontrakten en nærmere regulering av forholdet mellom de to klausulene. Spørsmålet er derfor hvordan forholdet blir mellom de to klausulene når CCC-klausulens betingelser er brutt samtidig som FS-klausulen legger klare føringer for oppjøret. Dette ble blant annet belyst i *Eagle Star vs. Cresswell*¹⁰ hvor spørsmålet var som følger: Var reassurandørene forpliktet i henhold til FS-klausulen uavhengig av eventuelt brudd på CCC-klausulen?

Retten kom til at FS-klausulen måtte stå tilbake for et eventuelt mislighold fra cedenten med hensyn til CCC-klausulen. Dersom reassurandørene ikke hadde gitt samtykke til primæroppjøret og ikke hadde hatt nødvendig kontroll i forbindelse med forhandlinger og oppgjør ble de ikke ansett for å være ansvarlig. CCC-klausulen,

¹⁰ Se fotnote 9

som var formulert som en "condition precedent" klausul ble altså gitt forrang. Den samme løsningen ble lagt til grunn i Score saken hvor CCC-klausulen ble sett på om en begrensning av FS-klausulen og dersom denne var brutt ble reassurandørene ikke holdt ansvarlig.

Spørsmålet er hvordan de nevnte engelske rettsavgjørelser vil stå seg i forhold til norsk rett. Avgjørelsene er basert på engelsk tolkningstradisjon med stor vekt på avtalens ordlyd. Etter norsk rett vil det være større rom for å gå inn i omstendighetene rundt avtaleinngåelsen og se om forutsetninger mellom partene kan trekke i en annen retning. Vurderingstema kan med andre ord bli noe bredere enn det som er lagt til grunn i de nevnte engelske avgjørelser.

6 Konklusjon

Rettsliggjøringen av forholdet mellom cedent og reassurandør er blitt tydeligere de senere år. Det er viktig for norske forsikringselskaper, som kjøper reassuranse primært hos internasjonale aktører, å fokusere sterkere på utformingen av de reassuranseavtalene som brukes. De fleste reassuranseavtaler for norske selskaper er underlagt norsk rett. Utformingen er imidlertid sterkt preget av internasjonal og særlig engelsk reassuranserett. Klausulene er ofte hentet fra Loyds' standardklausuler eller fra det engelske markedet for øvrig (Boilerplate). I forbindelse med tolkning og vurdering av rekkevidden for de samme klausuler foreligger det hovedsakelig internasjonale rettskilder. Denne kombinasjonen av internasjonale/engelske kontraktvilkår og norsk rett og jurisdiksjon representerer en betydelig utfordring. Avgjørelser av tvister under kontrakten i Norge etter norsk rett kan til dels gi avvikende resultat i forhold til den etablerte rettstilstand i de jurisdiksjoner hvor klausulene er konsipert og praktisert. Det er derfor både riktig og nødvendig å foreta en kritisk gjennomgang av de sentrale klausulene i reassuranseavtalene som inngås i Norge under norsk rett.

Og, rent konkret, i den grad man opererer med en CCC-klausul, er det min vurdering at både norske og internasjonale domstoler og voldgiftspaneler vil bedømme disse forholdsvist strengt. En kan ikke basere seg på at retten vil "reformulere" ordlyden i avtalen i et forsøk på å motvirke uheldige konsekvenser. Dommen i Borgarting mot Gjensidige er et eksempel på dette, likeledes de øvrige dommer fra engelsk rett som er nevnt i denne artikkelen. Praksis er også streng med hensyn til å innfortolke andre betingelser og prinsipper i en CCC-klausul. Også forholdet mellom CCC klausulen og en eventuell FS-klausul bør vurderes nøye.

I engelsk rett ser en at det er innfortolket et prinsipp om at reassurandørens samtykke må utøves "in good faith", men det gir i praksis begrenset hjelp til cedenten. Det er også viktig å avklare

om etterlevelse av kontrakten skal være en absolutt ” condition precedent” eller ikke. Også her er rettspraksis streng med hensyn til følgene av mislighold”.

Til slutt vil jeg også understreke en paktisk side ved CCC-klausulen. Reassuransekontraktene lever ofte sitt eget liv i større forsikringsselskaper og oppfølging og inndrivelse av skader overfor reassurandørene gjøres ofte av avdeling for ”Utgående reassuranse”. Dette miljøet er ofte atskilt fra de som tegner primærforretningen og gjør opp primærskadene. Dersom en har CCC-klausuler i reassuransekontraktene, er det svært viktig at det etableres gode rutiner mellom de to miljøene. Dersom slike rutiner ikke er etablert, er risikoen tilstede for at en misligholder sin plikt til å varsle reassurandørene om skader der hvor en slik plikt foreligger. Dette gjelder ikke minst dersom CCC-klausulen har en utforming som den vi så i saken mot Gjensidige hvor varslingsplikten ble utløst allerede *”upon knowlegde of any circumstances which may give rise to a claim hereunder”*.

Sjørettsfondets utgivelser

Sjørettsfondet fremmer forskning innen sjørett, transportrett, petroleumsrett, energirett og beslektede juridiske emner. I tidsskriftet *Marlus*, inkludert *Scandinavian Institute Maritime and Petroleum Law Yearbook (SIMPLY)*, publiserer studenter og forskere sine arbeider. Fondet utgir også pensumlitteratur for studenter.

Tidsskriftet *Marlus* - siste utgaver

- 381 JOHANSEN, Therese Locus standi for environmental organisations before the European Court of Justice – implications of the Århus Convention. 2009. 90 s.
- 382 ULVUND
LØVGAARD, Sindre Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming? En analyse av gjeldende rettsregler for bygging av offshore vindkraft, og en vurdering av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk. 2009.134 s.
- 383 DENISOVA,
Ekaterina The Role of Environmental Civil Liability in Regulation of Marine Oil Pollution in Norway. 2009. 84 s.
- 384 MUNTHE-KAAS,
Hugo A. B. Direktekrav mot en P&I assurandør når sikrede er insolvent. En komparativ analyse av rettstilstanden i russisk, amerikansk og europeisk rett. 2009. 158 s.
- 385 FJÆRVOLL-
LARSEN, Andreas Supplyrederens rett til ansvarsbegrensning når skipet er ute av drift. En studie av SUPPLYTIME 05 kl 13(b). 2009. 92 s.
- 386 SØDAL, Ellen Karina
og MELLINGEN,
Karen Elektroner på utenlandsreise. Konsesjonsregimet for utveksling av elektrisitet i lys av EØS-avtalen. 2009. 224 s.

Bøker utgitt av Sjørettsfondet

- Syversen, Jan: **Skatt på petroleumsutvinning**. 762 s. 1991. ISBN 82-90260-33-4
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, Sanfelt, Scheel og Thoresen: **Skipsfart og samarbeid**. Maritime joint ventures i rettslig belysning. 1119 s. 1991. ISBN 82-90260-34-2
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: **Håndbok i kaskoforsikring** På grunnlag av Norsk Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993. 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. ISBN 82-90260-36-9
- Røsæg, Erik: **Organisational Maritime Law**. 121 s. 1993. (Utsolgt)
- Nygaard, Dagfinn: **Andres bruk av utvinningsinnretninger**. 365 s. 1997. ISBN 82-90260-40-7
- Bull, Hans Jacob: **Hefte i sjøforsikringsrett**. 60 s. 2. utg. 1997. (Utsolgt)
- Michelet, Hans Peter: **Håndbok i tidsbefraktning**. 600 s. 1997. ISBN 82-90260-31-8
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter Graver: **Næringsreguleringsrett** 187 s. 1998. ISBN 82-90260-42-3
- Brautaset, Are, Eirik Høyby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet: **Norsk Gassavsetning - Rettslige hovedelementer** 611 s. 1998. ISBN 82-90260-43-1
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, Amund Lunne: **Den nye reguleringen av oppstrøms gassrørledningsnett**. 344 s. 2005. ISBN 89-90260-47-4
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: **Sjørett**. 7. utg. 602 s. 2010. ISBN 978-82-90260-48-9

Ny distribusjonsordning

Bøker, pensum og tidsskriftet *MarIus* distribueres nå via nettbokhandelen Audiatur og andre bokhandler. Nordisk institutt for sjørett håndterer ikke lenger bestillinger.

Informasjon om priser på enkeltnummer av *MarIus* er oppdatert på www.audiatur.no <Bokhandel. For bestilling, klikk på Sjørettsfondets banner nede til venstre på siden.

Fullstendig oversikt over Sjørettsfondets utgivelser finnes på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: www.jus.uio.no/nifs/forskning/publikasjoner

Tidsskriftet *MarIus* – ny abonnementsordning

Til nå har det vært mulig å abonnere på enkeltnummer og innbundet årgang. Fra årgang 2010 tilbyr Sjørettsfondet abonnement med flere valgmuligheter:

A: Alle utgaver

B: Innbundet årgang

C: Sjørett (på norsk og engelsk)

D: Petroleums- og energirett (på norsk og engelsk)

E: Utgaver på engelsk, inkludert SIMPLY
(både sjørett og petroleums- og energirett)

F: SIMPLY

For å tegne abonnement, send epost til: kontakt@audiatur.no
Prisen vil variere med sidetall per publikasjon og antall utgivelser i året. Faktura basert på kostnader sendes i etterkant et par ganger i året. For de 17 utgavene utgitt i 2009 blir prisen drøyt 3 000 kroner for abonnenter.

NY AKTUELL FAGLITTERATUR

Mikaela Björkholm

Fri rörlighet i Europa ur ett sjöarbetsrättslig perspektiv

Boken tar for seg hvilket handlingsrom EU-statene har innenfor sjøarbeidsretten, sett i lys av EU-traktatens bestemmelser om fri bevegelse.

I fokus står både sjømannens og rederens rett til fri bevegelse. I et sjøarbeidsrettslig perspektiv aktualiserer dette to sentrale spørsmål; dels forholdet mellom den offentligrettslige reguleringen av arbeid til sjøs og sjømannens rett til fritt å velge under hvilket flagg han vil arbeide, dels hvordan den kollektive arbeidsretten forholder seg til rederens rett til å fritt velge hvor han vil registrere sitt fartøy og drive sjøtransporttjenester.

På grunn av sjøfartens internasjonale karakter og betydning for verdenshandelens transport reguleres sjøfart og arbeid til sjøs i stor grad i mellom statlige overenskomster. Selv om EU-retten forholder seg til de internasjonale reglene, finnes det forskjeller mellom statenes folkerettslige og EU-rettslige forpliktelser. Derfor undersøkes medlemsstatenes handlingsrom også i spenningsfeltet mellom EU-rett og folkeretten på de områdene boken behandler.

Boken tar utgangspunkt i de spesielle problemstillingene som oppstår i sjøfarten. I tilknytning til bokens ene hovedtema – sjømannens rett til fri bevegelse – behandles bemanningskrav, sjømannsbeskatning og støtteordninger til skipsfarten. Under det andre hovedtemaet – rederens rett til fri bevegelse – behandles konflikten mellom rederens rettigheter og fagforeningenes interesse i å motvirke utflagging og lav lønnskurransse.

ISBN 9788205394179 • 506 sider • kr 750,-

Boken kan bestilles i bokhandelen eller kjøpes direkte fra forlaget:

E-post: kundeservice@gyldendal.no Telefon: 23 32 76 61

Nettbutikk: www.gyldendal.no/akademisk - kategori: jus



Ja takk, jeg bestiller:

..... eks av Fri rörlighet i Europa ur ett sjöarbetsrättslig persp.
à kr 750,- • ISBN 9788205394179

Navn:

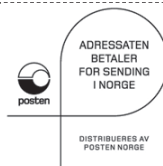
Adresse:

Postnr/sted:

Bestillers referanse (personnavn):

E-post:

Porto kommer i tillegg.



Gyldendal Akademisk
Svarsending 0479
0090 Oslo

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.

ISSN: 0332-7868

