

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Tesfaye T Abebe, Rusudan Tchkuaseli
Vegard A Nymoen, Christopher Huitfeldt
Selma Næss-Ulseth

Selected master theses
Utvalgte masteroppgaver
2013

429

Selected master theses
Utvalgte masteroppgaver
2013

Tesfaye T Abebe
Rusudan Tchkuaseli
Vegard A Nymoen
Christopher Huitfeldt
Selma Næss-Ulseth



Marlus nr. 429
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2014
ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 OSLO Norway

Phone: +47 22 85 96 00
Fax: +47 22 85 97 50
E-mail: sjorett-adm@jus.uio.no
Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang - trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
- The Norwegian Booktown.
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>
E-mail: kontakt@bokbyen.no

Print: 07 Xpress as

Editor's preface

This issue of MarIus comprises a selection of thesis written over the last couple of years by our LLM students (in English text) and by Norwegian law students (in Norwegian text). The selection reflects the versatility of subjects chosen by our students – belonging to both groups – and at the same time illustrates the wide field of interest of the Institute.

We congratulate the authors of the articles with their successful work!

Trond Solvang

Overview of content - Innholdsoversikt

Applicability of the rule against an abuse of dominant position in ports	7
<i>Tesfaye T Abebe</i>	
Binding Third Parties to Maritime Arbitration.....	67
<i>Rusudan Tchkuaseli</i>	
Kyststatens jurisdiksjon over oljeforurensning fra utenlandske skip i territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone	135
<i>Vegard A Nymoen</i>	
Hvor ubetinget er plikten til å betale omtvistede cash-calls?.....	199
<i>Christopher Huitfeldt</i>	
Virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5	273
<i>Selma Næss-Ulseth</i>	
Publications from Sjørettsfondet	337

Applicability of the rule against an abuse of dominant position in ports

The EU Competition Law Perspective

Tesfaye T Abebe

Acknowledgement

First of all, I would like to thank the almighty God. I could never have done this without the faith I have in him.

I would like to express my deepest gratitude to my supervisor Associate Professor Juris Doctor Alla Pozdnakova for the constructive comments, guidance, remarks, and an overall extraordinary help.

I would also like to express my appreciation for the staff of the Scandinavian Institute of Maritime Law, especially to Ida Stabrun (Senior Executive Officer of the Institute), for their consistent help in every aspect of my study.

Finally, many thanks go to my family and friends for their encouragement and assistance.

Tadesse Tesfaye

Content

1	INTRODUCTION.....	11
1.1	OBJECTIVES OF THE THESIS AND BACKGROUND OF THE STUDY.....	11
1.1.1	Introduction.....	11
1.1.2	Special Characteristics of the Port Industry.....	13
1.1.3	Research Questions.....	15
1.2	SOURCES AND METHOD.....	15
1.3	SCOPE OF THE STUDY.....	17
1.4	ORGANIZATION OF THE STUDY.....	17
2	DOMINANT POSITION OF PORTS.....	18
2.1	INTRODUCTION.....	18
2.2	PORTS AS UNDERTAKINGS.....	19
2.3	RELEVANT MARKET DEFINITION IN RELATION TO PORTS.....	23
2.4	DOMINANT POSITION OF PORTS.....	26
2.4.1	Dominant Port.....	26
2.4.2	Collective Dominance of Ports.....	31
2.5	A DOMINANT PORT ‘WITHIN THE WHOLE INTERNAL MARKET OR IN A SUBSTANTIAL PART OF IT’.....	33
3	ABUSE OF DOMINANT POSITION BY PORTS.....	35
3.1	INTRODUCTION: ABUSE IN GENERAL.....	35
3.2	REFUSAL TO SUPPLY.....	42
3.2.1	In General.....	42
3.2.2	Competition Law v. Property Rights: The Essential Facilities Doctrine.....	43
3.3	PRICING ABUSES IN THE PORT SECTOR.....	48
3.3.1	Excessive Pricing.....	49
3.3.2	Price Discrimination.....	49
3.3.3	Predatory Pricing.....	50
3.4	Margin Squeezing.....	52
3.5	THE DEFENCE OF OBJECTIVE JUSTIFICATION.....	53
3.6	THE CRITERION OF ‘EFFECT ON INTER-STATE TRADE’ ..	55
4	SUMMARY AND CONCLUSION.....	57
	LIST OF SOURCES.....	61

1 INTRODUCTION

1.1 OBJECTIVES OF THE THESIS AND BACKGROUND OF THE STUDY

1.1.1 Introduction

Ports facilitate a waterborne transport which is the backbone of international trade, and thereby the global economy. There are thousands of ports on Europe's coastline and inland waterways. These ports, which handle 90 % of Europe's international trade in volume, constitute an imperative points of modal transfer without which international trade and the free movements of persons and goods within the European Union (EU) would be severely jeopardized.¹

Considering this high significance of ports in facilitating the international trade of EU and the free movement of persons and goods within the Union, this study focuses on determining the extent of application of the EU competition rules for the sector of port operators. Under this general purpose, this thesis will analyze the rule prohibiting abuse of dominant position in port operators; in particular, examining the core points of this rule such as 'undertakings', 'relevant market', 'dominance' and 'abuse'; and finally, determining how and to what extent the rule against an abuse of dominant position could be applicable to port operators.

The application of competition law especially, the rule against an abuse of dominant position, to ports and port service providers is quite important. As discussed below it is well established practice that competition law rules are unarguably applicable to ports. However, due to the below-mentioned peculiar natures of the port sector the application of these rules could not be smooth. The questions of how and to what extent

¹ Competition concerns in ports and port services, Submission by the European Union, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP/WP2/WD (2011) 40, p.2.

could these rules be applicable necessitates some scrutiny and clarification. This need to solve the difficulty of application is the motive behind this study.

It is obvious that like any other sector of the economy, the benefits of competition are also expected to be enjoyed in the maritime transport sector. Maritime transport is a vital factor in the international trade and the global economy as a considerable volume of goods are transported through this modal. As an important element of the maritime transport sector, ports play a magnificent role in the economy. Port operators may acquire a dominant position in the relevant markets concerned. The acquisition of a dominant position may not be a concern in itself.² However, this dominant position may contain an inherent element of potential capacity of abusive behavior which may compromise effective competition in the port industry.

In addition, the prevalent close connection between ports and downstream market operators make ports highly susceptible to abusive conduct. This close connection partly emanates from the contractual nature of the maritime industry, where port users are locked to some ports through long standing contracts. Whatsoever the background might be, the lack of competition or the prevalence of any kind of anti-competitive behavior caused by the acquisition of dominance in the ports market would inevitably damage the global economy as a whole and consumers' welfare, ultimately.³ Therefore, the existence of effective competition in general and the non-existence of abuse by dominant port operators in particular must be ascertained.

Having this in mind, competition law devoted a significant concern to address this issue of abuse by dominant undertakings. Article 102 of TEFU⁴ dealt with this issue exhaustively.⁵ Recently, this issue of abuse by

² Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, Seventh ed., Oxford University Press, New York, 2012, p. 192.

³ Competition in ports and port service, OECD Competition law and policy round table, Directorate for Financial and Enterprise Affairs: Competition Committee, DAF/Comp (2011) 14, p.26.

⁴ The Treaty on the Functioning of the European Union, OJ [2010] C 83/88-89.

⁵ In the US legal system this matter has been regulated in §1 & 2 of the Sherman

undertakings in a dominant position has also become a concern to be addressed in the national laws of the individual Member States of the EU.

Despite its obvious importance to the economy, the application of competition rules to port operators has always been complicated. Various factors have contributed to this difficulty of application. Among others, the peculiar nature of ports as largely financed by governments placed their status of “undertakings” in question.⁶ Their nature of indispensability to the downstream market operators coupled with the large economics of scale associated with them make ports an essential facility, difficult either to neglect or to duplicate. These characteristics of ports are incentives making them potential areas of abuse and impediment for effective competition.

Considering the ports indispensability for downstream market of shipping service providers, the difficulty of their duplication, and the importance of the waterborne transport for the global economy, the impairment of competition in this area has a huge bearing in the welfare of consumers.⁷ Therefore, it seems vital to establish and clarify how and to what extent the rule against abuse of dominant position could be applicable to port operators.

1.1.2 Special Characteristics of the Port Industry

Ports are defined as transportation nodes that form transfer points for passengers and freight from one vehicle to another;⁸ or more specifically, a seaport may generally be regarded as acting as a gateway through which goods and passengers are transferred between ships and the shore.⁹ Ports are infrastructures generally characterized by limited capacity of serving customers and costly nature of duplication.

Antitrust Act (1890).

⁶ OECD (2011); Ports are usually constructed by public funds.

⁷ Ibid.

⁸ Angelos Pantouvakis, *Port-Service Quality Dimensions and Passenger Profiles: An Exploratory Examination and Analysis*, Maritime Economics & Logistics, Palgrave Macmillan Ltd, 2006, p. 404.

⁹ Gross R., *Economic policies and seaports: 1. The Economic Foundation of Seaports*, Maritime policy and management, Vol.17, No. 3, 1990, p.207-219.

Ports as infrastructure assets can be owned, organized and managed in various ways. Factors affecting the ownership structure of ports include the type of customers the port serves, the scale it has, and the other characteristics of individual ports. Due to variation in these factors there is no single ownership structure of the port industry. However, as manifested historically, the most common ownership structure of ports has been public ownership combined with vertical integration of the port owner and port operator.¹⁰ Even though there are numerous commercial ports and terminals where no port authority exists, i.e., ports in which facilities are all privately owned,¹¹ the most dominant model comprises a port authority, mostly the same as port owner, who owns port infrastructures such as berths, quays, terminal buildings, storage areas, cargo handling areas, and so on.

Port infrastructures could be used to provide variety of services such as cargo and passenger handling, security, pilotage, towage and salvage, line handling, maintenance and repair, bunkering, tank cleaning, containers' sale, rental and repair, diving services, oil spill response, pest-control, etc.¹² At this point it is also due to note that the internal organization of ports is very complex and it usually involves large number of bodies participating in the provision of port services. Mostly, unlike typical services markets, say banking, the provision of port services is fragmented.¹³

The type of ports, like their ownership structure, varies considerably. The categorization of ports into different types may largely depend on the type of services they may offer, their location, and the type of vessel and cargo they can handle. Based on these differences ports can be classified as seaports and inland ports, transshipment hubs and hinterland ports, freight ports and passenger ports, container traffic ports and bulk freight traffic ports, and so on.¹⁴

¹⁰ OECD (2011), p. 25.

¹¹ Competition concerns in ports and port services, Submission by the United States, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP/WP2/WD (2011) 34, p.2-3.

¹² Rotterdam Port Structure. Available at: <http://www.rotterdamportinfo.com>.

¹³ Pantouvakis (2006), p. 405.

¹⁴ OECD (2011), p. 24.

Whatever their type or ownership structure might be, ports are indispensable components of international trade. This vital position in the international trade coupled with their nature as a limited capacity infrastructure enabled ports to be a significant market actor that is susceptible to possess market power. If there is such market power in their hands, as a principle there is a significant competition law concern relating to the potential abuse of that power. It is obvious that, depending on the applicable relevant market definition, some ports and particular service providers within ports may acquire a dominant position and therefrom an inherently related potential of abusive behavior.¹⁵ It is at this point, therefore, the application of the rule against an abuse of dominant position, which is stated under Article 102 TFEU, would be sought.

1.1.3 Research Questions

Based on the above discussed background, this study will address a number of research questions. These research questions are: what are the competition law provisions applicable against an abuse of dominant position by port operators; is port an undertaking falling under the rule against an abuse of dominant position; what constitutes dominant position in the port sector; what is abuse in the context of port industry; what degree of dominance and what kind of abuse are the subject matters of the rule against an abuse of dominant position; and how and to what extent the rule against an abuse of dominant position can be suitably applied to the port sector.

1.2 SOURCES AND METHOD

Both primary and secondary sources of law have been used in this work. As this study focuses on the abuse of dominant position under the EU law, Article 102 of the Treaty on the Functioning of European Union (TFEU) has been the major provision to be analyzed. To some extent, Article 101 and Article 106 of TFEU have also been examined. For the purpose of comparison the legal documents of the US have also been

¹⁵ Id, p. 26.

consulted, especially Section 1 and 2 of the Sherman Act.

During this effort of textual analysis great care has been taken to interpret and apply the rules according to their literal and contextual meaning, and broadly according to the general objectives of the TFEU and EU competition law. In this regard it should be recognized that despite the EU competition law has various objectives including market integration, political stability, and the protection of small and medium-sized enterprises, the most important goal of competition law in general is the maximization of consumer welfare.¹⁶

It is also well accepted principle that competition law primarily protects the process of competition, and not competitors. Even if perfect competition might be difficult to achieve, “workable competition” – a system where the objectives mentioned in the perfect competition have not been attained, but a state of affairs has been reached which comes close to the ideal- must be secured. In general, the goal of competition law is to ascertain the achievement of this state of affairs for the benefit of consumers.¹⁷ If this level of effective competition cannot be ensured, the main goal of competition law, i.e. consumer welfare as manifested by low price, improved quality of goods and services, and innovation, cannot be achieved.¹⁸

Analysis of Article 102 TFEU is not sufficient to understand the scope and application of the rules prohibiting an abuse of dominant position. The concept of an abuse of dominant position has evolved through EU courts cases. Therefore, analyses of TFEU and EU courts cases have been the main sources of this study. In the EU jurisdiction there is no much case law on ports in relation to competition law. However, this paper has,

¹⁶ Sonya Margaret Willimsky, *The Concept (s) of Competition*, Rosa Greaves (edi), *Competition Law, The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, 2nd edi, Ashgate Publishing, England, 2003, p. xiii.

¹⁷ *Id.*, p. 3-4.

¹⁸ Roger J. Van den Bergh and Peter D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, second ed., Sweet and Maxwell, London, 2006, p. 16. The goal of competition law in the US as a promotion of consumer welfare is relatively a recent ideology as compared to the promotion of total welfare, i.e. maximization of producer surplus and consumer surplus in all sectors of the economy.

to the extent possible, consulted the available decisions of the Commission, even if most of these decisions are at the level of interim measures.¹⁹

1.3 SCOPE OF THE STUDY

The scope of this paper covers only the rule against an abuse of dominant position. Therefore, as mentioned in the above section, discussion in this thesis is mainly limited to the normative content of Article 102 TFEU, i.e., the rule against an abuse of dominant position, despite some other related competition law matters, such as anticompetitive cooperation of Article 101 have also been discussed to some extent. With regards to jurisdiction, the scope of the thesis is limited to the EU jurisdiction only. However, to some extent some laws and cases of the US legal system have also been assessed to serve the purpose of constructive comparison.

It is also very important to note that the scope of this work covers both ports, as a unified entity, and specific individual port service providers within these ports. The term ‘port’ used in the headings of various sections and the term port operator/s used in the entire text are meant to represent the concepts of both ports and port service providers. The scope of this study covers the separate concepts of an abuse of position by dominant ports and an abuse of position by dominant port service providers, whenever they appear as a separate entity.²⁰ However, as a matter of convenience the study has discussed these entities altogether, rather than allocating a separate chapter for each of them.

1.4 ORGANIZATION OF THE STUDY

This study contains four chapters. Chapter one, as an introduction, explains the fundamentals of the study. It discusses the objectives and background of the study, the research questions, the sources used and

¹⁹ ‘Sources and Method’ section of this thesis has been in general adopted from Alla Pozdnakova, *Liner Shipping and EU Competition Law*, International Competition Law Series, Wolters Kluwer, 2008, p. 7-9.

²⁰ In Rotterdam port, for instance, there are 50 pilotage operators, 20 towage and salvage operators, 14 tank cleaning service providers, 28 bunkering service providers, and so on. See <http://www.rotterdamportinfo.com>.

methodologies adopted in the study, and finally the scope of the study.

Chapter two generally elaborates the concept of dominant position of ports. This chapter examined ports as an undertakings, discussed the definition of the relevant market in this area, evaluate ports as a dominant undertaking, explains the concept of collective dominance, and finally it has discussed the criteria of dominance within the whole or the substantial part of the internal market.

Chapter three separately discusses the concept of abuse. In this chapter the notion of abuse has been generally assessed together with some of its major components such as the 'effect on trade criterion' in relation to port operators. The chapter has also discussed some of the major abusive conducts of the dominant port operators one by one, separately. Some major doctrines such as the doctrine of essential facilities and some major defences of dominant undertakings such as the defence of objective justification have also been explained in this chapter.

Finally, chapter four delivers the summary and conclusion of the study.

2 DOMINANT POSITION OF PORTS

2.1 INTRODUCTION

The most important provision of this study, i.e., Article 102 of TFEU, reads as follows:

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between member states. Such abuse may, in particular, consist in:

- i) Directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or unfair trading conditions;
- ii) Limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumer;

- iii) Applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantages;
- iv) Making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.²¹

As it is explicitly indicated on the provision, the conduct of port operators will only be caught by this article if several criteria are met. First, it will only apply to conduct by “undertakings”. If an abuse is conducted by a dominant entity which could not be properly classified as undertaking, then such abusive practice will not be caught by the above provision. Therefore, the first point to address the issue of an abuse by a dominant entity, applying the above provision, is to determine whether this entity is an undertaking or not.

Second, undertakings must hold a dominant position within a relevant market. Having said that port operators are generally undertakings falling under the ambit of Article 102, the next point should be defining the relevant market in which these undertakings could be dominant so that their abusive conduct would be caught by Article 102.

Third, we need to determine whether a port operator holds a dominant position within the relevant market. This dominant position could be held either by single port operator or by several port operators collectively.

Fourth, it is necessary to examine whether dominant position is held “within a substantial part of the internal market”.

2.2 PORTS AS UNDERTAKINGS

The term “undertaking” is not defined by the Treaty (TFEU). The meaning of undertakings is clarified and developed through the decisions of the

²¹ OJ [2010] C 83/89.

Commission and the EU Court.²² The fundamental meaning of undertakings, as stated under the EU Court judgment of *Hofner and Elser v. Macrotron GmbH*, is that “the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the entity and the way it is financed”.²³ This statement is quite important concerning ports, as they are mostly financed by the government, at least at the stage of construction.²⁴ This judgment underlined that its legal status as public infrastructure or the fact of being financed by the government doesn’t exclude an entity (say port) from the concept and scope of undertakings.

Whether the entity has a profit motive or not also doesn’t count.²⁵ Even if the port authority administering the port has neither a purpose of making profit nor an intention to be engaged in economic activities, it could still be considered as an undertaking as it was reflected in the decision of the Commission in the case of *the Distribution of Package Tours during the 1990 World Cup*, where FIFA was held as undertaking.²⁶ What matters is whether that port operator is engaged in economic activities or not. Therefore, the next question would be what the court does mean by economic activities?

In the case *Pavlov* it was held that “any activity consisting in offering goods or services on a given market is an economic activity”.²⁷ It is well known that port operators are naturally engaged in the provision of services to shipping companies and other port users. Access to quays and berthing, the provision of pilotage or towage services are normally services to be offered by port operators in a given market. Therefore, even if port operators are under the control of public body, they can be considered as undertakings as they are engaged in economic activities.²⁸

²² Whish (2012), p. 83.

²³ Case C- 41/90 [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, para 21.

²⁴ OECD (2011), p. 26.

²⁵ Whish (2012), p. 86.

²⁶ OJ [1992] L 326/31, [1994] 5 CMLR 253.

²⁷ Cases C- 180/98 etc [2000] ECR I-6451, [2001] 4 CMLR 30, para 75.

²⁸ In *Ambulanz Glockner*, Case C-475/99 [2001] ECR I- 8089, [2002] 4 CMLR 726, an ambulance service supplier was categorized as undertaking.

However, this general feature of service provision should not be always enough to classify ports as undertakings as this is not the only purpose and activity they are established for. In the judgment of *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*, the EU Court stated that “the competition rules on the Treaty (TFEU) doesn’t apply to activity which, by its nature, its aim and the rules to which it is subject doesn’t belong to the sphere of economic activity ... or which is connected with the exercise of the powers of a public authority”.²⁹ This is the point where the peculiar traits of ports need to be assessed. Ports are mostly administered by port authorities which are public entities entrusted with, among other things, the protection of the marine environment and safety and security at sea. As a port is a huge and complex entity there are a number of activities to be performed under it, some of which are purely connected to the exercise of a public authority while the others are economic in nature.³⁰ Therefore, a detail analysis is required to determine the status of ports as undertakings.

In this regard the first and the most important method of determining an entity as an undertaking or not is to adopt a functional approach.³¹ One and the same legal entity may act as undertaking when it carries on one activity but not when it is carrying on another. A particular port may, therefore, be categorized as undertaking when it allows access to quays for ships and provide pilotage service in exchange for port charge and may not be considered as undertaking when it is engaged in activities related to marine environment protection and safety at sea. This is clearly stated under the decision of the EU Court in the judgment of *Motoe*, when it said that “the classification as an activity falling within the exercise of public powers or as an economic activity must be carried out separately for each activity exercised by a given entity”.³² Therefore, the conclusive point should be that even if port operators could be generally

²⁹ Case C-309/99 [2002] ECR I- 1577, [2002] 4 CMLR 913, para 57.

³⁰ In this regard, general reference is available in various International safety at sea and marine environment protection regulations.

³¹ Whish (2012), p. 84.

³² Case C- 49/07 [2008] ECR I- 4863, [2008] 5 CMLR 790.

categorized as undertakings providing a service in a given market, this classification may not be always true depending on their specific activities. Specific activities they are engaged in must be analyzed in a case by case basis to determine their actual status in that given situation.

Once a port entity is ascertained to be an undertaking based on the above assessment, sometimes the next problem would be the tendency of these port operators to be benefited from Article 106 by claiming that they are *public undertakings*. However, the fact of being a public undertaking or being conferred with monopolistic privileges doesn't exclude an entity from the application of Article 102.³³ Besides, these port operators may also invoke Article 106 (2) of the treaty as a shield to be protected from the reach of Article 102. However, the fact of being entrusted with the operation of general economic interest could not all the time prevent the application of Article 102 on the port operators.³⁴ Article 106 (2) reads that:

Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in the Treaties, in particular to the rules on competition, *in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them*. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the union. (Author's emphasis)

Therefore, this means that these port authorities, which may provide services of general economic interest, are excluded only to the extent that the application of Article 102 would 'obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them'.³⁵ Otherwise, the

³³ *Centre Belge d'Etudes de Marche Telemarketing v. CLT*, Case 311/84 [1985] ECR 3261, [1986] 2 CMLR 558.

³⁴ Valentine Korah, *Cases and Materials on EC Competition Law*, third edi., Hart publishing, Oregon, 2006. p.239. Article 106 (the then 86) has been discussed in detail in combination with the rules for free movement and competition.

³⁵ For example, in *Call e Figli*, Case C- 343/95 [1997] ECR I- 1547, [1997] 5 CMLR 484, a private company engaged in anti-pollution surveillance was not treated as an undertaking while it discharges that specific activity.

interpretation in this regard is usually narrow as inferred from the decisions of the Commission and EU courts.³⁶

2.3 RELEVANT MARKET DEFINITION IN RELATION TO PORTS

Market definition of port operators is a necessary prerequisite for competition authorities to determine the dominant position of port operators in that given market, as dominance or any position in general is a meaningless concept without the existence of a predefined market in which such alleged position could be held.

Up on the hearing of its first appeal on the application of Article 102, the EU Court held that when identifying a dominant position the delimitation of the relevant market was of a great importance.³⁷ As underlined by the court, to determine whether an undertaking has a market power it is necessary that the relevant market should be defined in advance. Since Article 102 is applicable only to the abusive conduct of undertakings dominant in a *particular relevant market*, the definition of this market is vital before evaluating the position of port operators as dominant or their conduct as abusive.

As it is stated on the *European Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of EU Competition Law*³⁸ “market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. The objective of defining a market in both its product (good or service) and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings’ behavior and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure.”³⁹

³⁶ In *Port of Rødby* the claim of Danish government to protect its public company, DSB, based on this argument was rejected by the Commission.

³⁷ *Europemballage Corpn and Continental Can Co. Inc. v. Commission*, Case 6/72 [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199, para 32.

³⁸ European Commission’s Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of EU Competition Law, OJ [1997] C 372/5, para 2.

³⁹ This Notice adopts a test called ‘hypothetical monopolist’ or ‘SSNIP test’.

The key element of market definition is interchangeability or substitutability, which is a point that leads to competitive constraints.⁴⁰ The Commission's Notice states that the definition of relevant market should consider both demand side substitutability and supply side substitutability.⁴¹ According to the Commission's Notice a relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable by the consumer, by reason of the product's characteristics, their prices and their intended use.⁴² On the other hand, relevant geographic market, as defined by the EU Court in *United Brands v. Commission*, is a clearly defined geographic area where a product is marketed and where the conditions of competition are sufficiently homogeneous for the effect of the economic power of the undertaking to be evaluated.⁴³

For port operators their product is the service they are offering for shipping companies or any other vessel operators. The product market of port operators usually includes the provision of services like access to quays, pilotage, towage, cargo handling, bunkering and so on. Substitutability at this point is to what extent other services may substitute these services offered by port operators. As the major function of ports is facilitating waterborne transport, the behavior of port operators could largely be constrained by other modes of transport, like road, railway or air transport. Therefore, the issue is to what extent a customer of a particular port operator can switch to another kind of service i.e. to other modes of transport, due to a price increase or some other factors happened in these ports.⁴⁴

As a matter of fact it seems the substitutability between waterborne

⁴⁰ This was reflected in the judgment of the EU Court in *Continental can*. For further detail see also Albertina Albors- Llorens, EC Competition Law and Policy, Willan Publishing, Oregon, 2002, p. 77-88.

⁴¹ Commission's Notice (1997), para 13. However, according to the Notice rather than supply side substitutability demand side substitutability is of the greatest interest for market definition.

⁴² *Id.*, para 7(2).

⁴³ *United brands v. Commission*, Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, para 11.

⁴⁴ OECD (2011), p. 27. This is based on the demand side substitutability analysis only. Due to the very specific nature of assets employed in terms of functionality, supply side substitutability in context of ports is not a significant factor.

and other modes of transport (in effect the substitutability between port services and services provided in other modes of transport) is restricted due to various factors such as the lack of sufficiently available infrastructure, the characteristics of the goods being transported, geographic conditions, and weak price sensitivity of port users. Therefore, generally the degree of competitive constraints imposed by other modes of transport on port operators is very limited.⁴⁵

The geographic market of port operators, on the other hand, is defined by the availability of constraints like other substitutable port operators. The degree of substitutability in between port operators at or around the location of the port determines the range of geographic market of port operators; and the issue here is to what extent a customer of a particular port operator can switch to another port operator. In this regard the decisive factors may include customers' level of price sensitivity, the availability of intra-port competition, and the port's ability to serve the same hinterland.⁴⁶

In relation to port operators the market can also be defined from a third dimension, i.e. the customer dimension. The extent of port competition can differ across different groups of customers especially when port operators target higher prices at customers who are willing to pay more. The definition of market in this dimension is affected by factors like arbitrage opportunities between customers and the port's ability to identify customers with a high willingness to pay. As a matter of fact, port terminal services are not easily arbitrated, therefore defining a market by customers is usual.⁴⁷

To conclude, after a cumulative assessment of the above mentioned weak substitutability and other factors, the practice of the European competition authorities and courts shows that markets in relation to port operators are usually defined very narrowly.⁴⁸ For example, in the case

⁴⁵ OECD (2011), p. 28-29.

⁴⁶ Id, p. 30-31.

⁴⁷ Id, p. 33. "The Customers Dimension."

⁴⁸ Hans Jacob Bull and Helge Stemsshaug (edi), *EC Shipping Policy, The 17th Nordic Maritime Law Conference*, Juridisk Forlag, Oslo, 1996, p. 208.

Sea Containers v. Stena Sealink,⁴⁹ the market was defined by the Commission as “the provision of port facilities for car and passenger ferry operations on the central corridor route between the UK and Ireland”. In the same manner, when the Competition Commission of UK has dealt with a merger between *SvitzerWijismuller A/S and Adsteam Marine Ltd.*, it has defined the market narrowly as “the provision of harbor towage and terminal towage services in individual ports in the UK”.⁵⁰

2.4 DOMINANT POSITION OF PORTS

2.4.1 Dominant Port

Unless an undertaking or two or more undertakings collectively have a dominant position, Article 102 would not be applicable. The term dominant position, as defined by the EU Court,⁵¹ relates to a position of ‘economic strength’ enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it ‘*the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers, and ultimately of its consumers*’ (author’s emphasis).⁵²

For the purpose of Article 102 the term dominant is a binary term in which an undertaking could be a ‘dominant one’ so that it will be caught by Article 102 or ‘non- dominant’ so that it will escape the application of the provision. Therefore, in this regard comparative degrees of market power such as ‘some’ or ‘appreciable’ or ‘significant’ are not relevant. Port operators should be classified only either as ‘dominant’ or ‘non-dominant’.⁵³

⁴⁹ OJ [1994] L15/8, [1995] 4 CMLR 84.

⁵⁰ *SvitzerWijismuller A/S and Adsteam Marine Ltd.*; decision of the Competition Commission of the UK. Full judgment can be found at: <http://www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/svitzerwijismuller-as-adsteam-marine-limited>.

⁵¹ *United Brands*.

⁵² This definition is, however, criticized for reflecting dominant position only from the selling side. See Whish (2012), p. 180.

⁵³ Whish (2012), p. 180.

The subsequent inevitable question is how this judgment of defining port operators sharply as a dominant or non-dominant could be reached. There are three major factors to be considered when competition authorities decide as to the dominance or otherwise of an undertaking in scrutiny. These are: (1) an existing competition; constraints imposed by an existing port operators; (2) the threat imposed by potential competition i.e. constraints posed by the credible threat of future expansion by actual competitor port operators or a threat of new entry by potential competitors; and (3) the role of buyer power; constraints imposed by the bargaining strength of the port operator's customers (say the countervailing buyer power of shipping companies).⁵⁴

Most of the time a dominant position may be mistakenly understood as it could only be related to market share. Market share is not the sole factor in the assessment of dominance. Actually market share is the most relevant point in the evaluation of market dominance. However, the process of this evaluation requires the general consideration of other market conditions including, the dynamics of the market, the extent to which products are differentiated, and the trend or development of market shares over time.⁵⁵ As mentioned in *Hoffmann- La Roche v. Commission*⁵⁶, saving exceptional circumstances, the existence of very large share is the evidence of the existence of a dominant position. Usually the existence of market share above 50% indicates that the undertaking is a dominant one.⁵⁷ An undertaking with above 50% market share would, therefore, be presumed to be a dominant. If such undertaking contests this, it would be up to the undertaking to prove the otherwise of it. It is not rare, however, to find a dominance of an undertaking even with less than 50% market share.⁵⁸

⁵⁴ The Commission's Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article [102 TFEU] to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, OJ [2009] C 45/7, para 12.

⁵⁵ *Id.*, para 13.

⁵⁶ Case 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

⁵⁷ *AKZO v. Commission*, Case C-62/86 [1991] ECR I- 3359, [1993] 5 CMLR 215.

⁵⁸ Dominance was found with a market share of less than 50% in *Virgin/British Airways* case and *United Brands* case. See Whish (2012), p. 183.

Based on this understanding a port operator is more likely to be found to have a market power if it has a persistently high market share than if it does not. If this high market share is frequently changing or fluctuating, it may not indicate the market power in the way required to ascertain dominance. Therefore, it is necessary to look at the evolution of the market shares, where usually port operator's market share couldn't be fluctuating in a short term due to factors such as the economics of scale of the infrastructure and the contractual nature the maritime industry (because of which shipping companies are usually locked to one port). As a market share in context of ports is assessed by the volume of traffic handled if a port has a persistently *high market share* in the handling of large volume of traffic than others, it would be generally presumed to have a dominant position.⁵⁹

Some competition authorities, however, have avoided this doubt [*of high*] by adopting safe heavens. For example, EU Merger Regulation⁶⁰ states that market share of less than 25% are presumed to be compatible with the EU single market and then are not a concern of dominant position. Therefore, for instance if a merger of different port operators is requested, it would not be denied by the authorities so long as the merger will not be resulted in more than 25% market share.⁶¹

Besides the constraints imposed by actual competitors the existence of dominant position can also be inferred from the constraints posed by potential competition. The assessment of potential competition determines the degree of pressure exerted by undertakings not yet operating in the market but with the capacity to enter it in a timely manner.⁶² In the context of port operators there are three broad categories of barriers that determine the extent of threats imposed by potential competitors so as to constrain the behavior of an existing port operator. These barriers, generally known as entry barriers⁶³, include legal barriers, economic

⁵⁹ OECD (2011), p. 36.

⁶⁰ Council Regulation (EC) No. 139/2004.

⁶¹ A good example of this test is *Hutchison/RCPM/ETC*, Case No. COMP/JV.55.

⁶² Whish (2012), p. 184.

⁶³ Commission's Guidance (2009), para 16 and 17.

barriers, and geographic barriers. These barriers are factors that prevent or hinder new port operators from entering the market. The less these barriers exist, the more competition would be presumed since an existing port operators' behavior could be controlled by the threats of new entrants.⁶⁴

Regulatory, legal and institutional barriers against the entry of port operators may range from a general prohibition- like no more port service provider entry in to a particular port- to prohibitions imposed based on the discretion of port authorities. These barriers against port operators are usually expressed in the license or lease conferring exclusive rights granted to an existing operators.⁶⁵

Economic barriers include economics of scale. Ports require large fixed costs in relation to their infrastructure; therefore, the *minimum efficient scale* can be large. This would, finally, discourage new entrants since due to this large minimum efficient scale the market may not be able to hold more than one port operator. The favorable location of existing ports, customers' high cost of switching between port operators, and the fact that existing port operators may have benefited from previous public funding are some of the other economic barriers that may affect the interest of new entrant port operators.⁶⁶

Finally, geographic barriers are significant for new entrant port operators, unlike many of other types of service providers. For ports to enter in to the market a land must be available and that land must not be in an inferior position, where there is no access to surface transport links. The requirement of approval procedure for the construction of new ports and irregularities linked to that are also the other factors putting new entrants in less advantageous position.⁶⁷

Countervailing buyer power (CBP) may also exert an effective competitive constraint. If customers have sufficient bargaining strength-

⁶⁴ OECD (2011), p. 41.

⁶⁵ Id, p. 39-40.

⁶⁶ Ibid. The minimum efficient scale is the scale of activities needed to produce at the lowest average cost.

⁶⁷ Ibid.

which may result from either the size of the customer or its commercial significance for the dominant undertaking- they can influence the dominant undertaking not to appreciably act in its own irrespective of their interests.⁶⁸ In the context of ports this means port operators cannot independently act to an appreciable extent when shipping companies and other port users have sufficient bargaining power.

The existence of CBP may depend on a number of factors including: the size of port users in comparison with ports, the extent of port users ability to switch to other port operators without excessive lose, the extent to which port users possess a credible threat of setting up their own supply arrangement, and the extent to which port users can impose costs on port operators simply by acting in a different manner.⁶⁹

In this regard, outside options of port operators and port users are the major factors determining the strength of CBP. Outside options of port operators means that if a port has other readily available alternative port users, then the CBP of the present port user would be less or insignificant. Usually this outside option of port operators depends on various factors such as the possibility of port users to form a collective bargaining groups, the existence of investments made by these port operators to specific port users, the possibility of ports losing economics of scale due to loss of a port user, and the particular financial situation of that specific port operator. The outside option of port users, on the other hand, depends on factors like the port users' size and the substitutability of alternative port operators or other transport models to the current port operator.⁷⁰

To conclude, the status of being in a dominant position is a matter directly related to the ability of port operators to behave independently of their customers and competitors, which is an ability to be determined considering factors like existing competition, potential competition and

⁶⁸ Commission's Guidance (2009), para 18.

⁶⁹ A detail discussion can be found in *Monopsony and Buyer Power, OECD Competition law and policy round table, Directorate for Financial and Enterprise Affairs: Competition Committee, DAF/Comp (2008) 38.*

⁷⁰ OECD (2011), p. 42-44.

CBP. Therefore, the determination of a specific port operator as a ‘dominant’ requires thorough and case by case analysis within the context of the relevant market, as defined in the previous section.

2.4.2 Collective Dominance of Ports

The other important point in relation to the dominance of port operators is the concept of collective dominance. Literally, Article 102 of TFEU prohibits an abuse of dominant position by ‘one or more undertakings’. This phrase is not about several port operators functioning within the same corporate group. In this regard, the doctrine of single economic entity is a relevant doctrine for huge, complex, and mostly vertically integrated entities such as ports. The treatment of a port operator and other port operators, or a port operator and shipping companies, as a single economic entity has a lot of significance especially, in the assessment of the existence and degree of dominance.⁷¹

According to this doctrine the most important preliminary assessment is to ascertain whether these entities form a single economic entity or not. In a situation where a port is a parent company and has other subsidiary port operators or shipping companies vertically integrated to it, the first question must be whether the ‘so called’ subsidiary port operator does have a real autonomy to decide on its commercial matter. If the answer is in affirmative then this [so called subsidiary] port operator and the concerned [so called parent] port operator cannot be considered as a single economic entity. By contrast, if the subsidiary port operator does not have a real autonomy to decide on its commercial policy then the parent port operator and the subsidiary port operator forms a single economic entity and they will be treated as a single undertaking in the eyes of competition law.⁷²

Therefore, since the application of this ‘single economic entity’ doctrine to various port operators within the same corporate group will be resulted in the finding of only one undertaking, there is no need to insert

⁷¹ Whish (2012), p. 92 & ff. “Single Economic Entity Doctrine.”

⁷² *Vihov v. Commission*, Case C- 73/95 P [1996] ECR I – 5457, [1997] 4 CMLR 419.

this ‘one or more undertakings’ phrase in Article 102.

Rather, the EU case law suggests that ‘*one and more undertakings*’ phrase of Article 102 is meant to address the issue of collective dominance of two or more legally and economically independent undertakings. The EU Court in *Compagnie Maritime Belge Transport v. Commission* stated that a dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other provided that from an economic point of view they present themselves or act together on a particular market as a collective entity.⁷³

This judgment has also clarified that in order to establish collective dominance, it is necessary to examine the economic links or factors which give rise to a connection between the undertakings concerned especially; (1) it must be asked whether economic links exist which enable the undertakings to act independently of their competitors, (2) the fact that undertakings have entered in to agreements doesn’t in itself mean that they are collectively dominant; but they might be if it caused them to appear as a collective entity, and (3) the existence of an agreement or of other links in law is not indispensable to a finding of a collective dominant position; such a finding may be based on other connecting factors and would depend on an economic assessment and in particular, on an assessment of the structure of the market in question.⁷⁴

It was clear from these paragraphs that the existence of an agreement or a concerted practice is not a pre-requisite to a finding of collective dominance. Therefore, undertakings could be held to be collectively dominant where the oligopolistic nature of the market is such that they may behave in a parallel manner, thereby appearing to the market as a collective entity. The essence of collective dominance is parallel behavior within an oligopoly, that is to say tacit collusion or tacit coordination (of Article 101 TFEU).⁷⁵

⁷³ Case C-396/96 P [2000] ECR I- 1365, [2000] 4 CMLR 1076. para 36.

⁷⁴ Whish (2012), p. 578.

⁷⁵ *Impala v. Commission*, Case C- 413/06 [2008] ECR I- 4951, [2008] 5 CMLR 1073. For further detail see also *Laurent Piau v. Commission*, Case T- 193/02 [2005] ECR II- 209, [2005] 5 CMLR 42.

The port industry is a capital intensive industry mostly designed to accommodate current and future demand, which ultimately characterizes it by excess capacity.⁷⁶ This excess capacity of ports is an incentive which may lead port operators to be engaged in some form of tacit coordination or parallel behavior where breaking this tacit coordination by one port operator will be resulted in a severe punishment emanated from the inherent nature of excess capacity of ports.⁷⁷ Therefore, finding a collective dominance in the port sector is not uncommon.

2.5 A DOMINANT PORT ‘WITHIN THE WHOLE INTERNAL MARKET OR IN A SUBSTANTIAL PART OF IT’

Article 102 requires the dominance to be held in a whole or a substantial part of the EU. The above discussed finding of dominance or collective dominance within the predefined *relevant market* doesn't in itself trigger the application of Article 102 unless such dominance is held *in the whole or a substantial part of the internal market*.⁷⁸

When port operators are dominant within the whole Europe, then there is no problem as they will be immediately caught by Article 102. However, most of the time they may not be dominant in the whole Europe; their dominance may not extend beyond some Member States or one Member State or even a part of it. This is the point where the term ‘substantial part of the internal market’ needs to be defined. It must be clear to everyone that the terms ‘internal market’ and ‘relevant market’ represent two completely different things.⁷⁹

The concept of ‘substantiality’ is not only about a geographic width

⁷⁶ OECD (2011), p. 44.

⁷⁷ *Laurent. Piau*. One of the conditions for the finding of collective dominance requires the existence of “an incentive” not to depart from the common policy of the market. In our case the excess capacity of ports could be considered as a negative incentive.

⁷⁸ See Whish (2012), p. 140. “The de minimis doctrine”- by analogy dominances of minor importance are not caught by Article 102.

⁷⁹ *Id.*, p. 189-190. When the dominance in the relevant market doesn't extend to the whole or substantial part of the internal market, it will be caught by the national laws of Member States.

of the market compared to the whole EU. Dominance within a relatively small geographic market could be considered as within a substantial part of the EU. For instance, in *Suiker Unie* Belgian and southern Germany sugar producers (relatively small in terms of geographic coverage) have been separately considered to be a substantial part of the internal market. The EU Court considered the ratio of the volume of sugar produced by this market to the overall production of sugar of the EU to reach its decision.⁸⁰

Normally, there is a well-established presumption that each Member State would make a substantial part of the EU internal market, especially in those areas where undertakings are conferred with statutory monopoly. In some situations, even a part of a Member State can be considered as a substantial part of the internal market.⁸¹ Therefore, if a Member State has only one port, for instance, it is most likely that an abusive conduct practiced by that port [assuming that port has dominant position in the given predefined relevant market] in that Member State would fall under the scrutiny of Article 102.

However, the fact that Belgian and southern Germany sugar producers are considered as a substantial part of the internal market because of *their volume of production* or the fact that *every Member State is presumed* to be a substantial part of the internal market doesn't necessarily mean that substantiality is solely related to the game of percentage. There is no specific percentage placed by the EU Court or the Commission to determine the finding of substantiality above that percentage, as compared to the whole EU market. Even markets producing very small ratio of the whole EU can be considered as substantial.⁸²

It is common that port operators could be caught by Article 102 even if they are serving insignificant area coverage, as compared to the whole EU internal market. For instance, in the case *Sealink/B & I- Holyhead*⁸³, the Port of Holyhead has been caught by Article 102 even if the port has

⁸⁰ *Suiker Unie v. Commission*, Cases 40/73 etc [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295.

⁸¹ *Ibid.* See also Whish (2012), p. 190.

⁸² The opinion of Advocate General Warner in *BP v. Commission*.

⁸³ *Sealink/B & I- Holyhead- interim measures*, [1992] 5 CMLR 255.

been used only for short sea crossing from British to Ireland (insignificant percentage of area and traffic volume compared to the whole maritime transport in EU). Therefore, the finding of dominance in the whole internal market or in a substantial part of it needs an in-depth analysis- it is not simply about geographic market or geographic coverage or percentage of service provision. It is an overall assessment of all these factors.⁸⁴

3 ABUSE OF DOMINANT POSITION BY PORTS

3.1 INTRODUCTION: ABUSE IN GENERAL

By contrast to Article 101, which deals only with the deliberate conduct of undertakings by agreements and concerted practices, Article 102 catches any kind of unilateral conducts of dominant undertakings. For the purpose of Article 102, the conduct of a dominant port operator may be regarded as abusive in the absence of any fault and irrespective of the intention of that undertaking.⁸⁵ This inherent nature of the rule coupled with the lack of precise definition for the term “abuse” either in the Treaty or in the practice of the EU Court and the Commission has left the determination of a conduct as ‘abusive or not’ at a great extent in the discretion of competition authorities and courts.

In this regard, a great deal of responsibility is also expected from dominant port operators unlike those non-dominant undertakings. What is fair play for non-dominant port operators can be considered as abusive when practiced by those in a dominant position. As the EU Court stated, in *Michelin v. Commission*, an undertaking in a dominant position has

⁸⁴ Bull (1996), p. 207.

⁸⁵ *Europemballage Corpn and Continental Can*. “In the absence of any fault”- it was a statement forwarded as a response for Continental Can’s claim that it has not exercised its dominant market power to cause the alleged abuses.

a special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition on the internal market.⁸⁶ Therefore, dominant port operators, simply by virtue of being in a dominant position, are expected to act with great caution and special care not to hamper effective competition.

At the same time competition authorities are also responsible for assessing the conduct of dominant undertakings carefully before deciding that they are abusive or not. Some unilateral conducts of dominant port operators can be confusing to determine their status as anticompetitive, procompetitive or neutral. The traditional practice of the Commission and EU courts as supported (at least not opposed) by Article 102⁸⁷, shows that there are some per se rules in the application of Article 102. The General Court, in various decisions including in the case *Michelin v. Commission*⁸⁸, *ICI v. Commission*⁸⁹, and *Solvay v. Commission*⁹⁰ has considered loyalty rebate, discounts, and exclusive dealing agreements per se illegal. However, some conducts, for example price cutting and refusal to supply could be anticompetitive or procompetitive depending on a particular situation they have been practiced. Therefore, the economic harm of the conduct and its adverse effect on the market must be analyzed to categorize it as an abusive capable of falling under Article 102.⁹¹

However, in the context of ports this analysis of adverse effect on the market could be more cumbersome than usual as there are two levels of competition in the port sector. These different levels of competition are inter-port competition, i.e. competition between two or more ports and intra-port competition, i.e. competition between several port service providers or terminals within a single port. There is no special list of abusive conduct to be caught either only in case of inter-port competition

⁸⁶ Case 322/81 [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282.

⁸⁷ Article 102, unlike Article 101, does not expressly incorporated the “object or effect” requirement to make conducts abusive.

⁸⁸ Case T-203/01 [2003] ECR II- 4071, [2004] 4 CMLR 923.

⁸⁹ Case T- 66/01 [2010] ECR II- 000, [2011] 4 CMLR 162.

⁹⁰ Case T- 57/01 [2009] ECR II- 4621.

⁹¹ Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oregon, 2012, p. 130. The notion of effect-based analysis is well discussed under the title “Are effects necessary for a finding of abuse?”

or only in case of intra-port competition. A single conduct by a dominant port operator can be found abusive in light of both inter-port and intra-port competition.⁹²

If there is any major distinctive character of abuses in these two levels of competitions that is the effect the abuses could bring about. It must be analyzed and clarified whether the conduct is likely to impair undistorted competition between ports or is that likely to impair undistorted competition between port service providers and terminal operators within the same port. Mostly, a conduct affecting either of these two markets cannot be distinctively identified unless it has targeted competitors rather than consumers, as any kind of abusive conduct, whether in inter-port or intra-port competition, will have a negative effect on the market to the detriment of consumers.⁹³

Despite these difficulties of analyzing effects, especially in the port sector, the desirable ‘effect based analysis’ of a conduct has been recently introduced by the Commission⁹⁴ when it analyzed the tying practice of *Microsoft* and pricing practice of *Telefonica* in light of their anticompetitive nature and adverse effect on the market. The General Court also has introduced this approach in its trial of *TeliaSonera v. Commission* and *Deutsche Telekom v. Commission* where the Court has required the adverse effect of the conduct on the competition to be demonstrated before it decide that margin squeezing is an abuse.⁹⁵

It is apparent from the practice of European competition authorities that in this effect based analysis an abusive conduct of dominant port operators can be categorized as either exclusionary or exploitative, depending on the main purpose it is designed to serve and *the main effect it has brought about*. The analysis may address matters such as whether the main *effect* of the conduct was excluding competitors from the market or exploiting customers.⁹⁶

⁹² Working party No. 2: EU submission, p. 2.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Commission’s Guidance (2009), para 20.

⁹⁵ Whish (2012), p. 200.

⁹⁶ Id, p. 201.

Exclusionary abuse of dominant port operators has an effect of excluding competitors from the market, either by expelling those preexisting port operators or by preventing the entry of newcomers. The conduct of dominant port operators such as predatory pricing, refusal to supply, exclusive dealing agreements, tying, bundling, price discrimination, margin squeezing, and rebates are exclusionary abuses. These practices, while may not harm consumers [even may benefit] in the short term, will exclude competitors from the market in the long term.⁹⁷

By contrast, exploitative abusive conduct such as excessive pricing, limiting production, and discriminating between customers are practices designed to directly or indirectly collect benefit at the expense of customers.⁹⁸ So long as the port operator is dominant or monopolist in the market it can make profits at the expense of downstream market shipping companies. It is also true that as there is no competition such port operator would no longer need to innovate or improve its efficiency to survive in the market.⁹⁹ Therefore, the effect of this conduct will also extend to affect the choice of customers.

However, this classification of abuses into exploitative and exclusionary doesn't mean that there is always a clear boundary between behaviors labeled as exploitative and exclusionary. A single conduct can be considered as both exclusionary and exploitative. For instance, a dominant port may have a subsidiary shipping company in the downstream shipping service provision market. If this port refuses access to another shipping company to its infrastructure, this can be found both exploitative and exclusionary. In the case where the port imposes unfair port charge on this competitor shipping company it is exploitative practice. At the same time if this unfair port charge has a purpose of excluding that shipping company from the downstream market, then it is also exclusionary.¹⁰⁰

⁹⁷ Id, p. 210.

⁹⁸ However, in situations where there is no entry barriers these practices may in a long term attract competitors and enhance competition.

⁹⁹ Whish (2012), p. 202. The 'right to quite life' of dominant undertakings.

¹⁰⁰ Ibid.

Generally speaking, as we have seen even after having such ‘effect based’ analysis it is not as such easy to determine the exact effect of the conduct on the market. Therefore, it is not uncommon that competition authorities may decide procompetitive unilateral conduct as abusive and anticompetitive conduct as fair practice or legal. Since this mistake cannot be avoided altogether, competition authorities used to opt to establish a policy priority in which they may give much concern either for false positives [false positive occurs when a competition authority mistakenly decide a procompetitive conduct as abusive] or for false negatives [false negative occurs when a competition authority mistakenly decide an anticompetitive conduct as legal].¹⁰¹ As stated earlier, this unavoidable confusion of competition authorities mainly emanates from the crude nature of the term abuse. Article 102 does not contain an exhaustive list of conduct labeled as abusive. The provision explicitly marked only some types of conduct such as limiting production, discrimination, and charging excessive prices as abusive.¹⁰²

In various judgments, however, the European competition authorities have also considered other practices, such as making misleading representation in relation to patent protection as abusive conduct.¹⁰³ The problem in these judgments is that the EU competition authorities did not provide broad theoretical statements which can be applied to other subsequent cases. They used to decide each and every case narrowly, based on its own peculiar facts and for itself.¹⁰⁴ As many experts of competition law have agreed up on there is no a unifying theory for various aspects of anticompetitive conduct.¹⁰⁵

If there is one judgment containing a foundational statement for the

¹⁰¹ It is well-known behavior that EU tends to be more concerned about false negative while US is more concerned about false positives. Therefore, as it can be inferred from various cases such as *Verizon Communications* [540 US 398 (2004)] and *Pacific Bell* [555 US 438 (2009)] US is more of non-interventionist.

¹⁰² Whish (2012), p. 193.

¹⁰³ *AstraZeneca AB v. Commission*, Case T-321/05 [2010] ECR II- 000, [2010] 5 CMLR 1585.

¹⁰⁴ Whish p. 197.

¹⁰⁵ Among others, the influential speech of Philip Lowe, the former Director General of DG COMP, on Sep 11 of 2006 is mentionable.

finding of abuse under Article 102, it must be the judgment of the EU Court in *Hoffman La Roche v. Commission*. The judgment stated that:

“Abuse is an objective concept relating to the behavior of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transaction of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”.¹⁰⁶

The most important point of this judgment is that it has introduced the concept that ‘methods different from those which condition normal competition are’ abusive. However, the decision has some drawbacks. First, by using the term “hindering competition” as a mandatory criterion of being abusive, it has excluded an exploitative conduct of dominant port operators which, by nature, doesn’t hinder competition but still is abusive as it harms port users and consumers.¹⁰⁷

Secondly, the term “normal competition” is not unequivocal. What is ‘normal’ needs another definition. This problem has been actually alleviated when the EU Court started to use the term ‘*competition on the merits*’.¹⁰⁸ To explain this point the Commission also has provided examples of competition on the merit. According to the Commission offering better quality, lower prices, and a wider choice of new and improved goods and services are behaviors reflecting competition on the merit.¹⁰⁹

It is well established in the EU case law and Commission’s practice that to find an abuse there is no need for a causation to exist between the

¹⁰⁶ Case 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

¹⁰⁷ Whish (2012), p. 198.

¹⁰⁸ In recent cases such as *Deutsche Telekom* (Case C- 280/08 P [2010] ECR I- 000, [2010] 5 CMLR 1495) and *TeliaSonera* (Case C- 52/09 [2011] ECR I- 000, [2011] 4 CMLR 982) this term has been consistently used.

¹⁰⁹ Commission’s Guidance (2009), para 5.

exercise of dominant position and the alleged abusive conduct. As stated in *Continental Can v. Commission* it is possible to abuse a dominant position without actually exercising or relying on the market power, that is to say dominant port operators could be held liable for abuse even if they did not actually present their market power as leverage to accomplish their abusive desire in that particular situation.¹¹⁰

The practice of the EU competition authorities has also established that for the finding of abuse there is no need for the dominance, the abuse, and the effects of the abuse all to be in the same market. A dominant port operator owning a downstream market shipping company may abuse its dominant position in that market of port operators to get a benefit on a separate market of shipping service provision.¹¹¹ This dominant port operator may also use its market power to abuse the separate market of shipping service provision in order to strengthen its dominant position in the market of port operators.¹¹² It is also possible that a dominant port operator may use its market power to abuse a separate market of shipping service provision to get a benefit from that latter market of shipping service operation.¹¹³

However, in these different markets of dominance, abuse, and benefit of abuse, unlike in the case of *Continental Can* where the dominance and the abuse were at the same market, there is a need for a causation to exist between the exercise of dominant position and the alleged abusive conduct.¹¹⁴

To conclude, an abusive behavior of dominant ports with all its above-discussed characteristics can be expressed in various manners. Some of these major forms of abuse in the port sector are discussed in the next sections.

¹¹⁰ *Continental Can*.

¹¹¹ *Commercial Solvents* (Case 6/73 etc [1973] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309, *Telemarketing* (Case 311/84 [1985] ECR 3261, [1986] 2 CMLR 558), *De poste- La Poste* (OJ [2002] L 61/32, [2002] 4 CMLR 1426), and *Sealink/BI* (OJ [1992] 5 CMLR 255..

¹¹² *British Gypsum*, Case C-310/93 P [1995] ECR I- 865, [1997] 4 CMLR 238.

¹¹³ *Tatra Pak v. Commission*, Case C-333/94 P [1996] ECR I- 5961, [1997] 4 CMLR 662.

¹¹⁴ *Ibid.* Causation is not required only if all the dominance, abuse, and the benefit are in the same market.

3.2 REFUSAL TO SUPPLY

3.2.1 In General

In the context of port operators, refusal to supply is a refusal by a dominant port operator to supply an access or services to those who want to use its infrastructure and services. This refusal to supply includes both pure refusal and constructive refusal, in the sense that refusal to supply manifested through charging unreasonable prices, imposing unfair trading conditions or unduly delaying or degrading the supply of the service in question is called constructive refusal.¹¹⁵

Refusal to supply can be an abuse of a dominant position because it might create a limited competition in the downstream market and, therefore, it will inevitably lead to allocative inefficiency and higher prices in the downstream market. Refusal to supply may have two kinds of anticompetitive effect, i.e., vertical foreclosure of the market and horizontal foreclosure of the market. In the context of port operators the most common one is vertical foreclosure of the market where the refusal to supply an access to the port infrastructure and port services will be resulted in a harm to the downstream shipping service provision market.¹¹⁶

It is common practice in the port industry that port operators have a vertical integration with the downstream market of shipping companies. Some shipping lines own and operate their own terminals within ports. The fact that many port operators are also involved in shipping service provision makes the port sector highly susceptible to refusal to supply.¹¹⁷ As the Commission's decisional practice demonstrates, in general a refusal to supply access to port infrastructure has been, most of the time, con-

¹¹⁵ Commission's Guidance (2009), para 79.

¹¹⁶ *Port of Elsinore*, [1996] 4 CMLR 728. The Commission mentioned that refusal to grant access to the ferry operator, Mercandia, to the Port of Elsinore would reinforce the dominant position of the other ferry operator, ScandLines, and thereby foreclose Mercandia.

¹¹⁷ However, dominant ports may abuse their position even where they do not have a vertical integration or any substantial interest in the downstream market. See *Port of Roscoff*, [1995] CMLR 177.

sidered as an abusive conduct of dominant ports as ports are indispensable and difficult-to-duplicate essential facilities for downstream shipping service providers.¹¹⁸ As explicitly stated in the *Port of Rødby* “an undertaking that owns or manages an essential port facility from which it provides a maritime transport service, may not...refuse to grant a ship owner wishing to operate on the same maritime route to that facility without infringing Article 102.”¹¹⁹

Refusal to supply, however, is not per se abusive conduct. A number of situations need to be considered before the refusal of a dominant port operator to supply its infrastructure or services is categorized as an abusive conduct. To begin with, refusal to supply has a lot to do with the grand legal concept of “freedom of contract”. Port operators have a right to choose with whom they want to trade. Setting an exception to this principle requires careful consideration of justifications. In addition, a duty to supply or share their infrastructure and property may undermine the incentives of dominant port operators to invest and innovate. It is also true that under the umbrella of objective justification ports have the right to reserve supply due to capacity shortages and their natural desire to avoid dealing with bad debtors and with those who use the supply for illegal ends.¹²⁰

3.2.2 Competition Law v. Property Rights: The Essential Facilities Doctrine

As well discussed in the above section refusal to supply their own properties may sometimes constitute an abuse of dominant position against port operators. In this situation port operators used to come up with arguments of defence involving property rights.¹²¹ On one hand, competition law as inferred from the decision of competition authorities requires some properties of dominant undertakings, in some exceptional situations, to be granted to competitors; and on the other hand, the Treaty

¹¹⁸ See *Sealink/B&I v. Holyhead, Sea Containers v. Stena Sealink, and Port of Rødby*.

¹¹⁹ OJ [1994] L 55/52.

¹²⁰ Whish (2012), P. 697. See also Commission’s Guidance (2009), para 75.

¹²¹ *Id.*, p. 212.

and national laws of Member States guarantee the protection of property rights of undertakings.¹²² Therefore, the problem would be how to reconcile this battle between *Competition Law v. Property rights Law*.

As successfully argued by the competition authorities in various occasions it is not an issue if their interference merely affect the property right of undertakings; it will be a concern when such interference has affected these property rights to the extent where the rules on property ownership in Member States have been prejudiced.¹²³ The Commission, in *Frankfurt Airport*,¹²⁴ has clarified this point stating that the constitutions of the Member States recognized that the exercise of property rights may be restricted in the public interest; and this public interest clause has indeed includes competition rules of the Treaty as the rules are meant to maintain effective competition within the whole EU. The commission, in this case, has established that as long as the application of competition law in this manner does not constitute an excessive or intolerable interference in to property rights, there is no legal ground to oppose it.¹²⁵ Then, the question is what would the unifying concept be for these key issues of ‘*the goals of competition law as public interest*’ in one hand and ‘*excessive and intolerable interference*’ on the other hand?

The competition law system of EU has developed a doctrine called “essential facilities doctrine” based on which an interference to property rights could be considered as tolerable and warranted as long as the interventionist application of competition law, as narrowly tailored to serve the public interest, is mandatory. The essential facilities doctrine imposes on owner of essential facilities a duty to deal with competitors.¹²⁶

¹²² It is obvious that the right to property of undertakings is guaranteed under the national laws of all Member States. Further, Article 345 of the Treaty states that “the treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership”.

¹²³ The opinion of Advocate General Cosma in the case *Masterfoods Ltd v HB Ice cream* (Case C- 344/98 [2000] ECR I- 11369, [2001] 4 CMLR 449) is mentionable.

¹²⁴ OJ [1998] L 72/30, [1998] 4 CMLR 779.

¹²⁵ The Commission stated that the property right of the Frankfurt airport is not excessively and intolerably violated since its own right to provide the claimed (ground handling) service is not interfered.

¹²⁶ Sebastien J. Evrard, *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*,

As defined under *Sea Containers v. Stena Sealink*, essential facility is a facility or infrastructure without access to which competitors cannot provide services to their customers.¹²⁷ According to this doctrine dominant port operators could be, under some circumstances, forced to supply their infrastructures to competitors in exchange for reasonable remuneration. This doctrine, however, doesn't guarantee the grant of access to competitors *whenever they wish* to use the facilities of dominant port operators.

It is understandable that if competitors are always allowed to use the facilities of dominant undertakings, it would be destructive for the competition law itself, let alone the protection of property rights. If dominant undertakings are simply forced to share their facility, infrastructure, and innovation, it will discourage the investment and efficiency of these dominant undertakings and finally it will be resulted in detriment to consumer welfare. Therefore, such grant of access to these essential facilities under competition law has to be tailored narrowly and very carefully.¹²⁸

As it can be inferred from the definition of essential facilities in *Sea Containers v. Stena Sealink* this doctrine is very significant for the very subject matter of this paper since ports are essential facilities to downstream market shipping service operators. The essential facilities doctrine was first developed in the United States in the case of *Terminal Railroad Combination of 1912*.¹²⁹ In the EU competition law system this doctrine is relatively new.¹³⁰

Until 1998, i.e., in the case of *Bronner*, the commission and the EU courts had previously been confronted with a number of cases involving similar situations, but they have never explicitly and directly addressed the matter using the term 'essential facilities doctrine' in a precise manner.¹³¹ These an extremely interesting and constructive previous (pre-Bronner) cases addressed by the Commission and EU courts includes

Columbia Journal of European Law, Vol.10, 2004, p. 491.

¹²⁷ OJ [1994] L 15/8, [1995] 4 CMLR 84.

¹²⁸ Evrard (2004), p. 505. Pre-Bronner case law was more of applying the doctrine without assessing its side-effects for the competition.

¹²⁹ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louise*, 224 U.S. 383 (1912).

¹³⁰ Evrard (2004), p. 491 & ff.

¹³¹ *Ibid.*

Commercial Solvents,¹³² *Mexicar v. Renault*,¹³³ *United Brands*,¹³⁴ *Ladbroke*,¹³⁵ *BP*,¹³⁶ *Telemarketing*,¹³⁷ *RTT v. GB-Inno-BM*,¹³⁸ *Port of Rødby*,¹³⁹ *Sea Container v. Stenalink*,¹⁴⁰ and *Magill*.¹⁴¹

To summarize, the Commission and EU courts have accepted arguments and sanctioned the grant of access to essential facilities in some of these cases while rejected the arguments and denied the application of the doctrine in the rest of them. In general, the contribution of these cases for the development of the essential facilities doctrine in the EU system is tremendous.

As an initial experience the Commission, for instance while ruling on *Sea containers*, has stated that “an undertaking that occupies a dominant position in the provision of an essential facility and that itself uses that facility, and which refuses other companies access to that facility without objective justification or grants access to competitors only on terms less favorable than those which it gives to its own services infringes Article (102) if the other conditions of that Article are met.”¹⁴²

¹³² Case 1974 E.C.R. 223. Refusal to supply the raw material for the production of ethambutol has been alleged as abusive.

¹³³ Case 53/87, [1988] ECR 6039, [1990] 4 CMLR 265. Refusal to supply a license to manufacture or import spare parts has been alleged as abusive.

¹³⁴ Case 27/76, [1978] ECR 207 [1978] 1 CMLR 429. Refusal to supply banana has been alleged as abusive.

¹³⁵ Case T- 504/93 [1997] ECR II- 923 [1997] 5 CMLR 309. Refusal to supply license to transmit pictures of horse race has been alleged as abusive.

¹³⁶ Case 77/77 [1978] ECR 1513 [1978] 3 CMLR 174. Refusal to supply oil (petroleum) has been alleged as abusive.

¹³⁷ Case 311/84 [1985] ECR 3261 [1986] 2 CMLR 558. Refusal to sale advertising time on TV has been alleged as abusive.

¹³⁸ Case C- 18/88 [1991] ECR I- 5941 [1994] 1 CMLR 117. Refusal to approve (preventing) market entry for non-approved telephones has been alleged as abusive.

¹³⁹ OJ [1994] L 55/52. Refusal to supply an access to the port infrastructure and refusal to supply approval to construct a new port has been alleged as abusive.

¹⁴⁰ OJ [1994] L 15/8, [1995] 4 CMLR 84. Refusal to supply an access to the port infrastructure has been alleged as abusive.

¹⁴¹ Cases C- 241/91 P & C- 242/91 P, [1995] ECR I- 743, [1995] 4 CMLR 718. Refusal to supply an access to TV program listings has been alleged as abusive.

¹⁴² *Sea Container*. Further discussion is provided by *Irene Grassi (Advocate)*, Refusal to Supply and Abuse of Dominant Position in European Antitrust Law: An Analysis of the Case Law of the Court of Justice, Bologna, p. 416. Online available at: <http://www.>

The *Bronner*¹⁴³ is very important in establishing and clarifying the boundaries of the essential facilities doctrine in the EU competition legal order. Considering the significant position of this case in the establishment of this doctrine, and the significance of this doctrine for the competition in the port sector, it is important to analyze this case in detail.

Mediaprint is a publisher of daily newspapers in Austria with a market share of 46.8% in terms of circulation and 42% in terms of revenue. Oscar Bronner, on the other hand, is a publisher of a competing daily newspaper with a market share of 3.6% in terms of circulation and 6% in terms of revenue. Mediaprint has its own nationwide early morning home-to-home newspaper delivery scheme. Bronner requested access to this scheme in return for reasonable remuneration. However, Mediaprint declined to grant access. Then, Bronner lodged a complaint in the national court, and the national court referred the matter to the EU Court.

The EU Court ruled that [if other requirements of Article 102 are met] there could be an abuse of dominant position if: (1) the refusal was likely to eliminate all competition in the daily newspaper market on the part of the person requesting the service; (2) that such refusal was incapable of being objectively justified; and (3) that the service in itself was indispensable to carrying on that person's business, in as much as there is no actual or potential substitute in existence for the home delivery scheme. It actually appears that there is no difference between the first and the third requirements in the sense that if the facility is essential but refused, it will inevitably eliminate competition on the requesting side.¹⁴⁴

The Court has finally decided that these conditions were not met since (i) other methods of distributing daily newspapers, such as by post and through sale in shops and at kiosks, while potentially less advantageous for the distribution of certain newspapers, existed and were used by some publishers and (ii) there were no technical, legal or even economic obstacles capable of making impossible or unreasonably difficult, for any other publisher of daily newspapers to establish, alone or in cooperation with other

derra.eu/dateien/public/publikationen/publikation160.pdf

¹⁴³ *Bronner v. Mediaprint*, Case C- 7/97, [1998] ECR I- 7791.

¹⁴⁴ Evrard (2004), p. 507-508.

publishers, its own nationwide home delivery scheme and use it to distribute its own daily newspapers. The Court further added that the fact that Bronner has a small share of circulation of newspapers in the market doesn't matter. The economic viability must be evaluated on the assumption that Bronner has comparably large enough newspapers with Mediaprint.¹⁴⁵

The *Bronner* case was very crucial in defining the elements and the scope of application of the doctrine. It has established that the essential facilities doctrine could be invoked only when the facility is indispensable and showed that refusal to supply is not per se abusive.

In the context of ports the prevalence of vertical integration between upstream port operators and downstream shipping companies is an incentive for port operators to restrict access to their facilities only to their downstream market subsidiaries. This may require an aggressive application of the doctrine. On the other hand, the unlimited application of the doctrine may hamper the consumer welfare. For example, a port operator may invent specialized sophisticated unloading equipment that creates efficiencies in unloading time. If this port operator is simply forced to share this innovation to others, its investment will be useless.¹⁴⁶

Therefore, this Bronner style strict and carefully designed adoption of the essential facilities doctrine is quite important to achieve the goals of competition law in general since both a mistaken applicability or inapplicability of the doctrine has an adverse effect on the competition process, especially for ports which are apparently essential infrastructures for downstream market of shipping service provision.¹⁴⁷

3.3 PRICING ABUSES IN THE PORT SECTOR

3.3.1 Excessive Pricing

Excessive pricing by dominant port operators is prohibited under Article 102 (2) (a) with clear terminology that "...abuse may, in particular,

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ OECD (2011), p. 47.

¹⁴⁷ Albertina Albers- Llorens, "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 58, No 3, 1999, p. 492.

consists in directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or unfair trading conditions”. In the *United Brands* case, the EU Court also stated that “charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied is an abusive”.¹⁴⁸ This statement presupposes addressing questions like whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and if the answer to this question is in the affirmative, to consider whether a price has been charged which is either unfair in itself or when compared to other competing services.¹⁴⁹ Therefore, exploiting port users by excessive pricing is an abuse.

Excessive pricing exploit port users and may leads to a net consumer welfare detriment due to the allocative inefficiency caused by the raised prices.¹⁵⁰ It is also true that excessive pricing could be exclusionary, especially when it is imposed by a dominant port operator while it was requested to grant access to its essential facility.¹⁵¹

However, excessive pricing could be pro-competitive as well, in the sense that it may attract competitors if there is no entry barrier. It is also true that for a monopolist to charge excessive pricing is a means of earning sufficient income which enables it to invest on risky innovative research and development programs.¹⁵²

3.3.2 Price Discrimination

As stated under Article 102 (2) (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage is prohibited as an abuse.¹⁵³ In the context

¹⁴⁸ However, the mere finding of positive difference between the price charged and the cost of supplying port services may not be sufficient to conclude that prices are excessive

¹⁴⁹ *United Brands*, para 252. See also *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, (COMP/36.568).

¹⁵⁰ OECD (2011), p. 46.

¹⁵¹ Whish (2012), p. 724.

¹⁵² *Id.*, p. 718.

¹⁵³ One of the essential components of this abuse is the ‘equivalence’ of transactions which can be justified by the nature of the service supplied and the cost of supplying it. See also *United Brands*.

of port sector price discrimination occurs when the same port service is sold at different prices to different customers despite identical costs or when the same port service is sold at the same price to different customers despite different costs.¹⁵⁴

The price difference or similarity imposed by port operators in between these customers must be justified by their cost of supplying that particular service.¹⁵⁵ Differences between local taxes and duties, the terms and conditions of specific contracts entered in to between ports and shipping companies, and the length and frequency of services demanded could be the justifications of the price difference or similarity.

Any price discrimination not justified by factors of this kind may abusively exploit downstream shipping companies, especially in the case of captive hinterlands where shipping companies have nowhere else to turn their face. It may also damage the competitive process of the downstream shipping service provision market, as it may have exclusionary effect by placing some shipping companies at a disadvantage.¹⁵⁶

However, there is no per se rule prohibiting price discrimination since charging a higher price from those shipping companies who have the ability to pay more and charging less from those who cannot afford higher prices may in some situations leads to allocative efficiency and thereby increases an output.¹⁵⁷

3.3.3 Predatory Pricing

Predatory pricing is an abuse whereby dominant port operators price their services so low that competitors cannot live with the price and are driven from the market; and once the competitors are excluded from the market the port operators are able to increase prices to monopoly levels and recoup losses.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, third ed., Oxford University Press, New York, 2008, p. 440.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Whish (2012), p. 759-760. See also above at P. 17, in relation to the arbitrage opportunities the lack of which may expose port users to price discrimination.

¹⁵⁷ Jones (2008), p. 441.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 443.

As the EU Court, in *Akzo v. Commission*, stated where prices were below AVC¹⁵⁹ predation had to be presumed (as just a prima facie abusive-it may still be rebutted¹⁶⁰), since every sale of service would generate a loss for the port.¹⁶¹ The court has, further, stated that even where prices are above AVC but below ATC¹⁶² they can be regarded as abusive if they are part of a plan which aimed at eliminating competitors. Further, as the Commission and EU courts established, unlike in the US antitrust legal regime, the ability to recoup losses in the future by the dominant undertakings is not considered as an essential element of an abuse of predatory pricing.¹⁶³

However this test may not work for the port sector. As ports are infrastructure assets their fixed cost is naturally very high while their variable cost in relation to providing services is significantly low. It takes a lot of capital investment to construct ports and install all necessary machineries and equipment. However, once the port is constructed and ready for service, the actual cost of providing port services for customer shipping companies could be significantly low, especially with regards to berthing and generally providing access to the port infrastructure. Therefore, in this situation if competition authorities are going to adopt those standards of pricing below AVC or ATC + Intention, predatory pricing may not ever be found abusive and ports may enjoy abusive conduct without legal constraint.¹⁶⁴

Due to this peculiar nature of some sectors such as ports, some commentators and the Commission, as stated under its *Notice on the Application of Competition Rules to Access Agreements in the Telecommu-*

¹⁵⁹ “AVC” stands for average variable cost, as calculated by dividing the undertaking’s all variable costs by the total of its actual output. This test depends on Areenda and Turner Test.

¹⁶⁰ *France Telecom v. Commission*, Case C- 202/07 [2009] ECR I- 2369, [2009] 4 CMLR 1149.

¹⁶¹ *AKZO*.

¹⁶² “ATC” stands for average total cost, as calculated by dividing the undertaking’s both variable costs and fixed costs by the total of its output.

¹⁶³ *France Telecom*.

¹⁶⁴ Whish (2012), p. 747.

*nications Sector*¹⁶⁵, have suggested that for some infrastructural industries like telecommunication and ports pricing below LRIC¹⁶⁶ (after combinational approach of cost analysis involving LRIC of the port and its ‘stand alone cost’) must be considered as predatory pricing.

3.4 Margin Squeezing

The EU Court, in *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige*, stated that “a margin squeeze means that the dominant firm (say port) leaves an insufficient margin between its upstream (say port infrastructure access) and downstream (say shipping service provision) products; and that it is this difference that is the essence of the infringement.”¹⁶⁷

In a situation where a dominant port operator is vertically integrated with downstream shipping companies and provides shipping services in the downstream market of shipping services provision¹⁶⁸ a margin squeezing may occur when that dominant port operator supplies a key input, such as access to quays, to undertakings that compete with it in the downstream market. In this situation the dominant port operator of the upstream market may charge equal price of port access against its subsidiary shipping company and another competitor shipping company. However, the squeezed margin can be manipulated for the benefit of the financially strong and vertically integrated [port operator-shipping company] as the self-standing but as efficient competitor shipping company may not be able to finalize the rest of the cost of shipping service provision within that margin and sale its service at competitive price.¹⁶⁹

The abuse of margin squeezing is not about price discrimination or excessive pricing or predatory pricing, it is an independent abuse of domi-

¹⁶⁵ OJ [1998] C 265/2, [1998] 5 CMLR 821.

¹⁶⁶ “LRIC” stands for Long-run incremental cost that is the sum of the fixed and variable costs that an undertaking incurs when deciding to produce a particular product (to supply a particular service).

¹⁶⁷ Case C- 52/09 P [2011] ECR I- 000, [2011] 4 CMLR 982.

¹⁶⁸ A typical example of this situation can be found in *Sea Container*.

¹⁶⁹ Whish (2012), p. 755.

nant position.¹⁷⁰ The EU Court in *TeliaSonera Sverige* stated that a margin squeeze, in view of the exclusionary effect which may create for competitors who are at least *as efficient as the dominant undertaking*, in the absence of any objective justification, is in itself capable of constituting an abuse within the meaning of Article 102 TFEU.¹⁷¹ (Author's emphasis).

3.5 THE DEFENCE OF OBJECTIVE JUSTIFICATION

Dominant port operators used to come up with the defence of objective justification against accusations of unilateral abusive conduct. Indeed, as it can be inferred from the decision of the EU competition authorities, an otherwise abusive conduct of dominant undertakings may not be caught by Article 102 if it is found to be corroborated by an objective justification.¹⁷²

The Commission's Guidance on Article 102¹⁷³ states that an otherwise abusive behavior of a dominant undertaking could be considered acceptable under the terms of objective justification for two reasons: (1) *objective necessity* and (2) *efficiency*. These grounds are acceptable if and only if the conduct in question is *indispensable* and *proportionate* to the goal allegedly pursued by the dominant undertaking. Therefore, based on this standard a dominant port operator can defend its conduct with the grounds of efficiency and objective necessity from being caught by Article 102.¹⁷⁴

However, these defences are not open-ended. The Commission has further, with regards to *objective necessity*, stated that the question of whether conduct is objectively necessary and proportionate must be determined on the basis of factors external to the dominant undertaking. An exclusionary abusive conduct may be admitted as objectively necessary

¹⁷⁰ Id, p. 756.

¹⁷¹ *TeliaSonera*, para 31.

¹⁷² Whish (2012), p. 211.

¹⁷³ It is important to notice that despite its tremendous importance as an interpretative aide, this guidance doesn't have a binding effect on the decision of EU courts.

¹⁷⁴ Commission's Guidance (2009), para 28.

for health or safety reasons related to the nature of the product in question.¹⁷⁵ However, it is not the mandate of a dominant port operator to take steps in its own initiative to exclude such kinds of unsafe and unhealthy services. It is the task of public authorities.¹⁷⁶

The Commission has also stated that four criteria must be cumulatively satisfied to enable an otherwise abusive conduct of a dominant port operator be defended by the grounds of *efficiency*. These elements are: first, the conduct in question must not eliminate all effective competition; second, the conduct in question must be indispensable for the realization of those efficiencies; third, the efficiencies need to have been realized, or likely to be realized, as a result of the conduct in question; and fourth, the efficiencies must outweigh any negative effects on competition and consumer welfare in the affected market.¹⁷⁷

The EU Court also has, in the case *Sot. Le'los*, confirmed this position mentioning that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of its entitlement to protect its own commercial interests when they are attacked as long as such behavior doesn't have a purpose of strengthening the dominant position and to abuse it.¹⁷⁸ The elements of this judgment, along with the other inseparable criterion, i.e., proportionality, have also been discussed in the case of *United Brands*.

In *United Brands* the EU Court stated that an abuse of refusal to supply could be justified as a commercial response to the competitor's attacks, but must be proportionate to the threat, taking in to account the economic strength of the undertakings confronting each other.¹⁷⁹

The defence of objective justification has also been interestingly dealt in the case of BP, where due to the shortage of oil BP reduced its deliveries to its customers (ABG). In doing so BP gave preference to its long standing customers. In the case the Commission has considered BP's conduct as abusive stating that discriminating between habitual customers and

¹⁷⁵ Id, para 29.

¹⁷⁶ Id, para 29, sentence 4.

¹⁷⁷ Id, para 30.

¹⁷⁸ Cases C- 468/06 etc [2008] ECR I- 7139, [2008] 5 CMLR 1382.

¹⁷⁹ *United Brands*.

occasional customers is an abuse of dominant position.¹⁸⁰ However, the EU Court has reversed this decision and rendered the conduct of BP as objectively justified. The court stated that BP can give more favorable treatment to its traditional customers than its occasional customers during oil shortage.¹⁸¹

The Commission and the EU Court have also well discussed the defence of objective justification in various other cases such as *Tetra pak II* and *Telemarketing*. It must be finally underlined that it is the burden of these dominant port operators to come up with all relevant evidences and to substantiate their defence of objective justifications.¹⁸²

3.6 THE CRITERION OF ‘EFFECT ON INTER-STATE TRADE’

The above discussed abusive conduct, finally, needs to have an effect on inter-state trade to trigger the application of Article 102. In addition, in order to fall under this provision the effect on the inter-state trade must be appreciable.¹⁸³ If the abusive conduct of a dominant port operator doesn't have [an appreciable] effect on the inter-state trade it can be caught by the competition law of the concerned Member States but not by Article 102.¹⁸⁴

This conduct with ‘effect on inter-state trade’ has been well explained by the decision of the EU Court in *Commercial Solvents v. Commission*, where the court rendered that “this criterion will be satisfied when the conduct in issue brings an alteration in the structure of competition in the

¹⁸⁰ *BP*, para 21.

¹⁸¹ However, the General Court followed different approach and found abuse with regards to making distinctions between ‘loyal customers’ and ‘customers who buy also from other suppliers’. See *BPB Industries and British Gypsum v. Commission*, Case T- 65/89, [1993] ECR II- 389.

¹⁸² *Microsoft v. Commission*, Case T- 201/04 [2007] ECR II- 3601, [2007] 5 CMLR 846.

¹⁸³ *The Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Article [101 and 102 TFEU]*, OJ [2004] C 101/81. para, 50-53. The guideline sets positive and negative rebuttable presumptions of appreciably.

¹⁸⁴ De minimis doctrine applicable. Effects on inter-state trade of minor importance are not caught by Article 102.

common market”.¹⁸⁵ According to this judgment the main standard to assess the port’s conduct for its effect on inter-state trade is to test whether it has resulted in structural changes of competition in the common market. The conduct may restrict the inter-state trade or may expand it, but in any way there must be a structural change. The essence of this criterion is not specifically about a trade increased or a trade reduced; the point is the inter-state trade must be influenced one way or another.¹⁸⁶

Based on the *Commission’s guideline on the Effect on Trade*¹⁸⁷, the conduct of a dominant port operator must be evaluated with regards to its overall impact on trade between Member States. Each and every element of the conduct need not be assessed separately and found to have an effect on inter-state trade to be caught by Article 102. This effect on trade could be direct or indirect, potential or actual; there is no need to show an actual effect or subjective intent of the dominant port operators to influence trade between states. It is enough to show that the conduct of the port operator, considering objective factors of law and fact, is capable of having an effect on inter-state trade.¹⁸⁸

Generally, the practices of EU courts and the Commission have shown that the effect on inter- state clause of Article 102 has been interpreted broadly.¹⁸⁹ In case of dominant port operators it is especially important to notice that their conduct are generally capable of having effect on inter-state trade, as waterborne transport is the major means of inter-state trade for EU.

4 SUMMARY AND CONCLUSION

The paper has demonstrated that ports have some peculiar characteristics that necessitate a careful and special consideration with regards to the

¹⁸⁵ *Commercial Solvents*, para 33.

¹⁸⁶ *The Guidelines on the Effect on Trade (2004)*, para 34.

¹⁸⁷ *Id*, para 17.

¹⁸⁸ *Id*, para 23-26.

¹⁸⁹ See *Soda- ash/Solvay*, OJ [1991] L 152/21 and *Soda-ash/ICI*, OJ [1991] L 152/1, where even undertakings located outside of EU have been caught by Article 102.

application of competition law. Ports have a unique ownership structure as they are usually vertically integrated with downstream shipping companies. Their function covers unusually a wide range of activities, both public and economic activities. Ports are also unique for their possession of expensive infrastructural asset and their indispensability to downstream market of shipping service provision. Due to these and other peculiar traits of ports, there was some doubt as to how and to what extent Article 102 could be suitably applied to them.

In an effort to clarify this skepticism Chapter 2 of this paper has elaborated on Article 102 and examined its application to the market of ports and port service providers. The provision prohibits *any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between member states*. It is generally agreed that port operators are undertakings within the meaning of Article 102.

As the application of Article 102 at a specific case is limited to a particular predefined market, the general manner of defining the product and geographic markets in the port sector has also been illustrated in this chapter. Due to lack of substitutability between port services (ultimately maritime transport) and other modes of transport and lack of substitutability in between various port operators, both product and geographic markets have been defined very narrowly in the port sector. Apart from this usual narrow market definition, there was no specific problem with regards to market definition which is capable of incapacitating the applicability of Article 102.

Port operators are also found to be in a potentially 'good position' to meet the other essential component of Article 102, i.e. dominance. As the paper has well demonstrated, due to various reasons port operators do not usually face substantial competitive constraints either from existing or potential competitors. The only considerable threat that may challenge their market power is the existence of large countervailing buyer power as manifested through strong and well organized downstream shipping companies. Generally, however, it is not uncommon to find a dominant position in the market of ports and port service provi-

ders, either in a form of individual dominance or in a form of collective dominance as involving two or more independent port operators.

It was also demonstrated that the finding of dominance within the whole or the substantial part of EU was not as such a cumbersome task. Due to the inherent nature ports and their significant role in the inter-state and international trade of EU, it is not usually difficult to find a dominant position held in a substantial part of EU.

Chapter 3 has shown the kinds of abuses in which dominant port operators could involve together with their anticompetitive nature leading to the distortion of effective competition in the market. It was sufficiently explained how the Commission and EU courts have established the meaning of abuse under Article 102.

Based on the meaning it was apparent that dominant port operators could commit various kinds of abuses, some distorting an inter-port competition while the others affect intra-port competition. Some of the abusive practices have been exclusionary that are capable of foreclosing competitors, while the others are exploitative which are intended to maximize profit at the expense of customers and consumers. As reflected under decisional practice of the Commission and EU courts, some of practices of dominant port operators could be considered *per se* abuses while the rest could be classified as abuses after an effect-based analysis of the conduct.

It was also clarified in this chapter that it is fairly easy to show the satisfaction of the effect on inter-state criterion of Article 102. It seems obvious that any practice that distorts effective competition in the port sector would most likely affect the inter-state trade of EU.

The major battle ground in the port sector, i.e. the conflict between competition law and property rights law in times of refusal to supply, has also been discussed in light of the essential facilities doctrine whereby it was revealed that property rights could be justifiably restricted when the application of competition law requires so. This especially works for the port sector as it is an indispensable infrastructure for the downstream market of shipping service providers.

The chapter has also revealed the kinds of specific abuses usually

practiced by dominant port operators. Dominant port operators could be caught for an abuse of refusal to supply when they unjustifiably deny access to their infrastructure. They could also be liable for an abuse of excessive pricing when they charge unfairly high prices for their services. An abuse of price discrimination could be committed by dominant port operators when they charge unduly discriminatory prices against their customers.

Ports may also commit an abuse of predatory pricing when they sale their services below their cost of supply. They may also involve in an abuse of margin squeezing when they unfairly narrowed the difference between the prices of their input service of the upstream market and output service of the downstream market. However, the chapter has finally confirmed that dominant port operators can always defend their conduct by adducing objective justification which includes the defence of objective necessity and efficiency.

The paper has generally shown that Article 102- the rule against abuse of dominant position- is sufficiently suitable to be applicable to the port and port service provision market. However, some form of unique approach towards the abusive conduct of dominant port operators might be necessary due to the peculiar nature of the port industry.

Unlike some other sectors which are entirely engaged in economic activities, the application of Article 102 to port operators may require competition authorities to have more careful study towards the activities of ports in order to separate those economic activities of undertakings from activities exercised under the power of public authority. In case of port operators, competition authorities might also need to be too cautious with regards to applying Article 102 in its full extent since the application could be restricted to the extent required by the port's operation of services of general economic interest as stated under Article 106.

It is also true that unlike some other dominant undertakings, dominant port operators might need to be very cautious of their practices as the finding of dominance is relatively easy due to the narrow definition of the market in this sector and as the finding of abuse is fairly easy due to the fact that the conduct of ports are usually very likely to affect the inter-state trade.

It is generally understandable that unlike in case of some other undertakings, in case of ports- which are indispensable infrastructures to the downstream market- an aggressive application of the essential facilities doctrine by competition authorities could be necessary. Competition authorities might also need to adopt separate standards of identifying abuses in case of ports as some pricing practices of dominant port operators such as predatory pricing cannot be detected by the application of the normal AVC or ATC tests. The prevalence of vertical integration between upstream port operators and downstream shipping companies may also require competition authorities to have a special and an in-depth look towards the finding of some abuses such as margin squeezing and price discrimination.

It is also understandable that the huge economic significance of ports to the EU trade and the consequential huge economic loss that may follow from applying Article 102 in a wrong manner may necessitates competition authorities to take an extraordinary caution with regards to identifying abuses and taking sides in times of (procompetitive/anticompetitive) doubt. In this regard the paper has demonstrated how the rule of reason or effect-based analysis is preferable to per se finding of abuse against the conduct of port operators.

In the author's view it is also recommendable that in a situation where the anti-competitiveness or pro-competitiveness of a conduct is ambiguous, it is preferable to follow the US style non-interventionist approach. In connection to this, the paper has underlined that the major goal of competition law should be protecting the competition process rather than protecting individual competitor port operators.

Generally, the paper has sufficiently shown that Article 102 could be overwhelmingly applied to the market of port and port service provision, in the sense that the full liberalization of the port and port service provision market could be effectively used to maximize the welfare of the consumers as the threat of a distorted market due to an abusive conduct of dominant port operators could be successfully alleviated by the application of Article 102 TFEU.

LIST OF SOURCES

BIBLIOGRAPHY

- Akman, P. *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*. Oregon: Hart Publishing, 2012.
- Albors- Llorens, A. “Essential Facilities” Doctrine in EC Competition Law. *The Cambridge Law Journal*, Vol. 58, No 3, 1999.
- Albors- Llorens, A. *EC Competition Law and Policy*. Oregon: Willan Publishing, 2002.
- Bull, J. (ed.). *EC Shipping Policy: The 17th Nordic Maritime Law Conference*. Oslo: Juridisk Forlag, 1996.
- Evrard, S. *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*. *Columbia Journal of European Law*, Vol.10, 2004.
- Greaves, R. (ed.). *Competition Law*. 2nd ed. Aldershot: Ashgate, 2003.
- Gross, R. *Economic policies and seaports: The Economic Foundation of Seaports*. *Maritime policy and management*, Vol.17, No. 3, 1990.
- Jones, A. *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2008.
- Korah, V. *Cases and Materials on EC Competition Law*. 3rd ed. Oregon: Hart publishing, 2006.
- Pantouvakis, A. *Port-Service Quality Dimensions and Passenger Profiles: An Exploratory Examination and Analysis*. Palgrave Macmillan Ltd, 2006.
- Pozdnakova, A. *Liner Shipping and EU Competition Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- Van den Bergh, R. *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 2006.
- Whish, R. *Competition Law*. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2012.

CASES

AKZO Chemie v. Commission: Case C-62/86 [1991] ECR I- 3359, [1993] 5 CMLR 215, ECJ.

Ambulanz Glockner v. Landkries Sudwestpfalz: Case C-475/99 [2001] ECR I- 8089, [2002] 4 CMLR 726, ECJ.

AstraZeneca AB v. Commission: Case T-321/05 [2010] ECR II- 000, [2010] 5 CMLR 1585, CFI.

Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV v. Commission (BP): Case 77/77 [1978] ECR 1513 [1978] 3 CMLR 174, ECJ.

BPB Industries and British Gypsum v. Commission: Case T- 65/89, [1993] ECR II- 389, [1993] 5 CMLR 32, CFI.

British Gypsum v. Commission: Case C-310/93 P [1995] ECR I- 865, [1997] 4 CMLR 238, ECJ.

Call e Figli v. Commission: Case C- 343/95 [1997] ECR I- 1547, [1997] 5 CMLR 484, ECJ.

Centre Belge d'Etudes de Marche Telemarketing v. CLT: Case 311/84 [1985] ECR 3261, [1986] 2 CMLR 558, ECJ.

Commercial Solvents v. Commission: Case 6/73 etc [1973] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309, ECJ.

Compagnie Maritime Belge Transport SA v. Commission: Case C-396/96 P [2000] ECR I- 1365, [2000] 4 CMLR 1076, ECJ.

De poste- La Poste: Commission decision OJ [2002] L 61/32, [2002] 4 CMLR 1426.

Deutsche Telekom v. Commission: Case C- 280/08 P [2010] ECR I- 000, [2010] 5 CMLR 1495, ECJ.

Distribution of Package Tours during the 1990 World Cup: Commission decision OJ [1992] L 326/31, [1994] 5 CMLR 253.

Europemballage Corp'n and Continental Can Co. Inc. v. Commission, Case 6/72 [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199, ECJ.

France Telecom v. Commission: Case C- 202/07 [2009] ECR I- 2369,

- [2009] 4 CMLR 1149, ECJ.
- Frankfurt Airport*: Commission decision OJ [1998] L 72/30, [1998] 4 CMLR 779.
- Hoffmann- La Roche & Co. AG v. Commission*: Case 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, ECJ.
- Hofner and Elser v. Macrotron GmbH*: Case C- 41/90 [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, ECJ.
- Hutchison*: Commission decision (COMP/JV.55.) [2001].
- ICI v. Commission*: Case T- 66/01 [2010] ECR II- 000, [2011] 4 CMLR 162, CFI.
- Impala v. Commission*: Case C- 413/06 [2008] ECR I- 4951, [2008] 5 CMLR 1073, ECJ.
- Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*: Case C- 52/09 P [2011] ECR I- 000, [2011] 4 CMLR 982, ECJ.
- Laurent Piau v. Commission*: Case T- 193/02 [2005] ECR II- 209, [2005] 5 CMLR 42, CFI.
- Masterfoods Ltd v. HB Ice cream*: Case C- 344/98 [2000] ECR I- 11369, [2001] 4 CMLR 449, ECJ.
- Mexicar v. Renault*: Case 53/87, [1988] ECR 6039, [1990] 4 CMLR 265, ECJ.
- Michelin v. Commission*: Case T-203/01 [2003] ECR II- 4071, [2004] 4 CMLR 923, CFI.
- Michelin v. Commission*: Case 322/81 [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282, ECJ.
- Microsoft Corpn v. Commission*: Case T- 201/04 [2007] ECR II- 3601, [2007] 5 CMLR 846, CFI.
- Motoe v. Commission*: Case C- 49/07 [2008] ECR I- 4863, [2008] 5 CMLR 790, ECJ.
- NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin NV v. Commission (Michelin I)*: Case 322/81 [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282, ECJ.

- Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint*: Case C- 7/97, [1998] ECR I- 7791, [1999] 4 CMLR 112, ECJ.
- Pacific Bell v. linkLine*: 555 US 438 [2009], SC.
- Pavel Pavlov v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*: Cases C- 180/98 & C- 184/98 [2000] ECR I-6451, [2001] 4 CMLR 30, ECJ.
- Port of Elsinore*: Interim Measures [1996] 4 CMLR 728.
- Port of Rødby*: Commission decision OJ [1994] L 55/52.
- Port of Roscoff*: Interim Measures [1995] CMLR 177.
- Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission (Magill)*: Cases C- 241/91 P & C- 242/91 P, [1995] ECR I- 743, [1995] 4 CMLR 718, ECJ.
- Regie des Telegraphes et Telephones (RTT) v. GB-Inno-BM SA*: Case C- 18/88 [1991 ECR I- 5941 [1994] 1 CMLR 117, ECJ.
- Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg*: Commission decision (COMP/36.568) [2007].
- Sea Containers v. Stena Sealink- Interim Measures*: Commission decision OJ [1994] L15/8, [1995] 4 CMLR 84.
- Sealink/B & I- Holyhead*: Interim Measures [1992] 5 CMLR 255.
- Soda- ash/Solvay*: Commission decision OJ [1991] L 152/21.
- Soda-ash/ICI*: Commission decision OJ [1991] L 152/1.
- Solvay v. Commission*: Case T- 57/01 [2009] ECR II- 4621, CFI.
- Sot. Lelos kai Sia EE v. GlaxoSmith Kline A EVE Farmakeftikon Proionton*: Cases C- 468/06 etc [2008] ECR I- 7139, [2008] 5 CMLR 1382, ECJ.
- Suiker Unie v. Commission*: Cases 40/73 etc [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295, ECJ.
- Tatra Pak International SA v. Commission*: Case C-333/94 P [1996] ECR I- 5961, [1997] 4 CMLR 662, ECJ.

Tierce Ladbroke SA v. Commission: Case T- 504/93 [1997] ECR II- 923 [1997] 5 CMLR 309, CFI.

United brands Company v. Commission: Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, ECJ.

United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis: 224 U.S. 383 (1912), SC.

Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis Trinko: 540 US 398 [2004], SC.

Viho V. Commission: Case C- 73/95 P [1996] ECR I – 5457, [1997] 4 CMLR 419, ECJ.

Virgin/British Airways: Commission decision OJ [2000] L 30/1, [2000] 4 CMLR 999.

Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten: Case C-309/99 [2002] ECR I- 1577, [2002] 4 CMLR 913, ECJ.

LAWS AND TREATIES

The Treaty on the Functioning of the European Union, OJ [2010] C 83/88-89.

The Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (15 U.S.C.)

REGULATIONS, NOTICES, AND GUIDELINES

Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (Merger Regulation), OJ [2004] L 24/1.

European Commission’s Guidance on the Enforcement Priorities in Applying Article [102 TFEU] to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, OJ [2009] C 45/7.

European Commission’s Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Article [101 and 102 TFEU], OJ [2004] C 101/81.

European Commission's Notice on the Application of Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector, OJ [1998] C 265/2, [1998] 5 CMLR 821.

European Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of EU Competition Law, OJ [1997] C 372/5.

OTHER COMPETITION LAW DOCUMENTS

OECD Competition law & policy round table. Competition in ports and port service, Directorate for Financial and Enterprise Affairs: Competition Committee, DAF/Comp (2011) 14.

OECD Competition law & policy round table. Monopsony and Buyer Power, Directorate for Financial and Enterprise Affairs: Competition Committee, DAF/Comp (2008) 38.

Working Party No. 2 on Competition and Regulation. Competition concerns in ports and port services: Submission by the European Union, Directorate for Financial and Enterprise Affairs: Competition Committee, DAF/COMP/WP2/WD (2011) 40.

Working Party No. 2 on Competition and Regulation. Competition concerns in ports and port services, Submission by the United States, Directorate for Financial and Enterprise Affairs: Competition Committee, DAF/COMP/WP2/WD (2011) 34.

OTHER INTERNET SOURCES

Irene Grassi (Advocate), Refusal to Supply and Abuse of Dominant Position in European Antitrust Law: An Analysis of the Case Law of the Court of Justice, Bologna. <http://www.derra.eu/dateien/public/publikationen/publikation160.pdf>

Rotterdam Port Structure. <http://www.rotterdameportinfo.com>
SvitzerWijsmuller A/S and Adsteam Marine Ltd.; decision of the Competition Commission of the UK. <http://www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/svitzerwijsmuller-as-adsteam-marine-limited>.

Binding Third Parties to Maritime Arbitration

Incorporation of Charterparty Arbitration Clause
into Bill of Lading by Reference

Rusudan Tchkuaseli

Content

LIST OF ABBREVIATIONS	69
1 INTRODUCTION	71
1.1 Research Question	73
1.2 Relevance of the Research Question	76
1.3 Methodology and Legal Sources	77
1.4 Structure.....	78
2 INCORPORATION OF ARBITRATION CLAUSE UNDER ENGLISH LAW.....	79
2.1 Formal Validity	80
2.2 Substantive Validity.....	81
3 INCORPORATION OF ARBITRATION CLAUSE UNDER NORWEGIAN LAW	92
3.1 Formal Validity	93
3.2 Substantive Validity	95
3.3 Prospective Amendments to the NMC	103
4 COMPARATIVE ANALYSIS AND APPLICABLE LAW	106
4.1 Comparative Analysis.....	107
4.2 Applicable Law	113
5 CONCLUDING REMARKS.....	119
TABLE OF REFERENCES	124

List of abbreviations

A.C.	Law Reports: Appeal Cases
Adm.Ct.	Admiralty Division
ASA	Swiss Arbitration Association
B/L(s)	Bill(s) of lading
BLR	Business Law Review
C.A.	Court of Appeal of England and Wales
CFR	Cost and Freight, Incoterms 2010
CIF	Cost Insurance and Freight, Incoterms 2010
CLC	Commercial Law Cases
COGSA 1992	Carriage of Goods by Sea Act, 1992
EU	European Union
EWHC	England and Wales High Court
HL	House of Lords
HR	Høyesterett (The Norwegian Supreme Court)
HVR	International Convention for the unification of certain rules of law relating to bills of lading signed at Brussels on 25 August 1924, as amended by the Protocol signed at Brussels on 23 February 1968 and by the Protocol signed at Brussels on 21 December 1979
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
LJ	Lord Justice
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
NCA	Norwegian Court of Appeal

ND	Nordiske domme i sjøfartsanliggender (Scandinavian Maritime Cases)
NMC	Norwegian Maritime Code, 1994
NOU	Norges Offentlige Uttredninger (Norwegian <i>travaux préparatoires</i>)
NSC	Norwegian Supreme Court
NY Convention	1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
Q.B.D.	Queen's Bench Division Commercial Court
Rt.	Retstidende
SIMPLY	Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook
TLR	Times Law Reports
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Model Law	1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (as amended in 2006)
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
US.S.Ct.	United States Supreme Court
US/USA	The United States of America
YCA	Yearbook Commercial Arbitration

1 Introduction

The basis for a commercial arbitration is a valid arbitration agreement.¹ In absence of an agreement to arbitrate, there is no legal ground either for compelling a party to arbitrate a dispute or for enforcing an arbitral award against him.² It has long been established that arbitration “*is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed to so submit.*”³

The distinguishing feature of arbitration lies in the fact that the source of the jurisdiction of an arbitral tribunal is the will of the parties.⁴ An arbitrator, unlike the judge, has no inherent power to make orders binding third parties.⁵

Arbitration agreement is usually contained in a contract with a binding effect limited to only the parties thereto.⁶ Complexity of contractual frameworks however, raised a question of extension of an arbitration clause to a party not privy to the contract containing such clause.⁷ This is particularly relevant in maritime shipping.

Charterparties usually contain arbitration clauses.⁸ Such clause calls

¹ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International, 2012), p.1; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation, 1981), p.144.

² Born, *International Arbitration*, p.1; John P. McMahon, “The Hague Rules and Incorporation of Charter Party Arbitration Clauses into Bills of Lading,” *Journal of Maritime Law and Commerce* 2, no.1 (1971-1970), p.6–7.

³ *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 582 (U.S.Ct. 1960).

⁴ James M. Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4 (2004-2003), p.476.

⁵ Clare Ambrose and Karen Maxwell, *London maritime arbitration* (London; New York: LLP, 2002), p.195.

⁶ *Ibid.*

⁷ Tobias Zuberbühler, “Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate,” *ASA Bulletin* 26, no.1 (2008), p.18.

⁸ John Furness Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed (New York: Pearson/Longman, 2010), p.248; Peter Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III* (Turku: Univ., 2000), p.153.

for arbitration of disputes arising out of the agreement, including claims concerning the cargo transported on the chartered fixture.⁹ However, in a vast majority of carriages by sea, the charterer, who is the direct party to the charterparty, does not intend to receive the goods himself (e.g. when the charterer is a CIF or CFR seller).¹⁰ Alternatively, he may wish to sell the goods afloat.¹¹ For these ends, bill of lading (“B/L”) will almost always be issued.¹²

As long as the B/L remains in the hands of the charterer, it serves as a mere receipt for the goods.¹³ However, the situation changes once the charterer indorses or otherwise transfers the B/L to a third party. Upon transfer, the B/L becomes a conclusive evidence of the terms of carriage and an independent contract binding as between the transferee and the carrier.¹⁴

The carrier is always mindful of the fact that the B/L may be transferred by the charterer to a third party and become an independent con-

⁹ See Clauses 2 and 19 of Gencon 1994 charter in “Collection of documents in maritime law” (Sjørettsfondet, 2012), pp.137, 139.

¹⁰ G. H. Treitel, *Carver on Bills of Lading*, 3rd ed, British Shipping Laws (London: Sweet & Maxwell, 2011), p.150; Thor Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” *Skrifter Utgivna Av Sjørettsforeningen i Göteborg* no.3 (1967-1968), p.64.

¹¹ Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.64.

¹² *Ibid.*, p.61; Felix Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents: a Comparative Analysis*, Hamburg Studies on Maritime Affairs 19 (Heidelberg; London: Springer, 2010), p.169.

¹³ Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, p.243; Thor Falkanger, *Scandinavian Maritime Law: The Norwegian Perspective*, 3rd ed (Oslo, Norway: Universitetsforlaget, 2011), p.411; Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.63; Thomas Edward Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 22nd ed (London: Sweet & Maxwell Thomson Reuters, 2011), para.6–008; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.48.

¹⁴ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.42; Stephen Girvin, *Carriage of Goods by Sea*, 2nd ed (Oxford; New York: Oxford University Press, 2011), p.194; Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.63; Georgios I. Zekos, “Comparative Analysis of the Contractual Role of Bills of Lading Under Greek, United States and English Law,” *Managerial Law* 24, no.1 (2000), p.9; *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading*, 1924, Art.1(b); Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.411; *Norwegian Maritime Code*, 1994, sec.325(1); Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, para.6–004.

tract.¹⁵ Given that different terms in the charterparty and in the B/L issued thereunder may easily bring up indemnity claims against the carrier, it is common practice to insert a reference clause in the B/L.¹⁶ Reference can be a general or specific one.¹⁷ Such clause will bring charterparty clauses, or at least part of them, into the B/L.¹⁸

The problem arises when it is contended that the charterparty provisions become a part of the B/L contract, without being repeated *verbatim* therein.¹⁹ As convenient as it may look to have a short B/L, which does not repeat the terms of the charterparty but rather incorporates them by a reference clause,²⁰ this creates uncertainty as to their legal effect towards a third party holder of the B/L.²¹

1.1 Research Question

Arbitration agreement has the important effect of depriving party of his fundamental right to have a dispute heard and decided by the court.²² If a third party were bound by an arbitration agreement without consent, this would bar him, against his will, from seeking legal redress in the courts of law.²³ It is difficult to tailor this rule to the scenario when B/L incorporates an arbitration clause contained in a different document.

B/L is a commercial instrument that may come into the hands of a party with no knowledge of the terms and conditions of the original charterparty.²⁴ Normally a third party holder of the B/L will not have a

¹⁵ Falkanger, "The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading," p.64.

¹⁶ Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.412; Girvin, *Carriage of Goods by Sea*, p.186; Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, para.6–012; *Maritime Law*, 2nd ed (London: Sweet & Maxwell, 2011), p.4.

¹⁷ Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.149.

¹⁸ Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.412.

¹⁹ Falkanger, "The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading," p.67.

²⁰ *Ibid.*, p.73.

²¹ Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.149.

²² Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.28.

²³ *Ibid.*, p.209.

²⁴ Fei Lanfang, "A Review of Judicial Attitudes Towards the Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading in China," *The Journal of International Maritime Law* 15, no.1 (February 2009), p.102.

chance to look at the charterparty terms, which are incorporated into the B/L.²⁵ Moreover, often B/Ls make no specific reference to the arbitration clause but rather incorporate “*all terms, conditions, clauses and exemptions*” of the charterparty in a general fashion.²⁶ The only way to find what these terms are is to look in the charterparty. Subjecting the holder to the terms of unbargained-for arbitration clause contained in a different document, of which he is unaware, may seem contrary to the consensual nature of arbitration.²⁷

Therefore, provision incorporating arbitration clause from other instrument gives rise to issues of both formal and substantive validity of such arbitration agreement.²⁸

The question of formal validity concerns whether incorporated arbitration agreement satisfies the statutory form requirement under the applicable law. Substantive validity involves the issue of binding effect of an arbitration clause on a person who is not an original party to the contract.²⁹ Ordinary principles of contract law have allowed for the arbitration agreement to be extended to “third parties.”³⁰ However, this can be done under one condition: free, knowing and complete consent of such party to arbitrate must be established.³¹

²⁵ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.12.

²⁶ Girvin, *Carriage of Goods by Sea*, p.191.

²⁷ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.32; *The Nerano*, 1 Lloyd’s Rep. 1, (C.A. 1996), p.52; *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force* (The Hague: Kluwer Law International, 2005), p.27.

²⁸ Born, *International Arbitration*, p.76; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.99; Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.539.

²⁹ Lisa Beth Chessin, “The Applicability of an Arbitration Clause Contained in a Bill of Lading to Third Parties: Steel Warehouse Co. v. Abalone Shipping Ltd.,” *Tulane Maritime Law Journal* 23 (1999-1998), p.576.

³⁰ Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.473; Zuberbühler, “Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate,” p.18; *Thomson-CSF S.A. v. American Arbitration Association*, 64 F 3d 773 (2d Cir. 1995).

³¹ Margaret L Moses, *The principles and practice of international commercial arbitration* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2012), p.19; Julian D. M Lew,

This thesis examines the requirements the incorporation by reference must satisfy in order to be valid and binding on the third party holder of the B/L under English and Norwegian laws. The study compares the position of the English law and that of the Norwegian law on the subject and analyzes to what extent these rules accord with the consensual nature of arbitration.

Further, as the validity of an arbitration agreement brought into a B/L from a charterparty, must be established under the governing law,³² determining proper governing law is of crucial importance. This study aims to establish the conflict of law rules applied by arbitral tribunals and courts in the above jurisdictions for determining the law governing the validity of such incorporation.

For the purposes of this thesis, all cargo claimants who are neither shippers nor charterers³³ will be collectively referred to as the “holder” or the “third party”.

The scope of this study is limited. The problem of incorporation is seldom ever met in liner carriage.³⁴ Therefore, this thesis will be primarily focused on the tramp trade. The issue will be discussed and analyzed within the realms of English and Norwegian laws. Examples from other jurisdictions will be provided for illustrative purposes only. The study is further limited to international maritime transports and will not cover cabotage trade. And finally, the thesis analyzes the problem in maritime shipping and question of incorporation in multimodal transport documents is beyond the scope of this study.

“Albert Jan Van Den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*,” *Kluwer Law International 1999* 9, ICCA Congress Series (1998), p.120.

³² Miriam Goldby, “Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments,” *Denning Law Journal* 19 (2007), p.171; Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.475.

³³ The term “third party” is used by the *NMC*, sec.325(1) to refer to an indorsee of the bill of lading, who is not a charterer, and a shipper who is not a charterer; See Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.412.

³⁴ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.71; Kristina Maria Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” *SIMPLY* 1997 no.240 (1998), p.39.

1.2 Relevance of the Research Question

The practical significance of the third party problem manifests itself in a dispute in which it must be decided whether the holder is bound to arbitrate; is entitled to arbitrate at his discretion; or is excluded from the arbitration agreement and should proceed with litigation.³⁵

Arbitration is widely regarded as preferred method of resolving international commercial disputes.³⁶ The time and cost efficiency, expertise and neutrality of the party appointed arbitrators, ease of enforceability of the arbitral award under the NY Convention, confidentiality of the proceedings and finality of the award clearly make a plausible argument in favor of arbitration.³⁷

Nevertheless, one could engage in everlasting discussion on whether the above is entirely true today, when international commercial arbitration got so “*commercialized*” and the time and cost-efficiency is no more the virtue of arbitration.³⁸ Also finality of the award is a relative concept given the judicial control of arbitration enabling courts to set aside or refuse recognition of arbitral award.³⁹ Even so, if the award is final, then the parties get only one shot to prove their case and are left without further opportunity of having the dispute substantially reviewed by higher instance court.⁴⁰ Therefore, arbitration might not always be the dispute settlement method favorable to the holder. Regardless, advantages of arbitration over court adjudication may not be considered as appro-

³⁵ Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.478; Keren Tweeddale and Andrew Tweeddale, “Incorporation of Arbitration Clauses Revisited,” *Arbitration* 76, no.4, Chartered Institute of Arbitrators (November 2010), p.656.

³⁶ Born, *International Arbitration*, p.9.

³⁷ Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.153.

³⁸ Born, *International Arbitration*, p.14.

³⁹ *UNCITRAL Model Law*, Arts.34(2), 36(1); *NY Convention*, Art.V; Giuditta Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, No.162 (Publications Series of the Institute of Private Law, University of Oslo, 2003), p.105.

⁴⁰ Born, *International Arbitration*, p.13; Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.105; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.9.

ropriate basis for compelling third parties to arbitrate against their will.⁴¹

The forum can influence the final outcome on the merits of the dispute. Often, a consignee is keen to establish jurisdiction of the courts of particular country because he seeks to apply more favorable national law to the substantive dispute (forum shopping).⁴² Forum shopping can result in multiple proceedings and even contradictory outcomes.⁴³

Valid agreement to arbitrate will exclude jurisdiction of courts over the same matter.⁴⁴ Therefore, it is important to determine with great certainty to what extent and under what conditions can a reference clause provided in the B/L validly incorporate a charterparty arbitration clause thereby binding a holder to arbitrate.

The issue is of a great practical relevance not only at the time of initiating legal proceedings, but even at pre-contractual stage. A holder must be aware of the legal risks it is taking when indorsing a B/L. Otherwise, he may unknowingly end up arbitrating in the other part of the world, in unbargained-for arbitral proceedings subject to foreign arbitration rules.⁴⁵

1.3 Methodology and Legal Sources

The present thesis is a comparative study of the subject matter under English and Norwegian laws. The thesis follows inductive reasoning. The aim of comparison is not to establish which law provides the better regulation of the subject but rather to find the solutions that can be generalized.

In order to provide substantiated analysis, different types of sources

⁴¹ Michael H. Bagot and Dana A. Henderson, "Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration," *Tulane Maritime Law Journal* 26 (2002-2001), p.3.

⁴² *The Wadi Sudr*, EWHC 196, 49 (EWHC (Commercial Court) 2009).

⁴³ Hosking, "The Third Party Non-signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent," p.561; *Maritime Law*, p.7.

⁴⁴ *NY Convention*, Art.II(3).

⁴⁵ Peter Winship, "Arbitration of Maritime Disputes under the Rotterdam Rules," *Kluwer Arbitration Blog*, June 18, 2012. Last visited: October 10, 2013.

were examined and interpreted. The study primarily relies on national statutes and international conventions, as incorporated in national laws of respective jurisdictions. Bearing in mind the importance of precedent in the common law system, English approach over the issue is primarily based on analysis of established English case law.⁴⁶ The Norwegian Supreme Court has high authoritative power and is likely, though not obligatory, to be followed.⁴⁷ Cases developed by the Norwegian Supreme Court, as well as lower courts, were analyzed for better understanding of the Norwegian perspective over the subject.

The writings of legal scholars and preparatory works of legal acts were reviewed to the extent relevant for acquiring the background information about the subject, as well as for identifying the controversies over the issue.

And lastly, the part of the thesis discussing prospective amendments to the NMC is based, *inter alia*, on the interview carried out by this author with Professor Erik Røsæg, the Chairman of the Norwegian Maritime Law Commission and professor at Scandinavian Institute of Maritime Law, the University of Oslo.

1.4 Structure

The thesis consists of four chapters. The first chapter addresses the English position on incorporation of charterparty arbitration clauses into B/Ls by reference. The requirements for the formal and substantive validity of such arbitration clauses will be considered separately.

The second chapter analyses the validity of incorporation of charterparty arbitration clauses into B/Ls from the Norwegian perspective. This part of the study distinguishes between formal and substantive validity of such incorporation. This chapter also discusses prospective amendments to the NMC to the extent relevant for the subject of this thesis.

The third chapter provides comparative analyses of English and

⁴⁶ Kristina Maria Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective" (DJØF Pub., 2003), p.118.

⁴⁷ Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.31.

Norwegian approaches to the subject. The chapter further discusses different conflict rules applied by arbitral tribunals and courts for determining the law applicable to the validity of incorporation of arbitration clauses by reference.

The last chapter summarizes the findings and presents concluding remarks on the research question.

2 Incorporation of Arbitration Clause under English Law

The position of English law on the incorporation of charterparty arbitration clause into a B/L by reference has been established through the body of case law.⁴⁸ English courts have dealt with the appropriate formulation of the valid reference clause in the so-called “charterparty cases.”⁴⁹ The charterparty cases have formed the position of English law on the matter.⁵⁰

Subsequent statutory regulation was established by adoption of the Arbitration Act 1996. Notably, the COGSA 1992, which constitutes national implementation of the HVR⁵¹ in English law, does not contain specific provisions on arbitration.⁵² Thus, arbitration in tramp trade falls under the general legal framework established by the Arbitration Act 1996. The Arbitration Act 1996 governs formal validity of an arbitration agreement incorporated by reference, leaving the question of substantive validity to court interpretation.

⁴⁸ Bruce Harris et al., *The Arbitration Act 1996: a commentary* (Oxford: Blackwell Science, 2000), p.78.

⁴⁹ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.118.

⁵⁰ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.33.

⁵¹ McMahon, “The Hague Rules and Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading,” p.2; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.29.

⁵² Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.183.

This chapter firstly presents English law position on the formal validity of a charterparty arbitration clause incorporated into a B/L by reference. The chapter further discusses substantial validity of an arbitration clause so incorporated on the basis of the leading English cases. Lastly, the impact of adoption of the Arbitration Act 1996 is addressed to demonstrate that the latter brought no dramatic changes in already established rules of incorporation and the pre-1996 case law on the subject remains good law.⁵³

2.1 Formal Validity

The reference to an arbitration clause in another document constitutes an arbitration agreement itself.⁵⁴ Therefore, to be formally valid under English law, incorporating instrument must satisfy the formal requirements established under the Arbitration Act 1996.⁵⁵

Under Arbitration Act 1996, arbitration agreement must be made or at least evidenced in writing.⁵⁶ Nevertheless, an arbitration agreement which is not in writing falls outside of the Arbitration Act 1996, but may still remain enforceable at common law due to an express saving of this effect in Sec.81(1)(b) of the Arbitration Act 1996.⁵⁷

No signature is required for the arbitration agreement under English law.⁵⁸ For the purposes of the Arbitration Act 1996, an agreement in

⁵³ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.34; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.113; Robert M Merkin and Louis Flannery, *Arbitration Act 1996*, 4th ed. (London: Informa, 2008); *Trygg Hansa Insurance Co Ltd v. Equitas Ltd*, 2 Lloyd's Rep. 439 (Q.B.D. 1997); *The Delos*, 1 Lloyd's Rep. 703 (Q.B.D. 2001); *The Siboti*, 2 Lloyd's Rep. 364 (Q.B.D. 2003).

⁵⁴ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.114.

⁵⁵ Ibid.; Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.140; Born, *International Arbitration*, p.76.

⁵⁶ *Arbitration Act 1996*, Art.5(1); Bruce Harris et al., *The Arbitration Act 1996: a commentary* (Oxford: Blackwell Science, 2000), p.57.

⁵⁷ Merkin and Flannery, *Arbitration Act 1996*, p.27; Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.25; Harris et al., *The Arbitration Act 1996*, p.73.

⁵⁸ Merkin and Flannery, *Arbitration Act 1996*.

writing exists regardless whether it is signed by the parties or not.⁵⁹

Sec.5(3) of the Arbitration Act 1996 specifies that: “Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.” Thus, form requirement set forth under the Arbitration Act 1996 for arbitration agreement shall be satisfied when referring to the document containing an arbitration clause.⁶⁰ Reference clause in a B/L is therefore likely to be considered formally valid under the Arbitration Act 1996.⁶¹

However, even if formally valid, such reference clause must satisfy further criteria established by Sec.6(2) of the Arbitration Act 1996 for the substantive validity. Namely, the incorporation is accepted if “...the reference is such as to make that [arbitration clause] part of the agreement.”⁶² Arbitration Act 1996 is silent on the particular technic of incorporation.⁶³ This remains a matter of contractual interpretation.⁶⁴

2.2 Substantive Validity

As concluded above, the Arbitration Act 1996 expressly acknowledges the possibility of entering into an arbitration agreement by incorporation.⁶⁵ However, it remains silent as to the particular methods of bringing a charterparty arbitration clause into a B/L, leaving the issue to court interpretation.⁶⁶

This thesis firstly reviews the case law establishing English position on

⁵⁹ *Arbitration Act 1996*, sec.5(2)(a); Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.111.

⁶⁰ *The Nerano*, 1 Lloyd’s Rep. 1 (C.A. 1996).

⁶¹ Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.540.

⁶² *Arbitration Act 1996*, sec.6(2); Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.141.

⁶³ Andrew Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2005), p.610.

⁶⁴ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.32; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.113; Harris et al., *The Arbitration Act 1996*, p.77.

⁶⁵ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.120.

⁶⁶ Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.610.

the subject. The study further addresses the statutory regulation of the matter under the Arbitration Act 1996 to demonstrate that the English law position has not been changed by the adoption of the Arbitration Act 1996.

2.2.1 Case Law

2.2.1.1 General Rule

The development of English case law on incorporation of an arbitration clause into a B/L may be traced back to *Hamilton v. Mackie*,⁶⁷ decided over a century ago. The decision on this case fostered the principle of verbatim incorporation under English law.⁶⁸ The principle implies that clauses of a charterparty must be read verbatim into the B/L as if they had been there from the beginning. If any of them is inconsistent with the B/L context, it should be disregarded. Arbitration clause covering only the disputes arising out of a charterparty would be devoid of content in a B/L and could not be validly incorporated.⁶⁹

Thus, the initial position of English courts was that when reference is made to a provision in other document, the reference is to the provision as it stands and not to the concept it expresses.⁷⁰ The rule of verbatim incorporation adopted in *Hamilton v. Mackie* was too restrictive to fulfill the needs of the maritime industry.⁷¹ The verbatim incorporation approach was overridden by the subsequent case law.⁷²

In *The Portsmouth*⁷³ the House of Lords distinguished between the clauses, which are closely connected to the carriage of goods and payment of freight, and those, which are ancillary to such activity. Arbitration and other boilerplate clauses were grouped in the latter category.⁷⁴ The

⁶⁷ *Hamilton v. Mackie*, 5 T.L.R. 677 (C.A. 1889).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Hamilton v. Mackie*, 5 T.L.R. 677 (C.A. 1889); Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.119.

⁷⁰ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.120.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *The Portsmouth*, A.C. 1 (HL 1912).

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.120; Treitel, *Carver*

terms germane to the carriage were those, which the holder was most familiar with and could reasonably expect them in the contract of carriage.⁷⁵ The House of Lords held that the B/L is a negotiable document and thus it can incorporate an arbitration clause, which is not “germane” to the receipt, carriage, or delivery of the cargo or the payment of freight, only by the distinct and specific words of incorporation, as opposed to a general reference.⁷⁶

The Portsmouth was the first case to point out the ancillary nature of an arbitration clause, which is now a common premise under English law.⁷⁷ It follows *ex contrario* from the decision in *The Portsmouth* that B/L can never incorporate the charterparty arbitration clause, which is never germane to the carriage of goods, unless the reference is sufficiently explicit to do so.⁷⁸

The discussion was further enhanced in *The Annefield*.⁷⁹ This decision established the principle of manipulation of the wording of the arbitration clause contained in the charterparty.⁸⁰ Although incorporation was rejected in this case as well, Denning LJ introduced a completely new concept of verbal manipulation. His Lordship pointed out that a clause, which was directly germane to the subject matter of the B/L, could and should have been incorporated into the B/L, even if certain degree of manipulation of the words was required to give the clause its natural meaning.⁸¹ Hence, the rule of verbatim incorporation in *Hamilton v. Mackie* gave a way to the rule of verbal manipulation.

The rule of verbal manipulation as laid down by the court in *The*

on Bills of Lading, p.119.

⁷⁵ Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, para.6–013.

⁷⁶ *The Portsmouth*, A.C. 1 (HL 1912); Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.612.

⁷⁷ *Hamilton v. Mackie*, 5 T.L.R. 677 (C.A. 1889); *The Delos*, 1 Lloyd’s Rep. 703 (Q.B.D. 2001); Girvin, *Carriage of Goods by Sea*, p.191.

⁷⁸ *The Njegos*, 53 Lloyd’s List Law Reports 286 (Adm. Ct. 1935); *The Phonizien*, 1 Lloyd’s Rep. 150 (Q.B.D. 1966); Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.121.

⁷⁹ *The Annefield*, 1 Lloyd’s Rep. 1 (C.A. 1971).

⁸⁰ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.132.

⁸¹ *The Annefield*, 1 Lloyd’s Rep. 1 (C.A. 1971), p.4.

Annefeld, was actually applied several years later in *The Rena K*.⁸² Ruling in *The Rena K* is considered to be the leading authority forming modern view on the subject matter under English law.⁸³ In *The Rena K*, the arbitration clause in the charterparty was limited to the disputes arising out of that particular charter. However, unlike previous cases, here the B/Ls (two bills were issued) referred specifically to the arbitration clause. In particular, one of the B/Ls was worded as follows: “*All terms, clauses, conditions and exceptions including the arbitration clause [...] of the Charter-Party [...] are herewith incorporated.*” The court held that the express reference to the arbitration clause in the B/L showed intention of the parties to the B/L to refer their future disputes to arbitration. Justice Brandon concluded: “... *if it is necessary [...] to manipulate or adapt part of the wording of [arbitration] clause in order to give effect to that intention, then I am clearly of the opinion that this should be done.*”⁸⁴

Quite sensibly, and remembering that the intention of the parties is paramount, Justice Brandon held that incorporation was valid.⁸⁵ The effect of this decision was that the parties under the B/L were considered to have agreed to arbitrate on the terms stated in the charterparty.⁸⁶ *The Rena K* made it clear that the arbitration clause of the charterparty could be incorporated into a B/L by a specific reference, even if the arbitration clause was worded in a way that only covered the relationship between the shipowner and the charterer.⁸⁷

The importance of intention to arbitrate was highlighted in the *The Wadi Sudr*.⁸⁸ The High Court emphasized that even in circumstances where there are two or more potentially relevant charters, the court must

⁸² *The Rena K*, 1 Lloyd’s Rep. 545 (Q.B.D. 1978); Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.616.

⁸³ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.123.

⁸⁴ *The Rena K*, 1 Lloyd’s Rep. 545 (Q.B.D. 1978), p.551.

⁸⁵ *The Rena K*, 1 Lloyd’s Rep. 545 (Q.B.D. 1978); Michael Wagener, “Legal Certainty and the Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses in Bills of Lading,” *Journal of Maritime Law & Commerce* 40, no.1 (January 2009), p.119.

⁸⁶ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.124.

⁸⁷ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.132.

⁸⁸ *The Wadi Sudr*, EWHC 196 (EWHC (Commercial Court) 2009).

refrain from holding the contract void for uncertainty, as this does not give effect to the intention of the parties to incorporate charterparty terms.⁸⁹ Where the courts had to choose between two or more charterparties, they were inclined to favor the incorporation of terms of that charter, which was more appropriate to regulate the legal relationship of the parties to the B/L contract.⁹⁰ This was usually a head charter since that is the one to which the shipowner is party.⁹¹

The ruling of the House of Lords in *The Miramar* brought in certain confusion with respect to the rule of verbal manipulation.⁹² The case concerned the claim of the shipowner for payment of demurrage directed against the consignee under the B/L. The demurrage clause in the charterparty clearly stated that the charterer had to pay the demurrage, whereas the B/L stated that “*all terms whatsoever of said charter*” would govern the rights of the parties in the said shipment. The court refused to hold the demurrage clause incorporated emphasizing that manipulation in that case would produce commercially unsound result. No businessman would intentionally enter into a contract, which exposed him to a potential liability of this kind.⁹³

This ruling opened up a question whether the rule of verbal manipulation was completely banned by *The Miramar*. This was discussed and affirmed in *The Nai Matteini*.⁹⁴ However, as it was clarified later on in *The Nerano*,⁹⁵ *The Miramar* did not ban the rule of verbal manipulation, but rather specified it by holding that when a general reference is made to a provision which is unusually burdensome, strict requirement has to be met to incorporate the provision into another document.⁹⁶ What is unusually burdensome or commercially unsound depends on a particular

⁸⁹ *Ibid.*, para.109.

⁹⁰ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.125.

⁹¹ Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, para.6-016; Cooke and Wilford, *Voyage charters*, p.380; *The San Nicholas*, 1 Lloyd’s Rep. 8 (C.A. 1976).

⁹² *The Miramar*, 2 Lloyd’s Rep. 129 (HL 1984).

⁹³ *Ibid.*, p.132.

⁹⁴ *The Nai Matteini*, 1 Lloyd’s Rep. 452 (Q.B.D. 1988).

⁹⁵ *The Nerano*, 1 Lloyd’s Rep. 1 (C.A. 1996).

⁹⁶ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.136.

trade and conditions prevailing therein at the particular point in time.⁹⁷ An arbitration clause, which requires the initiation of arbitration in a period less than that prescribed in Art.III(6) of the HVR, or which calls for an arbitration of cargo claims in a completely different part of the world might appear to be unusually burdensome for the holder.⁹⁸

As a result, general rule of incorporation under English law was established as follows: a charterparty arbitration clause can be incorporated into a B/L only by a specific reference to that clause. This is so even when the charterparty arbitration clause is drafted to cover disputes only between the shipowner and the charterer. The wording of the clause will be manipulated to give effect to the common intention of the parties to the B/L to arbitrate their dispute.⁹⁹

2.2.1.2 Exception from the General Rule

Having settled on the point that a charterparty arbitration clause could be brought into a B/L by specific words of reference, the question remained whether even general reference to “all terms of the charterparty” were sufficient for valid incorporation. This was resolved in *The Merak*.¹⁰⁰

In *The Merak*, the vessel was chartered by the plaintiff from the disponent owners under the charterparty with the terms identical to the charterparty as between the disponent owners and the shipowner (the head charter). Both charterparties explicitly provided that the B/Ls would be issued incorporating all terms and conditions of the charterparty including clause 32 (an arbitration clause). The said clause 32 covered “*Any dispute arising out of this Charter or any B/L issued hereunder...*” The incorporation clause in the B/L called for incorporation of “*All terms,*

⁹⁷ Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.85.

⁹⁸ John P. McMahon, “The Hague Rules and Incorporation of Charter Party Arbitration Clauses into Bills of Lading,” *Journal of Maritime Law and Commerce* 2, no.1 (1971-1970), p.15; expressing doubts on validity of such clause; See *Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. v. MN Sky Reefer*, 515 U.S. 528, 541 (1995), plaintiff unsuccessfully tried to make an argument before the US Supreme Court that foreign arbitration increases the costs of obtaining relief thereby decreasing carrier’s liability.

⁹⁹ *The Rena K*, 1 Lloyd’s Rep. 545 (Q.B.D. 1978); *Maritime Law*, p.5.

¹⁰⁰ *The Merak*, 2 Lloyd’s Rep. 527 (C.A. 1964).

conditions, clauses and exceptions including cl.30” of the charterparty. It was obvious that reference to clause 30 (substitution clause) instead of clause 32 (arbitration clause) in the B/L was erroneous.

The Court of Appeal held that, even disregarding the error, the B/L contained a general reference to the charterparty, incorporating “[a]ll terms, conditions, clauses and exceptions.” This, coupled with the explicit wording of the arbitration clause itself, which was designed to cover disputes arising out of the B/L, was sufficient to incorporate this clause into the B/L. Thus, due to the particular wording of the arbitration clause contained in the charterparty, the clause in its natural meaning could be read verbatim into the B/L, i.e. no manipulation was necessary.¹⁰¹ In such case no explicit reference was required.¹⁰² Accordingly, the Court of Appeal in *The Merak* departed from the basic premise in *The Portsmouth* that only terms *germane* to the carriage of goods or payment of freight could be incorporated by general reference.¹⁰³ *The Merak* has never been overruled.¹⁰⁴

Distinct feature of *The Merak* is that the holder of the B/L was a charterer at the same time. Although he was not a party to the head charter, under which the B/L was issued, it was a party to the sub-charter, which was drafted on the same terms as the head charter.¹⁰⁵ The holder of the B/L was aware of the terms of the charterparty and thus had actual knowledge of the arbitration clause therein. This case is therefore often distinguished from situations where the holder of the B/L acquires the B/L by negotiation, and for that reason is unfamiliar with the terms of the charterparty under which the B/L is issued.¹⁰⁶ Some authorities

¹⁰¹ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.126; *The Merak*, 2 Lloyd’s Rep. 527 (C.A. 1964).

¹⁰² Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.126; *The Merak*, 2 Lloyd’s Rep. 527 (C.A. 1964).

¹⁰³ *The Portsmouth*, A.C. 1 (HL 1912); Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.615.

¹⁰⁴ Paul Todd, “Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading,” *Journal of Business Law* (1997), p.349; Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.33; Treitel, *Carver on Bills of Lading*, 2011, p.131.

¹⁰⁵ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.127.

¹⁰⁶ *Ibid.*

suggest that this exception is limited to the cases where the contracting parties had access to both charterparty and the B/L at the time of contracting.¹⁰⁷

Nevertheless, in *The Merak*, Russell LJ pointed out that just because the holder of the B/L ultimately turned out to be familiar with the charterparty, a B/L could not be given an interpretation different from that which it would bear in the hands of another party.¹⁰⁸ Thus, the court must construe the B/L simply as it would be in the hands of any holder and not import knowledge which a holder may happen to have in another capacity, such as a charterer.¹⁰⁹ This argument advanced in *The Merak* once again suggests that the case was decided purely based on the width of the incorporating clause (referring to “[a]ll [...] clauses...[of the charterparty]”) and the wording of the arbitration clause (covering disputes under the B/L). Less consideration was given to the actual knowledge that the plaintiff happened to have in that particular case.¹¹⁰

Furthermore, in *The Merak* the parties have firmly intended to incorporate the charterparty arbitration clause and would have succeeded in doing so if not the error in drafting, referring to clause 30 instead of 32. Therefore, one may argue that the court gave effect to the intention of the original parties to the B/L.¹¹¹ Accordingly, in the absence of express reference to the arbitration clause, incorporation may only be established if the intention of the parties is unequivocally demonstrated.¹¹²

Notwithstanding the above, whatever the wording of the arbitration clause is, the reference clause will not bring it into the B/L if the reference clause itself is not broad enough. Thus, formulating the reference clause

¹⁰⁷ *Excess Insurance Co Ltd v. Mander*, 2 Lloyd’s Rep. 119 (Q.B.D. 1997); Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.34.

¹⁰⁸ *The Merak*, 2 Lloyd’s Rep. 527 (C.A. 1964), p.536.

¹⁰⁹ *The Merak*, 2 Lloyd’s Rep. 527 (C.A. 1964).

¹¹⁰ Wagener, “Legal Certainty and the Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses in Bills of Lading,” p.117.

¹¹¹ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.131.

¹¹² Merkin and Flannery, *Arbitration Act 1996*; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.614.

in a B/L remains primary concern.¹¹³ In *The Verenna*,¹¹⁴ the B/L only referred to “...all conditions and exceptions [...] including negligence clause.” The question before the court was whether arbitration clause could be qualified as a “condition.” Through more than a century, the term “condition” has been allocated a legal meaning under English law, which differs from its natural meaning.¹¹⁵ The term “condition” is understood as a generic term referring to fundamental provisions of the contract. The breach of such provisions undermines the purpose that the parties had in mind while entering into the contract.¹¹⁶ In the charterparty context the term stands for the conditions to be performed by a consignee on arrival of the vessel.¹¹⁷ Following this understanding, the court in *The Verenna* concluded that a reference to “conditions” did not constitute even a general reference to the charterparty arbitration clause.¹¹⁸ *The Verenna* made it clear that if one wishes to incorporate arbitration clause or other boilerplate clause into a B/L by a general reference, one should use terms, which are legally neutral, such as “provisions” or “clauses.”¹¹⁹

In light of the above, prior to adoption of the Arbitration Act 1996, the English law was settled as immediately follows below.

The incorporation clause of the B/L should be checked as the first priority.¹²⁰ The wording of the charterparty arbitration clause must read *verbatim* into the B/L.¹²¹ However, this test must be applied “*intelligently and not mechanically*.”¹²² As long as the explicit reference is made, the arbitration

¹¹³ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.130.

¹¹⁴ *The Varenna*, 1 Lloyd’s Rep. 416 (Q.B.D. 1983).

¹¹⁵ Cooke and Wilford, *Voyage charters*, p.377–378.

¹¹⁶ Ewan McKendrick, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, 2nd ed (Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2005), pp.941, 965; *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, 2 QB 29 (C.A. 1962); *The Hansa Nord*, QB 44 (C.A. 1976); *The Mihalis Angelos*, 1 QB 164 (C.A. 1970); Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, p.110.

¹¹⁷ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.116.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.119.

¹¹⁹ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.132.

¹²⁰ *The Portsmouth*, A.C. 1 (HL 1912).

¹²¹ *Hamilton v. Mackie*, 5 T.L.R. 677 (C.A. 1889).

¹²² *The Annefield*, 1 Lloyd’s Rep. 1 (C.A. 1971), p.6.

clause of the charterparty will be incorporated into the B/L even if the latter is formulated so as to apply only to the parties to the charterparty.¹²³

Under English law a charterparty arbitration clause can be incorporated into the B/L by general reference to the charterparty, provided that (a) the incorporation clause is broad enough to cover all provisions of the charterparty and not only its conditions or exceptions; and (b) the arbitration clause itself expressly applies also to the disputes arising out of the B/L.¹²⁴

Clause, which is neither germane to the carriage of goods (e.g. arbitration clause), nor capable of being naturally read into the charterparty, can be incorporated only by explicit reference in the B/L to the clause in question.¹²⁵

2.2.2 Statutory Requirements under the Arbitration Act 1996

As noted above, the Arbitration Act 1996 expressly acknowledges the possibility of incorporation of arbitration clause by reference. Sec.6(2) of the Arbitration Act 1996, provides for two alternatives for incorporation: “[t]he reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause...” In other words, incorporation of arbitration agreement may be done either by reference to a written arbitration clause, specific reference, or to a document containing such a clause, general reference.¹²⁶

As straightforward as this provision may seem, it gave raise to controversial discussion as to whether the Arbitration Act 1996 completely abolished specific reference requirement established in the English case law.¹²⁷ This is because the two alternatives for incorporation provided in Sec.6(2) are qualified with the wording “...if the reference is such as to make [the arbitration] clause part of the agreement.”

¹²³ *The Rena K*, 1 Lloyd’s Rep. 545 (Q.B.D. 1978).

¹²⁴ *The Merak*, 2 Lloyd’s Rep. 527 (C.A. 1964).

¹²⁵ *The Njegos*, 53 Lloyd’s List Law Reports 286 (Adm.Ct. 1935); Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, para.6–025.

¹²⁶ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.140.

¹²⁷ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.32.

Some authors state that specific reference to the arbitration clause is no longer required.¹²⁸ While others disagree.¹²⁹

As it appears from the 1996 Report on the Arbitration Bill, the Department Advisory Committee thought it inappropriate to require specific reference to the arbitration clause in all cases.¹³⁰ It seems that drafters intentionally used flexible language in order to leave the room for applying already established rules of incorporation, as enshrined in the above discussed cases.¹³¹ The Department Advisory Committee did not intend to limit the wording of Sec.6(2) to cases where there is a specific reference to the arbitration clause.¹³²

As a result, Sec.6(2) of the Arbitration Act 1996, as it stands today, opens up for a possibility of incorporation of charterparty arbitration clause into the B/L by specific as well as general reference.¹³³ The Department Advisory Committee clearly expressed its preference that the charterparty cases should still apply.¹³⁴ Hence, it follows that Sec.6(2) effected no change in the law of the incorporation of arbitration agreements.¹³⁵ Therefore, the pre-1996 case law on the subject remains good law.¹³⁶

¹²⁸ Harris et al., *The Arbitration Act 1996*, p.78; Sir John Megaw in *The Aughton*, 57 B.L.R. 1 (C.A. 1991); Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.32.

¹²⁹ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.141; Ralph Gibson LJ in *The Aughton*, 57 B.L.R. 1 (C.A. 1991); Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.32.

¹³⁰ United Kingdom Department of Trade and Industry: Department Advisory Committee on Arbitration Law, "1996 Report on Arbitration Bill, July 1995," *Arbitration International* 13 (1997), para.42.

¹³¹ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.34; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.113.

¹³² United Kingdom Department of Trade and Industry: Department Advisory Committee on Arbitration Law, "1996 Report on Arbitration Bill, July 1995," para.42; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.610.

¹³³ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.141.

¹³⁴ United Kingdom Department of Trade and Industry: Department Advisory Committee on Arbitration Law, "1996 Report on Arbitration Bill, July 1995," para.42.

¹³⁵ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.142.

¹³⁶ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.34; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.113; Merkin and Flannery, *Arbitration Act 1996*; *Trygg Hansa Insurance Co Ltd v. Equitas Ltd*, 2 Lloyd's Rep. 439

3 Incorporation of Arbitration Clause under Norwegian Law

The Norwegian Arbitration Act adopted in 2004 and modeled under the UNCITRAL Model Law,¹³⁷ sets out a general statutory framework for commercial arbitration in Norway.¹³⁸ However, the Arbitration Act 2004 is complemented by specific statutory provisions relating to arbitration of cargo claims under the NMC.¹³⁹ The said provisions of the NMC establish requirements as to the formal as well as substantive validity of a charterparty arbitration clause incorporated by reference into a B/L.

In 2010 the Norwegian Maritime Law Commission (the “Commission”) produced a governmental proposal on prospective amendments to the NMC, Chapter 13 (the “Draft”).¹⁴⁰ The amendments are introduced with respect to Norway’s possible accession to the new regime of the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (the “Rotterdam Rules”). Norway has signed, albeit not yet ratified the Rotterdam Rules.¹⁴¹ If the Draft is

(Q.B.D. 1997); *The Delos*, 1 Lloyd’s Rep. 703 (Q.B.D. 2001); *The Siboti*, 2 Lloyd’s Rep. 364 (Q.B.D. 2003).

¹³⁷ “Lov Om Voldgift (voldgiftsloven), Utredning Fra Tvistemålsutvalget Oppnevnt Ved Kgl. Res. 9. April 1999; Avgitt Til Justis-Og Politidepartementet 20. Desember 2001.” (Norges offentlige utredninger, 2000), p.137; Amund Bjøranger Tørum, Lars Trygve Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective,” *PLC Multi-jurisdictional Guide to Arbitration* (2010); Helge Jakob Kolrud, *Lov om voldgift: kommentarutgave* (Oslo: Univ.-Forl., 2007), p.294.

¹³⁸ Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective”; *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2013), p.271.

¹³⁹ Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective.”

¹⁴⁰ “Press Release on the New International Rules on the Transport of Goods by Sea” (Ministry of Justice and Public Security of Norway, April 12, 2012). Last visited: October 10, 2013.

¹⁴¹ “Status of Conventions and Model Laws,” in *General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, A/CN.9/773* (presented at the 46th session, Vienna, 2013), p.13.

adopted, the existing regulation of incorporation of a charterparty arbitration clause into a B/L will be significantly changed.

Therefore, this chapter firstly presents current position of Norwegian law on formal and substantive validity of an arbitration agreement brought from a charterparty into a B/L by reference. Given that the upcoming changes are expected to modify currently effective rules on incorporation, this chapter briefly addresses the expected alterations to the NMC.

3.1 Formal Validity

In general, the Arbitration Act 2004 does not set any form requirement for the arbitration agreement.¹⁴² The validity of the arbitration agreement will be established from assessment of the factual and legal circumstances of each case.¹⁴³ This represents an important change from the earlier legislation.¹⁴⁴ Prior to adoption of the Arbitration Act 2004,¹⁴⁵ the arbitration was regulated under Chapter 32 of the Civil Procedures Act of 1915.¹⁴⁶ The formal requirement in Sec.452(2) of the Civil Procedures Act was that the arbitration agreement must have been in writing at the very least,¹⁴⁷ if not signed by both parties.¹⁴⁸

As noted above, special provisions from the NMC complement the general framework of the Arbitration Act 2004. Under Sec.311(1) of the NMC, “*the parties may agree in writing that disputes shall be settled by arbitration.*” Thus, when it comes to an arbitration of cargo claims covered

¹⁴² See Sec.10 of the *Arbitration Act 2004*; Kolrud, *Lov om voldgift*, p.296; writing requirement still applies in consumer cases under Arbitration Act 2004, sec.11; Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective.”

¹⁴³ Permanent Court of Arbitration and International Council for Commercial Arbitration, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Supplement 74, June 2013 (The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1984), p.5.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.1.

¹⁴⁶ Kolrud, *Lov om voldgift*, p.293.

¹⁴⁷ *Civil Procedures Act*, 1915, sec. 452.

¹⁴⁸ Kristina Maria Siig, “Norwegian Law on the Formal Validity of Arbitration Agreements,” *SIMPLY 2002* no.MarIus nr.295 (2002), p.21.

by Chapter 13 of the NMC, the formal requirement for the validity of an arbitration agreement is stricter than that established under the general regime of the Arbitration Act 2004.

Sec.310(3) of the NMC specifically recognizes the possibility of incorporation of an arbitration agreement from the charterparty into the B/L by reference.¹⁴⁹ The said section, *ex contrario*, implies that reference in the B/L to the charterparty arbitration clause constitutes formally valid arbitration agreement and thus is deemed executed in writing for the purposes of Sec.311(1) of the NMC.¹⁵⁰

It is worth noting that previous understanding of the writing requirement by Norwegian courts was somewhat far-reaching: an arbitration agreement required the written acceptance of both parties.¹⁵¹ According to the old case law, an arbitration clause not only had to exist in writing but also consent thereto should have been evidenced in writing.¹⁵² Namely, in *Jalna*¹⁵³ and *Ostmark*¹⁵⁴ Norwegian courts reasoned that agreement in writing implied that the written agreement should have been entered into between the parties to the dispute.¹⁵⁵ Given that issuance of the bill of lading was unilateral transaction, there was no evidence of holder's consent in writing and therefore the arbitration clause in the charterparty, was never binding on the holder of the B/L.¹⁵⁶

These decisions have not been overruled.¹⁵⁷ However, since harmonization of the NMC with the Hamburg Rules, as discussed below, Sec.310(3)

¹⁴⁹ NMC, sec.310(3).

¹⁵⁰ Falkanger, "The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading," p.67; referring to sec.160 of the former NMC of 1893 containing pronouncement resembling to sec.310(3) of the NMC; Kristina Maria Siig, "Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades," *SIMPLY* 1997 no.240 (1998), p.48.

¹⁵¹ See *Jalna*, ND 366 (NCA 1957); *Skarvøy II*, Rt. 1215 (NSC 1962); *Argo*, ND 223 (NSC 1970); *Sitas v. Høglund*, Rt. 635 (NSC 1991); in *Ibid.*, p.47.

¹⁵² *Skarvøy II*, Rt. 1215 (NSC 1962) in Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.159.

¹⁵³ *Jalna*, ND 366 (NCA 1957) in Siig, "SIMPLY 2002," p.9.

¹⁵⁴ *Ostmark*, ND 703 (NCA 1953) in Siig, "SIMPLY 2002," p.9.

¹⁵⁵ Siig, "SIMPLY 2002," p.9.

¹⁵⁶ Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.413; Siig, "Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades," p.47.

¹⁵⁷ Siig, "SIMPLY 2002," p.10.

of the NMC recognizes formal validity of an arbitration clause brought into the B/L by reference. Therefore, there is no room left for the courts to further adopt such a strict interpretation of the writing requirement.

Summing up, in general, there is no form requirement for the arbitration agreement under Norwegian law and it can virtually take any form.¹⁵⁸ Nevertheless, the NMC as *lex specialis*,¹⁵⁹ establishes special regime for arbitration of cargo claims setting forth writing requirement for arbitration agreement.¹⁶⁰ Reference made in a B/L to a charterparty arbitration clause will be deemed an agreement in writing and thus be formally valid under the Norwegian law.¹⁶¹

Yet formally valid arbitration agreement may still not bind the holder if further requirements as to the substantive validity are not satisfied. Whether the clause is binding on the holder is further a question of construction of that clause.¹⁶²

3.2 Substantive Validity

The NMC contains special provision on incorporation of a charterparty arbitration clause into a B/L. Sec.310(3) of the NMC reads as follows:

“If a bill of lading is issued pursuant to a charterparty which contains a provision concerning the settlement of disputes by legal proceedings or arbitration, but the bill of lading does not expressly state that the provision is binding on the holder of the bill of lading, the carrier cannot invoke the provision against a holder of the bill of lading who has acquired it in good faith.”

According to the above provision, the charterparty arbitration clause can be validly incorporated into the B/L only if: (a) the B/L contains express reference to the charterparty arbitration clause; or (b) no express

¹⁵⁸ *Arbitration Act 2004*, sec. 10.

¹⁵⁹ Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.39.

¹⁶⁰ *NMC*, sec. 311(1).

¹⁶¹ *Ibid.*, sec. 310(3).

¹⁶² Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.413; Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.69.

reference is present, but the holder did not acquire the B/L in good faith. These conditions will be further analyzed below.

3.2.1 Holder in Good Faith

Initial question of interpretation is whether the arbitration clause can be considered as accepted by the holder of the B/L.¹⁶³ This is to ensure that the cargo owner is protected from unforeseeable consequences.¹⁶⁴ The purpose of Sec.310(3) of the NMC is to avoid that holder of tramp B/L unknowingly ends up as party to arbitration agreement.¹⁶⁵ It is in light of this awareness that the requirement of good faith on the holder's side must be examined.

There is no provision on arbitration under the HVR.¹⁶⁶ Sec.310(3) of the NMC is rather modeled under the Hamburg Rules.¹⁶⁷ Art.22(2) of the Hamburg Rules is essentially similar to Sec.310(3) of the NMC.¹⁶⁸ Therefore, *travaux préparatoires* of the Hamburg Rules can be of a particular assistance when interpreting "good faith" requirement under Sec.310(3) of the NMC.

As it appears from the preparatory works of the Hamburg Rules, the USA proposed to amend the language of the draft and replace "*the carrier may not invoke such provision as against a holder having acquired the bill of lading in good faith*" by the words "*such provision may not be invoked as against a holder having acquired the bill of lading without actual knowledge of the arbitration provision.*"¹⁶⁹ The purpose of the proposal was to clarify the reference in the existing text to the holder having ac-

¹⁶³ Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.413.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Siig, "Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades," p.49.

¹⁶⁶ Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.153.

¹⁶⁷ Siig, "Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades," p.53; *Hamburg Rules*, 1978, Art.22(2).

¹⁶⁸ Unlike the *Hamburg Rules*, Art.22(2), which refer only to arbitration clauses, sec.310(1) of the NMC applies to exclusive jurisdiction clauses as well.

¹⁶⁹ "Official Records of the United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea," A/CONF.89/13 (Hamburg: United Nations publication, 1978), p.108.

quired the B/L in good faith.¹⁷⁰ The phrase “*without actual knowledge of the arbitration provision*” was suggested to protect a holder from acquiring a tramp B/L incorporating an arbitration provision of which he knew nothing.¹⁷¹ Norway took a position that it would support the proposal had the word “actual” been deleted, meaning that constructive knowledge could be enough to satisfy the threshold set forth under the Hamburg Rules.¹⁷² The United Kingdom supported the proposal as well highlighting that it was possible to acquire a B/L in good faith either with or without knowledge of an arbitration provision.¹⁷³ However, the majority of the conference favored the interpretation of “*in good faith*” as “*without knowledge*.” Therefore the proposal of the USA was rejected and the Art.22 was adopted as drafted by UNCITRAL.¹⁷⁴

Interpreted in line with the corresponding provision of the Hamburg Rules, good faith requirement in Sec.310(3) of the NMC suggests that, the need for express reference does not exist if the holder of the B/L is for other reasons aware of the arbitration clause.¹⁷⁵ Yet two questions remain outstanding: can a holder with general knowledge of trade and shipping practice still qualify as a holder in “good faith”? And if not, then what is the threshold: is it actual or even constructive knowledge that suffices for establishing “bad faith” on holder’s side?

3.2.1.1 General Knowledge of Trade

Some authors argue that for the third party to qualify as a holder in “bad faith,” there must be an actual knowledge of the clause in the charterparty and one may not rely on the general knowledge of the holder in shipping business.¹⁷⁶ The cargo owner, aware of the fact that the arbitration agreements are common in tramp trade, should not for that reason alone be

¹⁷⁰ Ibid., p.329.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid., p.330.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid., p.330.

¹⁷⁵ Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” p.51.

¹⁷⁶ Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.135.

considered as “bad faith” holder.¹⁷⁷ However, others suggest that choice of forum clauses have become widely used terms in international contracts and commercial parties can be expected to be aware of this.¹⁷⁸ The question then is: what could reasonably be expected when taking up the B/L?¹⁷⁹

Clearly, knowledge as required by Sec.310(3) of the NMC is not always present when the holder of the B/L is a professional cargo owner, just because he is well aware of the practice of having arbitration clauses in charterparties. Firstly, even if the holder is aware of the standard forms of the charterparties that are used in the industry, this does not give him sufficient information on the particular forum selection clause.¹⁸⁰ For instance, the Gencon 1994 charterparty form provides for three alternatives: arbitration in London, arbitration in New York and arbitration elsewhere up to parties option to be indicated in Box 25 of the charterparty.¹⁸¹ One may never know what the actual arbitration clause is unless one has a chance to check the charterparty in question. Secondly, this interpretation would render Sec.310(3) of the NMC applicable to consumer cargo owners only.¹⁸² However, nothing in the NMC or surrounding doctrine suggests that the clause was designed to apply to consumer cargo owners only.¹⁸³ This would be simply unnecessary: forum selection clauses under the consumer contracts are subject to far more stringent requirements under the Brussels Convention¹⁸⁴ and the Arbitration Act 2004.¹⁸⁵

Therefore, Sec.310(3) of the NMC should be seen as a part of strengthening the legal position of the cargo interests and thus, in case of doubt,

¹⁷⁷ Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” p.51.

¹⁷⁸ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.118.

¹⁷⁹ Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.413.

¹⁸⁰ *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law*, pp.29–30.

¹⁸¹ “Gencon 1994,” Clause 19.

¹⁸² Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” p.51.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Brussels Convention*, 1968, Arts.13–15.

¹⁸⁵ *Arbitration Act 2004*, sec.11.

interpreted in their advantage.¹⁸⁶ Bad faith can arise where the consignee in question ought to have been aware of the arbitration clause for other reasons (e.g. long term business relationship, prior communication between the parties).¹⁸⁷ However, a general knowledge of the trade and the clauses normally used should not suffice for establishing a bad faith on holder's side.¹⁸⁸

The above is in line with the reasoning adopted by other courts in civil law system. For instance Versailles Court of Appeals in the famous *Bomar Oil* case investigated exchange of letters and business communication between the parties to find whether the parties were aware of arbitration clause in a standard contract. This was notwithstanding the fact that both parties were merchants in commodity trade.¹⁸⁹

Thus, for the purposes of Sec.310(3) of the NMC, good faith refers to holder's knowledge of an arbitration clause in the particular transport document, as opposed to his general knowledge of shipping practice.¹⁹⁰

3.2.1.2 Actual v. Constructive Knowledge

Having said that general knowledge of trade does not suffice for establishing bad faith on holder's side, the question remains whether knowledge as required per Sec.310(3) of the NMC refers to actual knowledge of the clause or constructive knowledge will suffice.

The decisions of the Norwegian Supreme Court in *Sitas v. Høglund*¹⁹¹ and *Østrem et al v. Byggeservice*,¹⁹² shed some light on Norwegian position over the matter.¹⁹³ Both cases concerned incorporation of standard

¹⁸⁶ Siig, "Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades," p.51.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.; Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.149.

¹⁸⁹ *Bomar Oil v. ETAP*, Revue de L'arbitrage 291 (C.A. Versailles 1991); in Hosking, "The Third Party Non-signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent," p.543.

¹⁹⁰ Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.149.

¹⁹¹ *Sitas v. Høglund*, Rt. 635 (NSC 1991), in Siig, "SIMPLY 2002," pp.10–11.

¹⁹² *Østrem et al v. Byggeservice*, Rt. 773 (NSC 1991), in Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, "Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective."

¹⁹³ Siig, "SIMPLY 2002," p.10.

conditions into the parties' agreement. In *Sitas v. Høglund*, the clause referring to the standard form to be incorporated (without specifically mentioning an arbitration clause) was spelled out immediately above the parties' signatures.¹⁹⁴ Whereas, in *Østrem et al v. Byggeservice*, the court found that the contract had been entered into after genuine negotiations between the parties. Hence, the parties challenging the validity of incorporation had constructive knowledge of the clauses and had a chance to get acquainted with the form of standard terms if they wanted to.¹⁹⁵ The fact that parties had a due notice of the standard terms was sufficient to uphold incorporation.¹⁹⁶

In the *TINE v. Løken*,¹⁹⁷ the Norwegian Supreme Court ruled that the arbitration clause contained in the by-laws of a co-operative society was not binding between the co-operative and one of its members. The court reasoned that, sufficiency of reference for valid incorporation depends on whether the parties knew, ought to have known, or had the opportunity to acquaint themselves with the documents containing the arbitration clause.¹⁹⁸ Thus, clearly the court took into account not only actual, but also constructive knowledge of the clause sought to be incorporated.

The fact that Norway has opposed the US proposal to add "actual knowledge" requirement in the corresponding provision of the Hamburg Rules, shows Norwegian position that constructive knowledge of the clause should be sufficient to bind the holder to arbitration.

3.2.2 Express Reference Requirement

According to Sec.310(3) of the NMC, if the holder is otherwise unaware of the existence of an arbitration clause in the charterparty, then the

¹⁹⁴ *Sitas v. Høglund*, Rt. 635 (NSC 1991) in Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.162.

¹⁹⁵ *Østrem et al v. Byggeservice*, Rt. 773 (NSC 1991) in Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.163.

¹⁹⁶ Siig, "SIMPLY 2002," p.13.

¹⁹⁷ *TINE v. Løken*, Rt. 1532 (NSC 1999) in Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, "Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective."

¹⁹⁸ Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, "Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective."

arbitration clause is binding on the holder only if there is an express reference to such a clause in the B/L.

Notably, Sec.310(3) of the NMC requires that the B/L “*expressly state[s] that the provision is binding on the holder.*” Nevertheless, it is expected that Norwegian court will accept incorporation clause “*all terms [...] including arbitration clause of charterparty [...] are hereby incorporated*” as satisfactory.¹⁹⁹ However the incorporating provision in the B/L is worded, as long as the holder, when reading it, is notified of the fact that the charterparty in question contains an arbitration clause, the purpose of Sec.310(3) of the NMC is fulfilled.²⁰⁰ No further investigation is required to establish that the holder in fact got acquainted with the content of the clause. Finnish *traveaux préparatoires* on the similar provision suggests that explicit provision stating that arbitration clause is binding on the holder already creates a presumption that the holder made himself acquainted with the clause.²⁰¹ The holder is not relieved from the obligation to take necessary precautions, as any other commercial party would do, to inform himself of the clauses it may be signing onto.²⁰² This finding is in line with the general principle of contract law that the failure of a party to investigate the terms of the contract does not release the party from its obligations thereunder.²⁰³

The express reference requirement is in line with Norwegian practice concerning incorporation of unusually burdensome clauses. One of the pivotal Supreme Court judgments, *Vekstmiljø AS v. Ase Gartneri AS*,²⁰⁴ provides guidance on this matter. In this case, a party claimed that a limitation of liability clause included in standard terms had been adopted

¹⁹⁹ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.351.

²⁰⁰ Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” p.49.

²⁰¹ *Ibid.*; citing the Finnish *traveaux préparatoires*, p.57.

²⁰² Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.186; Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.351.

²⁰³ Edwin Peel and G. H Treitel, *Treitel on the law of contract* (London: Sweet & Maxwell, 2007), para.8.077–8.084; Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.186.

²⁰⁴ *Vekstmiljø AS v. Ase Gartneri AS*, Rt. 675 (NSC 2004); in Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective.”

as part of the main contract. However, the court rejected this argument, emphasizing that the clause had not been given any pronounced placement in the contract but only appeared inconspicuously in between other clauses of substantially different content. Such a burdensome clause should be mentioned specifically during the contract negotiation, to be recognized as adopted.²⁰⁵

This reasoning is in accordance with the “surprising terms” principle under the UNIDROIT Principles 2010, Art.2.1(20) according to which: “*No term contained in standard terms that is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.*”²⁰⁶

As suggested by Professor Thorn Falkanger, the incorporation clause should be in such a form that the transferee gets a reasonable warning that the full terms cannot be read out of the B/L. The transferee should further have a reasonable possibility of finding out what those other terms are.²⁰⁷ He also considers that there is no reasonable warning unless the nature of the incorporated terms is indicated in the B/L.²⁰⁸

Hence, Norwegian position on incorporation of a charterparty arbitration clause into a B/L can be summarized as follows: in order to satisfy statutory form requirement, the arbitration clause as well as the reference clause must both be evidenced in writing; further, the reference should be explicit, outlining that the arbitration clause is binding over the holder; if no such express stipulation is evidenced on the face of the B/L, charterparty arbitration clause may not be invoked against the holder. Nevertheless, the clause is still binding on the holder if he knew, ought to have known, or had an opportunity to acquaint himself with the charterparty arbitration clause.²⁰⁹ If the holder had actual or constructive

²⁰⁵ Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective.”

²⁰⁶ *UNIDROIT principles of international commercial contracts 2010* (Rome: UNIDROIT, 2010), p.68; Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective.”

²⁰⁷ Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.84.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Tørum, Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA, “Incorporation of Arbitration Clauses:

knowledge of the existence of an arbitration clause in the charterparty, then even a general reference to such clause will bring it into the B/L.²¹⁰ Burden of proof of such knowledge rests on the shipowner.²¹¹

3.3 Prospective Amendments to the NMC

The rules on incorporation of arbitration clause into a B/L under the NMC are expected to be modified if Norway chooses to ratify the Rotterdam Rules.

Aiming to modernize and unify the rules concerning the carriage of goods by sea, the Rotterdam Rules were adopted in 2008, but have not yet come into force.²¹² The Rotterdam Rules contain separate chapters on jurisdiction and arbitration.²¹³ The chapters turned out to be extremely controversial and it was impossible to reach consensus on them.²¹⁴ Therefore, it was eventually agreed that the two chapters should only bind contracting states, which make a declaration to that effect.²¹⁵

The Commission is of the opinion that Norway should ratify the Rotterdam Rules only if the US and major EU Member States adopt them.²¹⁶ The Commission did not recommend opting in for the chapters on jurisdiction and arbitration.²¹⁷ Instead, the Commission suggests that the current regulation is retained with amendments inspired by the Rotterdam Rules.²¹⁸ Notably, the United Kingdom has not yet ratified the

Norwegian Law Perspective.”

²¹⁰ Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.67.

²¹¹ Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.488; *Arbitration Act 2004*, sec.28; *International Commercial Arbitration*, p.273.

²¹² *Rotterdam Rules*, 2008, Art.94(1); “Status of Conventions and Model Laws,” p.13.

²¹³ William Tetley, “A Summary of General Criticisms of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules),” (2008), p.2.

²¹⁴ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.820.

²¹⁵ *Rotterdam Rules*, 2008, Arts.74, 78, 91.

²¹⁶ The Norwegian Maritime Law Commission, *Gjennomføring Av Rotterdamreglene i Sjøloven*, Norges Offentlige Utredninger (Oslo, Norway, 2012), p.14.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

Rotterdam Rules.²¹⁹ Even in case of ratification, it is less likely that either of the chapters on jurisdiction and arbitration is opted in as they are said to be inconsistent with the EU system and English practice.²²⁰

The Commission has produced two alternative options of amendments to the current rules on arbitration. As a common character, none of the alternatives provide for the writing requirement for the arbitration agreement in tramp trade.²²¹

According to Alternative A, the arbitration in non-linear trade is completely left outside the regulation of the NMC.²²² Thus, freedom of contract principle prevails in this area of trade. This does not mean that such arbitration is left without any regulation, but rather it is subjected to general framework under the Arbitration Act 2004.

Alternative A no longer establishes requirement for express reference to charterparty arbitration clause in the B/L. Oddly however, such express reference requirement is maintained with respect to exclusive jurisdiction clauses.²²³ The Commission clarifies that the purpose of this clause is to protect third party: jurisdiction provision should not come as a surprise when the transport document refers to a charterparty.²²⁴ The question is why the Commission chose to abandon the same rule with respect to arbitration clauses? Professor Roseag, the Chairman of the Commission, thinks that this is not because the holder needs less protection when it comes to arbitration.²²⁵ During the interview he indicated that the Commission did not want to disturb commercial practice in respect of arbitration clauses in non-linear trade, but they felt more free to be restrictive in respect of jurisdiction clauses, as the contractual freedom is not so much utilized in that context.²²⁶ He believes that it is self-evident that

²¹⁹ "Status of Conventions and Model Laws," p.13.

²²⁰ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, p.821.

²²¹ "Implementation of the Rotterdam Rules of the Maritime Code" (NOU 2012:10, 2012), Alternative B, Sec.320s(6) of the Draft.

²²² Ibid., Alternative A, Sec.320(j)(8) of the Draft.

²²³ Ibid., Alternative A, Sec.320(i)(9) of the Draft.

²²⁴ The Norwegian Maritime Law Commission, *NOU 2012:10*, p.117.

²²⁵ Erik Røsæg, Interview, October 8, 2013.

²²⁶ Ibid.

third party cannot be bound to arbitrate unless the intention to do so is clearly established.²²⁷ Therefore, it is most likely that, even if the express reference requirement is abolished with respect to the arbitration clauses, the courts will have to engage in the same exercise as before to determine parties' intention to arbitrate.²²⁸

Unlike Alternative A, under Alternative B, the special rules of the NMC will come into play even in non-linear carriage if the arbitration agreement is not incorporated into the B/L in the manner described in Sec.320(t)(2) of the Draft. Namely, the B/L must: (a) identify the parties to and the date of the charterparty; and (b) incorporate by specific reference the arbitration clause of the charterparty.²²⁹ The provision sets out requirements for the reference clause.²³⁰ If such requirements are not met, then the arbitration agreement is still binding on a third party. However, in this case, third party holder of the B/L enjoys statutory freedom to choose the seat of arbitration. Namely, under Alternative B, the arbitration against the carrier can be instituted either at the contractually agreed seat of arbitration or, upon claimant's choice, at the places having close connection to the carriage (carrier's place of business/habitual residence, agreed place of receipt or delivery of cargo, actual place of initial loading or final discharge of cargo).²³¹ This rule is designed to protect the cargo owners by way of allowing them to choose the place of arbitration from several specified locations, regardless of the seat designated in the arbitration clause.²³²

Notably, such freedom to choose the seat of arbitration different from the contractually agreed seat is not a novelty under Norwegian law. Sec.311(1) of the NMC contains similar rule enabling the plaintiff to commence arbitration proceedings in either of the places enlisted in

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ "Implementation of the Rotterdam Rules of the Maritime Code," Alternative B, Sec.320(t)(2) of the Draft.

²³⁰ The Norwegian Maritime Law Commission, *NOU 2012:10*, p.122.

²³¹ "Implementation of the Rotterdam Rules of the Maritime Code," Alternative A, Sec.320(s)(2) of the Draft.

²³² Winship, "Arbitration of Maritime Disputes under the Rotterdam Rules."

Sec.310(1) of the NMC or in the contractually agreed seat. However, currently such freedom of choice of the seat extends only to transportation within Scandinavia.²³³

In light of the above, we can conclude that if Alternative A is adopted, arbitration under the tramp B/L will be completely taken out of the scope of application of NMC and subjected to the general regime of the Arbitration Act 2004. In this case, the court will determine the validity of incorporation based on general principles of contract law. Neither the writing requirement, nor the requirement of specific reference will apply. The Commission recommends adoption of Alternative A.²³⁴

If however, the Alternative B is opted for, the reference clause in the B/L will have to identify the parties to and the date of the charterparty and also contain a specific reference to the charterparty arbitration clause sought incorporated. Otherwise, the holder may still be bound to arbitrate, but will have a right to choose the seat of arbitration among the places having close connection to the carriage.

4 Comparative Analysis and Applicable Law

Previous chapters discussed the rules of incorporation of a charterparty arbitration clause into a B/L under English and Norwegian laws. This chapter highlights some common and distinct features of English and Norwegian rules on the subject and discusses to what extent they accord with the consensual nature of arbitration. Given the difference between the regulations, arbitration clause validly incorporated under one legal system, might be rejected under the other. Determining the law governing the validity of incorporation is thus important. The chapter therefore addresses the conflict of law rules applied by tribunals and courts in the above jurisdictions for determining the law governing the validity of incorporation.

²³³ NMC, sec.311(3).

²³⁴ The Norwegian Maritime Law Commission, *NOU 2012:10*, p.116.

4.1 Comparative Analysis

4.1.1 Basic Features of the Rules of Incorporation

As a common feature, both, Norwegian and English laws apply stricter test of incorporation of arbitration clauses compared to other contractual clauses.²³⁵ It is a common tendency to treat arbitration as a “special situation” rather than applying general contract law principles.²³⁶ Under English law, a clause, which defines the proper law of the contract, for example, was incorporated from a head charterparty into a B/L by general words in *The San Nicholas*²³⁷ as well as in *The Dolphina*.²³⁸

Similarly, under Norwegian law general reference is sufficient to incorporate any provision of the charterparty into the B/L. This can be inferred from the wording of Secs.292(3) and 325(1) of the NMC.²³⁹ However, in case of an arbitration clause, reference must be explicit to bring such clause into the B/L.²⁴⁰ Scandinavian doctrine of contracts upholds strict *contra proferentem* rule: reference to other documents should be construed so as to exclude clauses that are unexpected and onerous for the party who has not drafted the document.²⁴¹ Thus, Sec.310(3) of the NMC can be considered as *lex specialis* demanding more from a carrier than a mere general reference.²⁴²

The positions differ with respect to exclusive jurisdiction clauses. Norwegian law applies the same strict rule of incorporation to any forum selection clause, including the exclusive jurisdiction clauses.

²³⁵ “Charterparty Arbitration Clause Not Incorporated into Bill of Lading,” *Journal of Business Law* (1989), p.249; Todd, “Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading,” p.335.

²³⁶ Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.538.

²³⁷ *The San Nicholas*, 1 Lloyd’s Rep. 8 (C.A. 1976); See also *The Dolphina*, 1 Lloyd’s Rep. 304 (High Court of Singapore 2011).

²³⁸ *The Dolphina*, 1 Lloyd’s Rep. 304 (High Court of Singapore 2011).

²³⁹ Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” p.51.

²⁴⁰ NMC, sec.310(3).

²⁴¹ Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.84–85; Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, p.248.

²⁴² Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” p.50.

Under English law, however, some authorities suggest that arbitration clause is of a *sui generis* nature and should be treated differently.²⁴³ The justification often advanced for special treatment of arbitration clauses has its origin in the decision in *The Portsmouth* where the court distinguished between germane and non-germane terms.²⁴⁴ Megaw LJ in *The Aughton*²⁴⁵ emphasized that the arbitration clause is a self-contained contract collateral or ancillary to the substantive contract and should be treated as *sui generis*.²⁴⁶ Nevertheless, in *The Siboti*, court took view that there is no good reason to distinguish between the arbitration and jurisdiction clauses in this regard.²⁴⁸ The judgment focuses on ancillary character of both clauses rather than *sui generis* nature of an arbitration clause.

Apart from special character of forum selection clauses, determining procedural rights of the parties, rules on incorporation under both legal systems are somewhat influenced by the negotiable nature of the B/L.

A B/L is a negotiable instrument, which allows transfer of the property by way of transfer of constructive possession.²⁴⁹ The holder is not involved in the negotiation of the terms of the contract of carriage, including its choice of forum clause, but nevertheless becomes bound by such terms upon receipt of the B/L.²⁵⁰ Therefore, choice of stricter regulatory regime may constitute a *de facto* protection of the B/L and in particular its negotiability consideration.²⁵¹

In *The Federal Bulkers* the court emphasized that commercial certainty

²⁴³ *The Aughton*, 57 B.L.R. 1 (C.A. 1991).

²⁴⁴ *The Portsmouth*, A.C. 1 (HL 1912).

²⁴⁵ *The Aughton*, 57 B.L.R. 1 (C.A. 1991).

²⁴⁶ Adj. Latin for “the only example of its kind”, “unique.”

²⁴⁷ Todd, “Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading,” p.338; *The Aughton*, 57 B.L.R. 1 (C.A. 1991).

²⁴⁸ *The Siboti*, 2 Lloyd’s Rep. 364 (Q.B.D. 2003).

²⁴⁹ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.45; Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.76; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.612.

²⁵⁰ Bagot and Henderson, “Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration,” pp.458–460.

²⁵¹ Siig, “Arbitration agreements in a transport law perspective,” p.147.

in this field required stricter test of incorporation.²⁵² Whereas, in *Excess Insurance C. Ltd. v. Mander*,²⁵³ it was noted that principles adopted in charterparty cases created general rules of English contract law applicable to other types of contracts as well.²⁵⁴ The court placed major emphasis not on the negotiability of the B/L but on the nature of the arbitration clause itself.²⁵⁵ However, some recent decisions in construction and engineering cases made under the Arbitration Act 1996 depart from rules established in charterparty cases by holding that where a general reference is made to a set of standard terms, which contain an arbitration clause, general words of incorporation will be sufficient.²⁵⁶ This latter development shows that it is negotiability of the B/L, rather than a special nature of arbitration clause that warrants stricter test for incorporation in charterparty cases under English law.

Similarly, under Norwegian law, the requirement of specific reference to the clauses sought to be incorporated is a feature of maritime law concerned with protecting the presumed weaker party under the tramp B/L.²⁵⁷

As a conclusion, it must be noted that English and Norwegian rules on incorporation of the charterparty arbitration agreement into the B/L are founded on two main pillars: firstly, arbitration agreement is a distinct and separate contract; and secondly, commercial certainty requires that the intention of a party to exclude the possibility to seek legal redress in the courts of law and instead refer to arbitration is clearly demonstrated.²⁵⁸ The importance of intention to arbitrate is subject to further discussion in the following section.

²⁵² *The Federal Bulker*, 1 Lloyd's Rep. 103 (C.A. 1989), p.105.

²⁵³ *Excess Insurance Co Ltd v. Mander*, 2 Lloyd's Rep. 119 (Q.B.D. 1997).

²⁵⁴ *Ibid.*, p.847.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.611.

²⁵⁷ Falkanger, "The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading," pp.84,85.

²⁵⁸ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.153; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.613; Merkin and Flannery, *Arbitration Act 1996*.

4.1.2 Consent as the Basis for Incorporation

Whether the holder agreed to the incorporation of charterparty arbitration clause depends on the interpretation of his act of acceptance of the terms.²⁵⁹ In general, the acceptance of the goods or the demand for their delivery is sufficient to constitute this act of acceptance.²⁶⁰ No specific assent to the arbitration clause is necessary and the acceptance of the benefit conferred on the consignee or the acquisition of a right against the carrier by indorsement is sufficient for a holder to become bound by such clause.²⁶¹ The requirement of specific assent would encourage opportunistic behavior on the holder's side permitting this party to acquire rights under a contract of carriage without becoming bound to any conditions contained in that contract.²⁶² However, for the enforceable contract to arise, there must be an actual meeting of minds of the contracting parties.²⁶³ Acceptance requires knowledge of the offer.²⁶⁴ Therefore, the acts of acceptance on the side of the holder will constitute valid consent to arbitrate only to the extent the holder was aware of existence of an arbitration clause sought incorporated.

In principle, the consent of the holder of the B/L to arbitrate is evidenced from the B/L reference clause. It is argued that as the B/L is usually the only document made available to the holder, it would seem fair to always require that specific reference should be made to the arbitration clause in the B/L for it to be incorporated, notwithstanding the wording of the arbitration clause in the charterparty.²⁶⁵ The terms of the charter-

²⁵⁹ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.121.

²⁶⁰ *Ibid.*, p.183.

²⁶¹ *Ibid.*, p.186.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Richard A. Posner and Aspen Publishers, *Economic Analysis of Law*, 8th ed, Aspen Casebook Series (New York: Aspen Publishers, 2011), p.126.

²⁶⁴ *Ibid.*, p.127.

²⁶⁵ Goldby, "Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments," p.172; *London Arbitration 11/06*, 2 Lloyd's Maritime Law Newsletter 697 (2006).

party should ideally be irrelevant,²⁶⁶ as being a manifestation of the will of the parties to the charterparty and not the B/L.²⁶⁷ However, some scholars suggest that once the B/L imports the provision of the charterparty in general terms, it can never be correct to argue that the charterparty should not be examined to discover the intention of the parties.²⁶⁸

Norwegian law clearly opts for the first approach: the reference clause in the B/L is all that the court has to examine for determining valid incorporation.²⁶⁹ The judge at the Norwegian court will not assess the scope and wording of the arbitration clause itself. In absence of the clear and express words of reference, the incorporation will be allowed only if the holder otherwise had an actual or constructive notice of an arbitration clause.²⁷⁰

Under English law, whether a charterparty arbitration clause is incorporated into a B/L depends on the wording of both the B/L and the arbitration clause itself.²⁷¹ It is clear from the charterparty cases that for the purposes of establishing whether or not the valid incorporation took place, both documents should be examined.²⁷² Incorporation can only take place by a positive expression of such an intention either in the B/L (as in *The Rena K*) or in the charterparty (*The Merak*).²⁷³ As far as the assertion of holder's intention to arbitrate is concerned, under English law, there is no requirement of specific and precise wording of reference to charterparty arbitration clause in the B/L.²⁷⁴

²⁶⁶ Todd, "Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading," p.333; *The Federal Bulker*, 1 Lloyd's Rep. 103 (C.A. 1989).

²⁶⁷ Wagener, "Legal Certainty and the Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses in Bills of Lading," p.122.

²⁶⁸ *Ibid.*, p.121; Cooke and Wilford, *Voyage charters*, p.376–377.

²⁶⁹ Falkanger, "The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading," p.85.

²⁷⁰ *NMC*, Art.310(3).

²⁷¹ Todd, "Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading," p.331.

²⁷² *The Annefield*, 1 Lloyd's Rep. 1 (C.A. 1971); Harris et al., *The Arbitration Act 1996*, p.78.

²⁷³ Wagener, "Legal Certainty and the Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses in Bills of Lading," p.121.

²⁷⁴ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.153.

Unlike English law, the Norwegian law treats incorporation as the question of notice. Therefore, is it quite possible for the arbitration clause to be incorporated into the B/L even when there is no express reference thereto on the face of the B/L, provided that the holder otherwise had a notice of an arbitration clause in the charterparty. However, under English law, the relevant question is that of incorporation, not notice.²⁷⁵ Perhaps this is the result of English approach to negotiability character of the B/L. Under English law, negotiable B/L does not enable the transferee to obtain a better title than the transferor had.²⁷⁶ Therefore, under English law “negotiability” means only “transferability.”²⁷⁷ The transferee cannot invoke his lack of knowledge to claim fewer obligations than those of the transferor. Therefore, English law places more emphasis on the incorporation of the clause into the B/L in its true construction, as opposed to the sufficient notice of such incorporation given to the transferee.

Hence, the way of incorporation accepted by English courts in *The Merak* does not suffice under Norwegian law since the crucial point of Sec.310(3) of the NMC is that the holder of the B/L should be made aware of the existence of the arbitration agreement by referring himself to the B/L alone.²⁷⁸ The general reference found in *The Merak*, no matter how broad and overwhelming the wording is, will fail to incorporate an arbitration clause in the B/L under Norwegian law.²⁷⁹ The outcome remains the same under Norwegian law even when the charterparty arbitration clause makes the arbitration agreement directly applicable also to the disputes arising out of the B/L.²⁸⁰

The difference between English and Norwegian regulations on the subject perhaps lies in the NMC’s approach to strengthen the cargo interests

²⁷⁵ *The Varenna*, 1 Lloyd’s Rep. 416 (Q.B.D. 1983); *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law*, p.30; Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.32.

²⁷⁶ G. H. Treitel, *Carver on Bills of Lading*, 2nd ed, British Shipping Laws (London: Sweet & Maxwell, 2005), p.5.

²⁷⁷ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.45.

²⁷⁸ Siig, “Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades,” p.50.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

even more than generally expected from the HVR regime.²⁸¹ This puts greater burden on carriers who were expected to avoid such burden by means of avoiding application of the NMC through using respective forum and choice of law clauses.²⁸² To avoid this, Norway opted for more stringent rules for incorporation of arbitration and jurisdiction clauses into B/Ls.²⁸³

Under English law, one of the policy considerations underlying the rules of incorporation is said to be protection of commercial certainty.²⁸⁴ Certain incorporation mechanisms have been upheld and established in English case law and the courts are inclined to follow this practice in the cases to come before them.²⁸⁵ Therefore, one can conclude that English courts will be more concerned with promoting certainty than with the search for actual or even objectively ascertained intention of the parties in the particular case.²⁸⁶

4.2 Applicable Law

Difference in requirements for valid incorporation under English and Norwegian laws may warrant different results based on which law is applied to determine such validity. When a dispute has connection with more than one country, which is almost always the case in maritime shipping, conflict arises among relevant laws potentially applicable to the issue in question.²⁸⁷

There is no international consensus on the choice of law rule applicable to an arbitration agreement.²⁸⁸ Nevertheless, the conflict of law rule,

²⁸¹ Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.342.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Wetterstein, *Sjörättsliga skrifter III*, p.154; Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.347.

²⁸⁴ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, 2011, p.112; *The Varenna*, 1 Lloyd's Rep. 416 (Q.B.D. 1983); *The Federal Bulker*, 1 Lloyd's Rep. 103 (C.A. 1989).

²⁸⁵ *Excess Insurance Co Ltd v Mander*, 2 Lloyd's Rep. 119 (Q.B.D. 1997), p.124.

²⁸⁶ Treitel, *Carver on Bills of Lading*, 2011, p.112.

²⁸⁷ Giuditta Cordero-Moss, *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules* (Oslo: Tano Aschehoug, 1999), p.73.

²⁸⁸ Dicey and Collins, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws.*, p.835; Hosking, "The Third Party Non-signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent," p.555.

widely recognized by international instruments as well as vast majority of national private international laws is a principle of party autonomy: within the limits established by applicable private international law, parties may choose the law governing their contract.²⁸⁹

The law chosen by the parties specifically for the arbitration agreement must be distinguished from the substantive law applicable to the underlying contract.²⁹⁰ Given the separability presumption, even if contained in the contract, arbitration clause forms a separate and distinct agreement and is subject to its own governing law.²⁹¹ Therefore, the law applicable to the validity of an arbitration agreement is the law specifically chosen by the parties for this purpose in the charterparty, as opposed to the substantive governing law of the B/L.²⁹² Nevertheless, parties seldom ever choose the law applicable to their arbitration agreement.²⁹³ In this case the law governing the arbitration agreement is determined by application of conflict of law rules.

As discussed below, national courts and arbitral tribunals apply different conflict of law rules leading to different laws applicable to the question of validity of incorporation of an arbitration clause.²⁹⁴

4.2.1 Conflict Rules Applied by Arbitral Tribunals

Under the principle of “*kompetenz-kompetenz*”, the arbitral tribunal has the power to determine its own jurisdiction, hence, the validity of an

²⁸⁹ Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.17; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.216.

²⁹⁰ Born, *International Arbitration*, p.56; Nigel Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed (Oxon; New York: Oxford University Press, 2009), p.165.

²⁹¹ Born, *International Arbitration*, p.55; Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p.174; Dicey and Collins, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws.*, pp.832, 834.

²⁹² *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law*, p.37.

²⁹³ Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.217.

²⁹⁴ Lew, “Albert Jan Van Den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*,” p.129.

arbitration agreement.²⁹⁵ When dealing with the question of validity of an arbitration agreement, the tribunal will most likely engage in analysis backwards.²⁹⁶

Starting point is that parties commence time and cost-consuming legal proceedings in order to obtain an award, which will be enforceable. The NY Convention establishes an overarching regime of enforcement of foreign arbitral awards.²⁹⁷ The NY Convention was ratified by England in 1975.²⁹⁸ Norway joined the regime in 1961.²⁹⁹ Under Art.V(1)(a) of the NY Convention, an arbitral award may be denied recognition and enforcement if the parties' agreement to arbitrate is invalid "*under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.*" The tribunal will have to follow the conflict of law rule as provided in Art.V(1)(a) of the NY Convention if it wishes to render an award enforceable in the countries party to the NY Convention.³⁰⁰ Hence, validity of the arbitration agreement will be assessed under the law chosen by the parties to govern an arbitration agreement or in absence of such choice, the law of the seat of arbitral tribunal (*lex loci arbitri*).³⁰¹

Notwithstanding the lack of unified practice of arbitral tribunals on the issue,³⁰² the prevailing approach is that the validity of an agreement

²⁹⁵ *Arbitration Act 1996*, Art.30; *Arbitration Act 2004*, sec.18; *UNCITRAL Model Law*, Art.16; Philippe Fouchard, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1999), p.400; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.169; *International Commercial Arbitration*, p.288.

²⁹⁶ Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p.167; Dicey and Collins, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws.*, p.835.

²⁹⁷ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.34.

²⁹⁸ Harris et al., *The Arbitration Act 1996*, p.381.

²⁹⁹ Tørum, Jensen, and Kvale Advokatfirma DA, "Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective."

³⁰⁰ Lew, "Albert Jan Van Den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention," p.142.

³⁰¹ Born, *International Arbitration*, p.55; Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p.165.

³⁰² Lew, "Albert Jan Van Den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention,"

to arbitrate must be assessed against the law that would have applied to it had it been valid.³⁰³ Therefore, if the arbitration clause itself contains a choice of law, the tribunal will uphold such choice and assess the validity of incorporation under that particular law. In absence of express choice, the law of the putative arbitral seat will apply.³⁰⁴

Notably, arbitrators seek to validate and uphold the arbitration agreement if at all possible.³⁰⁵ This view leads to the choice of the system of law under which the arbitration clause is valid.³⁰⁶ If the arbitration agreement is valid under any of several laws which are potentially applicable to it, then the tribunal will most likely apply the law under which the agreement will be sustained (validity principle).³⁰⁷

4.2.2 Conflict Rules Applied by Courts

When the issue of validity of incorporation comes before the court of law, the judge will apply the conflict of laws of the forum.³⁰⁸ Private international laws differ from jurisdiction to jurisdiction.³⁰⁹ In absence of choice of law by the parties, some of the most commonly adopted solutions are either the law of the arbitral seat which may be in a country

p.140.

³⁰³ Georgios I. Zekos, *International Commercial and Marine Arbitration*, Routledge-Cavendish Research in International Commercial Law (London; New York: Routledge-Cavendish, 2008), p.235.

³⁰⁴ Lew, "Albert Jan Van Den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention," p.140; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.220; *Case No.6149*, XX YCA 41-57 (ICC 1995); *Case No.6162*, XVII YCA 153 (ICC 1992); Born, *International Arbitration*, p.56.

³⁰⁵ Lew, "Albert Jan Van Den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention," p.140.

³⁰⁶ *Ibid.*, p.139.

³⁰⁷ Born, *International Arbitration*, p.56; Lew, "Albert Jan Van Den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention," p.139; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.219.

³⁰⁸ Lew, "Albert Jan Van Den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention," p.142; Cordero-Moss, *International Commercial Arbitration*, p.73.

³⁰⁹ Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.15.

other than that of the court, the *lex fori* or the law governing the contract as a whole.³¹⁰ Clearly, if a court characterizes the question of validity and interpretation of an arbitration agreement as a procedural matter, it will apply the *lex fori*, based on the general conflict-of-law principle that the forum applies only foreign substantive law, but uses its own procedural law.³¹¹ If it characterizes this question as a substantive matter, it will apply the conflict of law rules applicable to contractual matters.³¹² Also, as the courts in general are inclined to maintain jurisdiction over disputes concerning B/Ls,³¹³ it is less likely that they follow the validity principle while choosing the applicable law.

The practice of Norwegian and English courts on determining the law applicable to the validity of incorporation of an arbitration clause differs.

Under English law, the substantive validity, scope and interpretation of an arbitration agreement is governed by: (a) the law expressly or impliedly chosen by the parties; or (b) in absence of such choice, the law which is most closely connected with the arbitration agreement, which will in general be the law of the seat of arbitration.³¹⁴ Hence, law governing the incorporation question under English law, is the law chosen in the charterparty, being the putative proper law of the arbitration agreement.³¹⁵ In case of failure to choose the applicable law, the law governing the validity of incorporation is the *lex loci arbitri*.³¹⁶

³¹⁰ International Council for Commercial Arbitration and Permanent Court of Arbitration, *ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges* (The Hague: International Council for Commercial Arbitration, 2011), p.51.

³¹¹ Hosking, "The Third Party Non-signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent," p.557.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Lanfang, "A Review of Judicial Attitudes Towards the Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading in China," pp.99-103.

³¹⁴ Dicey and Collins, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws.*, p.829.

³¹⁵ *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law*, p.36.

³¹⁶ Ambrose and Maxwell, *London maritime arbitration*, p.25; Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p.169; Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p.221; Born, *International Arbitration*, p.56; *C v. D*, EWHC 1541 (Q.B.D. 2007); *Naviera Amazonica Peruana S.A. v. Compania Internacional de Seguros del Peru*, 1 Lloyd's Rep. 116 (C.A. 1988); *XL Insurance Ltd. v. Owens Corning*, 2 Lloyd's

Norway does not have one codification of conflict rules.³¹⁷ The main choice of law rule under Norwegian law is a party autonomy.³¹⁸ Nevertheless, Norwegian Supreme Court practice reveals that national requirements for formal validity of arbitration agreement were applied even in the cases where the parties have chosen different law to govern their arbitration agreement.³¹⁹ With respect to substantive validity of an arbitration agreement, Norwegian court is expected to apply the law chosen by the parties as the putative governing law of arbitration agreement.³²⁰

In absence of choice of law by the parties, the law governing a particular issue is the law with which it has the closest connection.³²¹ Under Norwegian law, the closest connection is established by evaluating various elements of the dispute and determining which elements are so important as to warrant the closest connection.³²² The rule has been laid down by the Norwegian Supreme Court in the *Irma-Mignon* case³²³ and was later slightly modified in *The Leros Strength*.³²⁴ In the latter case, the Norwegian Supreme Court recommended that courts choose between Norwegian and other legal systems based on what would be the most natural and fair solution. While making this assessment, the court must take into consideration the underlying policy of the Norwegian rules applied in the respective area.³²⁵ As flexible as this rule may sound, it is often criticized

Rep. 500 (Q.B.D. 2000).

³¹⁷ Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.77; Giuditta Cordero Moss, "Recent Private International Law Codifications National Report for Norway," in *Private International Law* (presented at the International Academy of Comparative Law 18th International Congress of Comparative Law, Washington, 2010), p.1.

³¹⁸ Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.83.

³¹⁹ *Flekkefjord v. Caterpillar*, HR 01539 (NSC 2000); in Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.173.

³²⁰ *Jalna*, ND 366 (NCA 1957); in Siig, "Arbitration agreements in a transport law perspective," p.161.

³²¹ Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.83; Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.37.

³²² Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.83.

³²³ *Irma-Mignon*, ND 289 (NSC 1923); Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.83; Falkanger, *Scandinavian Maritime Law*, p.37.

³²⁴ *Leros Strength*, Rt. 180 (NSC 2002).

³²⁵ *Leros Strength*, Rt. 180 (NSC 2002); in Giuditta Cordero Moss, "The Norwegian

in the legal literature because it gives wide discretion to the judge to determine the applicable law and undermines predictability.³²⁶

Hence, when seized with the question of validity of incorporation, both Norwegian and English courts are likely to apply the law chosen by the parties to govern the arbitration agreement. In absence of such choice in the charterparty, English court will most likely apply the law of the seat of arbitration to determine the validity of incorporation. By contrast, Norwegian court will apply the law warranting the most natural and fair solution.³²⁷ Norwegian rules implementing particular important policies will directly be applied, even through the case may have closer connection to other legal system.³²⁸ With the same token, given that the rules provided in Secs.310 and 311 of the NMC seek to protect the interests of the good faith holder of the B/L, this policy consideration may warrant application of Norwegian law by Norwegian courts for determining the validity of incorporation.

5 Concluding remarks

This study provided a comparative analysis of incorporation of charterparty arbitration clauses into B/Ls by reference under English and Norwegian laws. As highlighted above, incorporation by reference raises questions of the formal and substantive validity of an arbitration agreement so incorporated. While arbitration clause incorporated by reference received sta-

Approach to Private International Law - Illustrated by a Recent Supreme Court Decision on the Direct Action Against the Insurer" (2004), pp.55–68; in T.M.C. Asser Instituut, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh* (The Hague: New York: T.M.C. Asser Press; Distributed by Cambridge University Press, 2004), p.57.

³²⁶ Cordero Moss, *Lectures on International Commercial Law*, p.84.

³²⁷ Cordero Moss, "The Norwegian Approach to Private International Law - Illustrated by a Recent Supreme Court Decision on the Direct Action Against the Insurer" in T.M.C. Asser Instituut, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law*, p.63-64.

³²⁸ Cordero Moss, "Recent Private International Law Codifications National Report for Norway," p.9.

tutory recognition as to the formal validity under both legal systems, its binding force vis-à-vis third parties remains subject of interpretation.

Under English law, general rule is that only specific reference in the B/L can bring a charterparty arbitration clause into the B/L. Nevertheless, general reference to a charterparty arbitration clause may successfully incorporate such clause only when it is worded so to make sense in the context of the B/L.

Under Norwegian law, a charterparty arbitration clause is not binding on a third party holder of the B/L unless expressly provided otherwise in the B/L. In absence of such express provision, charterparty arbitration clause cannot be validly incorporated into the B/L, except when the holder was otherwise aware of existence of such clause in the charterparty. Amendments to the NMC are expected to change this attitude towards more liberal approach (Alternative A), or set even stricter requirements (Alternative B).

In principle, these two legal systems approach the issue of incorporation differently. While Norwegian law is more concerned with establishing actual or constructive notice of such clause by the holder, English law focuses on its formulation. English judge will examine whether the reference clause on the one hand, and the arbitration clause, on the other hand, are worded so as to warrant incorporation.

As the application of different laws may result in different outcomes, legal certainty requires that the law governing the validity of incorporation is determined. Arbitral tribunal is expected to apply the conflict of law rule provided in Art.V(1)(a) of the NY Convention to determine the proper governing law. Nevertheless, given the pro-arbitration approach, arbitral tribunals will normally assess the validity of incorporation against the law under which the agreement will be sustained.

English courts are settled on the issue that the formation of the disputed part of the contract is governed by the law, which would be the proper law of the contract if that part were validly concluded.³²⁹ Preference will thus be given to the choice of law made by the parties, even if such

³²⁹ *The Parouth*, 2 Lloyd's Rep. 351 (C.A. 1982); *The Atlantic Emperor*, 1 Lloyd's Rep. 548 (C.A. 1989).

choice is evidenced in the clause sought incorporated. In absence of choice by the parties, the courts will apply the law having the closest connection to the subject matter. This will most likely be *lex loci arbitri*.

Norwegian legislation is reluctant to lay down the conflict of law rule of general applicability but rather takes a case-oriented approach.³³⁰ With respect to the substantive validity of an arbitration clause, Norwegian court will apply the law chosen by the parties. In absence of such choice, flexible individualizing method will be resorted to find the law warranting the most natural and fair result.

Considering English and Norwegian solutions, there might be a justification for advocating that incorporation clauses should be strictly construed.³³¹ In practice, it is often the case that the holder of the B/L never sees the charterparty.³³² From the viewpoint of the marketability and transferability of negotiable instruments, the incorporation of charterparty terms can only be effective against subsequent holders if these parties are given a chance to ascertain their rights and obligations under the contract of carriage.³³³

However, “*the art and science of arbitration is a living and changing thing.*”³³⁴ Given the rapid development of international commercial arbitration in the recent decades³³⁵ and the traditional role of arbitration in maritime dispute resolution, arbitration agreements are no more exceptions in this industry.³³⁶ Therefore, policy rationale behind requi-

³³⁰ Cordero Moss, “The Norwegian Approach to Private International Law - Illustrated by a Recent Supreme Court Decision on the Direct Action Against the Insurer” in T.M.C. Asser Instituut, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law*, p.67.

³³¹ Falkanger, “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading,” p.83.

³³² *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law*, p.31.

³³³ Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, pp.250–251; *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law*, pp.28–29.

³³⁴ F. D Rose, *International commercial and maritime arbitration* (London; Agincourt, Ont.: Sweet & Maxwell; Carswell Co. [distributor for Canada and U.S.A.], 1988), p.2.

³³⁵ Fouchard, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, p.1.

³³⁶ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.121; Tweeddale and Tweeddale, “Incorporation of Arbitration Clauses Revisited,” p.660.

ring specific reference to the arbitration provision seems overrated.³³⁷ Arbitration clauses have become widely used terms in international contracts which commercial parties can be expected to be aware of.³³⁸ According to the general principle of contract law, a party must have sufficient information to be able to ascertain the consequences of its actions.³³⁹ This does not however relieve a holder from the obligation to take necessary precautions, just as any other commercial party would take, and to inform itself of the clauses it may be signing onto.³⁴⁰ This can be easily attained by CIF or CFR buyer through respective arrangements in the contract of sale with the seller, the charterer.³⁴¹

The rules on incorporation must not be used mechanically but rather the act of acceptance of the terms of dispute settlement by the holder must be established in each case.³⁴² As it was properly ascertained by Justice Gross in *The Siboti*:

*”In every case, the Court is seeking to ascertain the intention of the parties and, when construing the language, it is necessary to have regard to the individual context and commercial background.”*³⁴³

Therefore, the court, seized with the matter of validity of incorporation, must primarily focus on actual or constructive knowledge of the holder and his act of acceptance. The ultimate aim is to establish the knowledge of the clause the holder had or should have had when accepting the B/L. The relevant factors in this assessment would be the experience of the parties, their knowledge of the trade, negotiation history, and prior

³³⁷ Hosking, “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,” p.540.

³³⁸ Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.118.

³³⁹ *Ibid.*, p.186.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *ICC guide to incoterms 2010: understanding and practical use* (Paris: ICC Publishing S.A, 2011), pp.28–29.

³⁴² Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, p.121.

³⁴³ *The Siboti*, 2 Lloyd’s Rep. 364 (Q.B.D. 2003), para. 36.

communication between the parties. Holder's knowledge or lack of knowledge ought not to be judged solely by looking at the wording of the reference clause in the B/L or arbitration clause in the charterparty. This is the only fair solution to secure holder's procedural right to court adjudication and preserve consensual nature of arbitration.

Table of References

Books & Articles

- Ambrose, Clare, and Karen Maxwell. *London maritime arbitration*. London; New York: LLP, 2002.
- Bagot, Michael H., and Dana A. Henderson. "Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration." *Tulane Maritime Law Journal* 26 (2002 2001); 413–461.
- Berg, A. J. van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation, 1981.
- Blackaby, Nigel. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5th ed. Oxon; New York: Oxford University Press, 2009.
- Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2012.
- "Charterparty Arbitration Clause not Incorporated into Bill of Lading." *Journal of Business Law* (May 1989); 249–252.
- Chessin, Lisa Beth. "The Applicability of an Arbitration Clause Contained in a Bill of Lading to Third Parties: Steel Warehouse Co. v. Abalone Shipping Ltd." *Tulane Maritime Law Journal* 23 (1998-1999); 575.
- "Collection of documents in maritime law." Sjørettsfondet, 2012.
- Cooke, J. H. S, and Michael Wilford. *Voyage charters*. London; New York: Lloyd's of London Press, 1993.
- Cordero Moss, Giuditta. *Lectures on International Commercial Law*. No.162. Publications Series of the Institute of Private Law, University of Oslo, 2003.
- . "Recent Private International Law Codifications National Report for Norway." In *Private International Law*. Washington, 2010.

- . “The Norwegian Approach to Private International Law - Illustrated by a Recent Supreme Court Decision on the Direct Action Against the Insurer” (2004); 55–68.
- Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*. Oslo: Tano Aschehoug, 1999.
- Dicey, Albert Venn, Lawrence Collins, and Briggs. *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*. Vol. 1. 15th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.
- Falkanger, Thor. *Scandinavian Maritime Law: The Norwegian Perspective*. 3d ed. Oslo, Norway: Universitetsforlaget, 2011.
- . “The Incorporation of Charterparty Terms into the Bill of Lading.” *Skrifter Utgivna Av Sjörettsföreningen i Göteborg* no. 3 (1967-1968); 55–87.
- Fouchard, Philippe. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1999.
- Girvin, Stephen. *Carriage of Goods by Sea*. 2nd ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011.
- Goldby, Miriam. “Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments.” *Denning Law Journal* 19 (2007); 171–180.
- Harris, Bruce, Rowan Planterose, Jonathan Tecks, Great Britain, and Chartered Institute of Arbitrators. *The Arbitration Act 1996: a commentary*. Oxford: Blackwell Science, 2000.
- Hosking, James M. “The Third Party Non-signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent.” *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4 (2004-2003); 469–588.
- ICC guide to incoterms 2010: understanding and practical use*. Paris: ICC Publishing S.A, 2011.
- International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2013.

- International Council for Commercial Arbitration, and Permanent Court of Arbitration. *ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. The Hague: International Council for Commercial Arbitration, 2011.
- Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- Kolrud, Helge Jakob. *Lov om voldgift: kommentarutgave*. Oslo: Univ.-Forl., 2007.
- Lanfang, Fei. "A Review of Judicial Attitudes Towards the Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading in China." *The Journal of International Maritime Law* 15, no. 1 (February 2009); pp.99–103.
- Lew, Julian D. M. "Albert Jan Van Den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention." *Kluwer Law International 1999* 9. ICCA Congress Series (1998); 114-145.
- "Lov Om Voldgift (voldgiftsloven), Utredning Fra Tvistemålsutvalget Oppnevnt Ved Kgl. Res. 9. April 1999; Avgitt Til Justis- Og Politidepartementet 20. Desember 2001." Norges offentlige utredninger, 2000.
- Maritime Law*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2011.
- McKendrick, Ewan. *Contract Law: Text, Cases, and Materials*. 2nd ed. Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2005.
- McMahon, John P. "The Hague Rules and Incorporation of Charter Party Arbitration Clauses into Bills of Lading." *Journal of Maritime Law and Commerce* 2, no. 1 (1971-1970).
- Merkin, Robert M, and Louis Flannery. *Arbitration Act 1996*. 4th ed. London: Informa, 2008.
- Moses, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2012.

- Peel, Edwin, and G. H. Treitel. *Treitel on the law of contract*. London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Permanent Court of Arbitration, and International Council for Commercial Arbitration. *International Handbook on Commercial Arbitration*. Supplement 74, June 2013. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1984.
- Posner, Richard A., and Aspen Publishers. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. Aspen Casebook Series. New York: Aspen Publishers, 2011.
- Rose, F. D. *International commercial and maritime arbitration*. London; Agincourt, Ont.: Sweet & Maxwell; Carswell Co. [distributor for Canada and U.S.A.], 1988.
- Scrutton, Thomas Edward. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*. 22nd ed. London: Sweet & Maxwell Thomson Reuters, 2011.
- Siig, Kristina Maria. "Arbitration agreements in a transport law perspective." DJØF Pub., 2003.
- . "Forum and Choice of Law in the Liner and Tramp Trades." *SIMPLY Scandinavian Institute Yearbook of Maritime Law* 1997 no. 240 (1998); 32–58.
- . "Norwegian Law on the Formal Validity of Arbitration Agreements." *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook* 2002 no. Marfus nr. 295 (2002); 1–41.
- Sparka, Felix. *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents: a Comparative Analysis*. Hamburg Studies on Maritime Affairs 19. Heidelberg; London: Springer, 2010.
- T.M.C. Asser Instituut. *Intercontinental Cooperation Through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*. The Hague: New York: T.M.C. Asser Press; Distributed by Cambridge University Press, 2004.
- Tetley, William. "A Summary of General Criticisms of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules)," December 20, 2008. Available at: <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/>.
- Todd, Paul. "Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of

- Lading.” *Journal of Business Law* (July 1997); 331–349.
- Tørum, Amund Bjøranger, Lars Trygve Jenssen, and Kvale Advokatfirma DA. “Incorporation of Arbitration Clauses: Norwegian Law Perspective.” *PLC Multi-jurisdictional Guide to Arbitration* (March 1, 2010). Available at: <http://uk.practicallaw.com/4-502-1302#a521049>.
- Treitel, G. H. *Carver on Bills of Lading*. 2nd ed. British Shipping Laws. London: Sweet & Maxwell, 2005.
- . *Carver on Bills of Lading*. 3rd ed. British Shipping Laws. London: Sweet & Maxwell, 2011.
- Tweeddale, Andrew. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005.
- Tweeddale, Keren, and Andrew Tweeddale. “Incorporation of Arbitration Clauses Revisited.” *Arbitration* 76, no. 4. Chartered Institute of Arbitrators (November 2010); 656–660.
- Wagener, Michael. “Legal Certainty and the Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses in Bills of Lading.” *Journal of Maritime Law & Commerce* 40, no. 1 (January 2009).
- Wetterstein, Peter. *Sjörättsliga skrifter III*. Turku: Univ., 2000.
- Wilson, John Furness. *Carriage of Goods by Sea*. 7th ed. New York: Pearson/Longman, 2010.
- Winship, Peter. “Arbitration of Maritime Disputes under the Rotterdam Rules.” *Kluwer Arbitration Blog*, June 18, 2012. Available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/06/18/arbitration-of-maritime-disputes-under-the-rotterdam-rules/#fn-5222-1>.
- Zekos, Georgios I. “Comparative Analysis of the Contractual Role of Bills of Lading Under Greek, United States and English Law.” *Managerial Law* 24, no. 1 (2000); 1–30.

———. *International Commercial and Marine Arbitration*. Routledge-Cavendish Research in International Commercial Law. London; New York: Routledge-Cavendish, 2008.

Zuberbühler, Tobias. “Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate.” *ASA Bulletin* 26, no. 1 (2008): 18 – 34.

Treaties & Legal Acts

Arbitration Act of England, 1996; Cited as: *Arbitration Act 1996*.

Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1968; Cited as: *Brussels Convention*.

Carriage of Goods by Sea Act, 1992; Cited as: *COGSA 1992*.

International Convention for the unification of certain rules of law relating to bills of lading signed at Brussels on 25 August 1924, as amended by the Protocol signed at Brussels on 23 February 1968 and by the Protocol signed at Brussels on 21 December 1979; Cited as: *HVR*.

New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958; Cited as: *NY Convention*.

Norwegian Arbitration Act, May 14, 2004 No.25; Authorized translation published in Kolrud, Helge Jakob. *Lov om voldgift: kommentarutgave*. Oslo: Univ.-Forl., 2007; Cited as: *Arbitration Act 2004*.

Norwegian Maritime Code, June 24, 1994 No.39, with later amendments up to an including Act of March 26, 2010 No.10; unofficial student edition published in Marius No.393, Scandinavian Institute of Maritime Law, Oslo, 2010; Cited as: *NMC*.

UNCITRAL model law on international commercial arbitration, 1985 in United Nations Commission on International Trade Law, and United Nations. *UNCITRAL model law on international commercial arbitration 1985: with amendments as adopted in 2006*. Vienna [Austria]: United Nations, 2008; Cited as: *UNCITRAL Model Law*.

United Nations Convention on Contracts for the International

Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008 in United Nations Commission on International Trade Law. *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*. Vienna: United Nations, 2009; Cited as: *Rotterdam Rules*.

United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978; Cited as: *Hamburg Rules*.

Case Law

English Cases

Atlas Levante Linie AG v. Gesellschaft Fuer Getriedehandel AB, 1 Lloyd's Law Reports 150 (Q.B.D. 1966); Cited as: *The Phonizien*.

Aughton Ltd (formerly Aughton Group Ltd) v. MF Kent Services Ltd, 57 B.L.R. 1 (C.A. 1991); Cited as: *The Aughton*.

C v. D, EWHC 1541 (Q.B.D. 2007).

Cehave NV v. Bremer Handelgesellschaft mbh, QB 44 (C.A. 1976); Cited as: *The Hansa Nord*.

Compania Naviera Micro S.A. v. Shipley International Inc., 2 Lloyd's Rep. 351 (C.A. 1982); Cited as: *The Parouth*.

Daval Aciers D'Usinor et de Sacilor v. Armare SRL, 1 Lloyd's Rep. 1 (C.A. 1996); Cited as: *The Nerano*.

Excess Insurance Co Ltd v. Mander, 2 Lloyd's Rep. 119 (Q.B.D. 1997).

Federal Bulk Carriers Inc v. C. Itoh Ltd, 1 Lloyd's Rep. 103 (C.A. 1989); Cited as: *The Federal Bulker*.

Hamilton & Co. v. Mackie & Sons, 5 T.L.R. 677 (C.A. 1889); Cited as: *Hamilton v. Mackie*.

Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd., 2 QB 29 (C.A. 1962).

Marc Rich & Co.A.G. v. Societa Italiana Impianti P.A., 1 Lloyd's Rep. 548 (C.A. 1989); Cited as: *The Atlantic Emperor*.

- Maredelanto Compania Naviera S.A. v. Bergbau-Handel G.m.b.H.*, 1 QB 164 (C.A. 1970); Cited as: *The Mihalis Angelos*.
- Miramar Maritime Corp v. Holborn Oil Trading*, 2 Lloyd's Rep. 129 (HL 1984); Cited as: *The Miramar*.
- National Navigation Co. v. Endesa Generacion SA*, EWHC 196 (EWHC (Commercial Court) 2009); Cited as: *The Wadi Sudr*.
- Naviera Amazonica Peruana S.A. v. Compania International de Seguros del Peru*, 1 Lloyd's Rep. 116 (C.A. 1988).
- Navigazione Alta Italia SpA v. Svenske Petroleum AB*, 1 Lloyd's Rep. 452 (Q.B.D. 1988); Cited as: *The Nai Matteini*.
- Owners of Cargo Lately Laden on Board the MV Delos v. Delos Shipping Ltd*, 1 Lloyd's Rep. 703 (Q.B.D. 2001); Cited as: *The Delos*.
- Owners of the Annefield v. Owners of Cargo Lately Laden on Board the Annefield*, 1 Lloyd's Rep. 1 (C.A. 1971); Cited as: *The Annefield*.
- Pacific Molasses Co. and United Molasses Trading Co. Ltd v. Entre Rios Compania Naviera S.A.*, 1 Lloyd's Rep. 8 (C.A. 1976); Cited as: *The San Nicholas*.
- Siboti K/S v. BP France SA*, 2 Lloyd's Rep. 364 (Q.B.D. 2003); Cited as: *The Siboti*.
- Skips A/S Nordheim and others v. Syrian Petroleum Co. Ltd. and Petrofina S.A.*, 1 Lloyd's Rep. 416 (Q.B.D. 1983); Cited as: *The Varena*.
- T. W. Thomas & Co. Ltd v. Portsea S.S. Co. Ltd*, A.C. 1 (HL 1912); Cited as: *The Portsmouth*.
- TB&S Batchelor & Co Ltd v. Owners of the SS Merak*, 2 Lloyd's Rep. 527 (C.A. 1964); Cited as: *The Merak*.
- The Njegos*, 53 Lloyd's List Law Reports 286 (Adm.Ct. 1935).
- The Rena K*, 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B.D. 1978).
- Trygg Hansa Insurance Co Ltd v. Equitas Ltd*, 2 Lloyd's Rep. 439 (Q.B.D. 1997).

XL Insurance Ltd. v. Owens Corning, 2 Lloyd's Rep. 500 (Q.B.D. 2000).

Norwegian Cases

Argo, ND 223 (NSC 1970).

Flekkefjord v. Caterpillar, HR 01539 (NSC 2000).

Irma-Mignon, ND 289 (NSC 1923).

Jalna, ND 366 (NCA 1957).

Leros Strength, Rt. 180 (NSC 2002).

Ostmark, ND 703 (NCA 1953).

Sitas v. Høglund, Rt. 635 (NSC 1991).

Skarvøy II, Rt. 1215 (NSC 1962).

TINE v. Løken, Rt. 1532 (NSC 1999).

Vekstmiljø AS v. Ase Gartneri AS, Rt. 675 (NSC 2004).

Østrem et al v. Byggeservice, Rt. 773 (NSC 1991).

U.S. Cases

Thomson-CSF S.A. v. American Arbitration Association, 64 F 3d 773
(2d Cir. 1995).

United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co., 363 U.S. 574,
582 (U.S.Ct. 1960).

Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. v. MN Sky Reefer, 515 U.S. 528, 541
(U.S.Ct. 1995).

Other

Bomar Oil v. ETAP, Revue de L'arbitrage 291 (C.A. Versailles 1991).

Consultant (France) v. Egyptian Local Authority, Case No.6162, XVII
Yearbook Commercial Arbitration 153 (ICC 1992); Cited as: *Case
No.6162*.

London Arbitration 11/06, 2 Lloyd's Maritime Law Newsletter 697 (2006).

Seller (Korea) v. Buyer (Jordan) Case No.6149, XX Yearbook
Commercial Arbitration 41–57 (ICC 1995); Cited as: *Case No.6149*.
The Dolphina, 1 Lloyd’s Rep. 304 (High Court of Singapore 2011).

Other Sources

- “Collection of documents in maritime law.” Sjørettsfondet, 2012.
- “Implementation of the Rotterdam Rules of the Maritime Code.” NOU 2012:10, 2012; Author’s translation.
- “Official Records of the United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea.” A/CONF.89/13. Hamburg: United Nations publication, Sales No. E.80.VIII.1, 1978.
- “Press Release on the New International Rules on the Transport of Goods by Sea.” Ministry of Justice and Public Security of Norway, April 12, 2012; Author’s translation. Available at: www.regjeringen.no/en/dep/jd/press-center/pressemeldinger/2012/nye-internasjonale-regler-om-transport-a.html?id=678146.
- “Status of Conventions and Model Laws.” In *General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law*. A/CN.9/773. Vienna, 2013.
- International Institute for the Unification of Private Law. *UNIDROIT principles of international commercial contracts 2010*. Rome: UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, 2010.
- Røsæg, Erik. Personal interview. October 8, 2013.
- The Norwegian Maritime Law Commission. *Gjennomføring Av Rotterdamreglene i Sjøloven*. Norges Offentlige Utredninger. Oslo, Norway, 2012. Author’s translation.
- United Kingdom Department of Trade and Industry: Department Advisory Committee on Arbitration Law. “1996 Report on Arbitration Bill, July 1995.” *Arbitration International* 13 (1997); 275.

Kyststatens jurisdiksjon over oljeforurensning fra utenlandske skip i territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone

Vegard A Nymoen

Innhold

1	INNLEDNING.....	137
1.1	Problemstilling.....	138
1.2	Avgrensninger	139
1.3	Rettskilder og metode	140
1.4	Videre fremstilling.....	141
2	HAVETS FRIHET OG PLIKT TIL Å VERNE OG BEVARE DET MARINE MILJØ	142
2.1	Utgangspunkt om havets frihet.....	142
2.2	Folkerettslige begrensninger på staters lovgivningsjurisdiksjon	146
2.3	Plikten til å beskytte og ivareta det marine miljø.....	148
2.4	MARPOL 73/78.....	154
3	LOVGIVNINGSJURISDIKSJON I TERRITORIALFARVANNET OG DEN EKSKLUSIVE ØKONOMISKE SONE.....	158
3.1	Innledning.....	158
3.2	Indre farvann.....	159
3.3	Lovgivningsjurisdiksjon i territorialfarvannet.....	161
3.4	Lovgivningsjurisdiksjon i den eksklusive økonomiske sone	166
4	HÅNDHEVELSESJURISDIKSJON	174
4.1	Innledning	174
4.2	Håndhevelsesjurisdiksjon i territorialfarvannet	175
4.3	Den tilstøtende sone	185
4.4	Håndhevelsesjuridiksjon i den eksklusive økonomiske sone	187
5	OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER	192
	LITTERATURLISTE.....	196

1 Innledning

Kyststatene har et særlig incentiv til å ønske å regulere og håndheve tiltak mot oljeforurensning i sine nærliggende havområder. For det første er miljøet som sådan en verdi man ønsker å ivareta. Kyststaten er den nærmeste til å ivareta miljøet i sine tilgrensende soner. Havet rommer et enormt antall dyrearter, hvorav noen er utrydningstruet på grunn av forurensning. Stater som er avhengige av sine tiliggende havområders ressurser, ville derfor kunne bli skadelidende om havområdene ble ødelagt av forurensning. Havene spiller også en stor rolle i planetens klimatiske forhold. For det andre er en svært stor andel av verdens transportbehov er avhengig av skip på verdenshavene, enten det er snakk om godsfrakt eller passasjertransport. Dette vil også bli skadelidende dersom havene blir ødelagt av forurensning.

Flaggstatenes incentiv til å ønske regulering av sin flåte er imidlertid ikke like sterk som kyststatenes. De skipene som er registrert i flaggstatens flåte, vil ikke nødvendigvis operere utenfor flaggstatens kyst, om flaggstaten i det hele tatt har noen kyst. Dette medfører igjen at forurensning av det marine miljø forårsaket av flaggstatens skipsflåte, ikke nødvendigvis vil påvirke flaggstaten.

Det marine miljø er anerkjent som en ressurs som verdens stater har et generelt ønske om å bevare for ettertiden. Dette er nå kodifisert i generalklausulen i Havrettskonvensjonen¹ artikkel 192, som sier at «[s]tates have the obligation to protect and preserve the marine environment». Selv om denne bestemmelsen er svært kort og generell, må man regne med at denne plikten gjelder for hele konvensjonen, ikke bare del XII, som artikkel 192 er en del av.² I forordet til Havrettskonvensjonen sies det også følgende:

«The States Parties to this Convention... Recognizing the desirability of establishing through this Convention, with due regard for the sove-

¹ United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982

² Nordquist, Myron H. og John Norton Moore *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary Volume IV* Dordrecht, 1991 s. 43

reignty of all States, a legal order for the seas and oceans which will facilitate international communication, and will promote the peaceful uses of the seas and oceans, the equitable and efficient utilization of their resources, the conservation of their living resources, and the study, protection and preservation of the marine environment.»

Dette innebærer at statene som har ratifisert Havrettskonvensjonen, for det første er enige om at statenes suverenitet skal respekteres, for det andre skal havet bevares både med tanke på fremtidig menneskelig bruk og utnyttelse av dets ressurser og for det tredje skal havets miljø i seg selv ivaretas og beskyttes.

Havrettskonvensjonen stiller opp et rammeverk for lovgivning på havet. Bestemmelsene er vage og preget av å være rettslige standarder for å kunne tilpasses sitt saklige innhold til samtidens behov og statenes ønsker.

Det finnes et utall konvensjoner som utfyller rammebestemmelsene som stilles opp i Havrettskonvensjonen. Den viktigste for denne avhandlingens del er den såkalte MARPOL 73/78-konvensjonen³.

1.1 Problemstilling

Avhandlingen omhandler følgende tema: hvilken folkerettslig adgang har kyststatens til å lovfeste og håndheve miljøbestemmelser for å hindre oljeforurensning fra utenlandske skip i sine tilgrensende havområder? Med tilgrensende havområder menes territorialfarvannet⁴ og den eksklusive økonomiske sonen⁵.

Spørsmålet som skal besvares, er komplekst. For det første er det spørsmålet hvordan folkeretten setter begrensninger på statenes jurisdiksjon⁶ utenfor statenes kyst. For det andre er spørsmålet i hvilken grad kyststaten kan vedta lover som gjelder både for skip som seiler under eget flagg, og for skip av utenlandsk flagg, som seiler i kyststatens ter-

³ Den internasjonale konvensjonen til forhindring av marin forurensning fra Skip, 1973, modifisert i 1978, i kraft 2. oktober 1983

⁴ Definert i Havrettskonvensjonen artikkel 2, 3 og 4

⁵ Definert i Havrettskonvensjonen artikkel 55, 56 og 57

⁶ Se definisjon i kapittel 2.2.1

ritorialfarvann og eksklusive økonomiske sone. For det tredje er spørsmålet i hvilken grad kyststaten kan håndheve disse rettsreglene overfor utenlandske skip.

1.2 Avgrensninger

Det er ulike typer forurensning som kan ramme det maritime miljø. Denne avhandlingen dreier seg om oljeforurensning fra skip i sjøen.

Norge er en av verdens største skipsfartsnasjoner målt i tonnasje. En stor del av verdens tankflåte er eiet av Norske interesser.⁷ Norge er således både flaggstat og kyststat på samme tid. Hvordan de tilgrensende farvannene til verdens kyststater reguleres, har derfor stor betydning for norske interesser. Denne avhandlingen skal imidlertid ikke dreie seg om Norge, men om de generelle folkerettslige reglene som regulerer kyststatenes adgang til å legge miljømessige begrensninger på skipsfarten i sine territorialfarvann og sin eksklusive økonomiske sone. Nasjonal lovgivning vil ikke behandles eksplisitt.

De omkringliggende havområdene til kyststaten består av forskjellige typer farvannssoner. Disse er – fra innerst til ytterst – indre farvann, territorialfarvannet, den eksklusive økonomiske sone og det åpne hav. Avhandlingen vil ta for seg reglene om skipsforurensning i territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone. De øvrige sonene vil imidlertid også nevnes fordi de gir et bilde av forskjellen i kyststatsjurisdiksjonen som er betegnende for hvilke regler som kan innføres i den eksklusive økonomiske sone.

I tillegg finnes spesialområder som er regulert av egne regler og som ikke vil bli behandlet i denne avhandlingen. Eksempler på slike områder er streder som brukes av internasjonal skipsfart, arkipelområder og andre spesielle områder, som isdekte områder.

Avhandlingen vil omhandle materielle folkerettslige regler om kyststatsjurisdiksjon om vern og bevaring av det marine miljø. Særlig er det her Havrettskonvensjonen artikkel 221 og 220 som er sentrale.

⁷ Tan (2005) s. 66

1.3 Rettskilder og metode

Denne avhandlingen omhandler et tema med betydelig internasjonal tilknytning.

Folkeretten utgjør så godt som hele avhandlingens rettskildebilde. Utgangspunktet for folkeretten er først og fremst internasjonal sedvane. Det internasjonale samfunn har ikke opprettet en domstol samtlige stater er bundet av i folkerettslige spørsmål. Det foreligger derfor ikke noen «høyesterett» hvis praksis er bindende for alle stater. Den internasjonale sedvane kommer dermed som hovedregel til uttrykk gjennom det samlede arbeidet som gjøres i utviklingen av folkerett og internasjonale relasjoner. Særlig er her litteraturen og statenes praksis viktig.

Folkeretten defineres av konvensjoner og traktater. Disse er bindende for medlemsstatene etter prinsippet om «pacta sunt servanda» – avtaler skal holdes. På havrettens område er det FNs⁸ traktater som er toneangivende. Havrettskonvensjonen av 1982 er en slik konvensjon. Det opprettes også traktater gjennom FNs skipsfartsorganisasjon IMO⁹, hvor Norge er aktivt medlem.¹⁰ Et eksempel på en slik konvensjon er MARPOL 73/78-konvensjonen. Disse to konvensjonene vil særlig bli behandlet i denne avhandlingen.

Det finnes lite folkerettslig rettspraksis om bestemmelsene om oljeforurensning fra skip. Imidlertid er avgjørelser fra ICJ¹¹ toneangivende for utviklingen av den internasjonale folkeretten, selv om den som nevnt ikke har noen status som «høyesterett». Avgjørelser herfra vil bli anvendt i avhandlingen der det er relevant.

I forbindelse med vedtakelsen av Havrettskonvensjonen ble det opprettet en uavhengig domstol, ITLOS¹², for å avgjøre uenigheter vedrørende tolkningen og gjennomføringen av denne konvensjonen. Denne domstolen kan avgjøre spørsmål om tolkningen av Havrettskonvensjonen

⁸ De Forente Nasjoner

⁹ International Maritime Organization

¹⁰ Ot. prp. nr. 87 (2005-2006) s 27 Om lov om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven)

¹¹ The International Court of Justice

¹² The International Tribunal for the Law of the Sea

del XII¹³, som regulerer skipsforurensning av det marine miljø i sin alminnelighet. ITLOS har imidlertid ikke mottatt en slik sak siden opprettelsen i 1996. Til nå har den kun avgjort saker om fiskeri og såkalt omgående frigivelse¹⁴ av fartøyer og mannskap – ikke om forurensningsspørsmål for øvrig. ITLOS vil derfor ikke omtales videre i denne avhandlingen.

Et annet trekk ved moderne folkerett er utviklingen av instrumenter som kalles «soft law». Dette er erklæringer og anbefalinger som vedtas på internasjonale konferanser, men som ikke er formelt juridisk bindende. De kan imidlertid gi uttrykk for hva som anses å være bindende folkerettslig sedvanerett, eller innholde anbefalinger som over tid utvikler seg til å bli sedvanerett, for eksempel FNs menneskerettserklæring fra 1948¹⁵.

1.4 Videre fremstilling

Avhandlingen vil ta utgangspunkt i det åpne hav og havets frihet og i Havrettskonvensjonen. Kyststatens lovgivningsjurisdiksjon vil omtales først, og deretter håndhevelsesjurisdiksjonen. Under disse kategoriene vil de forskjellige øvrige farvannssonene omtales fra innerst til ytterst, med vekt på territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone. De relevante bestemmelsene i Havrettskonvensjonen og MARPOL 73/78 vil omtales der de naturlig passer inn.

For spørsmålet om hvilke lover kyststatene kan pålegge utenlandske flaggstaters skip i sine forskjellige soner, er det særlig Havrettskonvensjonen artikkel 211 som er sentral. Denne definerer hva slags bestemmelser som kan lovfestes med det formål å hindre skipsforurensning i kyststatens tilgrensende farvannssoner.

For spørsmålet om hvordan kyststatene kan håndheve bestemmelsene som er fastsatt i samsvar med internasjonalt aksepterte regler og standarder, er det Havrettskonvensjonen artikkel 220 som er den mest sentrale bestemmelsen. Denne regulerer hvilke tiltak kyststaten kan pålegge, og på hvilken måte dette kan utføres overfor utenlandske skip.

¹³ Om beskyttelse og ivaretagelse av miljøet.

¹⁴ «Prompt release of vessels and crews». Dette reguleres av Havrettskonvensjonen artikkel 292.

¹⁵ Ruud, Morten og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett* 3. utg. Oslo, 2006 s. 26

Videre vil MARPOL 73/78-konvensjonen om forhindring av forurensning fra skip omtales i den grad den er relevant for det ovenstående. Denne regulerer ikke jurisdiksjonsspørsmål, men spesifiserer bestemmelsene gitt i Havrettskonvensjonen av 1982.

Til slutt vil avhandlingen oppsummeres og konkluderes.

2 Havets frihet og plikt til å verne og bevare det marine miljø

2.1 Utgangspunkt om havets frihet

2.1.1 Innledning

Havområdene har tradisjonelt vært ansett som åpne områder. Imidlertid har det i perioder vært under press av prinsippet om lukket hav. Det var særlig i kolonitiden¹⁶ motsetningene her var størst. Men Hugo Grotius' avhandling fra 1605 om havets frihet – «Mare Liberum» – har vært toneangivende i synet om at havet skal være åpent. Ruud/Ulfstein anfører at «Grotius argumenterte for at havet var et felles gode for hele menneskeheten, og derfor ikke kunne tilhøre en enkelt stat, like lite som luften kunne det. Havets frihet omfattet ifølge Grotius så vel retten til å navigere som å utnytte havets ressurser (fiske)».¹⁷ Dette prinsippet har nå utviklet seg til å bli folkerettslig sedvanerett. Havet er imidlertid ikke anerkjent som «fritt» i betydningen av å være et lovløst område. Derfor brukes begrepet «åpent hav».

I områdene utenfor territorialfarvannet er utgangspunktet at virksomhetens hjemstat har jurisdiksjonen.¹⁸ I denne sammenheng er «virksomhet» all form for aktivitet på havet, enten det er tale om næringsdrift eller ikke. Det finnes imidlertid enkelte unntak for statseide

¹⁶ Eldre kolonitid (1400-1870), yngre kolonitid (1870-1945)

¹⁷ Ruud/Ulfstein (2006) s. 34

¹⁸ Ruud/Ulfstein (2006) s. 145

skip i ikke-kommersiell drift og militære fartøy. Skipsfarten er etter sin natur svært internasjonal. Dette gjør distinksjonen mellom flaggstaten og kyststaten helt sentral i havretten. Fleischer legger følgende til grunn om dette:

«Utgangspunktet er at havet utenfor territorialgrensen (og eventuelle tilstøtende soner) er *fritt*. Det kan brukes av alle nasjoner, og ingen behøver å finne seg i innskrenkninger som gjøres gjeldende av en annen stat... Prinsippet om havets frihet innebærer at *andre stater* som hovedregel ikke kan foreta inngrep vis-à-vis et skip på det åpne hav. Derimot fritar prinsippet ikke for utøvelse av tvang fra *flaggstatens* side – fra den stat der fartøyet er registrert.»¹⁹

Havets frihet utenfor territorialfarvannet er nå kodifisert i Genèvekonvensjonen av 1958 om det frie hav, artikkel 2.²⁰ Men prinsippet er gjentatt i Havrettskonvensjonen av 1982 i artikkel 87 om «freedom of the high seas».²¹

2.1.2 Historisk årsak til ønske om regulering av forurensning i havområdene

Historisk har også regulering av forurensning fra skip vært grunnlag for konflikter mellom stater. Stater med overveiende grad av kyststatsinteresser har ønsket å innføre bestemmelser for å hindre forurensning av sine farvann. Imidlertid kommer denne interessen ofte i konflikt med de maritime staters interesser. Kyststatsjurisdiksjon anses gjerne som en trussel mot gamle og hevdvunne prinsipper om retten til uskyldig gjenomfart og navigasjonsfrihet på det åpne hav.²² For eksempel krav om mottaksanlegg for forurenset avfall, dobbelt skrog, load-on-top-regler og inspeksjoner av skip, kan også i mange tilfeller innebære betydelige

¹⁹ Fleischer, Carl August Folkerett 8. utg. Oslo, 2005 s. 143

²⁰ Denne har Norge ikke tiltrådt.

²¹ United Nations Convention on the Law of the Sea. Norge ratifiserte denne konvensjonen i 1996.

²² Bodansky, Daniel. *Protecting the Marine Environment From Vessel-Source Pollution: UNCLOS III and beyond*. I: Ecology Law Quarterly. Årg. 719 (1991) s. 719-777 s. 720

kostnader for både flaggstatene og kyststatene. Bare forsinkelsene slike krav måtte medføre kan koste de maritime interesser store summer. På bakgrunn av den økte bruken av havet i det siste hundreår er det allikevel oppstått en enighet blant de aller fleste statene i verden om at den medfølgende forurensningen på havet må reguleres. Dette er blant annet kommet til uttrykk gjennom vedtakelsen av konvensjoner som OILPOL 54²³ og MARPOL 73/78. Disse regulerer imidlertid kun utslipp og forurensning fra skip som sådan. Først ved vedtakelsen av Havrettskonvensjonen ble det vedtatt en konvensjon som regulerte rettighetene til det marine miljø uavhengig av hvilke tekniske standarder skip er underlagt i andre konvensjoner.

2.1.3 Forskjellige typer skipsforurensning

En stor del av all forurensning vil til slutt havne i havet. Marin forurensning håndteres imidlertid ved å identifisere kildene til denne forurensningen. GESAMPs²⁴ rapport nr. 39 fra 1991 kategoriserer forholdet mellom de forskjellige forurensningskildene. Landbasert forurensning utgjør 77 prosent av all marin forurensning. Dumping i havet utgjør ti prosent. Offshore produksjon og aktivitet på kontinentalsokkelen utgjør en prosent. Skipsforurensning utgjør totalt tolv prosent av den marine forurensningen.²⁵

Skipsforurensning kan deles inn i tre hovedgrupper.

Den første, og overveiende største, gruppen maritim skipsforurensning er den operasjonelle, eller tilsiktede forurensningen. Dette innebærer rutinemessig rengjøring av lastetanker som ender opp i havet og utslipp av kloakk.

For det andre forurenser skip luften. Denne formen for forurensning har eksistert siden skip ble utstyrt med forbrenningsmotorer og den store

²³ International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, 1954. Denne er nå formelt ute av kraft og etterfulgt av MARPOL 73/78, jf. artikkel 9.

²⁴ GESAMP: «Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection». Et uavhengig rådgivende organ, nedsatt i 1969 for å rådgive FN om de vitenskapelige aspektene om marin forurensning.

²⁵ GESAMP Report No. 39 «The State of The Marine Environment», s. 88, avsnitt 363

veksten i antall skip i de senere år har gjort dette til en betydelig del av miljøforurensningen.

Den tredje typen er forurensning i form av utilsiktede utslipp. Dette er gjerne denne typen forurensning som får mest oppmerksomhet, både i media og politisk, fordi den kommer som følge av mer eller mindre spektakulære havarier (for eksempel Torrey Canyon²⁶, Exxon Valdez²⁷, og her hjemmefra i nyere tid – Full City²⁸). Slik forurensning er også svært alvorlig når den inntre, særlig for det lokale miljøet som rammes. Imidlertid er forurensning som følge av havarier grunnlag for under 25 prosent av all skipsforurensning.²⁹

Ulykker til sjøs har tradisjonelt vært styrende for opprettelsen og innførselen av nye sikkerhetsbestemmelser. Den aller første konvensjonen for å sikre sikkerhet til sjøs var SOLAS-konvensjonen,³⁰ som kom som en følge av Titanic-ulykken i 1912.

Sikkerheten til sjøs har bedret seg betydelig i løpet av de siste tiårene. Dette gjelder både miljøsikkerheten og den materielle skipssikkerheten. Tan skriver følgende om dette:

«With the intense regulation over shipping, the amounts of oil and other pollutants entering the oceans from maritime transportation have reportedly fallen by nearly 75 per cent during the period from 1973 to 1989 and generally, by about 60 per cent since the 1970s. Thus, 99.998 per cent of all oil transported over the oceans is delivered safely to its ports of destination. Moreover, there appears to have been a dramatic reduction in ship losses and tonnage in the past few decades, despite the increase in the volume of sea trade.»³¹

²⁶ Grunnstøtte 18. oktober 1967, på Pollards Rock i Seven Stones-revet mellom Cornwall-fastlandet og Scilly-øyene utenfor England. Den var til da den verste oljekatastrofen til havs, og rundt 130 000 tonn olje lakk ut.

²⁷ Grunnstøtte 24. mars 1989 på Big Reef-revet i Prince William-sundet i Alaska. Rundt 33 000 tonn olje lakk ut.

²⁸ Grunnstøtte natt til 31. juli 2009 på Såstein sør for Langesund i Norge. Rundt 200 tonn olje lakk ut.

²⁹ Bodansky (1991) s. 724 og Molenaar (1998) s. 18-21

³⁰ The International Convention for the Safety of Life at Sea

³¹ Tan, Alan Khee-Jin Vessel-Source Marine Pollution Singapore, 2005, s.14-15.

Av dette kan det sluttet at utslippene fra de enkelte skip blir stadig lavere og lavere. Se mer om dette i kapittel 2.3.1 om «allmenningens tragedie». Det har også vært gjennomført forskjellige tiltak for å fase ut gamle skip og erstatte dem med nye, og tryggere alternativer. I dag er over 60 prosent av verdens skipstonnasje bygget mellom 1990 og 2002. Det er antatt at over 80 prosent av verdens tanktonnasje opererer innenfor rammene av høye operasjonelle sikkerhetsstandarder.³² Dette reduserer eller eliminerer imidlertid ikke kyststatenes interesse i å regulere de utslippene som faktisk finner sted.

2.2 Folkerettslige begrensninger på staters lovgivningsjurisdiksjon

Begrepet «jurisdiction» omfatter landets rettslige myndighet, den lovgivende myndighet, domsmyndighet og forvaltende myndighet.³³ Dette er slik begrepet har blitt brukt og kommer til å bli brukt videre i denne avhandlingen. For den internasjonale miljøretten er det av betydning for statene hvorvidt de kan utøve sin territorielle jurisdiksjon, eller om de innehar ekstraterritoriell jurisdiksjon. Spørsmålet er også hvilket saklig innhold og hvilken geografisk rekkevidde slik jurisdiksjonen kan ha.³⁴

Som utgangspunkt har stater ubeskåren jurisdiksjon innenfor sine egne territorier, noe som innebærer at de kan vedta de lover og regler de måtte ønske innenfor disse områdene. Dette følger av folkerettslig sedvanerett og kalles «territorialprinsippet». Statenes territorium inkluderer kyststatenes indre farvann og territorialfarvannet. Kyststaten kan derfor som hovedregel vedta bestemmelser for å begrense skipsforurensning i disse sonene.³⁵ Generelt er både lovgivningsjurisdiksjon og håndhevelsesjurisdiksjon etter territorialprinsippet ubegrenset og eksklusiv, med mindre internasjonal rett eksplisitt bestemmer noe annet.³⁶ Dette ble

³² Tan (2006) s. 15

³³ www.snl.no – «jurisdiksjon» og Molenaar (1998) s 75

³⁴ Tan (2006) s. 177

³⁵ Tan (2006) s. 177

³⁶ For eksempel Havrettskonvensjonen artikkel 19

bekreftet i Lotus-saken³⁷, hvor PICJ³⁸ uttalte at «[r]estrictions upon the independence of States cannot ... be presumed». ³⁹ Territorialprinsippet fungerer således som en grense for statenes jurisdiksjon.

Kyststaten kan imidlertid i noen tilfeller allikevel ha utvidet territorialjurisdiksjon. Vilkårene for dette er at en ulovlig handling som er utført utenfor en stats territorium fortsetter eller påvirker tilstanden innenfor statens territorium, for eksempel hvor et skudd er avfyrt over grensen eller et skip to skip av forskjellig flagg har kollidert. Dette har navnet «det objektive territorialprinsipp». Dette ble anvendt av retten i Lotus-saken. For kyststatens jurisdiksjonskompetanse over skipsforurensning er dette særlig interessant. Havrettskonvensjonen gir på den ene siden kyststaten jurisdiksjon i de maritime soner hvor en overtredelse har funnet sted, jf. artikkel 220. På den andre siden er kyststaten etter artikkel 218 (2) gitt jurisdiksjon hvor overtredelsen skjer utenfor kyststatens maritime sone, men skader, eller truer med å skade, kyststatens soner. Det objektive territorialprinsipp hjemler i et slikt tilfelle kyststatens rett til å utøve territoriell jurisdiksjon, ikke ekstraterritoriell jurisdiksjon.⁴⁰

Ekstraterritoriell jurisdiksjon kan defineres som jurisdiksjon som utøves utenfor statenes eget territorium. Ekstraterritoriell jurisdiksjon kan hjemles i statenes suverenitet, men er kun tillatt på vilkår fastsatt av internasjonal rett.⁴¹ Dette gjelder også jurisdiksjon på statsløse områder.

³⁷ Et fransk skip «Lotus» rente i senk et tyrkisk skip «Boz-Kourt» på det åpne hav. Tyrkia straffeforfulgte kapteinen for kollisjonen. Frankrike påsto med henvisning til flaggstatsjurisdiksjonen at Tyrkia ikke hadde hjemmel til dette. PICJ (se neste fotnote) avviste dette – med sterkest mulig dissens – på det grunnlag at det tyrkiske skipet måtte anses som tyrkisk territorium og at stater kunne handle som de ville, så lenge de ikke brøt et eksplisitt forbud. Dette prinsippet, som ble senere kalt «Lotus-prinsippet», ble svært kritisert. I FNs konvensjon om det åpne hav av 29. april 1958 ble dette i artikkel 11 og i Havrettskonvensjonen artikkel 97 uttrykkelig endret slik at flaggstatsjurisdiksjonen nå gjelder. Det er imidlertid bare den strafferettslige jurisdiksjon som er regulert i disse bestemmelsene. Se Fleischer (2006) 146.

³⁸ Permanent International Court of Justice

³⁹ The Case of the S.S. 'Lotus' (France v. Turkey) 2 P.I.C.J Reports (1935).

⁴⁰ Molenaar, Erik Jaap *Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution* Haag, 1998 s. 79-80

⁴¹ Molenaar (1998) s. 80-81

En stat kan altså ikke lovfeste miljøbestemmelser som gjelder ekstraterritorielt uten støtte i internasjonal rett. Havrettskonvensjonen har delvis avklart spørsmålet om ekstraterritoriell lovgivning vedrørende skipsforurensning i del XII.

2.3 Plikten til å beskytte og ivareta det marine miljø.

2.3.1 Innledning

Utgangspunktet om havets frihet begrenses som nevnt av folkeretten. Kyststaten har i kraft av å være flaggstat full jurisdiksjon over skip som seiler under eget flagg. Dette kapitlet skal imidlertid omhandle i hvilken grad Havrettskonvensjonen tillater kyststatene å utøve jurisdiksjon overfor andre flaggstaters skip, så lenge de seiler i kyststatens tilgrensende farvannssoner, med det formål å begrense utslipp fra skipene.

Graden av jurisdiksjon som kyststaten kan utøve i de forskjellige farvannssoner, avtar ettersom hvor langt ut i havet man kommer.

Det rettslige utgangspunktet for hvor stor grad av jurisdiksjon kyststaten kan pålegge utenlandske skip, følger av Havrettskonvensjonen av 1982. Det er denne som både pålegger statene å innføre bestemmelser og begrenser hvor langt disse kan gå.

Etter Havrettskonvensjonen er kyststaten forpliktet og berettiget til å fastsette lovbestemmelser for å hindre forurensning av det marine miljø. Reglene om dette er fastsatt i Havrettskonvensjonen del XII om vern og bevaring av det marine miljø.

Havrettskonvensjonen er en rammeverkskonvensjon som har som sin primære målsetting å fordele og balansere jurisdiksjon og interesser mellom statene. Den forsøker å regulere alle sider ved bruk av havet og er således anerkjent som en «grunnlov for havet». Del XII av Havrettskonvensjonen oppstiller således rammeverket for regulering av den marine forurensning.⁴² Dette gjøres gjennom å avgrense og balansere statenes forskjellige rettigheter i de forskjellige sonene. Havrettskonvensjonen fastsetter således primært de respektive staters jurisdiksjon i de

⁴² Molenaar (1998) s.135

forskjellige sonene i havet, som er anerkjent etter dagens internasjonale rett. Hver av disse sonene har sin forskjellige fordeling av jurisdiksjon mellom flaggstat-, havnestat- og kyststataktørene. Den grunnleggende tanken er at jo lenger ut i havet man beveger seg, jo lavere interesse har kyststaten i å beskytte sitt marine miljø. Motsatt, vil flaggstatens⁴³ interesse i å ivareta navigasjonsfriheten øke jo lenger ut mot åpent hav man kommer.⁴⁴

Ved flere tilfeller i del XII vises det imidlertid til «generally accepted international rules and standards».⁴⁵ Med disse reglene menes i all hovedsak den såkalte MARPOL 73/78-konvensjonen. Sistnevnte regulerer ikke jurisdiksjon, men inneholder en rekke standarder kyststaten er pålagt å oppfylle for å hindre forurensning fra skip.

Som nevnt i punkt 1 ovenfor, begynner del XII i Havrettskonvensjonen med en generell bestemmelse i artikkel 192. Denne knesetter plikten alle stater har til å verne havet mot forurensning.⁴⁶ Artikkel 192 er ment som en kodifisering av folkerettslig sedvanerett. Følgende fremgår av Nordquist på s 39, at:

«Article 192 ...proclaiming in positive terms, as a general principle of law, that all states have the obligation to protect and preserve the marine environment, and implicitly (in negative terms) the obligation not to degrade it deliberately (or perhaps even carelessly). This is the first occasion on which a disposition of this character has been included in a general international treaty of a comprehensive and universal scope».⁴⁷

Dette bekrefter det som tidligere ble nevnt om at Havrettskonvensjonen var den første konvensjonen som knesatte miljøets rettigheter som sådan. Spørsmålet blir imidlertid hva denne plikten konkret innebærer for kyststatene og flaggstatene.

⁴³ Skipets registreringsland

⁴⁴ Tan (2006) s. 195

⁴⁵ Havrettskonvensjonen art 211 (5)

⁴⁶ Ruud/Ulfstein (2006) s. 156

⁴⁷ Nordquist (1991) s. 39

2.3.2 Forbud mot å volde skade utenfor eget territorium

Som nevnt i avsnitt 2.2. er det tradisjonelle utgangspunkt et at statene har frihet til å disponere over sitt eget territorium slik de selv ønsker.

Imidlertid er det også slik at stater har en tilsvarende rett til å kreve at deres territorier ikke blir utsatt for ødeleggelser av virksomhet som drives av en annen stat. I den internasjonale miljøretten er dette anerkjent – om enn ikke helt enstemmig – som et ulovfestet prinsipp om forbud mot å volde skade utenfor eget territorium. Dette kalles *prinsippet om god tro*, men også *prinsippet om ikke å misbruke sine rettigheter*.⁴⁸

Det klareste uttrykket for dette prinsippet følger av den såkalte Trail Smelter-saken fra 1941. Dette var en voldgiftssak mellom Canada og USA, hvor giftig utslipp fra et smelteverk i Canada kom over til USA og voldt skade. Den internasjonale voldgiftsdomstolen uttalte følgende:

«... No State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.»⁴⁹

Selv om dette forbudet både har støtte i rettspraksis og i «soft law» og regnes for å være et fundamentalt prinsipp i internasjonal miljørett,⁵⁰ er det ikke anerkjent noe totalt forbud mot grenseoverskridende forurensning. I Trail Smelter-saken er dette uttrykt i vilkåret «serious consequence».⁵¹ Dette innebærer at det må foreligge en kvalifisert form for skade for å falle inn under dette vilkåret. Et forbud mot å volde skade på andre staters territorium følger også av Stockholm-erklæringen⁵² prinsipp 21 og Rio-erklæringen⁵³ prinsipp 2, som begge sier at «[s]tates have ... the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction

⁴⁸ Molenaar (1998) s. 42-43 og Ruud/Ulfstein (2006) s. 282-285

⁴⁹ American Journal of International Law, 1941, 684 på s. 716.

⁵⁰ Molenaar (1998) s. 43

⁵¹ Ruud/Ulfstein (2006) s. 284

⁵² Stockholm-erklæringen om det menneskelige miljø av 16. juni 1972

⁵³ Rio-erklæringen om miljø og utvikling av 14. juni 1992

or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction».⁵⁴ Mange stater tillater imidlertid grenseoverskridende forurensning. Det må derfor legges til grunn at det ikke kan sies å foreligge noen opinio juris⁵⁵ om et absolutt forbud mot slik forurensning, slik det kan se ut til etter Rio-erklæringen av 1992.⁵⁶

Prinsippet etter Trail Smelter-saken kan tenkes å være begrenset til forurensning som oppstår og kommer fra statenes territorium. Det kan derfor tenkes at den ikke kan anvendes på skipsforurensning i en annen stats farvann eller eksklusive økonomiske sone. Imidlertid kan statene etter reglene om flaggstatsjurisdiksjon ansvarliggjøres for handlinger under deres jurisdiksjon eller kontroll. Dette følger blant annet av Havrettskonvensjonen artikkel 194 (2), som sier at «[s]tates shall take all measures necessary to ensure that activities under their jurisdiction or control are so conducted as not to cause damage by pollution to other States and their environment»⁵⁷. Skip regnes som under flaggstatens jurisdiksjon og kontroll, i alle fall når de befinner seg utenfor kyststatens territorialfarvann. Det er etter denne ordlyden heller ingen begrensning for flaggstatens forurensningsansvar at skaden ikke er utført av staten som sådan, men av private borgere, da begge disse er underlagt reglene.⁵⁸ Resultatet blir etter dette at det foreligger et forbud i Havrettskonvensjonen mot å volde skade på andre staters territorium, eller mer presist, mot å tillate aktivitet på sitt territorium som krenker andre staters rettigheter eller friheter.

Dette er fulgt opp i den såkalte Corfu Channel-saken fra 1949.⁵⁹ Dette var ikke en miljøsak, men prinsippet kan anvendes analogisk på miljøret-

⁵⁴ Disse er likelydende.

⁵⁵ Den oppfatning at en regel er rettslig bindende. Begrepet brukes særlig i forbindelse med sedvaner og er vanlig i folkeretten. Vilkåret for at en regel skal anses som bindende, er at den må ha vært fulgt i den tro at den er rettslig bindende.

⁵⁶ Dette følger både av Molenaar (1998) s. 42–43 og Ruud/Ulfstein (2006) s. 284.

⁵⁷ Molenaar (1998) s. 43

⁵⁸ Håndhevelse fra kyststatens side vil jo ofte skje nettopp mot private individer som driver skipene, ikke mot flaggstaten som sådan.

⁵⁹ ICJ Rep 1949, s. 4 på s. 22

tens område. Saksforholdet var at britiske krigsskip hadde blitt beskadiget av miner i albansk farvann. ICJ uttalte at enhver stat har plikt til «not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other states». Domstolen bekrefter altså her prinsippet om at en stat ikke kan bruke sitt territorium på en måte som skader andre staters rettigheter eller friheter. Dette prinsippet er også relevant for miljøskader. Men Corfu Channel-saken gir lite veiledning av det saklige innholdet av statenes miljømessige forpliktelser. Prinsippet ble imidlertid fulgt opp av prinsipp 21 i Stockholm-erklæringen og prinsipp 2 i Rio-erklæringen.⁶⁰ Trail Smelter-saken tar imidlertid bare for seg spørsmålet om grenseoverskridende forurensning. Betydningen av disse gamle avgjørelsene skal derfor i seg selv ikke overdrives, men det finnes nok bevis for fortsatt internasjonal støtte til prinsippet om at stater må hindre skadelig forurensning fra sitt territorium til andre stater eller til det globale miljø. Særlig er Stockholm-erklæringen viktig, da den i prinsipp 21 både anerkjenner statenes rett til å utnytte sine egne ressurser i medhold av sine miljøbestemmelser og fastsetter deres plikt til å sikre at aktivitet innenfor deres jurisdiksjon og kontroll ikke medfører skade på miljøet til andre stater eller på områder utenfor nasjonal jurisdiksjon, for eksempel det åpne hav eller Antarktis. Rio-erklæringen bekrefter statusen til Stockholm-erklæringens prinsipp 21 som moderne internasjonal rett.⁶¹

Vilkåret for overtredelse av forbudet mot å volde skade på andres territorier etter Trail Smelter-saken er som nevnt at det medfører en «serious consequence». Det er imidlertid inntatt en generell forpliktelse i Havrettskonvensjonen artikkel 192 om at statene skal «protect and preserve the marine environment». Denne plikten spesifiseres i Havrettskonvensjonen artikkel 194 (1) og (2). Noe vilkår om «serious consequence» kan derfor ikke oppstilles for skipsforurensningen. En slik frihet til forurensning kan heller ikke utledes av det åpne havets frihet. Molenaar formulerer dette som at «[i]n negative terms this prohibits the deliberate, or even careless degradation of the marine environment. Clearly, opera-

⁶⁰ Ruud/Ulfstein (2006) s. 283

⁶¹ Birnie, Patricia W., Alan E. Boyle og Catherine Redgewell *International Law and the Environment* 3. utg. New York, 2009 s. 144–145

tional discharges can no longer be seen as an (implicit) freedom of the high seas». ⁶² Den totale utslippsmengden fra skip utgjør også kun et problem idet man legger sammen den kumulative mengden utslipp av både operasjonelle og utilsiktede utslipp. Dette kalles «the tragedy of the commons», og kan oversettes til norsk med «allmenningens tragedie». I tilfellet med forurensning fra skip kan dette illustreres ved at hvert enkelt utslipp i seg selv er ufarlig, men at de sammen utgjør den største andelen av forurensning og er en stor trussel mot havmiljøet. ⁶³

I tillegg oppstår problemet ved at enkelte stater riktignok er tjent med at havmiljøet ivaretas, men ikke ser seg tjent med å være blant dem som går i front for å håndheve miljøets rettigheter – særlig om de ikke kan være sikre på at de øvrige statene også bærer sin del av det globale ansvaret. Statene vil kunne ønske å unngå belastningen med å straffeforfølge slike overtredelser av flere grunner. For det første på grunn av den umiddelbare kostnaden ved å gjennomføre en slik prosess. For det neste vil det kunne gi dem en ulempe sammenlignet med andre stater med tanke på utvikling, fordi de vil bli mindre attraktive for næringsdrift. Statene vil altså «ofre» miljøet så langt det er mulig til fordel for egen økonomisk utvikling. ⁶⁴

Flaggstatene er etter samme prinsipp forpliktet etter Havrettskonvensjonen artikkel 217 (1) og (2) til å sikre at skip som seiler under deres flagg, etterkommer forurensningsreglene etter Havrettskonvensjonen og allment anerkjente internasjonale regler. Denne plikten gjelder uansett hvor en slik overtredelse skjer. Dette omfatter derfor også overtredelser i det åpne hav. Denne bestemmelsen inneholder heller ikke noe vilkår om at overtredelser må medføre noe «serious consequence» der de finner sted. Reglene for hvor mye et skip kan forurense, følger av MARPOL 73/78-konvensjonen.

⁶² Molenaar (1998) s. 42 og Birnie (2009) s. 383

⁶³ Molenaar (1998) s. 88

⁶⁴ Megrét, Frédéric. *The problem of an International Criminal Law of the Environment* 2011 s. 214

2.4 MARPOL 73/78

2.4.1 Innledning

MARPOL 73/78-konvensjonen er en påbudskonvensjon som utfyller rammebetingelsene i Havrettskonvensjonen. I forordet til MARPOL 73/78 heter det at denne er et regulerende instrument som har som formål å minske og eliminere utslipp av olje og andre skadelige stoffer fra skip til havet. Over 98 prosent av verdens samlede handelstonnasje tilhører stater som har ratifisert MARPOL 73/78, og tillegg I og II. Konvensjonen, sammen med tillegg I og II, har derfor status som «generally accepted rules and standards» som det vises til i Havrettskonvensjonen artikkel 211 (5). Det er derfor grunn til å anta at MARPOL-regulativene kan anses som folkerettslig sedvane. Derfor kan den håndheves som sedvane, uavhengig om flaggstaten har ratifisert MARPOL 73/78.⁶⁵

MARPOL 73/78 regulerer som nevnt imidlertid ikke jurisdiksjonsspørsmål, men fastsetter en rekke tekniske standarder som er retningsgivende for regelverket i Havrettskonvensjonen. Det er således ingen motstrid mellom disse konvensjonene. MARPOL 73/78 regulerer både operasjonelle utslipp og utilsiktet forurensning, for eksempel etter et havari.

Dette gjøres for det første gjennom en rekke tekniske bestemmelser i selve konvensjonsteksten. MARPOL 73/78 omfatter alle typer forurensning fra skip, bortsett fra utslipp av søppel ved dumping. Den omfatter også alle skip, med unntak av skip som forurenser som følge av utforskning og utnyttelse av havbunnens mineralressurser.⁶⁶ For det annet er det utarbeidet en rekke tillegg (Annexes) til konvensjonen. Tillegg I og II er obligatoriske, mens tillegg III, IV og V er frivillige for statene.⁶⁷ Tillegg I omhandler oljeforurensning. Den mest kontroversielle bestemmelsen under forhandlingene var vedtakelsen av Regulation 13, som krever at alle nye skip som er over 70 000 dødvekttonn, skal være utstyrt

⁶⁵ Birnie (2009) s. 404

⁶⁶ Tan (2006) s. 129

⁶⁷ MARPOL 73/78 art. 14 nr 1

med separate ballasttanker. I MARPOLs 1978-protokoll, ble dette kravet utvidet til 20 000 dødvekttonn. Grunnen til at dette var så omstridt, var den store kostnaden det ville medføre for skipsoperatørene.⁶⁸

MARPOL 73/78 følger opp OILPOL 54-konvensjonen.⁶⁹ OILPOL 54 var den første konvensjonen som omhandlet skipsforurensning. Men den var kun begrenset til utslipp av olje og hadde heller ingen øvrige bestemmelser om skipssikkerhet.⁷⁰ Arbeidet med en ny konvensjon for å hindre oljeforurensning ble tatt opp som en reaksjon på Torrey Canyon-ulykken, som skjedde i mars 1967.⁷¹

MARPOL 73/78 er den eneste påbudskonvensjonen som utover konstruksjons-, bemannings- og utstysrstandarder (CDEM-standarder) også inneholder utslippsstandarder. Disse utslippsstandardene er ikke begrenset til operasjonelle utslipp. Dette følger av ordlyden i artikkel 2 nr. 3 (a), som definerer et utslipp som «any release howsoever caused from a ship».⁷² Konvensjonen krever at enhver masse som ikke kan slippes ut i tråd med de relevante bestemmelser, må beholdes om bord i skipet inntil det kan tømmes i mottaksanlegg på land.⁷³ Kyststaten er imidlertid etter Annex I regulation 12 pålagt å ha slike mottaksanlegg.⁷⁴ Med disse bestemmelsene kom det for første gang krav om teknologi for å holde oljeslam om bord i skipene.⁷⁵

Statene som forhandlet frem MARPOL 73, viste seg imidlertid ikke å ha noe ønske om å ratifisere denne konvensjonen. Dette var til dels på grunn av de høye kostnadene ved å etterkomme noen av kravene konvensjonen satte, for eksempel mottaksanlegg for oljeslam.⁷⁶ I 1976 og 1977 forekom en rekke ulykker til havs, som medførte forurensnings-

⁶⁸ Tan (2006) s. 130

⁶⁹ MARPOL 73/78 art. 9 nr 1

⁷⁰ Molenaar (1998) s. 63

⁷¹ Tekniske konvensjoner som oppstiller krav til skip, er imidlertid ikke noe nytt. En av de første var den såkalte Rhodian Code, som regulerte handel og navigasjon i det bysantinske imperiet.

⁷² Molenaar (1998) s. 63

⁷³ Annex I regulation 9 (1)

⁷⁴ Annex I regulation 12

⁷⁵ Tan (2006) s. 131

⁷⁶ Tan (2006) s. 130

problemer. Dette medførte nye politiske krav til ivaretagelse av det marine miljø. Som en følge av dette ble 1978-protokollen til konvensjonen vedtatt. Denne henger sammen med 1973-konvensjonen. Disse skal derfor anses som én konvensjon.⁷⁷

Som mange andre konvensjoner tar MARPOL 73/78 sikte på å forplikte medlemsstatene med tanke på hvordan den internasjonale skipsfarten skal utøves. Statene har også ansvar for å implementere konvensjonsbestemmelsene i den nasjonale lovgivningen. Private operatører har imidlertid en egeninteresse i å etterkomme de internasjonale bestemmelsene. Dersom de ikke gjør dette, vil de for det første risikere sanksjoner og straff fra sine respektive flaggstater. Imidlertid risikerer de dette også fra andre, for eksempel utenlandske kyststater som i enkelte tilfeller har rett til å ilegge dette.⁷⁸ MARPOLs regler gjelder overalt, selv på det åpne hav⁷⁹, og skiller ikke mellom i hvilken sone overtredelsen finner sted.

For kyststaten innebærer MARPOL 73/78s status som «generally accepted international rules and standards» at den representerer en øvre grense for deres jurisdiksjonskompetanse. Hvordan MARPOL 73/78 begrenser denne, skal behandles nedenfor.

2.4.2 Sanksjoner etter MARPOL 73/78

MARPOL 73/78 inneholder en rekke bestemmelser som regulerer tillatte utslipp. Hovedregelen er at alle utslipp er forbudt, med mindre det foreligger særskilte unntak. Disse unntakene hjemler en viss grad av operasjonelle utslipp på visse vilkår, og blant annet avhengig av avstand fra land, typen skip og om skipet er i fart. MARPOL 73/78 inneholder også regler forskjellige typer CDEM-standarder og pålegger skipene å føre tilsyn med sine utslipp, og rapportere om utilsiktede utslipp. På den andre siden pålegges kyststatene for eksempel å ha mottaksanlegg for avfall, samt at de ved utøvelsen av sin kontrollvirksomhet og liknende, ikke skal påføre skipene såkalt «undue delay».

⁷⁷ Molenaar (1998) s. 64

⁷⁸ Molenaar (1998) s. 62

⁷⁹ På det åpne hav vil imidlertid kun flaggstaten som hovedregel ha jurisdiksjonskompetanse til å forfølge overtredelsen

MARPOL 73/78 pålegger i artikkel 4 statene å innføre sanksjoner for forurensning fra skip. Det følger av ordlyden at enhver overtredelse av konvensjonen skal være forbudt, og sanksjoner for overtredelse skal derfor etableres i lovverket til skipets administrasjon, uansett hvor overtredelsen skjer. Som tidligere nevnt er ethvert utslipp av skadelige stoffer dekket av MARPOL 73/78.

Sanksjonene medlemsstatene til MARPOL 73/78 pålegges å innføre, skal etter artikkel 4 (4) være «adequate in severity to discourage violations of the present Convention». Denne bestemmelsen må leses i sammenheng med Havrettskonvensjonen artikkel 230, som kun med noen få unntak bestemmer at det bare kan ilegges bøtestraffer for overtredelse av konvensjonens bestemmelser. I tillegg sier ordlyden i MARPOL 73/78 artikkel 4 (4) at sanksjonene skal være «equally severe irrespective of where the violations occur». Dette er i tråd med MARPOL 73/78s bestemmelser for øvrig. Denne ordlyden spesifiserer ikke akkurat hvor strenge sanksjonene skal være. Det nærmere saklige innholdet i slike sanksjoner må være opp til statene å avgjøre.

Det gjelder imidlertid et par viktige unntak fra denne hovedregelen. I tre tilfeller vil utslipp ikke være dekket av MARPOL 73/78. Dette følger av Annex I, regulation 11.

Den første situasjonen er regulert i bokstav (a). Denne omfatter force majeure-situasjonene.⁸⁰ MARPOL 73/78 kommer ikke til anvendelse når et utslipp skjer «for the purpose of securing the safety of a ship or saving life at sea». Dette gjelder helt unntaksfritt. Imidlertid skal det svært mye til før force majeure-situasjoner inntreffer i første omgang.

Den andre situasjonen er regulert i bestemmelsens bokstav (b), som omfatter ulykkestilfellene. MARPOL 73/78 kommer ikke til anvendelse når utslippet er et resultat av «damage to a ship or its equipment». Det gjelder imidlertid to vilkår for dette. For det første må alle rimelige tiltak være iverksatt for å begrense utslippet etter at skaden har inntrådt, eller utslippet er oppdaget. For det andre må eieren eller kapteinen av skipet ikke skal ha skadet skipet forsettlig eller uaktsomt. Dersom man måtte vite at skipet kom til å lide skade, gjelder ikke unntaket. Det går ikke

⁸⁰ Molenaar (1991) s. 64

frem av ordlyden akkurat hvor langt dette vilkåret strekker seg.

For det tredje er det fastsatt et unntak for utslipp av oljebaserte stoffer fra skip når skipene operer med godkjenning fra forvaltningen («the Administration») for å motvirke forurensning forårsaket av en ulykke eller ureglementert tilfelle. Ethvert slikt utslipp skal være godkjent av den staten som har jurisdiksjon over det området hvor det vurderes å utføre et slikt utslipp.

Nærmere om hvilken innvirkning MARPOL 73/78 har på kyststats-jurisdiksjonen i territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone, omtales i kapittel 3.3.2 og 3.4.3.

3 Lovgivningsjurisdiksjon i territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone.

3.1 Innledning

Statenes plikt til å beskytte og ivareta det marine miljø⁸¹ følges opp i konvensjonens artikkel 193, som sier at «[s]tates have the sovereign right to exploit their natural resources pursuant to their environmental policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment». Her tillegges statene eksklusiv rett til å utnytte sine naturressurser på det vilkår at det skjer i samsvar med plikten som er pålagt i henhold til artikkel 192. Artikkel 193 presiseres videre i de første to leddene i artikkel 194. Første ledd har blant annet følgende ordlyd: «States shall take, individually or jointly as appropriate, all measures consistent with this Convention that are necessary to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from any source ...». Her pålegges statene både individuelt og i fellesskap å sørge for at marin forurensning generelt ikke skjer i områder

⁸¹ Havrettskonvensjonen artikkel 192

hvor de utøver suverene rettigheter etter Havrettskonvensjonen.⁸²

Statene er i stor grad forpliktet til å gjennomføre Havrettskonvensjonens regler i sin nasjonale lovgivning. Det er derfor kun i tilfeller definert av Havrettskonvensjonen at ensidig nasjonal lovgivning kan gjennomføres, særlig i den eksklusive økonomiske sone. Da denne avhandlingen dreier seg om reglene i territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone, vil de andre sonene kun omtales overfladisk.

Havrettskonvensjonen artikkel 211 (1) er en sentral bestemmelse for kyststatenes lovgivningskompetanse. Denne omhandler skipsforurensning og regulerer kyststatens plikter og rettigheter i de forskjellige farvannssonene. Blant annet bestemmer den at stater skal etablere regler og standarder for å unngå forurensning fra skip.

Artikkel 211 i Havrettskonvensjonen omhandler «pollution from vessels». De to første artiklene pålegger statene særlige plikter for å forhindre at skip forurenser eller skader miljøet. Dette er en generell plikt for alle stater til å etablere internasjonalt godtatte regler for å forhindre forurensning. Det vises ofte til at disse reglene skal være godtatt av en «competent international organisation». Det er anerkjent at dette betyr IMO, den internasjonale skipsfartsorganisasjonen.⁸³

Tredje til sjettede ledd i artikkelen definerer i hvilken grad lovgivningsjurisdiksjon kyststaten har i de forskjellige maritime sonene.

Hvilke begrensninger Havrettskonvensjonen setter for statenes adgang til å lovfeste ekstraterritoriale bestemmelser for å hindre skipsforurensning i de maritime soner vil bli drøftet i de kapitlene 3.2, 3.3, og 3.4.

3.2 Indre farvann

Indre farvann er i Havrettskonvensjonen artikkel 8 (1) jf artikkel 5, definert som farvannet på innsiden av grunnlinjen. I de indre farvann har kyststaten som hovedregel full jurisdiksjonskompetanse. Dette gjelder både for lovgivning og iverksettelse av tvangstiltak. De indre farvann står dermed i samme stilling som landterritoriet. Det kan imidlertid

⁸² Molenaar (1998) s. 52

⁸³ Molenaar (1998) s. 137

tenkes unntak fra denne hovedregelen. For det første kan kyststaten ha inngått eventuelle konvensjoner hvor andre staters skip ikke skal være underlagt kyststatens jurisdiksjon. For det andre er det på enkelte områder særregler om rett til uskyldig gjennomfart, etter Havrettskonvensjonen artikkel 8 (2). For det tredje har kyststaten en sedvanerettslig plikt til å gi et skip i nød adgang til havn. For øvrig er det ikke anerkjent noen generell folkerettslig rett til «access to ports».⁸⁴

Det følger av Havrettskonvensjonen artikkel 211 (3) at kyststaten derfor kan pålegge CDEM-bestemmelser, utslippsbestemmelser, og andre nasjonale bestemmelser dersom den skulle ønske. Vilkåret er at slike særbestemmelser meldes fra til IMO og at de gis «due publicity».

Som følge av kyststatenes nærmest ubegrensede lovgivningsjurisdiksjon i de indre farvann, kan den kreve at skip som befinner seg i dens interne farvann eller havner, etterkommer internasjonale standarder, pålegge nasjonale CDEM-standarder⁸⁵ eller hindre adgang for utenlandske skip, bortsett fra dem som måtte være i nød.⁸⁶ Dette gjelder uavhengig av om skipets flaggstat har ratifisert Havrettskonvensjonen eller ikke. Den rettslige hjemmelen for dette er folkerettslig sedvanerett. Dette er imidlertid kodifisert i MARPOL 73/78-konvensjonen artikkel 5 (4) jf. (2), som sier at «[p]arties shall apply the requirements of the present Convention, as may be necessary to ensure that no more favorable treatment is given to such ships». Såkalte «no more favorable treatment»-klausuler i konvensjoner innebærer at statene som har ratifisert konvensjonen skal håndheve reglene i konvensjonene også overfor skip som tilhører stater som ikke har ratifisert konvensjonene.⁸⁷ Kyststaten kan også etter MARPOL artikkel 5 (2) og Havrettskonvensjonen artikkel 219 holde tilbake skip som ikke er sjødyktige, inntil reparasjoner er gjennomført. Dette kan gjøres uten hensyn til skipets navigasjonsfrihet.⁸⁸ Tan skriver om dette at «[o]n the basis of the ‘no more favorable treatment’

⁸⁴ Fleischer (2005) s. 109, Bodansky (1991) s. 745

⁸⁵ Såkalte konstruksjons-, bemannings- og utstyrsstandarder

⁸⁶ Bodansky (1991) s. 745 og Tan (2006) s. 204.

⁸⁷ Molenaar (1998) s. 119

⁸⁸ Tan (2006) s. 204

rule, the coastal state may also inspect vessels for compliance with international CDEM-standards regardless of whether the vessel's flag state is party to the conventions setting out these standards». ⁸⁹ Folkeretten pålegger, jf suverenitetsprinsippet, for øvrig ingen begrensninger på hvilken type sanksjoner kyststaten kan ilegge et skip som har begått en overtredelse i det indre farvann.

3.3 Lovgivningsjurisdiksjon i territorialfarvannet

3.3.1 Lovgivningsjurisdiksjon etter Havrettskonvensjonen

Det følger av Havrettskonvensjonen artikkel 3 at territorialfarvannet maksimalt kan strekke seg ut til 12 nautiske mil fra grunnlinjen. Som utgangspunkt har kyststaten full suverenitet i territorialfarvannet, vedrørende både lovgivningsjurisdiksjon og håndhevelsesjurisdiksjon. Rettslig grunnlag for dette er folkerettslig sedvanerett. Imidlertid er dette utgangspunktet begrenset av artikkel 21 i Havrettskonvensjonen, som begrenser kyststatenes lovgivningsadgang til å måtte samsvare med reglene gitt i denne konvensjonen. Særlig er det bokstav f i denne bestemmelsen som er aktuell for skipsforurensning. Denne hjemler kyststatens rett til å innføre lover og forskrifter om uskyldig gjennomfart i samsvar med konvensjonen og andre folkerettsregler, med hensyn til bevaring av kyststatens miljø og begrensning og kontroll av forurensning av det. Imidlertid er forholdene litt annerledes her enn i de indre farvann. På den ene siden er kyststaten suveren i denne sonen. Den har dermed som utgangspunkt full lovgivnings- og håndhevelsesjurisdiksjon. Men på den andre siden er denne suvereniteten avskåret av de maritime staters interesse i navigasjonsfrihet. ⁹⁰ Retten til uskyldig gjennomfart er etablert for å fastsette et kompromiss mellom disse interessemotsetningene. ⁹¹

Ordlyden i artikkel 211 (4) følger opp dette kompromisset for skipsforurensning og hjemler kyststatens rett til å innføre lover og forskrifter

⁸⁹ Tan (2006) s. 204

⁹⁰ Se Havrettskonvensjonen artikkel 18 og 19 samt Ringbom (2009) s. 385

⁹¹ Bodansky (1991) s. 748

for å hindre, begrense og kontrollere forurensningen av havmiljøet, men uten å hindre fremmede skips rett til uskyldig gjennomfart. Denne bestemmelsen fungerer altså som en form for *lex specialis*. Artikkel 21 (1) bokstav f hjemler beskyttelse av kyststatens marine miljø i generelt, mens artikkel 211 (4) spesifiserer den særskilte plikten for å hindre skipsforurensning.

Denne tolkningen samsvarer med kommentarene til Havrettskonvensjonen. Her legges det til grunn at fjerde ledd gir kraft til den generelle retten kyststaten etter artikkel 21 har til å innføre lover og reguleringer i samsvar med bestemmelsene i Havrettskonvensjonen og andre regler med det formål å redusere, kontrollere og eliminere skipsforurensning, i tilfelle skipet seiler i uskyldig gjennomfart. Men der artikkel 21 (1) (f) viser til miljøet og kyststaten generelt, hjemler artikkel 211 (4) forurensningstiltak i territorialfarvannet spesielt.⁹²

Slike bestemmelser for territorialfarvannet kan imidlertid ikke omfatte CDEM-bestemmelser. Unntaket er imidlertid dersom CDEM-bestemmelsene også følger av generelt aksepterte internasjonale regler, som for eksempel MARPOL 73/78. Dette følger av Havrettskonvensjonen artikkel 21 (2), som sier at «[s]uch laws and regulations shall not apply to the design, construction, manning or equipment of foreign ships unless they are giving effect to generally accepted international rules or standards».

Dermed gjenstår spørsmålet om hvor langt det saklige innholdet i kyststatsjurisdiksjonen strekker seg for utslippsstandarder. Er det begrenset til kun å omfatte internasjonale standarder, eller kan kyststaten lovfeste strengere nasjonale bestemmelser? Etter Havrettskonvensjonen artikkel 21, 3. ledd, er vilkåret for å innføre lovgivning i territorialfarvannet at reguleringer i territorialfarvannet skal være «duly publicised». Det må forutsettes at et slikt vilkår er oppfylt.

Etter artikkel 22 (1) kan kyststaten kreve at utenlandske skip som benytter seg av retten til uskyldig gjennomfart i sitt territorialfarvann, bruker seilingsleder og trafikkseparasjonssystemer. Vilkåret er imidlertid at det er nødvendig av hensyn til sikkerheten til sjøs. Denne bestemmelsen

⁹² Nordquist (1991) s. 204

omfatter også miljø sikkerhetshensyn. Hjemmelen for dette er at artikkel 22 (2) spesifikt tillater kyststaten å kreve at skip som transporterer farlig eller giftig last, begrenser sin gjennomfart til slike seilingsleder.⁹³ Etter tredje ledd, bokstav a, må kyststaten også ta hensyn til «the recommendations of the competent international organization», altså IMO.

Etter artikkel 24 (1) skal slik regulering imidlertid ikke «impose requirements on foreign ships which have the practical effect of denying or impairing the right of innocent passage» eller «discriminate in form or in fact against the ships of any State or against ships carrying cargoes to, from or on behalf of any State».

Dette følges opp i ordlyden i artikkel 211 (4). Den gir kyststaten rett til å innføre nasjonale lover og bestemmelser for å hindre forurensning fra utenlandske skip i sitt territorialfarvann.⁹⁴ Dette inkluderer skip som utøver retten til uskyldig gjennomfart. Vilkåret for å innføre slik lovgivning er at den etter Havrettskonvensjonen del II, avsnitt 3 – som artikkel 24 er en del av – ikke skal hindre uskyldig gjennomfart.

Kyststatens lovgivningsjurisdiksjon, er altså begrenset av både Havrettskonvensjonen og andre relevante internasjonale regler. Forhandlingene i Havrettskonvensjonen etablerte et kompromiss som tillot kyststatene å lovfeste nasjonale utslippsbegrensninger. Imidlertid måtte konstruksjons-, utstys-, og bemanningsstandarder være i samsvar med internasjonal rett.⁹⁵ Tanken bak denne forskjellen er at CDEM-standarder har en større innvirkning på retten til uskyldig gjennomfart enn forurensningsbestemmelser.⁹⁶

Denne rettstilstanden er i tråd med både folkerettslig sedvanerett og den tidligere konvensjonen om territorialfarvannet og den tilstøtende sone fra 1958.

⁹³ Bodansky (1991) s. 750–751

⁹⁴ I motsetning til i den eksklusive økonomiske sone, jf. Havrettskonvensjonen artikkel 211 (5), som krever at alle lover og regler skal være i samsvar med internasjonale standarder. Dette omtales i kapittel 3.4.2.2.

⁹⁵ Tan (2006) s. 205

⁹⁶ Bodansky (1991) s. 750

3.3.2 MARPOL 73/78-bestemmelser i territorialfarvannet

Hensikten og rekkevidden av statenes lovgivningsjurisdiksjon ble mye debattert under forhandlingene til MARPOL 73 og ledet til slutt til løsningen i artikkel 4 (2) og 9 (2) og (3). Etter artikkel 4 (1) er flaggstaten forpliktet til å lovfeste forbud mot overtredelser av MARPOL 73/78. Artikkel 4 (2) krever imidlertid at alle medlemmene til MARPOL 73/78 lovfester forbud og sanksjoner for overtredelser av konvensjonens bestemmelser. Kyststaten pålegges derfor etter bokstav (a) å ta slike skritt selv, eller etter bokstav (b) å overlate dette til flaggstaten. Dette er det opp til kyststaten å velge.⁹⁷ Ordlyden i denne bestemmelsen pålegger statene å forby overtredelser av konvensjonens bestemmelser. Dette kan anses som en anerkjennelse av den folkerettslige sedvanerettsregelen om at kyststater og havnestater kan regulere forurensning innenfor egne interne farvann og territorialfarvann. Ordlyden går imidlertid lenger ved å pålegge medlemsstatene en plikt til å gjøre dette.⁹⁸ Dette står i kontrast til Havrettskonvensjonens maksimumsbestemmelser om kystsatsjurisdiksjon.⁹⁹ Etter denne kan kyststatene selv velge om de ønsker å innføre bestemmelser for å hindre forurensning fra utenlandske skip. For stater som er medlem av begge konvensjoner, blir det avgjørende rekkevidden av begrepet «jurisdiction» i artikkel 4 (2).¹⁰⁰

Begrepet «jurisdiction» spesifiseres ikke ytterligere i MARPOL 73/78. Men MARPOL artikkel 9 (2) og (3) gjenspeiler formålet fra forhandlingene om at jurisdiksjonsspørsmål skulle løses gjennom Havrettskonvensjonen. Ordlyden sier at «[n]othing in the present Convention shall prejudice the codification and development of the law of the sea». Dette sikrer at den faktiske utøvelsen av kystsatsjurisdiksjonen ikke kommer i konflikt med internasjonal rett. Dette gjelder alle typer lovgivningsjurisdiksjon og håndhevelsesjurisdiksjon. Molenaar legger til grunn følgende: «The fact that Article 4 (2) begins with the words ‘any violation of the requirements’ makes it clear that the substantive scope is not

⁹⁷ Molenaar (1998) s. 253

⁹⁸ Birnie (2009) s. 408

⁹⁹ Havrettskonvensjonen art. 211, som omtalt over

¹⁰⁰ Molenaar (1998) s. 210

limited to discharge standards, but covers CDEM-standards as well.»¹⁰¹ Videre sier ordlyden i artikkel 9 (3) at «[t]he term ‘jurisdiction’ in the present Convention shall be construed in light of international law in force at the time of application of interpretation of the present Convention». Dette innebærer at begrepet «jurisdiction» er en rettslig standard som skal tolkes i henhold til gjeldende rett.¹⁰²

Det er etter dette ikke klart ut fra ordlyden i MARPOL hvor stor saklig kompetanse kyststatene har til å utøve «jurisdiction» overfor utenlandske skip. Spørsmålet blir derfor om statene kan pålegge strengere bestemmelser enn det MARPOL 73/78 foreskriver.

Det må imidlertid som hovedregel være adgang til dette i territorialfarvannet. Det folkerettslige suverenitetsprinsipp gir statene retten til å pålegge nasjonal rett i territorialfarvannet. Dette følger også av Havrettskonvensjonen artikkel 211 (4), som ikke begrenser kyststatens lovgivningsadgang til internasjonalt anerkjente regler. Dette inkluderer blant annet retten til å forby forurensende utslipp. Kyststaten er allikevel forpliktet til å ivareta utenlandske skips rett til uskyldig gjennomfart.

MARPOL 73/78 begrenser i seg selv ikke statenes jurisdiksjonskompetanse i territorialfarvannet. Ordlyden i artikkel 4 (2) pålegger bare statene å lovfeste forbud mot å overtre MARPOLs bestemmelser. Den begrenser ikke statenes adgang til å lovfeste strengere forbud der den måtte ønske det.¹⁰³ Dette følges opp av Annex I, regulation 9, som fastsetter en hovedregel om at «...any discharge into the sea of oil or oily mixtures from ships ... shall be prohibited ...». Det gjelder imidlertid visse vilkår og unntak fra denne hovedregelen. Vilkårene i regulation 9 kommer allikevel ikke til anvendelse i territorialfarvannet. Unntakene for øvrig følger av regulation 11. Disse dreier seg i stor grad om utslipp som følger av at skipets sikkerhet eller mannskapets liv er i fare.

¹⁰¹ Molenaar (1998) s. 210

¹⁰² Birnie (2009) 408

¹⁰³ Birnie (2009) s. 215

3.4 Lovgivningsjurisdiksjon i den eksklusive økonomiske sone

3.4.1 Den stedlige kompetanse

Det følger av Havrettskonvensjonen artikkel 55 at det kan opprettes en eksklusiv økonomisk sone utenfor territorialfarvannet. Etter artikkel 57 kan denne maksimalt strekke seg 200 nautiske mil fra grunnlinjen. Dette var en av de store nye nyvinningene i forbindelse med vedtakelsen av Havrettskonvensjonen. Den eksklusive økonomiske sone oppstår heller ikke automatisk, men må kreves av kyststatene. De aller fleste kyststater i verden i dag har imidlertid valgt å opprette en eksklusiv økonomisk sone. Vedrørende forurensningslovgivning vil implementering av internasjonale bestemmelser i nasjonale lovregler også være nødvendig for at kyststatene skal kunne påberope seg jurisdiksjonskompetanse i denne sonen.¹⁰⁴

Denne sonen skal ikke anses som åpent hav. Det er flere grunnlag for dette. For det første omtaler Havrettskonvensjonen artikkel 55 den eksklusive økonomiske sone som et «specific legal regime». For det andre følger det motsetningsvis av Havrettskonvensjonen artikkel 86, første setning, at «[t]he provisions of this Part apply to all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone ...». Ruud/Ulfstein legger til grunn at «[d]ette innebærer at en verken kan legge til grunn et utgangspunkt om at kyststatens suverenitet eller havets friheter får anvendelser i 200-milssonen; den er en sone *sui generis*, altså en spesiell type sone»¹⁰⁵. Det som gjør den eksklusive økonomiske sone spesiell, er at den oppsto som et resultat av forhandlingene under UNCLOS III.¹⁰⁶ Tidligere hadde en slik sone ikke eksistert, med unntak av at enkelte stater hadde begynt å påberope seg fiskerisoner som gikk ut til 200 nautiske mil fra grunnlinjen. Fleischer sier om denne sonen at «[f]ørståelse av den økonomiske sone krever forståelse av denne 'byttehandelen' mellom kyststatsinteresser og andre staters interesser, og av at sonen er ment som en

¹⁰⁴ Birnie (2009) s. 418

¹⁰⁵ Ruud/Ulfstein (2006) s. 153

¹⁰⁶ FNs tredje havrettskonferanse.

særegen ny rettsdannelse»¹⁰⁷.

Selv om den eksklusive økonomiske sone ikke er åpent hav, er den heller ikke et eget «territorium». I den eksklusive økonomiske sone har kyststaten etter Havrettskonvensjonen artikkel 56 kun «sovereign rights» – suverene rettigheter – for undersøkelse og utnyttelse av de økonomiske ressursene i havområdet, samt at den har «jurisdiction» for enkelte formål, deriblant «the protection and preservation of the marine environment». Begrepet «territory» – territorium – omfatter kun kyststatens landområde, indre farvann og territorialfarvannet.¹⁰⁸ Rettighetene kyststatene har i den eksklusive økonomiske sonen, dreier seg således kun om særlige, funksjonelt begrensede rettigheter. Den eksklusive økonomiske sone er således ikke en del av statenes territorier.¹⁰⁹ Jurisdiksjonen er et resultat av det ovennevnte kompromisset mellom flaggstatsinteressene og kyststatsinteressene UNCLOS III la til grunn i forkant av vedtakelsen av Havrettskonvensjonen.

Det er imidlertid nå så mange stater som har opprettet sin egen eksklusive økonomiske sone, at den i seg selv nå må anses som folkerettslig sedvanerett. Dette er derimot ikke like klart med tanke på de mer detaljerte bestemmelsene i Havrettskonvensjonen, blant annet de som regulerer marin forurensning.¹¹⁰

3.4.2 Den saklige kompetanse etter Havrettskonvensjonen.

3.4.2.1 Innledning

Det følger av Havrettskonvensjonen artikkel 56 (1) (a) at kyststatens jurisdiksjon i den eksklusive økonomiske sone omfatter «sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the sea-bed and of the sea-bed and its subsoil». Dette er en av de viktigste delene av kyststatsjurisdiksjonen i den eksklusive økonomiske

¹⁰⁷ Fleischer (2005) s. 126

¹⁰⁸ Se Havrettskonvensjonen artikkel 3 og 4

¹⁰⁹ Fleischer (2005) s.126

¹¹⁰ Molenaar (1998) s. 362

sone.¹¹¹ I tillegg omfatter jurisdiksjonen «other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds».

Videre følger det av Havrettskonvensjonen artikkel 56 (1) (b) at kyststaten har jurisdiksjon som fastsatt i konvensjonen over «the protection of the marine environment». Dette er, som tidligere nevnt, fastsatt i konvensjonens del XII. For skipsforurensning i den eksklusive økonomiske sone er den relevante bestemmelsen Havrettskonvensjonen artikkel 211 (5), som skal omtales under.

Endelig er det fastsatt i artikkel 56 (1) (c) nr. 2 at når kyststaten utøver sine rettigheter og plikter etter konvensjonen, skal dette skje med «due regard to the rights and duties of other States». Kyststaten skal videre handle «in a manner compatible with this Convention». Dette er en kodifikasjon av prinsippet om at stater ikke skal misbruke sine rettigheter. Dette prinsippet er ikke fullt ut anerkjent som folkerettslig sedvanerett,¹¹² men følger blant annet av saken «The North Atlantic Fisheries Arbitration». I denne saken var det spørsmål om hvorvidt England «rimelig» kunne regulere fiskerettigheter fastsatt i konvensjon, uten samtykke fra USA. Retten avgjorde at bestemmelser som for det første er hensiktsmessige for beskyttelsen av virksomheten, eller for det andre nødvendige på grunn av alminnelig orden og moral, uten å forstyrre fisket som sådan, og i god tro likebehandlet amerikanske og engelske fiskere, ikke kunne anses som å bryte med konvensjonen.¹¹³ Det saklige innholdet i Havrettskonvensjonen artikkel 56 (1) (c) nr. 2, medfører blant annet at kyststaten i sin utøvelse av forurensningskontroll, ikke kan innskrenke andre staters rett til navigasjonsfrihet gjennom den eksklusive økonomiske sone.

Den eksklusive økonomiske sone representerer således en juridisk hybrid, hvor alle stater er gitt retten til navigasjonsfrihet, mens kyststatene er gitt enkelte særlige rettigheter til å lovfeste og håndheve shippingre-

¹¹¹ Ruud/Ulfstein (2006) s. 153–154

¹¹² Molenaar (1998) s. 43

¹¹³ Permanent Court of Arbitration, 1910, J.B Scott, *The Hague Court Reports*, Vol. 1, s. 171

laterte lover i denne sonen.¹¹⁴

Havrettskonvensjonen artikkel 58 regulerer rettighetene til andre stater i den eksklusive økonomiske sone. Selv om den eksklusive økonomiske sone ikke skal anses som åpent hav, har andre stater etter ordlyden i artikkel 58, 1. punkt, frihet til «navigation and overflight and of the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines, and compatible with the other provisions of this Convention». Dette innebærer blant annet at utenlandske skip har større navigasjonsfrihet i den eksklusive økonomiske sone enn i territorialfarvannet, hvor denne er begrenset til uskyldig gjennomfart.¹¹⁵

Blant unntakene flaggstatene må etterkomme, er de rettighetene kyststaten har til å fastsette og håndheve forurensningsregler.

Imidlertid har også flaggstatene plikt til ikke å misbruke sine rettigheter i kyststatens eksklusive økonomiske sone.¹¹⁶ Dette følger av ordlyden i artikkel 58, 3. punkt.

3.4.2.2 Havrettskonvensjonen artikkel 211 (5)

Innenfor den eksklusive økonomiske sone er kyststatens lovgivningsjurisdiksjon fastsatt og begrenset av Havrettskonvensjonen artikkel 211 (5). Hovedformålet med denne bestemmelsen er å sikre ensartethet i internasjonal shipping.¹¹⁷ Det følger av kommentarene til Havrettskonvensjonen at denne bestemmelsen gjennomfører artikkel 56 (1) (b) (iii),¹¹⁸ som gir kyststatene hjemmel til å innføre lovgivning for beskyttelsen og ivaretagelse av det marine miljø.¹¹⁹

Ordlyden i artikkel 211 (5) er imidlertid at kyststatene «may» innføre

¹¹⁴ Ringbom (2009) s. 389

¹¹⁵ Ruud/Ulfstein (2006) s. 155

¹¹⁶ Tidligere omtalt i punkt 3.1.1

¹¹⁷ Molenaar (1998) s. 363

¹¹⁸ Kyststaten har «jurisdiction, as provided for in the relevant provisions of the Convention, with regard to the protection and the preservation of its zone».

¹¹⁹ Nordquist (1991) s. 204

bestemmelser for å hindre forurensning i den eksklusive økonomiske sone. Dette betyr altså at statene ikke plikter å innføre bestemmelser etter denne bestemmelsen. Imidlertid er det slik at dersom kyststaten velger å innføre slike bestemmelser, må de samsvare med og gjennomføre allment godkjente internasjonale regler og standarder fastsatt gjennom den kompetente internasjonale organisasjon eller ved alminnelig diplomatkonferanse.¹²⁰

Det følger videre av ordlyden i artikkel 211 (5) at kyststaten kan fastsette bestemmelser i den eksklusive økonomiske sone for «the prevention, reduction and control of pollution from vessels». Vilkåret er imidlertid at disse bestemmelsene må «[conform] to and [give] effect to generally accepted international rules and standards established through the competent international organization or general diplomatic conference». For alle praktiske formål er det IMO som er den kompetente internasjonale organisasjonen bestemmelsen viser til.

Dette innebærer to ting. For det første av ordlyden at kyststatens lovgivningskompetanse er begrenset til gjennomføring av den folkerettslige rettstilstanden når den innfører utslippsbestemmelser for den eksklusive økonomiske sone i sin nasjonale lovgivning.¹²¹ Dette står i motsetning til tilfeller hvor kyststaten har jurisdiksjonskompetanse til å innføre lovgivning som «at least have the same effect as», som for eksempel i artikkel 211 (2). Imidlertid reflekterer ordlyden i artikkel 211 (2) et annet formål enn ordlyden i (5). Etter (2) er statene som har ratifisert konvensjonen, i kraft av å være flaggstater, forpliktet til å pålegge sin skipsflåte miljøkrav som minst samsvarer med reglene som skal begrense forurensning. En slik plikt vil for eksempel ikke hindre navigasjonsfrihet, rett til uskyldig gjennomfart eller liknende. Men om en kyststat skulle innføre og eventuelt håndheve strengere regler enn det som er godtatt av det internasjonale samfunn, vil dette kunne påføre utenlandske skip som kun etterkommer de generelt aksepterte internasjonale reglene, store ulemper. Dette ville være et brudd på navigasjonsfriheten i den eksklusive økonomiske sone.

¹²⁰ Havrettskonvensjonen art. 211 (5)

¹²¹ Ringbom (2009) s. 390

Dette er et av de sentrale trekkene ved den eksklusive økonomiske sone. Her er alle stater gitt stor grad av frihet til å operere, i motsetning til for eksempel i territorialfarvannet, hvor de må etterkomme reglene om uskyldig gjennomfart. Kyststaten har imidlertid et ansvar for å regulere skipsforurensning, men dette begrenser seg til å lovfeste internasjonalt aksepterte regler med det formål å håndheve disse.¹²²

For det andre innebærer dette at ordlyden på samme tid fastsetter en maksimumsgrense og en minimumsgrense for hvor stor grad av jurisdiksjon kyststaten har. Rettsvirkningen av denne kombinasjonen får et noe merkelig resultat. Kyststatene som velger ikke å benytte seg av sin lovgivningskompetanse, har anledning til dette, jf. ordlyden «may». De kyststatene som derimot har valgt å benytte seg av lovgivningskompetansen artikkel 211 (5), er imidlertid forpliktet til å fastsette lover som samsvarer med og gjennomfører allment godtatte regler og standarder, selv om det i utgangspunktet er valgfritt å gjennomføre slik lovgivning. Dersom de fastsetter mindre strenge regler, vil dette derfor ikke være i tråd med Havrettskonvensjonen. Denne situasjonen vil typisk oppstå når kyststater ikke ønsker eller evner å følge utviklingen av internasjonale regler, men fortsetter å følge regler som tidligere var generelt akseptert. Dette har imidlertid ikke nødvendigvis så mye å si for hovedformålet med bestemmelsen. Formålet med artikkel 211 (5) er å sikre ensartethet. Skip som etter krav fra sin flaggstat etterkommer generelt aksepterte internasjonale regler etter artikkel 211 (2), vil antakelig også etterkomme mindre strenge krav hos enkelte kyststater.¹²³ Brudd på ensartetheten vil imidlertid kunne tenkes å oppstå der flaggstaten ikke evner eller ønsker å pålegge sin skipsflåte å etterkomme de internasjonalt aksepterte reglene. For kyststatens vedkommende må dette bli et spørsmål om håndhevelse og sanksjoner for overtredelse av eventuelle forurensningsbestemmelser. Håndhevelse behandles i kapittel 4.

Spørsmålet er videre om artikkel 211 (5) hjemler kyststatenes rett til å innføre navigasjonsbestemmelser i sin eksklusive økonomiske sone. Ordlyden nevner kun kyststatens adgang til å lovfeste bestemmelser med

¹²² Birnie (2009) s. 419

¹²³ Molenaar (1998) s. 363–364

formålet om «prevention, reduction and control of pollution from vessels». I prinsippet kan dette også omfatte navigasjonsbestemmelser, selv om ordlyden selv ikke omfatter dette. Artikkelen 211 (1) anerkjenner også behovet for navigasjonssystemer for å ivareta det marine miljø. Problemet er imidlertid å oppfylle vilkåret om at bestemmelsene skal være «generally accepted». Navigasjonsbestemmelser vil etter sin natur gjelde individuelt for sine områder. Det er derfor ikke klart om det vil kunne regnes som allment godtatte regler dersom en kyststat unilateralt ønsker å innføre særlige bestemmelser om navigasjonen i sin eksklusive økonomiske sone. Da ordlyden i artikkelen 211 (5) ikke gir noe eksplisitt unntak for nasjonale navigasjonsbestemmelser i den eksklusive økonomiske sone, tilsier dette at alle navigasjonsbestemmelser må godkjennes internasjonalt. Molenaar sier om dette at «... paragraph (5) stipulates that navigational measures applicable within the EEZ¹²⁴ have to be established at the international level».¹²⁵ Rettsvirkningen blir dermed at nasjonale navigasjonsbestemmelser med det formål å begrense forurensning må godkjennes av IMO.¹²⁶

Oppsummert kan det nevnes at kyststatenes lovgivningsjurisdiksjon i den eksklusive økonomiske sone etter havrettskonvensjonen er begrenset. Dette kom av stort press fra de maritime interesser under forhandlingene i forkant av konvensjonen. Det er derfor som hovedregel ikke adgang for kyststatene å innføre nasjonale CDEM-standarder, utslipps- eller navigasjonsstandarder som går ut over bestemmelsene i Havrettskonvensjonen. Det er allikevel i artikkelen 211 (6), gitt unntak for dette utgangspunktet i isdekte områder og i spesielle områder. Andre tiltak som også kan gjennomføres i den eksklusive økonomiske sone, er innførselen av såkalte «particularly sensitive areas», «areas to be avoided», trafikkseparasjon, losplikt og ankringsforbud.¹²⁷ Disse særskilte unntakene vil ikke behandles ytterligere i denne avhandlingen.

¹²⁴ Exclusive Economic Zone

¹²⁵ Molenaar (1998) s. 364

¹²⁶ Molenaar (1998) s. 365 og 382

¹²⁷ Tan (2006) s. 212

3.4.3 MARPOL 73/78-bestemmelser i den eksklusive økonomiske sone

Den eksklusive økonomiske sone ble først opprettet under forhandlingene til Havrettskonvensjonen. Dette var altså etter at MARPOL 73/78 var vedtatt. Denne sonen hadde derfor nødvendigvis ikke mottatt bred folkerettslig anerkjennelse på vedtakelsestidspunktet av MARPOL 73/78.

På tross av dette hindrer ikke MARPOL 73/78 i seg selv kyststatene i å utvide jurisdiksjonen ut over territorialfarvannet. Men ordlyden hjemler dette heller ikke eksplisitt.¹²⁸ MARPOL 73/78 skiller heller ikke mellom de forskjellige farvannssonene. Ordlyden i MARPOL 73/78 artikkel 9 (3) sier at jurisdiksjonsbegrepet i konvensjonen skal fortolkes i lys av «international law in force at the time of application or interpretation of the present Convention». Som tidligere nevnt er dette en rettslig standard som kan endre innhold etter som øvrige rettsregler og normer endrer innhold.¹²⁹ Det som gjelder for kyststatens lovgivningsjurisdiksjon i territorialfarvannet, må av denne grunn gjelde tilsvarende i den eksklusive økonomiske sone.

Som etterfølger av MARPOL 73/78 vil derfor de relevante bestemmelsene i Havrettskonvensjonen være avgjørende for tolkningen av hva som skal anses som statenes «jurisdiction». Den eksklusive økonomiske sone er som nevnt ikke en del av statenes territorium, men kyststaten har kun saklig avgrensede rettigheter her. Statene vil dermed ha rett til å innføre MARPOL 73/78-bestemmelser i den eksklusive økonomiske sone med det formål å hindre forurensning fra skip, så lenge det ikke går ut over grensene Havrettskonvensjonen setter. Alternativt kan Havrettskonvensjonen anses som folkerettslig sedvanerett. De grunnleggende elementene om kyststatsjurisdiksjon over skipsforurensning i den eksklusive økonomiske sone vil dermed kunne legges til grunn på denne måten.¹³⁰

Bestemmelsene i MARPOL 73/78, og andre internasjonale standarder som er vedtatt av IMO, vil således i konteksten til Havrettskonvensjonen

¹²⁸ Birnie (2009) s. 408

¹²⁹ Molenaar (1998) s. 366

¹³⁰ Molenaar (1998) s. 366z

artikkel 211 (5) representere den naturlige grensen for jurisdiksjon i den eksklusive økonomiske sone, der det foreligger mulighet for at kyststatens lovgivning vil forstyrre skipsfarten i større grad. Kyststaten har derfor svært lite selvbestemmelsesrett over hva slags lovgivning de ønsker å innføre for å hindre forurensning. Og som i territorialfarvannet har kyststaten ikke hjemmel til å fastsette egne CDEM-standarder eller å nekte gjennomfart.¹³¹

4 Håndhevelsesjurisdiksjon

4.1 Innledning

Som med all lovgivningsjurisdiksjon utenfor de indre farvann er kyststatens rett til å håndheve lovbestemmelsene som gjelder i territorialfarvannet og den eksklusive økonomiske sone, begrenset av Havrettskonvensjonen. Den folkerettslige sedvanerett tillot en viss form for suverenitetshåndhevelse¹³². Men Havrettskonvensjonen har kodifisert og videreutviklet dette til statenes håndhevelsesjurisdiksjon. Hvilke vilkår som må være oppfylt for at kyststaten kan utøve håndhevelsesjurisdiksjon over et utenlandsk skip, og hvilke tiltak som kan iverksettes, reguleres av Havrettskonvensjonen artikkel 220. Hvilke typer sanksjoner som kan ilegges, reguleres imidlertid av Havrettskonvensjonen artikkel 230.

Slik håndhevelse kan innebære flere typer tiltak fra kyststatens side. Basert på bevisene som foreligger, og hvor alvorlig overtredelsen har vært, gir artikkel 220 kyststaten rett til å iverksette en rekke tiltak med det formål å håndheve bestemmelsene som er fastsatt i samsvar med artikkel 211. Dette er for det første fysisk inspeksjon av skipet. Dette er gjerne regnet som den laveste av inngrepene, særlig når det skjer uten å forstyrre skipets gjennomfart. For det andre er det krav om utlevering av informasjon om skipet, herunder informasjon om identitet, tidligere

¹³¹ Birnie (2009) s. 419

¹³² Fleischer (2005) s. 116-117 og Ruud/Ulfstein (2006) s. 35

og fremtidig seiling og loggbøker for hvilken last som har vært om bord. For det tredje kan tilbakeholdelse og igangsettelse av rettslig forfølgelse iverksettes. Dette er tiltak som stort sett iverksettes etter at det foreligger bevis for at skipet har begått mer alvorlige overtredelser.

4.2 Håndhevelsesjurisdiksjon i territorialfarvannet

4.2.1 Innledning

Utgangspunktet for kyststatens håndhevelsesjurisdiksjon i territorialfarvannet er at territorialfarvannet er en del av kyststatens territorium. Derfor har kyststaten full jurisdiksjon i territorialfarvannet og kan således selv velge hvilken lovgivning den ønsker å implementere.¹³³ Dette utgangspunktet begrenses imidlertid av doktrinen om skips rett til uskyldig gjennomfart.¹³⁴

Kyststatens rett til håndhevelse overfor et utenlandsk skip i territorialfarvannet avhenger av

hvorvidt det fortsatt har retten til uskyldig gjennomfart i behold, eller om det av en eller annen grunn har mistet denne statusen. Diskusjonen må derfor differensieres mellom disse statusene.¹³⁵ Dersom et skip har mistet retten til uskyldig gjennomfart, vil staten som overveiende hovedregel ha full jurisdiksjonskompetanse over skipet.¹³⁶ Man må også ta hensyn til «beskyttelsesbestemmelsene¹³⁷» i Havrettskonvensjonen del XII, avsnitt 7.

4.2.2 Uskyldig gjennomfart

Uskyldig gjennomfart reguleres i del II og del XII av Havrettskonvensjonen. Utgangspunktet er at del II inneholder de generelle bestemmelsene om jurisdiksjon i territorialfarvannet, og del XII inneholder spesialbe-

¹³³ Se Havrettskonvensjonen artikkel 2 (1)

¹³⁴ Ringbom (2008) s. 384

¹³⁵ Molenaar (1998) s. 242

¹³⁶ Ringbom (2008) s. 384

¹³⁷ Prosessuelle bestemmelser for håndhevelse

stemmelsene og da særlig i artikkel 220 (2). Del XII er således *lex specialis* til del II. Havrettskonvensjonen krysshenviser mellom disse. Det kan derfor ikke legges ubetinget til grunn at del XII er *lex specialis* til del II, men man må se på det nærmere meningsinnholdet i de enkelte bestemmelser.¹³⁸

Uskyldig gjennomfart er definert i Havrettskonvensjonen artikkel 19. Her heter det i første ledd at gjennomfarten er uskyldig så lenge «... it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Such passage shall take place in conformity with this Convention and with other rules of international law». Utgangspunktet er altså at enhver gjennomfart er uskyldig.

Kyststaten må imidlertid oppfylle en rekke plikter i forbindelse med jurisdiksjonshåndhevelsen i territorialfarvannet. Dette følger av Havrettskonvensjonen artikkel 24. Første ledd i denne bestemmelsen sier at kyststaten ikke må hindre utenlandske skips uskyldige gjennomfart i territorialfarvannet. Det er kun unntak for dette dersom dette skjer «... in accordance with this convention». Denne plikten er spesifisert i bokstav (a) og (b) i bestemmelsen. Bokstav (a) oppstiller et forbud mot at retten til uskyldig gjennomfart hindres indirekte, ved å «impose requirements on foreign ships which have the practical effect of denying or impairing the right of innocent passage ...». Utenlandske skip skal altså ikke på noen måte pålegges krav som i praksis hindrer deres rett til uskyldig gjennomfart. Dette må anses som et utslag av forbudet mot unilateral lovgivning som bryter med konvensjonen.

En streng ordlydsfortolkning av denne bestemmelsen skulle dermed indikere at en kyststat etter konvensjonen allikevel kan innføre bestemmelser overfor egne skip, så lenge utenlandske skip ikke pålegges å etterkomme disse i territorialfarvannet. Imidlertid bestemmer bokstav (b) at kyststaten ikke kan diskriminere «in form or in fact against the ships of any State, or against ships carrying cargoes to, from or on behalf of any State». Ordlyden «any State» tilsier at selv ikke kyststatens egne skip kan underlegges strengere bestemmelser enn de som følger av konvensjonen. Dette må gjelde selv om innledningen i bestemmelsen kun nevner

¹³⁸ Molenaar (1998) s. 242

utenlandske skip eksplisitt. Kyststaten vil imidlertid i kraft av suverenitetsprinsippet kunne pålegge egne skip strengere regler enn det som følger av folkeretten. Vilkåret for dette er imidlertid at kyststaten har hjemmel for dette i nasjonal lov.

Videre regulerer Havrettskonvensjonen artikkel 220 (2) situasjonen når et skip forurensar i territorialfarvannet. Vilkåret for håndhevelse er at det foreligger «clear grounds» for at et skip har forurenset. Kyststaten kan her håndheve lovgivningen «without prejudice to the application of the relevant provision of Part II, section 3», med den følge at gjennomfarten hindres. Denne ordlyden indikerer klart at artikkel 220 (2) er en *lex specialis*-bestemmelse til artikkel 24, som forbyr inngripen i den uskyldige gjennomfart. Kyststaten har etter denne bestemmelsen rett til å igangsette fysisk inspeksjon av skipet. Dersom denne inspeksjonen eller øvrige bevis tilsier det, vil kyststaten også ha hjemmel til å iverksette rettsforfølgelse av skipet, som også inkluderer tilbakeholdelse av skipet, så lenge dette skjer i tråd med beskyttelsesbestemmelsene i del XII avsnitt 7. Hvilke håndhevels tiltak som kan iverksettes, vil måtte avgjøres etter en vurdering av hvor alvorlige overtredelser som har funnet sted. Mer om denne vurderingen vil omtales nedenfor.¹³⁹

Situasjonen kan være slik at det er grunn til å tro at personell på et skip som befinner seg i uskyldig gjennomfart, er ansvarlig for en overtredelse av miljøbestemmelsene som er fastsatt etter konvensjonen. Kyststaten kan i en slik situasjon ha ønske om og behov for å gripe inn overfor personellet om bord på skipet med sine straffebestemmelser. Havrettskonvensjonen artikkel 27 regulerer som utgangspunkt denne situasjonen. Utgangspunktet etter første ledd er at kyststaten ikke skal utøve sin egen strafferettslige jurisdiksjon om bord på et utenlandsk skip. Dette er et unntak fra det grunnleggende prinsippet om at kyststaten har samme jurisdiksjon på sitt sjøterritorium som på landterritoriet ellers. Det er imidlertid i tråd med prinsippet om at flaggstatene har jurisdiksjon over sine fartøy, uansett hvor disse måtte befinne seg i verden.

Artikkel 27 hjemler kun håndhevelsesjurisdiksjon for arrest av personer og gjennomføring av undersøkelser. Det følger imidlertid et unntak

¹³⁹ Molenaar (1998) s. 242

i andre ledd som hjemler kyststatens rett til å gjennomføre håndhevelsesjurisdiksjon i tråd med reglene for situasjonen hvor skipet har forlatt de interne farvann, uten hensyn til begrensningene som påligger territorialfarvannet for øvrig.

Artikkel 27 lister opp tre typer strafferettslig jurisdiksjon overfor utenlandske skip. I første ledd omtales situasjonen hvor et skip er i ferdsl gjennom territorialfarvannet og har begått en overtredelse der. I bokstavene (a) til (d) listes opp situasjonene hvor kyststaten kan håndheve uten hensyn til hovedregelen. Kyststatsinteressen er i disse tilfellene ansett å veie tyngre enn flaggstatsinteressen om navigasjonsfrihet.¹⁴⁰ For skipsforurensnings vedkommende er det bokstav (a) og (b) som er mest aktuelle. Vilkåret for håndhevelse etter (a) er at overtredelsen «extend to the coastal State». Fordi territorialfarvannet rettslig sett er en del av statens territorium, vil dette vilkåret være oppfylt allerede når overtredelsen skjer, uavhengig av størrelsen eller retningen av utslippet. Håndhevelse kan også skje etter bokstav (b), dersom overtredelsen «disturb the good order of [kyststatens] territorial sea». Molenaar legger til grunn at «[h]owever, Article 27 seems unable to justify enforcement in the form of physical inspection or detention for violations of CDEM standards, SRSs [skipsrapportering] or VTSs [trafikksystemer]. Nevertheless, the *lex specialis* rule allows enforcement where this is nevertheless possible under the terms of Article 220 (2)».¹⁴¹ Ordlyden «crime» i bokstav (b) er altså ikke i utgangspunktet ment å omfatte miljøkriminalitet, men retter seg mer mot den vanlige betydningen av straffbare handlinger. Havrettskonvensjonen artikkel 220 (2) vil derimot omfatte straffbare overtredelser miljøbestemmelser fastsatt i samsvar med statens lovgivningsjurisdiksjon i konvensjonens artikkel 211 (4).

Spørsmålet er videre om ordlyden «should» i første ledd angir at kyststaten etter internasjonal rett ikke har ubetinget plikt til å håndheve overtredelser, men at dette følger av folkerettslig sedvane og god tro. Molenaar legger til grunn at «[t]his implies that in situations not falling under the four listed cases, coastal States would nevertheless have the

¹⁴⁰ Molenaar (1998) s. 243

¹⁴¹ Molenaar (1998) s. 244

right to take enforcement action ... [t]his issue is not very relevant for violations of vessel-source pollution regulations, since these would either fall under the these four cases or under Article 220 (3)». ¹⁴² Det er imidlertid slik at ordlyden som anvendes, er «may». Dette kan leses som at artikkel 220 ikke pålegger kyststaten noen ubetinget forpliktelse til å gripe inn overfor et skip som har forurenset i territorialfarvannet. Hjemmelen for kyststatens plikt til å håndheve miljøbestemmelsene i en slik situasjon må derfor være generalklausulen i Havrettskonvensjonen artikkel 192 og artikkel 194, som sier at kyststaten «shall» gjennomføre alle nødvendige tiltak for å hindre forurensning. For at kyststatene skal opptre i tråd med sin generelle forpliktelse til å hindre forurensning, vil de måtte håndheve og eventuelt straffeforfølge skip som oppfyller vilkårene for dette etter artikkel 220.

I artikkel 220 (2) omtales situasjonen hvor et skip i gjennomfart gjennom territorialfarvannet har overtrådt en bestemmelse i kyststatens interne farvann. Her har kyststaten som hovedregel ubegrenset jurisdiksjon etter reglene som gjelder for denne sonen. Artikkel 218, 219 og 220 tar ikke hensyn til denne situasjonen. Molenaar legger til grunn at dette betyr at «... the 'clear grounds' requirement incorporated in article 220 (2) would not apply in the situation covered by Article 27 (2), although the safeguards contained in Articles 24 and 27 (4) require that coastal States take all interests into account». Det faktum at ordlyden i (2) bare refererer til «arrest», og ikke til «arrest any person», som (1) og (5), indikerer at denne bestemmelsen også er utvidet til å omfatte kyststatens rett til å holde tilbake skip. ¹⁴³

I artikkel 220 (5) omtales situasjonen hvor et skip kommer fra en fremmed havn, og har begått en overtredelse utenfor territorialfarvannet ¹⁴⁴, men seiler i territorialfarvannet. Kyststatsjurisdiksjonen er som utgangspunkt etter artikkel 27 (5) eksplisitt unntatt i et slikt tilfelle. Ordlyden i artikkel 27 (5) oppstiller imidlertid et unntak for bestemmelsene i konvensjonens del XII. Dette innebærer at kyststaten har sin

¹⁴² Molenaar (1998) s. 244

¹⁴³ Molenaar (1998) s. 244

¹⁴⁴ Altså i kyststatens egen eksklusive økonomiske sone

jurisdiksjon intakt i territorialfarvannet i artikkel 220 (3)-, (5)- og (6)-situasjoner.¹⁴⁵

Interessene til de maritime stater er også førende for hvordan og hvilke inngrep kyststaten kan gjennomføre. Det er åpenbart at ethvert håndhevelsestiltak på en eller annen måte vil hindre den uskyldige gjennomfart. Spørsmålet blir imidlertid derfor hvordan håndhevelsen skal gjennomføres. Dette er regulert i artikkel 27 (4), som oppstiller noen av de samme hindringene som i artikkel 24. Ordlyden i denne bestemmelsen sier at de lokale myndigheter skal ta «due regard to the interests of navigation». I denne formuleringen ligger det et krav om at håndhevelsen må være rimelig. Selv om det ikke er klart henvist til i ordlyden, vil utøvelsen av håndhevelse for å hindre skipsforurensning etter artikkel 27 etter *lex-specialis*-prinsippet være underlagt beskyttelsesbestemmelsene i del XII, avsnitt 7.¹⁴⁶

Den grunnleggende forskjellen mellom lovgivning og håndhevelse er at håndhevelsestiltakene vil medføre et midlertidig opphør av retten til å fortsette gjennomfarten. Dette betyr imidlertid ikke at lovlig håndhevelse innebærer opphør av retten til uskyldig gjennomfart. Det rettslige utgangspunktet er at kyststaten ikke hindrer uskyldig gjennomfart når den benytter seg av rimelige håndhevelsestiltak, så fremt disse for øvrig er lovlige.¹⁴⁷

Reglene i Havrettskonvensjonen del II oppstiller en del generelle bestemmelser som er relevante for håndhevelsesregimet i territorialfarvannet. Artikkel 220 (2) omhandler skipsforurensning i territorialfarvannet spesielt. Etter ordlyden omfatter denne bestemmelsen kun skip som er i gjennomfart i territorialfarvannet. Kyststaten har som hovedregel tre typer tiltak som kan iverksettes ved forurensning i territorialfarvannet. For det første kan det foretas fysisk inspeksjon av skipet. Dette innebærer også en rett til å be skipet om informasjon. Selv om dette ikke er sagt eksplisitt i ordlyden, må dette regnes som en del av retten til fysisk inspeksjon.¹⁴⁸ Dersom bevisene fra den fysiske inspeksjonen, eller bevisene

¹⁴⁵ Molenaar (1998) s. 244

¹⁴⁶ Molenaar (1998) s. 245

¹⁴⁷ Molenaar (1998) s. 245

¹⁴⁸ Molenaar (1998) s. 245

for øvrig, for eksempel fra overvåkning av skipet, tilsier det, vil kyststaten ha ytterligere rett til håndhevelsestiltak. For det første kan det innledes rettsforfølgning mot skipet. Denne retten til rettsforfølgning innebærer rett til tilbakeholdelse av skipet. Ordlyden i andre ledd henviser imidlertid også til bestemmelsene i avsnitt 7. Dette er i all hovedsak prosessuelle bestemmelser som skal sikre at kyststaten ikke misbruker sine rettigheter og ivaretar skipets rettssikkerhet for øvrig. Denne henvisningen kan anses som en test av rimelighetskravet som ble omtalt ovenfor.¹⁴⁹

Vilkåret for å iverksette håndhevelsestiltak etter artikkel 220 (2) er at det foreligger «clear grounds for believing» at et skip som passerer gjennom territorialfarvannet, har forurenset der. Kravet om «clear grounds» er i seg selv en indikasjon på at håndhevelsen må være rimelig. Dersom overtredelsen er for liten, vil det ikke være rimelig å iverksette håndhevelsestiltak som er inngripende overfor skipet og hindrer skipets rett til uskyldig gjennomfart.¹⁵⁰

Spørsmålet om hvorvidt kyststaten kan beordre et skip til havn for å utføre fysisk inspeksjon der, nevnes ikke eksplisitt i ordlyden. Denne gir imidlertid kun hjemmel for tilbakeholdelse av skip «where the evidence so warrants». Imidlertid forbyr heller ikke ordlyden en slik løsning. Molenaar anfører følgende om dette:

«A pragmatic approach to this indistinctness, would be to allow, under certain circumstances, coastal State to order a vessel under suspicion to proceed to one of their ports ... Nevertheless, in light of the considerable interference with navigation and the delay caused by diverting to a port, coastal States should exercise a large degree of constraint in deciding on such an order. The test of 'reasonableness' would *inter alia* limit enforcement to the more serious violations with considerable effects on the environment of the coastal State.»

Det er flere grunner som kan støtte et slikt syn. For det første er hensynet til navigasjonsfriheten gjennomgående sterkt i Havrettskonvensjonen

¹⁴⁹ Molenaar (1998) s. 245

¹⁵⁰ Molenaar (1998) s. 245

(jf. for eksempel art. 24) og i havretten for øvrig. For det andre sier ordlyden i Havrettskonvensjonen artikkel 25 også kun at kyststaten kan ta de nødvendige skritt for å unngå gjennomfart som ikke er uskyldig. Endelig har kyststaten i (5) og (6) i artikkel 220 hjemmel til langt sterkere inngrep mot et skips uskyldige gjennomfart enn i (2). Det er etter disse bestemmelsene kyststaten får hjemmel til å tilbakeholde skip og iverksette rettslig forfølgelse av skipet. Det gjelder imidlertid vesentlig strengere vilkår for å iverksette disse tiltakene enn det som foreskrives i (2).

Reglene og standardene som kan håndheves etter (2), er «laws and regulations of that State adopted in accordance with this Convention or applicable international rules and standards». Dette refererer først og fremst til kyststatens lovgivningsjurisdiksjon. Håndhevelse er heller ikke betinget av en skadefølge etter utslippet. Her må det imidlertid igjen sees hen til rimelighetsvurderingen under artikkel 24. Et lite utslipp vil etter denne standarden ikke nødvendigvis hjemle tiltak som fysisk inspeksjon eller tilbakeholdelse som rimelig.¹⁵¹

Kystsatsjurisdiksjon i territorialfarvannet er også mulig for overtredelser som er begått i den eksklusive økonomiske sone og således omfattes av artikkel 220 (3). Artikkel 220 (3), (5) og (6) hjemler håndhevelse både mot skip som navigerer i territorialfarvannet og i den eksklusive økonomiske sone. Dette indikerer at grunnlaget for håndhevelsen derfor er stedet for overtredelsen snarere enn hvor overtrederen befinner seg.¹⁵²

Kyststaten kan etter Havrettskonvensjonen artikkel 25 (2) ta «necessary steps» for å forhindre brudd på forurensningsbestemmelser i territorialfarvannet. Det gjelder imidlertid ingen slik hjemmel utenfor territorialfarvannet.¹⁵³

4.2.3 Ikke-uskyldig gjennomfart

Spørsmålet er videre når et skips gjennomfart går fra å være uskyldig til å bli ikke-uskyldig.

For det første må skipet være i «gjennomfart». Dette er definert i

¹⁵¹ Molenaar (1998) s. 247

¹⁵² Molenaar (1998) s. 248

¹⁵³ Molenaar (1998) s. 248

Havrettskonvensjonen artikkel 18. For det første innebærer dette at skipet krysser territorialfarvannet uten å entre det interne farvann eller et havneanlegg utenfor indre farvann. Skipet kan også krysse territorialfarvannet etter å ha befunnet seg i det indre farvann eller ved et havneanlegg. For det andre må gjennomfarten være «continuous and expeditious». Ankring er kun tillatt så lenge dette er et ledd i den ordinære seilassen eller nødvendig på grunn av en nødsituasjon. Tar skipet stasjonært opphold ut over dette, vil dette medføre et brudd på gjennomfarten. Da vil kyststaten ha rett til å utøve full jurisdiksjon. Grunnen er at hensynet til kyststatens kontrollbehov i et slikt tilfelle vil veie tyngre enn skipets behov for navigasjonsfrihet.¹⁵⁴

Hva som er uskyldig gjennomfart, er nærmere definert i Havrettskonvensjonen artikkel 19 (1). Vilkåret for at gjennomfarten er uskyldig er at den ikke er «prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State». I (2) oppregnes en liste over tilfeller hvor gjennomfarten skal anses som ikke-uskyldig. For skipsforurensningens vedkommende er det bokstav h som er mest relevant. Den setter som vilkår for ikke-uskyldig gjennomfart at skipets forurensning er «wilful and serious». Disse vilkårene er problematiske av flere grunner. De aller fleste operasjonelle utslippene er forsettlig og derfor «wilful». Imidlertid er de sjelden «serious» når de vurderes individuelt. Motsatt kan et fartøy som er involvert i en ulykke, foreta et utilsiktet utslipp som kan omfattes av vilkåret «serious». En slik ulykke vil imidlertid aldri kunne kalles «wilful». Det er etter dette ikke klart hva som skal til for at begge vilkårene er oppfylt samtidig.

En streng ordlydsfortolkning av vilkårene i artikkel 19 (2) (h) medfører imidlertid at kyststaten ikke ville ha hjemmel til å nekte gjennomfart for et skip som representerer en potensiell forurensningsfare fordi det for eksempel enten er i så dårlig forfatning at faren for forurensning vil være stor, eller at lasten det frakter, er så farlig at dersom noe skulle tilstøte skipet, ville det medføre alvorlig forurensning. Også sett i sammenheng med de strenge vilkårene for håndhevelse i ordlyden til artikkel 220 vil dette være resultatet. Oppfatningen om at kyststaten i et slikt tilfelle

¹⁵⁴ Fleischer (2005) s. 119

allikevel må ha hjemmel til å nekte skipet gjennomfart før en forurensningsskade faktisk finner sted, har i den senere tid fått økt støtte.¹⁵⁵ Begrunnelsen for det er følgende: Kyststaten har for det første suverenitet i territorialfarvannet. Unntak gjelder, som nevnt her, kun dersom utenlandske skip utøver sin rett til uskyldig gjennomfart. For det andre hjemler Havrettskonvensjonen artikkel 221 (1), en rett for kyststaten til å gjennomføre tiltak for å beskytte sine interesser «proportionate to the actual og threatened damage». Tan anfører følgende om dette:

«This confirms the right of intervention granted by the 1969 Intervention Convention ... There must thus exist an equal or more extensive (albeit implicit) right in the territorial sea».¹⁵⁶

Kyststaten har etter Havrettskonvensjonen artikkel 25 (1) rett til å hindre gjennomfart som ikke er uskyldig. Det er folkerettslig sedvane at kyststaten kan utvise et skip som ikke er i uskyldig gjennomfart. Når skipets gjennomfart ikke lenger er uskyldig, får kyststaten, som nevnt i innledningen, full jurisdiksjon over skipet. Dette innebærer at kyststaten har rett til å iverksette alle vanlige håndhevels tiltak fastsatt i artikkel 27 og artikkel 220 (2), samt retten til å utvise skipet fra territorialfarvannet.¹⁵⁷

Retten til utvisning av skip følger av ordlyden «necessary» i artikkel 25 (1). Kyststaten har altså rett til å ta de nødvendige skritt for å beskytte seg. Denne ordlyden setter ingen klare grenser for hvor langt kyststaten kan gå. Begrensningene ligger imidlertid i internasjonale sedvanerettslige regler om rimelighet og nødvendighet av et tiltak. Videre følger det av artikkel 230 at andre strafformer enn økonomiske straffer er mulig for «wilful and serious pollution in the territorial sea». Kyststaten kan imidlertid bestemme seg for ikke å utvise skipet fra sitt territorialfarvann, men å i stedet iverksette strafforfølgelse. I tillegg omtaler artikkel 220 (2) håndhevelser for «passage» i territorialfarvannet, ikke «innocent passage». Skip som ikke er i uskyldig gjennomfart, er derfor saklig omfat-

¹⁵⁵ Tan (2006) s. 208 og Ringbom (2009) s. 386

¹⁵⁶ Tan (2006) s. 208 fotnote 570

¹⁵⁷ Molenaar (1998) s. 249

tet av art. 220 (2). Det følger av en «mer til det mindre»-betraktning, hvor utvisning er ansett som den strengeste sanksjonen, at kyststaten også skal ha rett til å gjennomføre mindre inngripende tiltak.¹⁵⁸

Rettsvirkningen av dette blir at skip i ikke-uskyldig gjennomfart taper sin *rett* til uskyldig gjennomfart. Overtredelse av kyststatens lover og bestemmelser som sådan tillater kun forstyrrelse av gjennomfarten, men fører ikke til tap av retten for øvrig.¹⁵⁹

4.3 Den tilstøtende sone

Den såkalte tilstøtende sone ligger utenfor territorialfarvannet og strekker seg ut til 24 nautiske mil utenfor grunnlinjen. Dette er regulert i Havrettskonvensjonen artikkel 33 (2), som sier at «[t]he contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured».

Den tilstøtende sone er en tollsone hvor kyststaten etter Havrettskonvensjonen artikkel 33 (1) har rett til å «... prevent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea». Kyststaten har således ingen særlig suverenitet i den tilstøtende sone. Den er kun en materielt avgrenset sone hvor enkelte av kyststatens lover kan håndheves. Den tilstøtende sone er heller ikke spesielt nevnt i Havrettskonvensjonen artikkel 211. Dette støtter synet om at kyststaten ikke har særlige rettigheter vedrørende forurensning her.

Det er særlig to spørsmål som er relevante vedrørende kyststatsjurisdiksjon over skipsforurensning i den tilstøtende sonen.

For det første tillater Havrettskonvensjonen artikkel 33 (1) kun hindring og straffølgelse av overtredelse av kyststatsbestemmelser som er begått «within the territory or territorial sea», noe som inkluderer de interne farvann. Molenaar sier følgende om dette:

«The distinction between prevention and punishment reflects a

¹⁵⁸ Molenaar (1998) s. 249–250

¹⁵⁹ Molenaar (1998) s. 250

difference between inward and outward bound ships respectively. The scope of enforcement powers is rendered uncertain due to the generally formulated term 'necessary', and the possible implications of the distinction between prevention and punishment.»¹⁶⁰

Problemet her er altså at det er uklart om reglene i den tilstøtende sone kan håndheves, og om det har betydning om skipene som bryter forurensningsbestemmelsene, er på vei inn eller på vei ut av territorialfarvannet.

For det andre er det slik at artikkel 33 kun hjemler kontroll med de fire typene lovgivning som er opplistet i bestemmelsen. Det gis ingen eksplisitt referanse til forurensingslovgivningen. Enkelte forfattere støtter en bred tolkning av denne bestemmelsen og hevder at ordlyden «sanitary laws» omfatter forurensning. Imidlertid skiller både artikkel 19 og 21 mellom begrepene «sanitary» og «pollution». Dette taler for at begrepet «sanitary»¹⁶¹ ikke skal tolkes så vidt at det omfatter forurensning. Til støtte for dette synspunktet anfører Molenaar følgende:

«Moreover, coastal states have expressly been granted jurisdiction over 'the protection and preservation of the marine environment' within the EEZ. With this explicit competence, in the EEZ, it seems unlikely that the negotiators at UNCLOS III intended to include pollution under the term 'sanitary'.»¹⁶²

Dette er støttet av Bodansky, som anfører at:

«... [artikkel 33] does not specify whether coastal states also have prescriptive authority to prohibit acts or conditions in the contiguous zone that might adversely affect their territorial sea. In any event, the provision clearly does not recognize the prescriptive or enforcement authority of the coastal state to protect the environment of the contiguous zone itself.»¹⁶³

¹⁶⁰ Molenaar (1998) s. 276

¹⁶¹ «helse», jf. den norske oversettelsen i UD's traktatregister

¹⁶² Molenaar (1998) s. 277

¹⁶³ Bodansky (1991) s. 755–756

Det må etter dette være klart at kyststaten ikke har noen særlig hjemmel i Havrettskonvensjonen til å vedta lovbestemmelser for å håndheve bestemmelser om, eller kontrollere skipsforurensning særskilt i, den tilstøtende sone. Kyststatens håndhevelse av skipsforurensning i denne sonen må derfor følge reglene som gjelder i den eksklusive økonomiske sone.

4.4 Håndhevelsesjurisdiksjon i den eksklusive økonomiske sone

Hovedbestemmelsen for håndhevelse av miljøbestemmelser i Havrettskonvensjonen er artikkel 220 (3), (5) og (6). Etter disse har kyststaten hjemmel til å gjennomføre forskjellige typer håndhevelsestiltak, alt avhengig av alvorlighetsgraden av utslippene og hvor sterke bevis for overtredelse som foreligger.¹⁶⁴

Alle disse leddene omhandler situasjonen hvor et skip har begått en overtredelse i den eksklusive økonomiske sone, og enten fortsatt seiler i den eksklusive økonomiske sone eller i territorialfarvannet. Skipet kan altså befinne seg enten i den eksklusive økonomiske sone eller territorialfarvannet når håndhevelsen iverksettes.

En streng ordlydsfortolkning av artikkel 220 (3), (5) og (6) tilsier at kyststaten kun har hjemmel for håndhevelse i den eksklusive økonomiske sone der overtredelsen begås i selve den eksklusive økonomiske sone. Situasjonen hvor en overtredelse har funnet sted i det interne farvann eller i territorialfarvannet, nevnes ikke. Spørsmålet blir derfor om håndhevelse kan iverksettes dersom utslippet har skjedd i en av de andre sonene, men skipet i mellomtiden har kommet seg ut til den eksklusive økonomiske sone.¹⁶⁵ Om dette anfører Molenaar følgende:

«The coastal State would, under such circumstances, not be able to make use of the right of hot pursuit pursuant to the specific requirements to laid down in Article 111 LOSC. There seems to be no fundamental reason why violations committed in the territorial sea should not be subject to enforcement when the offender is

¹⁶⁴ Molenaar (1998) s. 382

¹⁶⁵ Molenaar (1998) s. 383

navigating in the EEZ. Hakapää argues that the negotiations at UNCLOS III reflected that this situation needed no explicit attention in the text for the reason that ‘coastal state jurisdiction over violations in the territorial waters cannot be more restricted than coastal state jurisdiction over violations in the zone’. Nevertheless, it seems that the conditions incorporated in Article 220 (3, 5 and 6) would have to be met *mutatis mutandis* before any of the types of enforcement can be resorted to.»¹⁶⁶

Kyststaten har altså rett til å iverksette håndhevelsestiltak som er begått i territorialfarvannet overfor et skip som seiler i den eksklusive økonomiske sone. Imidlertid må vilkårene i artikkel 220 (3), (5) og (6) være oppfylt for at kyststaten skal ha slik hjemmel. Dette resonnementet må også kunne sies å ha støtte i rimelighetskravet som blant annet følger av Havrettskonvensjonen artikkel 27 (4). Skipet som har overtrådt en miljøbestemmelse i en sone som ligger nær kystlinjen, vil ikke ha noen berettiget forventning om å kunne unndra seg håndhevelse i en sone lenger ute. Kyststaten bør derfor ikke måtte ta hensyn til skipets «interest of navigation» og måtte avstå fra håndhevelse den uansett ville ha hatt hjemmel til i en sone nærmere land.

Overtredelser begått i interne farvann, men hvor skipet befinner seg i territorialfarvannet, blir derimot bedømt noe annerledes. Etter artikkel 27 (2) fremgår det at kyststaten fortsatt har ubegrenset håndhevelsesjurisdiksjon dersom et skip har forurenset i de interne farvann, men er på vei gjennom territorialfarvannet og håndhevelsen skjer der. Hensynet bak en slik regel kan synes å være at det i de aller fleste tilfeller er slik at de indre farvann har svært begrenset utstrekning og det ville være meget enkelt å unndra seg fulle sanksjoner fra kyststaten. Man kunne tenke seg en analogi til dette hvor kyststatens håndhevelsesjurisdiksjon i den eksklusive økonomiske sone var større der overtredelsen er begått i indre farvann, enn i territorialfarvannet. Imidlertid vil dette komplisere det allerede kompliserte håndhevelsesregimet i den eksklusive økonomiske sone. I praksis vil det derfor kreves at vilkårene for håndhevelse i artikkel 220 (3), (5) og (6) oppfylles før en overtredelse begått i interne farvann,

¹⁶⁶ Molenaar (1998) s. 383–384

blir håndhevet i den eksklusive økonomiske sone.¹⁶⁷

Endelig er spørsmålet om en overtredelse som er begått utenfor den eksklusive økonomiske sone, kan håndheves dersom skipet seiler i kyststatens eksklusive økonomiske sone. Svaret på dette er klart nei, med henvisning til utgangspunktet om havets frihet. Dette gjelder selv om utslippet påvirker kyststatens eksklusive økonomiske sone. Kyststaten må i de fleste slike tilfeller benytte seg av havnestatsjurisdiksjon etter artikkel 220 (1), i de tilfellene dette er mulig¹⁶⁸.

Etter artikkel 220 (3), (5) og (6) har kyststaten hjemmel til å iverksette forskjellige typer håndhevelses tiltak, med forskjellig innvirkning på navigasjonsfriheten. Vilkårene for å iverksette forskjellige typer tiltak øker imidlertid med graden av inngripen.

I (3) er vilkåret for håndhevelse at kyststaten har «clear grounds for believing» at et skip har begått en overtredelse i den eksklusive økonomiske sone. Kyststaten får deretter hjemmel til å «require the vessel to give information regarding its identity, and port of registry, its last and its next port of call, and other relevant information to establish whether a violation has occurred». Denne bestemmelsen krever ikke at overtredelsen skal ha hatt noen etterprøvable skadefølge for at kyststaten skal kunne iverksette tiltak mot skipet. Det er jo nettopp gjennom disse tiltakene det skal være mulig å klarlegge om det har forekommet en overtredelse eller ikke. Allikevel er det først når kyststaten har «clear grounds for believing» at det har forekommet en overtredelse, at det foreligger hjemmel for fysisk inspeksjon av et skip. Det vil være et spørsmål i hvert enkelt tilfelle om dette vilkåret er oppfylt eller ei. Molenaar legger til grunn at «[m]eeting this requirement depends, for discharge violations, to a large extent on the stringency of discharge standards and the probative value of visual observations»¹⁶⁹.

I (5) er vilkåret for håndhevelse strengere. For det første må det også her foreligge «clear grounds» for å tro at dette har forekommet en overtredelse, slik som i (3). For det andre må denne overtredelsen ha resultert

¹⁶⁷ Molenaar (1998) s. 384

¹⁶⁸ Molenaar (1998) s. 384

¹⁶⁹ Molenaar (1998) s. 385

i en «substantial discharge» som har medført, eller har fare for å medføre, «significant pollution of the marine environment». For det tredje er det også kun hjemmel for å gripe inn dersom «the vessel has refused to give information or if the information supplied by the vessel is manifestly at variance with the evident factual situation and if the circumstances of the case justify such inspection». Av ordlyden går det ikke klart frem verken hva som skal til for å oppfylle vilkåret om «substantial discharge» eller hva som eventuelt kan medføre at «the circumstances of the case justify such inspection». MARPOL 73/78 spesifiserer imidlertid dette i Regulation 9 (3):

«Whenever visible traces of oil are observed on or below the surface of the water in the immediate vicinity of a ship or its wake, Government parties to the Convention should ... promptly investigate the facts bearing the on the issue of whether there has been a violation of the provisions of this Regulation or Regulation 10 of this Annex.»

Regulation 10 viser på sin side tilbake til regulation 9. Denne ordlyden tilsier at så fort et utslipp er synlig på overflaten, og dette er i nærheten av skipet, vil dette være nok til å karakterisere utslippet som betydelig. Dersom skipet videre nekter å oppgi informasjon, eller informasjonen som er oppgitt, åpenbart avviker fra de faktiske forhold, og sakens forhold tilsier det, vil kyststaten ha hjemmel for å gripe inn. Rettsvirkningen av denne ordlyden må innebære at dersom det er klart at det har forekommet en overtredelse som har medført et betydelig utslipp, og skipet har oppgitt informasjon som samsvarer med dette, vil ikke kyststaten lenger på grunnlag av mistanken kunne hindre skipets gjennomfart. Andre sanksjoner vil imidlertid kunne ilegges etter omstendighetene,¹⁷⁰ men skipet mister for øvrig ikke retten til uskyldig gjennomfart.

I (6) er vilkårene for håndhevelse enda strengere. Her må det for det første foreligge «clear objective evidence» for at et skip som seiler i den eksklusive økonomiske sone eller i territorialfarvannet, har begått en

¹⁷⁰ Se Havrettskonvensjonen artikkel 230

overtredelse som er referert til i (3). For det andre er vilkåret for håndhevelse at utslippet har medført en «... major damage or threat of major damage to the coastline or related interests of the coastal State, or to any resources of its territorial sea or exclusive economic zone ...». I motsetning til (3) er det klart at ved overtredelser etter (5) og (6) kreves det at overtredelsen har medført en skadefølge, eller at det er fare for en skadefølge etter utslippene. Fysiske inspeksjoner er først tillatt når dette er på det rene. Det er kun artikkel (6) som hjemler kyststatens rett til å iverksette tilbakeholdelse og rettsforfølgelse. Ordlyden i artikkel 220 må her leses slik at det kun er i (6)-situasjoner dette kan gjøres. Molenaar legger til grunn at «[t]he institution of proceedings, including detention, is only allowed in cases where the violation results in a 'discharge causing major damage or threat of major damage'. Here, the discharge itself is not further qualified, but has to cause or threaten 'major damage', which is apparently more serious than 'significant pollution'». ¹⁷¹ Videre er det slik at både (5) og (6) ikke bare hjemler inngrep ved tilfeller som faktisk har medført forurensning eller skade på miljøet, men også ved utslipp som medfører fare for dette. ¹⁷²

Et videre vilkår for at fysisk inspeksjon skal være tillatt, er at forurensningen eller skaden skal påføres det marine miljø. Begrepet «marine environment» er ikke definert i Havrettskonvensjonen. Imidlertid er begrepet «pollution of the marine environment» definert i Havrettskonvensjonen artikkel 1 (1) (4), men her sies det heller ingenting om avgrensningen av det marine miljø. Artikkel 220 (6) omfatter «coastline or related interests of the coastal State». Imidlertid er verken kystlinjen eller kyststatens interesser nevnt i artikkel 1 (1) (4). Det er derfor uklart om det er noen forskjell på ordlyden i artikkel 220 (5) og (6), eller om de omfatter de samme områdene. ¹⁷³

I tillegg til Havrettskonvensjonen artikkel 220, som omfatter de operasjonelle utslippene, gir artikkel 221 kyststaten hjemmel til å håndheve tiltak for å begrense forurensning som oppstår som følge av

¹⁷¹ Molenaar (1998) s. 387

¹⁷² Molenaar (1998) s. 387

¹⁷³ Molenaar (1998) s. 387

utslippte utslipp, som havarier. Hjemmelen for å gjøre dette utenfor territorialfarvannet er ordlyden i (1) «... to take and enforce measures beyond the territorial sea proportionate to the actual or threatened damage ...». Her kommer også rimelighetskriteriet tilbake. Det vil være et brudd på denne bestemmelsen dersom tiltakene som iverksettes, går utenfor det som etter en konkret vurdering måtte være rimelig. Ordlyden sier også at slike tiltak kan gjøres utenfor territorialfarvannet. I dette ligger det at tiltak mot forurensning fra ulykker også kan gjennomføres i den åpne hav. Retten til å treffe og håndheve tiltak er antatt å gjelde retten til å nekte et skip som er involvert i et havari, retten til å seile inn i den eksklusive økonomiske sone, eller utvise skipet derfra, så fremt alle øvrige vilkår for dette er til stede.¹⁷⁴

Havrettskonvensjonen inneholder ingen særbestemmelser for håndhevelsestiltak i den eksklusive økonomiske sone mot skip som frakter farlig last.¹⁷⁵

5 Oppsummering og konklusjoner

Denne avhandlingens hovedformål har vært å undersøke hvilke folkerettslige rettigheter og plikter kyststatene har til å lovfeste og håndheve bestemmelser med det formål å hindre utslipp av olje fra skip i sine territorialfarvann og eksklusive økonomiske soner.

På miljørettens område skjedde det stor utvikling i årene før vedtaket av FNs Havrettskonvensjon i 1982. På grunn av den økte skipstrafikken og de miljøbelastningene dette medførte, vokste det fram en holdning om at forurensning fra skip ikke lenger kunne regnes som en del av havets frihet. Dette medførte også opprettelsen av konvensjoner som var ment å hindre forurensningen, deriblant MARPOL 73/78.

Hovedregelen er fortsatt at flaggstaten som utgangspunkt har jurisdiksjon over sine fartøy, uansett hvor de måtte ferdes. Kyststatene har derfor

¹⁷⁴ Molenaar (1998) s. 388

¹⁷⁵ Molenaar (1998) s. 388

kun hjemmel til å lovfeste eller håndheve regler som griper inn mot utenlandske skip der det foreligger folkerettslig grunnlag for dette. På miljørettens område er statene forpliktet til å beskytte det marine miljø under deres kontroll etter Havrettskonvensjonen artikkel 192. Derimot er det kun flaggstatene som er forpliktet til å sikre gjennom lovgivning og håndhevelse at deres skipsflåte ikke forurenser, se Havrettskonvensjonen artikkel 211 (1) og (2), og artikkel 217. Kyststatene har langt større grad av valgfrihet i hvorvidt de ønsker å utøve (ekstra-)territoriell jurisdiksjon overfor utenlandske skip, se Havrettskonvensjonen artikkel 211 (4) og (5) og artikkel 220. Dette er et utslag av prinsippet om at flaggstatene har den primære jurisdiksjon over sine skip.

Kyststatens lovgivningsjurisdiksjon og håndhevelsesjurisdiksjon er heller ikke sammenfallende størrelser. Selv om kyststaten måtte ha en rett og plikt til å lovfeste regler for å hindre skipsforurensning i sine soner er det ikke dermed klart at kyststaten har rett til å håndheve de samme reglene overfor et utenlandsk skip. Det er som utgangspunkt flaggstaten som etter Havrettskonvensjonen artikkel 217 (4) skal iverksette undersøkelser og rettsforfølging «without prejudice to articles 218, 220, and 228» dersom det antas at et skip har gjort seg skyldig i en overtredelse av internasjonale regler. Kyststatens rett til jurisdiksjon overfor utenlandske skip representerer således et unntak fra hovedregelen om full flaggstatsjurisdiksjon.

Forhandlingene til Havrettskonvensjonen endte med et kompromiss hvor flaggstatsjurisdiksjon og kyststatsjurisdiksjon ble fordelt ut i fra hvor stor interesse de hadde i de forskjellige farvannssonene. Særlig var dette klart under fremforhandlingen av Havrettskonvensjonen del XII om vern og bevaring av det marine miljø.

I territorialfarvannet har kyststaten etter suverenitetsprinsippet rett til å lovfeste og håndheve en stor del av den nasjonale lovgivning. Artikkel 211 (4) gir kyststaten stor frihet til å lovfeste bestemmelser for å hindre, begrense og kontrollere forurensning fra fremmede skip. Dette gjelder allikevel ikke helt unntaksfritt. Retten til uskyldig gjennomfart, samt internasjonale CDEM-standarder må tillates. Imidlertid kan nasjonal lovgivning pålegges fremmede skip i uskyldig gjennomfart. Uskyldig gjennomfart er således ingen fripolise til å forurense i territorialfarvannet

hvor kyststaten ellers har forbudt dette.

Havrettskonvensjonen innrømmer også kyststaten svært stor frihet i å utøve håndhevelsesjurisdiksjon i territorialfarvannet. Det følger av artikkel 220 (2) at kyststaten har hjemmel til å iverksette fysisk inspeksjon av skipet angående overtredelsen, og kan innlede rettsforfølgning når bevismaterialet tilsier det, herunder holde skipet tilbake i samsvar med sin lovgivning, med forbehold for beskyttelsesbestemmelsene i avsnitt 7. Kyststaten har alltid rett til å rettsforfølge overtredelser som har funnet sted der. Imidlertid må Kyststaten ved utøvelsen av håndhevelsestiltak i alle tilfelle vurdere hvilke tiltak som er rimelige.

Opprettelsen av den eksklusive økonomiske sone slik den eksisterer i dag, var en av de store nyvinningene i Havrettskonvensjonen. Denne gir kyststaten langt større grad av geografisk jurisdiksjon enn den tidligere hadde hatt. Kyststatens rett til utøvelse av både lovgivning og håndhevelse er imidlertid sterkt begrenset, og kyststaten har kun rett til å utøve enkelte funksjonelt avgrensede rettigheter.

I den eksklusive økonomiske sone, i motsetning til i territorialfarvannet, er kyststatens lovgivningskompetanse etter artikkel 211 (5) begrenset til å vedta lover og forskrifter som er i samsvar med og gjennomfører allment godtatte internasjonale regler og standarder fastsatt gjennom den kompetente internasjonale organisasjon eller ved alminnelig diplomatkonferanse. Strengere bestemmelser kan derfor ikke vedtas eller håndheves overfor fremmede skip.

Håndhevelsesjurisdiksjonen i den eksklusive økonomiske sone er etter artikkel 220 (3), (5) og (6), begrenset og gradert, avhengig av hvor alvorlig overtredelsen er og om den har medført en faktisk skadefølge, eller trussel om en skadefølge. Artikkel 228 (1) gir flaggstaten i stor grad rett til selv å forfølge overtredelsen, til fortrenghet for kyststaten. Artikkel 230 (1) hjemler også kun illeggelse av bøtestraffer der overtredelser har forekommet utenfor territorialfarvannet. Samtidig medfører dette regimet en utvidelse av rettigheter for kyststaten. Før opprettelsen av Havrettskonvensjonen hadde kyststaten ingen rettigheter i denne sonen.

Totalt sett fremstår fordelingen av jurisdiksjon i Havrettskonvensjonen mellom de forskjellige interessene som kun en systematisering av på hvilken

måte de økonomiske interessene skal fordeles. Dette har medført løsninger som muligens er mindre heldige for miljøets del enn de kunne vært. De maritime interesser var svært dominerende i forhandlingene til Havrettskonvensjonen, noe som har gitt klare utslag for hvor store inngrep kyststatene kan foreta overfor maritime interesser.

Dagens rettsstilstand kunne muligens gitt kyststatene sterkere rettigheter og gått lenger i å forby forurensning. Men selv om det fortsatt er problematisk å regulere forurensning av det marine miljø, må rettsstilstanden i dag anses som en forbedring av miljøets tidligere folkerettslige stilling. Det er selve fremveksten av konvensjonene fra siste halvdel av forrige århundre som på mange måter sørger for dette. De har klaggjort og fastsatt en rekke gamle ulovfestede prinsipper som folkerettslig sedvane. Et eksempel på dette er forbudet mot skade på andre staters territorium, som tidligere kun var regnet som et ulovfestet prinsipp som kom til uttrykk gjennom Trail Smelter-saken, er nå konvensjonsfestet både i Stockholm-erklæringen prinsipp 21, Rio-erklæringen prinsipp 2 og Havrettskonvensjonen artikkel 192 jf 194 (2). Prinsippet om utøvelse av rettigheter i god tro, som både gjelder for flaggstater og kyststater, kan også tenkes å være styrket som en reaksjon på dette.

Litteraturliste

Avhandlinger:

- Birnie, Patricia W., Alan E. Boyle og Catherine Redgewell
International Law and the Environment 3. utg. New York, 2009
- Fleischer, Carl August *Folkerett* 8. utg. Oslo, 2005
- Molenaar, Erik Jaap *Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution* Haag, 1998
- Nordquist, Myron H. og John Norton Moore *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary Volume IV* Dordrecht, 1991.
- Ringbom, Henrik *The EU Maritime Safety Policy and International Law* Leiden, 2008
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett* 3. utg. Oslo, 2006
- Tan, Alan Khee-Jin *Vessel-Source Marine Pollution* Singapore, 2005

Artikler:

- Bodansky, Daniel. *Protecting the Marine Environment From Vessel-Source Pollution: UNCLOS III and beyond*. I: *Ecology Law Quarterly*. Årg. 719 (1991) s. 719-777.
- Megrét, Frédéric. *The problem of an International Criminal Law of the Environment* *Columbia Journal of Environmental Law*, Årg. 38 (2011) s. 195-257.

Konvensjoner:

- Konvensjonen om det åpne hav, *Convention on the High Seas*, Genève, 29. april 1958
- Stockholm-erklæringen, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 16. juni 1972

MARPOL 73/78, International Convention for the Prevention of Pollution From Ships, 1973 as modified by the Protocol of 1978

Havrettskonvensjonen, United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10. desember 1982

Rio-erklæringen, Rio de Janeiro Declaration on Environment and Development, Rio de Janeiro, 14. juni 1992

International Court of Justice:

Corfu Channel-saken, The Corfu Channel Case (ICJ Reports 1949 s. 4)

Permanent Court of International Justice:

Lotus-saken, The Case of the S.S. 'Lotus' (France v. Turkey), 7. September 1927, Ser. A, No. 10 (1927)

Voldgiftsavgjørelser:

Trail Smelter-saken, Trail Smelter Arbitration (United States of America v. Canada), 1941, 33 American Journal of International Law 182 (1939); 35 American Journal of International Law 684 (1941)

The North Atlantic Fisheries-saken, The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration (Great Britain v. the United States of America), Permanent Court of Arbitration, 1910, J.B. Scott, The Hague Court Reports, Vol. 1, p. 141-116

Lovforarbeider:

Ot.prp. nr. 87 (2005–2006) *Om lov om skipssikkerhet (Skipssikkerhetsloven)*

Nettsider:

<http://www.imo.org> International Marine Organization

<http://www.sn1.no> Store Norske Leksikon

Hvor ubetinget er plikten til å betale omtvistede cash-calls?

En analyse av betalingsforpliktelsen under
Samarbeidsavtalen for petroleumsvirksomhet på
norsk kontinentalsokkel

Christopher Huitfeldt

Forord

Artikkelen er en bearbejdet utgave av min masteroppgave som ble innlevert ved UiO våren 2013. Avhandlingen ble skrevet under et opphold som stipendiat hos Advokatfirmaet Schjødt, med veiledning av professor Knut Kaasen og dr. juris Amund Bjøranger Tørum.

For øvrig rettes en takk til PhD Knut Høivik og Ingvald Falch som begge har lest gjennom og bidratt med kommentarer til innholdet.

Christopher Huitfeldt

Innhold

1	INNLEDNING.....	203
1.1	Bakgrunn	203
1.2	Cash-calls.....	204
1.3	Problemstilling.....	205
1.4	Begrepsbruk og avgrensninger	206
1.5	Opplegget videre	207
2	ORGANISERING AV PETROLEUMSVIRKSOMHETEN	207
2.1	Samarbeidsavtalen.....	207
2.2	Interessentskapet.....	208
2.3	Økonomisk rammeverk.....	209
2.4	Særlig om tolking av Samarbeidsavtalen	210
3	STYRINGSVERKTØY, BUDSJETTPROSESSEN M.M.....	215
3.1	Styringskomiteens beslutningskompetanse	215
3.2	Arbeidsprogram – budsjett – AFE.....	217
3.3	Lojalitetsplikt, misbruksprinsipp m.m.	219
4	AVTALENS MISLIGHOLDSBEFØYELSER	221
4.1	Oversikt	221
4.2	Tap av stemmerett og informasjonstilgang	221
4.3	Tvangsutløsning.....	223
4.4	Andre virkemidler ved mislighold.....	223
5	OPERATØRENS BELASTNINGSRETT	224
5.1	Utgangspunkt.....	224
5.2	Krav til sammenheng med fellesvirksomheten	225
5.3	”No gain, no loss”.....	226
5.4	Kravet til utgiftsfullmakt (”AFE”)	229
5.5	Andre belastninger uten AFE	232
5.6	Konklusjon – Operatørens belastningsrett.....	239
6	ER DET ADGANG FOR RETTIGHETSHAVERNE TIL Å MOTREGNE I CASH-CALLS?.....	241

7	HVOR UBETINGET ER PLIKTEN TIL Å BETALE CASH-CALLS?	244
7.1	Nærmere om problemstillingen	244
7.2	Omtvistede cash-calls - hvor ubetinget bør betalingsplikten være?.....	245
7.3	Omtvistede cash-calls - hvor ubetinget er betalingsplikten?.....	255
7.4	Unntak fra plikten til å betale omtvistede cash-calls.....	264
7.5	Konklusjon.....	268
8	KRITIKK AV SAMARBEIDSAVTALEN	269
	LITTERATURLISTE.....	270

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Temaet for denne artikkelen er spørsmålet om hvor ubetinget deltakernes plikt til å betale omtvistede cash-calls er. Plikten til å betale cash-calls i interessentskap på norsk kontinentalsokkel har i liten grad vært gjenstand for diskusjon. Aktørbildet på sokkelen har vært preget av tradisjonelle oljeselskaper med stor finansiell kapasitet. Disse selskapene har normalt både kunnet og villet betale, også der grunnlaget for slike krav har vært omtvistet. Den tradisjonelle oppfatning har derfor vært at det gjelder en tilnærmet ubetinget plikt til å betale cash-calls.

I den senere tid har det imidlertid skjedd en endring i aktørbildet på sokkelen. Flere nye og mindre aktører har fått tildelt utvinningstillatelser som et virkemiddel for å opprettholde letevirkomheten og for å bidra til økt interesse for utbygging og drift, også på modne og marginale felt.¹ Enkelte av disse nye aktørene har imidlertid ikke den samme finansielle kapasiteten som de mer tradisjonelle oljeselskapene. Så vel sårbarheten som sannsynligheten for mislighold, har derfor økt. Særlig der et mindre selskap er gitt operatørskap vil det kunne være en betydelig sensitivitet for manglende betaling av cash-calls. Spørsmålet om hvorvidt det gjelder en ubetinget plikt til å betale også omtvistede cash-calls, har dermed fått økt betydning.

Petroleumsvirksomheten og verdiskapningen fra denne, har etter hvert fått en særlig stor betydning for det norske samfunnet. Denne virksomheten finansieres primært gjennom betaling av cash-calls. Det er derfor vesentlig å avklare hvorvidt det fortsatt er grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle oppfatningen om en tilnærmet ubetinget plikt til å betale cash-calls.

¹ Strategien er blant annet diskutert i St. meld. Nr.38 (2003-2004) s. 41 flg.

1.2 Cash-calls

Petroleumsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel er regulert av petroleumsløven² og er med hjemmel i denne loven underlagt et konsesjonssystem. All slik virksomhet er avhengig av at det blir gitt en utvinningstillatelse som myndighetene kan knytte vilkår til.³

En utvinningstillatelse blir normalt gitt til flere aktører i fellesskap under forutsetning av at rettighetshaverne seg i mellom inngår en standardisert samarbeidsavtale som er fastsatt av staten ("Samarbeidsavtalen").⁴ Denne tillatelsen er på denne måten gitt en nøkkelfunksjon i konsesjonssystemet.

Ved inngåelsen av Samarbeidsavtalen etablerer partene en sammenlutning som avtalen selv omtaler som et interessentskap.⁵ Styringskomiteen er interessentskapets øverste organ,⁶ mens den daglige ledelsen utføres og forestås av en operatør⁷ som også representerer interessentskapet utad.⁸ Interessentskapet har ingen egne ansatte og alle utgifter blir derfor kanalisert gjennom operatøren som utfører sitt verv etter et prinsipp om *no gain, no loss*.⁹

Interessentskapet er et utgiftsfellesskap¹⁰ og ikke et inntektsfellesskap ettersom eventuell produksjon blir uttatt in-natura av den enkelte deltaker.¹¹ Interessentskapet har derfor ingen egne tilgjengelige midler til finansiering av drift og investeringer. I stedet finansieres virksomheten hovedsakelig gjennom løpende tilskudd fra deltakerne. Plikten til å betale tilskudd utløses av et påkrav fra operatøren, en såkalt ("cash-call").¹²

² L29.11.1996 nr. 72 Lov om petroleumsvirksomhet.

³ Petroleumsløven § 3-3

⁴ <http://www.regjeringen.no/upload/OED/Vedlegg/Konsesjonsverk/k-verk-vedlegg-1-2.pdf>

⁵ Spesielle Bestemmelser pkt. 1

⁶ SA Art. 1.3

⁷ SA Art. 3.1

⁸ SA Art. 3.2

⁹ SA Art. 3.1 tredje ledd.

¹⁰ SA Art. 8.1

¹¹ SA. Art. 20.1

¹² RA Art. 1.2.1

Selve uttrykket cash-call er riktignok ikke definert i avtalen, men er alminnelig benyttet i bransjen.

Cash-calls gjelder regulært et krav om forskudd. Det er i denne sammenhengen nødvendig å skille mellom selve plikten til å yte forskudd, og den forpliktelsen forskuddet er ment å dekke – den *underliggende* forpliktelsen.

1.3 Problemstilling

Spørsmålet om hvor ubetinget plikten til å betale omtvistede cash-calls er, gjelder i realiteten hvilket grunnlag betalingsplikten anses å springe ut av. Dersom det foreligger en *betinget betalingsplikt* vil kravet være avhengig av at det motsvares av en underliggende forpliktelse, innsigelser knyttet til denne underliggende forpliktelsen vil i tilfelle også få tilsvarende betydning for selve plikten til å betale cash-calls.

En *ubetinget betalingsplikt* vil derimot innebære at plikten til å yte forskudd utgjør en selvstendig forpliktelse som springer ut av operatørens påkrav. Innsigelser knyttet til den underliggende forpliktelsen vil da i prinsippet være irrelevante. Selv en slik ubetinget betalingsplikt vil imidlertid ikke kunne opprettholdes uten modifikasjoner, det er dermed uansett ikke tale om en ubetinget plikt i absolutt forstand. Problemstillingen er derfor *hvor* ubetinget denne plikten er.

Det må presiseres at spørsmålet om betalingsplikten er ubetinget, kun gjelder den umiddelbare plikten til å betale cash-calls. Selv en ubetinget betalingsplikt vil ikke rokke ved den endelige kostnadsfordelingen i interessentskapet. Det som avgjøres er kun hvem som skal bære likviditetsbelastningen i tidsrommet fra den omstridte cash-call og frem til det er endelig avgjort hvem som skal bære kostnaden. En slik ubetinget betalingsplikt omtales blant annet i forbindelse med demandgarantier som: ”*pay first, argue later*”.

1.4 Begrepsbruk og avgrensninger

1.4.1 Sondringen mellom operatørens belastningsrett og deltakernes tilskuddsplikt

I den videre fremstilling vil det sondres mellom *operatørens belastningsrett* og *deltakernes tilskuddsplikt*. Med operatørens belastningsrett siktes det her til operatørens rett til å tilordne interessentskapet kostnader og slik gi grunnlag for cash-calls. Med deltakernes tilskuddsplikt siktes det her til deltakernes plikt til å gjøre innbetalinger til interessentskapet ved betaling av cash-calls. Dersom det settes et likhetstegn mellom belastningsrett og tilskuddsplikt, vil dette innebære en forutsetning om at betalingsplikten er betinget. For å holde spørsmålet åpent om i hvilken grad det gjelder en slik ubetinget betalingsplikt, er det derfor nødvendig å sondre mellom uttrykkene.

Ettersom deltakernes tilskudd innbetales forskuddsvis og operatørens belastninger gjelder påløpte kostnader, vil det derfor ikke være noen nødvendig sammenheng mellom tilskuddsplikten og belastningsretten på et gitt tidspunkt. Imidlertid vil operatørens belastningsrett nødvendigvis ikke kunne favne videre enn tilskuddsplikten i den endelige kostnadsfordelingen. En ubetinget plikt til å betale cash-calls vil likevel innebære at deltakernes tilskuddsplikt i første omgang kan favne videre enn operatørens belastningsrett.

Hver enkelt utgift eller kostnad utgjør en egen sekvens i det totale utgiftsbildet. Hver sekvens består av ulike faser, eksempelvis kan en slik sekvens inneholde både en beslutning om å pådra en utgift, etableringen av en forpliktelse, operatørens oppfyllelse av forpliktelsen, operatørens belastning på felleskonto og deltakernes tilskudd til dekning av belastningen. Rekkefølgen mellom de ulike fasene i hver sekvens er ikke gitt. I praksis vil en rekke slike sekvenser finne sted samtidig, men ikke nødvendigvis i samme fase. Der det i den videre fremstilling behandles en sammenheng mellom deltakernes tilskuddsplikt og operatørens belastningsrett, refereres det til forholdet innad i den enkelte sekvens.

1.5 Opplegget videre

Utgangspunktet for fastleggelsen av deltakernes tilskuddsplikt må være at denne forpliktelsen ikke kan rekke videre enn det forpliktelsesgrunnlaget tilsier. Ved å motta en utvinningstillatelse og tilslutte seg Samarbeidsavtalen underkaster den enkelte rettighetshaveren seg et konsesjons-system hvor en rekke ulike forhold vil kunne påvirke hvilke forpliktelser som til enhver tid gjelder. For å kunne se nærmere på plikten til å betale cash-calls må det derfor redegjøres for den sammenhengende interessentskapet inngår i under Samarbeidsavtalen og petroleumsloven.

Tilskuddsplikten springer ut av operatørens belastninger som igjen styres av interessentskapets virksomhet. Denne artikkelen må derfor også behandle organiseringen av petroleumsvirksomheten, den interne styringen av interessentskapet og rekkevidden av operatørens belastningsrett.

Det er en klar hovedregel at cash-calls skal betales. Der det ikke foreligger innsigelser mot kravet reiser dette ingen problemer. Denne artikkelen omhandler derfor utelukkende *omtvistede* cash-calls.

Cash-calls kan være bestridt av en rekke ulike grunner. Utover rene formelle feil kan det være materielle innsigelser mot så vel selve beregningen av forskuddet, som de utgiftene forskuddet er ment å dekke, herunder betydningen av erstatningsbetingende opptreden fra operatørens side. Det kan også oppstå spørsmål om adgangen til oppgjør av slike krav gjennom motregning.

2 Organisering av petroleumsvirksomheten

2.1 Samarbeidsavtalen

Samarbeidsavtalen regulerer forholdet mellom partene i interessentskapet og vil følgelig være den primære rettskilden når rekkevidden av deltakernes tilskuddsplikt skal fastlegges.

Avtalen består av tre deler, henholdsvis den spesielle del ("Spesielle Bestemmelser"), Vedlegg A – Samarbeidsavtalen ("SA") og Vedlegg B – Regnskapsavtalen ("RA"). I den videre fremstilling vil ("Samarbeidsavtalen") benyttes om avtaleverket som helhet, der det vises til den enkelte del, benyttes ovennevnte forkortelser.

Innholdet i Samarbeidsavtalen er ikke underlagt partenes rådighet. Avtalen fastsettes ensidig av departementet og kan ikke endres uten dets samtykke.¹³ Tidligere var samarbeidsavtalen i utgangspunktet bare felles for hver enkelt konsesjonsrunde. Fra og med 1. januar 2007 er Samarbeidsavtalen i betydelig grad standardisert også på tvers av konsesjonsrundene. Vi står dermed overfor et avtaledokument som på mange måter har mer preg av å være konsesjonsvilkår enn en privatrettslig avtale.¹⁴

2.2 Interessentskapet

Formålet med interessentskapet er å drive petroleumsvirksomhet i henhold til utvinningstillatelsen.¹⁵

Interessentskapet styres, som nevnt, hovedsakelig av to organer; styringskomiteen og operatøren. Styringskomiteen er interessentskapets øverste og besluttede organ.¹⁶ Hver enkelt deltaker er representert i styringskomiteen¹⁷ og har rett og plikt til å bidra til styring og kontroll med interessentskapets virksomhet.¹⁸ Styringskomiteen treffer beslutninger etter konkret utformede stemmereglene for det enkelte interessentskap.¹⁹ Hvilken stemmevekt som kreves, beror blant annet på beslutningens art og interessentskapets sammensetning. Den enkelte deltakers innflytelse vil også være knyttet til deltakerandelen.

Utvinningstillatelsen angir hvem som er utpekt som operatør for

¹³ Spesielle Bestemmelser pkt. 7

¹⁴ Ellenes s. 12-15

¹⁵ Spesielle Bestemmelser pkt. 1(6)

¹⁶ SA Art. 1.3.

¹⁷ SA Art. 1.1

¹⁸ SA Art. 1.3

¹⁹ Spesielle Bestemmelser pkt. 3

interessentskapet. Vervet er frivillig og ingen kan utpekes mot sin vilje²⁰. Operatøren utfører og forestår den daglige ledelsen og representerer interessentskapet utad.²¹ At operatøren skal forestå den daglige ledelsen innebærer at operatøren selv utfører enkelte oppgaver innenfor den daglige ledelsen. Dette reflekterer at interessentskapet ikke har egne ansatte. Det er operatøren som utad betaler alle interessentskapets utgifter.²² Alle interessentskapets kostnader kanaliseres følgelig gjennom operatøren. I tråd med prinsippet om ”no gain, no loss”²³ har operatøren ingen plikt til å legge ut av egne midler. I stedet er operatøren gitt en rett til å kreve forskudd fra deltakerne. Operatørens anmodning om forskudd fremsettes gjennom avtalens prosedyre for cash-calls.²⁴

2.3 Økonomisk rammeverk

Interessentskapet er både et utgiftsfellesskap og et ansvarsfellesskap. Deltakerne er forpliktet til å yte tilstrekkelig tilskudd til å dekke samtlige av de utgifter som følger av interessentskapets virksomhet.²⁵ I tillegg er de prinsipielt proratarisk og subsidiært solidarisk ansvarlige for alle forpliktelser som oppstår på grunn av virksomheten.²⁶ Dersom en deltaker ikke betaler sin andel av interessentskapets utgifter eller forpliktelser, utløses de øvrige deltakernes subsidiære solidaransvar for beløpet som skulle vært betalt.²⁷ Det foreligger intet grunnlag for å begrense deltakernes ansvar for fellesforpliktelsene. Deltakerne er dermed personlig og ubegrenset ansvarlig for disse, uavhengig av om forpliktelsen eksempelvis er pådratt ved kontrakt eller gjennom erstatningsbetingende skadeforvoldelse.²⁸

²⁰ Spesielle Bestemmelser pkt. 4

²¹ SA Art. 3.1(1) og Art. 3.2

²² SA Art. 3.2 annet punktum.

²³ SA Art. 3.1 (3)

²⁴ RA Art. 1.2

²⁵ SA Art. 8.1

²⁶ SA Art. 7.1

²⁷ SA Art. 9.1

²⁸ Tilsvarende Kaasen(2010) s.161

Deltakerne eier en ideell andel av interessentskapets formuesmasse.²⁹ Andelen svarer til deltakerandelen. Deltakerne har rett og plikt til selv å utta, in natura, og disponere over produsert petroleum.³⁰ Det genereres derfor i utgangspunktet ingen kapital eller annet overskudd i interessentskapet. Til forskjell fra et alminnelig selskap, er det derfor ikke tale om et inntektsfellesskap. Det er følgelig ingen tilgjengelige midler til finansiering av investeringer og drift i interessentskapet. Virksomheten er derfor avhengig av løpende tilskudd fra deltakerne.

2.4 Særlig om tolking av Samarbeidsavtalen

2.4.1 Utgangspunkt

Samarbeidsavtalen angir selv at den er underlagt norsk rett.³¹ Ved tolking av avtalen må det tas hensyn til avtalens egenart. Ettersom den både er et konsesjonsvilkår og en privatrettslig avtale, kan den derfor sies å ha et dobbelt rettsgrunnlag.³² Tilknytningen til konsesjonssystemet gjør at avtalen befinner seg i en mellomstilling mellom privatrettslig og offentligrettslig regulering. Kaasen argumenterer i sin artikkel om den tidligere Statsdeltakelsesavtalen for at alminnelig avtalerettslig metode som utgangspunkt må legges til grunn.³³ Ettersom Samarbeidsavtalen er en videreføring av Statsdeltakelsesavtalen, med et tilsvarende tilblivelsesgrunnlag, må de samme synspunktene være relevante ved tolking av denne.³⁴ Synspunktet kan imidlertid være noe svekket etter standardiseringen av Samarbeidsavtalen i 2007, siden avtalens privatrettslige sider nå er kommet mer i bakgrunnen. Likevel må det nok være grunnlag for å opprettholde dette synspunktet ettersom avtaleformen fortsatt er beholdt.

Samarbeidsavtalen er i realiteten også en selskapsavtale. Praksis om tolking av selskapsavtaler i ansvarlige selskaper og vedtekter i aksjesel-

²⁹ SA Art. 6.1

³⁰ SA Art. 20

³¹ Samarbeidsavtalens spesielle bestemmelser pkt. 8

³² Ellenes s. 12

³³ Kaasen(1984) s. 393-394.

³⁴ Ellenes s. 13

skaper vil derfor være relevant.³⁵ Ved tolking av slike avtaler har det i rettspraksis vært lagt til grunn at ordlyden i stor grad skal underkastes en objektiv fortolking. Eksempelvis i Rt. 1998 s. 1585 ble det lagt vekt på at vedtektene er ment å gjelde over tid i forhold til vekslende deltakere, og at slike avtaler også vil kunne få betydning overfor utenforstående tredjeparter. I denne saken ble disse forholdene ansett avgjørende for å legge særlig vekt på en objektiv forståelse av ordlyden. Disse hensynene gjør seg tilsvarende gjeldende for Samarbeidsavtalen, særlig etter at avtalen ble standardisert slik at også utenforstående kan tenkes å innrette seg etter den.

I rettspraksis er det fastslått at prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i kommersielle forhold mellom profesjonelle parter.³⁶ Petroleumsvirksomhet under samarbeidsavtalen må sies å befinne seg i kjernen av prinsippets anvendelsesområde. Virksomheten er i høyeste grad kommersiell, og avtalen benyttes utelukkende av profesjonelle parter. Avtalens konsesjonsrettslige bakgrunn er ytterligere et argument for objektiv tolkning. Ettersom partene ikke selv har laget avtalen vil det heller ikke etter ukklarhetsregelen være aktuelt å tolke avtalen mot forfatteren.

Når det skal legges særlig vekt på en objektiv tolking av avtalen, innebærer dette nødvendigvis at det blir tilsvarende mindre rom for å legge vekt på andre hensyn. Der hvor ordlyden ikke gir tilstrekkelig veiledning, må det likevel være adgang til å legge vekt på andre relevante tolkningsfaktorer og til å utfylle avtalen med relevant bakgrunnsrett. Slik tolking og utfylling må imidlertid gjøres med tilstrekkelig respekt for avtalens egenart.³⁷ Her siktes det særlig til det forhold at avtalen er unntatt partenes rådighet og den særlige tilknytningen til konsesjonssystemet.

2.4.2 Praksis

Ved tolking av avtaler vil partenes etterfølgende adferd i alminnelighet kunne tillegges betydning, både ved at adferden kan belyse en eventuell

³⁵ Tilsvarende, Ellenes s. 12

³⁶ Rt. 1994 s.581 og Rt. 2002 s.1155

³⁷ Kaasen(2010) s. 166

felles forståelse av avtalens innhold, og ved at adferden i seg selv kan gi grunnlag for en endring av avtalen gjennom såkalt konkludent adferd. Ved tolking av Samarbeidsavtalen kompliseres imidlertid bildet av at avtalen er utformet av staten, og at partene er pålagt å tiltre denne som konsesjonsvilkår. Videre er avtalen ikke underlagt partenes rådighet, og endringer vil kreve samtykke fra departementet. Det bør derfor utvises varsomhet med å legge vekt på partenes etterfølgende adferd ved tolkning av denne avtalen, ettersom dette vil kunne innebære en omgåelse av samtykkekravet.

Avtalen oppstiller ikke formkrav for endringssamtykke fra departementet. Det er derfor antatt at også et stilltiende eller underforstått samtykke vil kunne være tilstrekkelig.³⁸ Det er dermed ikke utelukket at avtalens innhold kan endres gjennom partenes etterfølgende adferd. Praksis i andre interessentskap forut for avtaleslutningen vil også kunne være relevant. Spørsmålet vil da i utgangspunktet være om en slik praksis er gjort til en del av avtalen. I begge tilfeller vil dette være et tolknings-spørsmål hvor det avgjørende vil være om både partene og departementet har hatt kunnskap om praksisen og i tillegg kan sies å ha gitt sin tilslutning til denne.

Departementet har rett til å delta med observatører i styringskomiteen.³⁹ De faktiske mulighetene til å utnytte denne retten kan riktignok være begrenset av kapasitetsgrunner. Likevel bør det nok kunne legges til grunn at departementet vil være kjent med hovedtrekkene i den gjeldende praksis knyttet til Samarbeidsavtalen.⁴⁰

Dersom den gjeldende praksis i en lisens er i strid med avtalen, kan departementet gripe inn ved å gi rettighetshaverne oppfordring om å følge avtalen. En slik oppfordring må antas å være effektiv ettersom konsesjonssystemet gjør aktørene avhengige av velvilje hos departementet. Dersom departementet med kunnskap om en avvikende praksis hverken endrer avtalen, eller krever at praksisen endres, må det spørres om dette innebærer en tilslutning til praksisen. Ofte vil det være vanskelig å vite

³⁸ Berge s. 60-61

³⁹ Petroleumsforskriften § 82

⁴⁰ Tilsvarende, Berge s.60-61

hvorvidt departementet har grepet inn overfor en slik praksis knyttet til avtalen. En ensartet praksis på tvers av ulike lisenser over en lengre tidsperiode, vil imidlertid tyde på at departementet ikke har motsatt seg denne. Det er på det rene at Samarbeidsavtalen nå er benyttet i en rekke utvinningstillatelser over en lengre tidsperiode uten at det er gjort vesentlige endringer i det økonomiske rammeverket. Når departementet, med kunnskap om en konsekvent og langvarig praksis, ikke har sørget for å endre den, vil dette dermed kunne tolkes som en aksept av praksisen.

Overfor aktører som ikke har vært en del av, eller som av andre grunner ikke er kjent med en tidligere praksis som avviker fra ordlyden i avtalen, vil det kunne være betenkeligheter med å vektlegge en praksis. Særlig vil dette gjøre seg gjeldende dersom den innebærer tyngende forpliktelser for dem. Imidlertid vil uttrykk som har en bestemt kutyme-, eller sedvanerettslig betydning normalt måtte tolkes i samsvar med kutymen i kommersielle avtaleforhold.⁴¹ Tilsvarende må det åpnes for at en etablert praksis knyttet til Samarbeidsavtalen vil kunne gjøres gjeldende også overfor nye aktører. Det er dessuten en forutsetning for konsesjon at aktørene har god kunnskap om bransjen, slik at selv nye aktører normalt vil kjenne den etablerte praksis på sokkelen.

På denne bakgrunn må det generelt antas å være adgang til å legge vekt på etablert praksis knyttet til Samarbeidsavtalen.

2.4.3 Relevant bakgrunnsrett

Interessentskapet er uttrykkelig unntatt fra selskapsloven.⁴² Bakgrunnen for unntaket fremgår av selskapslovens forarbeider.⁴³ Justisdepartementet mente den gang at det neppe ville gjøre noen stor forskjell om disse samarbeidsformene ble unntatt fra selskapsloven, men foreslo likevel et unntak i tråd med høringsuttalelsene fra Olje- og energidepartementet og Statoil. Unntaket er begrunnet i flere forhold. For det første nevnes at interessentskapets operatør ikke oppfyller selskapslovens krav om at en daglig leder må være en fysisk person. For det andre er det lagt vekt på

⁴¹ Hagstrøm s.135 og Rt. 1920 s. 890

⁴² Selskapsloven § 1-1 (4) annet punktum.

⁴³ Ot.Prp.Nr.47(1984-1985) s.17-19

den nære tilknytningen til konsesjonssystemet og behovet for at konsesjonsmyndighetene til enhver tid bør ha muligheten til å tilpasse innholdet i samarbeidsavtalen etter hva forholdet i petroleumsindustrien og skiftende politiske preferanser til en hver tid måtte tilsi.

Interessentskapet utgjør likevel et ansvarlig selskap i selskapslovens forstand.⁴⁴ Dette er av betydning for hvilken bakgrunnsrett som er relevant der avtalen måtte forholde seg taus.⁴⁵ Selskapsloven er til dels et utslag av alminnelige selskapsrettslige prinsipper som gjaldt før vedtagelsen av selskapsloven. Den delen av loven som gjenspeiler disse prinsippene vil derfor likevel være relevant som bakgrunnsrett ved utfylling av Samarbeidsavtalen.⁴⁶

2.4.4 Hensyn

Ved spørsmål om hvilke hensyn som kan vektlegges ved tolkning av avtalen, vil avtalens egenart få betydning for vekt og relevans av ulike hensyn.

Avtalen er, som nevnt, unntatt partenes rådighet, og endringer krever samtykke fra departementet. Det bør derfor utvises varsomhet med å vektlegge hva som isolert sett synes å være gode løsninger for de konkrete partene i den enkelte lisens.

Derimot vil petroleumslovens formål og de hensyn som er kommet til uttrykk gjennom Samarbeidsavtalens bestemmelser kunne ha en særlig vekt ettersom avtalen langt på vei er et konsesjonsvilkår som er gitt i medhold av loven. Det må også vektlegges at avtalen, som nevnt, selv foreskriver at formålet med interessentskapet, og dermed også Samarbeidsavtalen, er å drive petroleumsvirksomhet i henhold til utvinningstillatelsen.

⁴⁴ Tilsvarende Arnesen s.2 og Kaasen(2010) s. 154

⁴⁵ Kaasen(2010) s. 154

⁴⁶ Kaasen(2010) s. 166

3 Styringsverktøy, budsjettprosessen m.m.

3.1 Styringskomiteens beslutningskompetanse

3.1.1 Utgangspunkt

Styringskomiteen er, som nevnt, interessentskapets øverste organ. Beslutninger fattet av komiteen er bindende for alle interessentskapets deltakere. Komiteen fastsetter også retningslinjer og direktiver for operatørens virksomhet⁴⁷ som han er pålagt å følge.⁴⁸

Partene er i utgangspunktet autonome rettssubjekter slik at enhver innskrenkning i partsautonomien vil kreve et særskilt rettsgrunnlag. Samarbeidsavtalen er i denne sammenheng et slikt grunnlag, men dette grunnlaget rekker ikke lenger enn avtalens virkeområde.⁴⁹ Virkeområdet for Samarbeidsavtalen er saklig, geografisk, tidsmessig knyttet til utvinningstillatelsen. Innenfor dette virkeområdet er komiteens kompetanse negativt avgrenset. Ved tilstrekkelig flertall kan da i utgangspunktet enhver beslutning treffes.⁵⁰ Det gjelder imidlertid flere andre direkte og indirekte begrensninger for kompetansen.

Ettersom styringskomiteens kompetanse springer ut av Samarbeidsavtalen som er gitt som konsesjonsvilkår unntatt fra partenes rådighet, kan styringskomiteens kompetanse ikke benyttes i strid med de forutsetninger og bestemmelser som er kommet til uttrykk i denne avtalen.⁵¹ Samarbeidsavtalens bestemmelser om forholdet mellom interessentskaps deltakere og operatøren er eksempler på bestemmelser som begrenser styringskomiteens kompetanse.

Det gjelder også et forbud mot myndighetsmisbruk.⁵² Beslutninger som er egnet til å gi noen en urimelig fordel på de øvrige deltakernes,

⁴⁷ SA Art. 1.3 (3)

⁴⁸ SA Art. 3.1

⁴⁹ Tilsvarende Ellenes s. 26

⁵⁰ SA Art. 1.3 (4)

⁵¹ Se pkt. 3.1.2

⁵² Spesielle Bestemmelser pkt. 3.2 (4)

eller interessentskapets bekostning, kan ikke treffes.

Enkelte beslutninger av særlig betydning krever enstemmighet. Dette innebærer i realiteten også en begrensning av styringskomiteens beslutningskompetanse. Eksempler på dette er beslutninger om skifte av operatør,⁵³ tilbakelevering av deler av konsesjonsområdet og oppgivelse av utvinningstillatelsen. Det kreves også enstemmighet for å endre rammene for operatørens budsjettfullmakter.⁵⁴

En deltakers beslutning om å tiltre en utbyggingsplan, faller imidlertid helt utenfor stemmereglene. Denne beslutningen treffes av hver enkelt deltaker for seg.⁵⁵ Ingen kan voteres inn i en utbygging. Dersom enkelte deltakere ikke tiltrer, vil de deltakerne som ønsker det i stedet kunne foreta utbyggingen som en såkalt ”sole risk” operasjon.⁵⁶

3.1.2 Forholdet til operatøren

Utgangspunktet er klart nok at operatøren er underordnet styringskomiteen og må forholde seg til de retningslinjer og pålegg som blir gitt av komiteen. Operatørens kompetanse er imidlertid ikke utledet fra styringskomiteen på samme måte som styret i et aksjeselskap er valgt av generalforsamlingen.

Operatøren er i stedet utpekt av departementet. Ettersom Samarbeidsavtalen utgjør et konsesjonsvilkår og er unntatt fra partenes rådgivhet, vil Styringskomiteen derfor være avskåret fra å treffe enkelte beslutninger som griper inn i grunnleggende prinsipper for samarbeidet eller undergraver den rolle- og kompetansefordeling som avtalen foreskriver. Den delen av operatørrollen som styringskomiteen ikke kan gripe inn i er gjerne omtalt som operatørens *prerogativer*.

Etter avtalen skal operatøren utføre og forestå den daglige ledelsen av interessentskapet. Det er antatt i teorien at dette innebærer en rett og en plikt for operatøren⁵⁷ og en motsvarende skranke for styringskomite-

⁵³ SA Art. 4.2 (2) i.f.

⁵⁴ SA Art. 12.5 (2) i.f.

⁵⁵ Forutsetningsvis SA Art. 17.1

⁵⁶ SA Art. 19

⁵⁷ Arnesen s. 27

ens beslutningskompetanse.⁵⁸ En fullstendig redegjørelse for prerogativenes omfang vil her føre for langt. For fremstillingens formål er det her tilstrekkelig å påpeke prerogativenes eksistens, og at dette innebærer et begrenset unntak fra hovedregelen om at styringskomiteen har full instruksjonsrett over operatøren.

Samarbeidsavtalen etablerer, som nevnt, også enkelte alminnelige privatrettslige avtaleforpliktelser mellom deltakerne. Operatørens krav etter avtalen på å bli holdt skadesløs i henhold til prinsippet om ”*no gain, no loss*”, innebærer en motsvarende forpliktelse for interessentskapet som styringskomiteen vil måtte forholde seg til. Eksempelvis kan styringskomiteen ikke beslutte at en felleskostnad skal bæres av operatøren.

3.2 Arbeidsprogram – budsjett – AFE

Styringskomiteen styrer hovedsakelig interessentskapets virksomhet ved å gi retningslinjer for virksomheten. I følge SA skal komiteen vedta henholdsvis arbeidsprogram, budsjett og utgiftsfullmakter (”AFE”).⁵⁹ Bestemmelser om arbeidsprogram, budsjett og AFE er gitt i SA Art. 12.

Arbeidsprogrammet angir de aktiviteter som skal foregå i perioden, mens budsjettene gir uttrykk for de økonomiske virkningene av arbeidsprogrammet. Vedtatt arbeidsprogram og budsjett danner utgangspunktet for styringskomiteens utgiftsfullmakter.⁶⁰ Det er operatøren som utarbeider forslag til arbeidsprogram og budsjett. Partene skal involveres i denne prosessen før forslaget sendes til styringskomiteen for endelig fastsettelse.⁶¹

Det er begrenset med opplysninger i Samarbeidsavtalen om det nærmere innholdet i arbeidsprogrammet. Programmet skal konkretisere såkalte *hovedaktiviteter*, som i stor grad vil bero på om man er i letefasen, utbyggingsfasen, produksjonsfasen eller avslutningsfasen. Det er dermed

⁵⁸ Berge s.54 flg. og Eggen s. 70

⁵⁹ Approval For Expenditure

⁶⁰ SA Art. 12.5

⁶¹ SA Art. 12.2 (3)

ikke et krav om at enhver aktivitet skal spesifiseres ned til den minste detalj. Det er imidlertid gitt enkelte retningslinjer for arbeidsprogrammets innhold.⁶² Blant annet skal programmet ”*Definere klare mål, leveranser og tidsfrister for vesentlige aktiviteter*”, ”*Synliggjøre hvordan aktivitetene i kommende År bidrar til realisering av mål fastlagt for virksomheten*” og ”*identifisere vesentlige risikoelementer og aktuelle tiltak for styring av risiko*”. Den sistnevnte kategori vil være særlig aktuell i utbyggingsfasen.

Etter avtalen skal det også fastsettes et driftsbudsjett og et investeringsbudsjett for det kommende året og et langtidsbudsjett for de påfølgende tre årene. Investeringsbudsjettet skal i tillegg omfatte en oversikt over planlagte investeringer for hele investeringsperioden. Budsjettet kan ses som et tallmessig uttrykk for arbeidsprogrammet.⁶³ Den nære sammenhengen mellom arbeidsprogram og budsjett fremkommer også ved at de er undergitt felles behandling i avtalen.

Etter SA Art. 12.5 gis AFE av styringskomiteen i henhold til budsjettet. Det er altså budsjettet og ikke arbeidsprogrammet som gir grunnlag for AFE.⁶⁴ Dersom en aktivitet er foreskrevet i arbeidsprogrammet uten at det er avsatt tilstrekkelige midler i budsjettet til å gjennomføre aktiviteten, foreligger det da tilsynelatende ikke grunnlag for AFE.

Det fremgår forutsetningsvis av SA at styringskomiteen kan endre budsjettet,⁶⁵ og avtalen tar uttrykkelig forbehold om at fullmaktskravet bare gjelder dersom ikke annet er bestemt av styringskomiteen.⁶⁶ Spørsmålet blir da om kravet til hjemmel i budsjettet innebærer et prosedyrekrav, slik at man må gå veien om en endring av budsjettet for å kunne utstede AFE.

Dersom en går veien om endring av budsjettet, må det klart være grunnlag for AFE. Spørsmålet om det er adgang til å gi AFE uten grunnlag i budsjettet vil først komme på spissen dersom partene ikke blir enige om et budsjett, eller en endring av budsjettet som dekker den aktuelle kostnaden.

⁶² SA Art. 12.1 (2)

⁶³ Berge s. 28

⁶⁴ SA Art. 12.5 (1)

⁶⁵ SA Art. 12.2 (5)

⁶⁶ SA Art. 12.5 (1) i.f.

Det er særlig dersom det er forskjeller i måten AFE og budsjettendringer besluttet på, at kravet til budsjett hjemmel for AFE vil ha betydning. Både AFE og budsjettendringer vedtas av styringskomiteen i henhold til avtalens alminnelige stemmeregler. SA Art. 12.2 angir tidsfrister og prosedyrer for vedtakelse av budsjettet. For endringer av budsjettet nøyter avtalen seg med å påpeke at partene også i budsjettåret kan foreslå at det vedtas endringer.⁶⁷ Heller ikke for AFE er det angitt spesielle prosedyrer. Det er derfor ikke grunnlag for å konstatere at det gjelder ulike beslutningsprosedyrer for AFE og budsjettendringer.

Avtalens ordning er at vurderingen av om en utgift skal pådras, skal foretas i forbindelse med arbeidsprogram og budsjett. Ved AFE besluttet det bare hvordan og når utgiften skal pådras.⁶⁸ Ved å fastholde at styringskomiteen må ha budsjett hjemmel for å gi AFE, opprettholdes denne ordningen. Løsningen innebærer at alle aktiviteter kan ses i sammenheng når de besluttet gjennomført.

Kravet til budsjett hjemmel begrenser ikke adgangen til å gi AFE, men angir en hovedregel om hvordan beslutningen skal fattes.⁶⁹

3.3 Lojalitetsplikt, misbruksprinsipp m.m.

Både operatøren og de øvrige deltakerne i interessentskapet utleder sine rettigheter og plikter fra Samarbeidsavtalen. Det må imidlertid undersøkes i hvilken grad disse rettighetene er begrenset av et misbruksprinsipp og/eller en lojalitetsplikt.

Etttersom Samarbeidsavtalen, som nevnt, på mange måter fremstår mer som et konsesjonsvilkår enn en alminnelig privatrettslig avtale, er det usikkert i hvilken grad avtaleloven § 36 kan komme til anvendelse.

I Spesielle Bestemmelser pkt. 3.2 (4) presiseres det at styringskomiteen ikke kan treffe vedtak som er egnet til å gi noen en "urimelig fordel" på andre parter eller interessentskapets bekostning. Bestemmelsen synes

⁶⁷ Det vil kunne være begrensninger i adgangen til å fjerne eller redusere kostnader i budsjettet dersom operatøren allerede har innrettet seg etter dette, spørsmålet behandles i kapittel. 5.5.6

⁶⁸ Michelet s. 136

⁶⁹ Se også Kaasen(2011) s. 309

å være utslag av et misbruksprinsipp som er antatt å gjelde generelt på sammenslutningsrettens område.⁷⁰ Bestemmelsen må derfor gjelde tilsvarende for operatørens utførelse av operatørvervet.

Det er dessuten antatt at det gjelder en lojalitetsplikt både for deltakerne og operatøren i interessentskapet, selv om denne pliktens rekkevidde kan være usikker.⁷¹ Det er videre en nær sammenheng mellom lojalitetsplikten og et forbud mot rettsmisbruk.⁷² Et utgangspunkt er at en kompetanse ikke bør benyttes til å fremme andre interesser enn de som ligger til grunn for kompetansetildelingen.⁷³

At bruken av en kompetanse avviker fra idealnormen er ikke tilstrekkelig til å utgjøre et slikt misbruk som rammes av misbruksprinsippet. Det gjelder også et krav til kvalifisert urimelighet, en *inngrepsterskel*.⁷⁴ Denne terskelen vil variere ut fra hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved bruk av den aktuelle kompetansen.⁷⁵ For operatøren vil det særlig ha betydning hvorvidt han opptrer på en måte som er forenelig med det tillitsverv operatørrollen innebærer og ellers søker å fremme interessentskapets interesser.

Sjikanøs opptreden ligger i kjernen av reglene om rettsmisbruk.⁷⁶ Rettsmisbruk kan også forekomme uten hensyn til utøvers motiv.⁷⁷ I tilfelle må det foretas en objektiv vurdering av avviket fra det formålet utøveren er forpliktet til å fremme. Misbruket må etter dette fremstå som *utilbørlig*, åpenbart urimelig eller tilsvarende.⁷⁸

At interessentskapet innebærer et langvarig samarbeid med relativt få deltakere hvor rettighetshaverne selv har begrenset rådighet over deltakersammensetningen, og hvor det i stor grad er tale om økonomiske rettigheter, kan tale for at inngrepsterskelen ikke bør settes for høyt. Den

⁷⁰ Nesdam s. 9

⁷¹ Nesdam s. 6

⁷² Truyen s. 65

⁷³ Truyen s. 64

⁷⁴ Truyen s. 294

⁷⁵ Truyen s. 298

⁷⁶ Truyen s. 65

⁷⁷ Truyen s. 65

⁷⁸ Truyen s. 65

nærmere inngrepsterskelen lar seg imidlertid ikke fastsette generelt. Hvorvidt det er grunnlag for inngrep må derfor avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

4 Avtalens misligholdsbeføyelser

4.1 Oversikt

Samarbeidsavtalen inneholder en utførlig regulering av konsekvenser ved betalingsmislighold fra deltakerne overfor interessentskapet. Denne reguleringen kan bidra til å belyse rekkevidden av plikten til å betale cash-calls. Ikke bare må det antas at terskelen for inntreden av misligholdsbeføyelsene og grensen for deltakernes tilskuddsplikt er sammenfallende, reguleringen kan også gi veiledning om de hensyn som ligger til grunn for avtalen og slik bidra til en tolkning av forpliktelsens innhold.

Misligholdsbeføyelsene kommer til anvendelse etter et opptrappings-system hvor det i hovedsak er misligholdets varighet som avgjør hvilke beføyelser som er aktuelle.

Dersom en deltaker ikke innbetaler i henhold til sin betalingsforpliktelse, oppstår umiddelbart en plikt til å betale forsinkelsesrente.⁷⁹ Videre utløses solidaransvaret for de øvrige deltakerne, slik at disse må forskut-tere den misligholdende deltakerens andel. De øvrige deltakerne vil i tilfelle kunne dekke sin andel av solidaransvaret ved å ta beslag i den misligholdende deltakers andel av den produserte petroleum, forutsatt at den misligholdende deltakeren blir varslet om beslaget.⁸⁰

4.2 Tap av stemmerett og informasjonstilgang

Det første trinnet opp vil være at den misligholdende deltakeren kan

⁷⁹ SA Art. 9.1 (2) jf. RA. Art. 1.2.2

⁸⁰ SA Art. 9.1 (1)

fratas stemmerett og nektes tilgang til informasjon og data.⁸¹ Deltakeren vil fortsatt være fullt ut ansvarlig for de beslutninger som treffes.⁸² De beslutningene som i tilfelle treffes uten deltakerens kunnskap og medvirkning, vil kunne være irreversible og kan involvere store økonomiske interesser. Sanksjonen kan dermed få alvorlige konsekvenser for den misligholdende deltaker, i alle fall dersom dennes stemme ellers kunne ha forhindret vedtaket.

Tap av stemmerett og informasjonstilgang får virkning så lenge misligholdet varer. Etter avtalens ordlyd inntreer sanksjonene automatisk dersom misligholdet ikke er brakt til opphør innen 5 forretningsdager etter at parten har mottatt påkrav fra operatøren. Det fremgår ikke av ordlyden hvilket påkrav det her siktes til. Spørsmålet er om fristen utløses av fakturaen, eller om det kreves et særskilt påkrav. Dersom det legges til grunn at det er fakturaen som gjelder, vil mislighold føre til automatisk tap av stemmerett og informasjonstilgang allerede etter kort tid. Kaasen problematiserer ikke dette, men synes å legge til grunn at det er fakturaens forfallstidspunkt som her danner utgangspunktet for fristen.⁸³ Det må kunne stilles spørsmål ved om dette er en riktig tolkning. For det første benytter avtalen uttrykket påkrav og ikke faktura. For det andre ville det ha vært naturlig å knytte fristen til forfallsdatoen dersom det siktes til fakturaen. For det tredje krever avtalen et særskilt varsel for å ta beslag i misligholderens andel av produsert petroleum. Det ville derfor harmonert dårlig om en potensielt mer inngripende sanksjon fikk automatisk anvendelse uten varsel. For det fjerde ville det nok også vært en uheldig løsning om en så alvorlig misligholdsvirkning skulle få automatisk anvendelse. Dette vil også kunne gjøre det vanskeligere å oppnå en omforent løsning. Det må etter dette legges til grunn at det kreves et særskilt påkrav i tillegg til selve fakturaen for å utløse fristen.

Avtalen regulerer ikke når et slikt påkrav kan sendes ut. Et minstekrav må være at operatørens påkrav sendes ut etter at det blir klart at den aktuelle cash-call vil bli misligholdt. Perioden fra misligholdet inntreer

⁸¹ SA Art. 9.2

⁸² SA Art. 9.2

⁸³ Kaasen (2011) s. 300

og frem til tap av stemmerett og informasjonstilgang trer i kraft vil fortsatt kunne være kort, men det er likevel ikke tale om noen automatisk anvendelse.

4.3 Tvangsutløsning

Den endelige konsekvensen av at en deltaker ikke oppfyller sin betalingsforpliktelse, er at de øvrige deltakerne kan få rett til å overta den misligholdende partens deltakerandel for et begrenset vederlag. Vederlaget skal avtales mellom partene, men skal ikke overstige andelens bokførte verdi etter nærmere bestemte beregningsregler.⁸⁴

Eventuelle heftelser som hviler på andelen vil bortfalle slik at andelen overdras heftelsesfritt.⁸⁵ Panthaverne har krav på å bli varslet om misligholdet senest 3 måneder i forveien. De kan dermed oppnå beskyttelse mot rettstap ved å benytte sin rett til å innfri den misligholdende partens forpliktelse.⁸⁶

Overtagelse av deltakerandel er også betinget av at departementet er varslet om misligholdet senest 3 måneder i forveien.⁸⁷ Kravet sikrer departementet en viss kontroll med eierbrøken i interessentskapet.

4.4 Andre virkemidler ved mislighold

Det primære formålet med avtalens misligholdsbeføyelser er å bidra til oppfyllellespress overfor den misligholdende part og å sikre øvrige deltakere, inkludert operatøren, mot tap. Etter hvert som virksomheten går inn i de senere faser, vil inntektene kunne falle samtidig som utgiftene øker. I avviklingsfasen er det ikke lenger utsikter til inntekter fra virksomheten og fjerningsansvaret kan aktualiseres. Det vil også kunne tenkes tilfeller hvor interessentskapet er rammet av så store kostnadsoverskridelser at deltakerandelen ikke lenger har noen nettoverdi. I slike situasjoner vil ikke en trussel om tvangsutløsning gi noe særlig oppfyl-

⁸⁴ SA Art. 9.3 (3)

⁸⁵ SA Art. 9.3 (4)

⁸⁶ SA Art. 9.3 (2)

⁸⁷ SA Art. 9.3 (1)

lelsespress. Dette er spesielt problematisk siden sannsynligheten for mislighold også vil kunne øke tilsvarende i slike situasjoner.⁸⁸

Selv om ansvaret består og forsinkelsesrentene fortsatt løper, inneholder avtalen ingen mekanismer som er egnet til å sikre at forpliktelsene faktisk blir oppfylt i slike tilfeller. Interessentskapet vil derfor være henvist til å ta arrest eller utlegg i eventuelle andre verdier hos den misligholdende part. I en slik situasjon vil det også kunne være aktuelt å fremme krav under eventuelle morselskapsgarantier.

5 Operatørens belastningsrett

5.1 Utgangspunkt

Med operatørens belastningsrett siktes det her til en rett for operatøren til å henføre kostnader og forpliktelser inn under interessentskapet.⁸⁹ Dette gjøres ved at operatøren foretar en belastning på en ”felleskonto”.⁹⁰

Ettersom operatørens belastninger danner grunnlaget for deltakernes tilskuddsplikt, er spørsmålet om omfanget av operatørens belastningsrett av direkte betydning for rekkevidden av deltakernes tilskuddsplikt.

Som nevnt har interessentskapet ingen egne ansatte.⁹¹ Alle oppgaver som utføres som ledd i virksomheten blir enten utført av operatøren selv, eller av andre på oppdrag for interessentskapet. Operatøren er forpliktet til å betale alle interessentskapets utgifter på vegne av interessentskapet.⁹² De kostnader og utlegg som dermed faller på operatøren, belastes felleskapet og gir slik grunnlag for cash-calls. På denne måten kanaliseres

⁸⁸ Tilsvarende Kaasen (2011) s. 301

⁸⁹ Begrepet operatørens belastningsrett benyttes tilsvarende av Eggen (2007) s. 102 flg.

⁹⁰ RA Art. 1.1. ”[...]de konti som Operatøren oppretter for føring av belastninger og godskrivninger vedrørende Fellesoperasjonen” I utgangspunktet en regnskapsmessig proformakonto, selv om avtalen prinsipielt ikke utelukker bruk av ”fysisk” bankkonto. Jf. forutsetningsvis RA Art. 1.2.3 Alt. 2

⁹¹ Kap. 2.2

⁹² SA Art. 3.2 i.f.

alle interessentskapets utgifter gjennom operatøren.

Operatørens belastningsrett følger forutsetningsvis av bestemmelsene i SA, særlig reglene om operatørens kompetanse i Art. 3 sammenholdt med deltakernes tilskuddsplikt i Art. 8.1 og operatørens krav på å bli holdt skadesløs etter prinsippet om ”no gain, no loss” i Art. 3.1. Innholdet av belastningsretten er nærmere presisert i RA Art. 2.

Av operatørens kostnader vil de som omfattes av belastningsretten være *felleskostnader*, mens alle andre kostnader vil være *særkostnader*, som operatøren selv må bære.

I dette kapitlet undersøkes derfor det nærmere grunnlaget for, og rekkevidden av belastningsretten, herunder betydningen av følgende forhold: Den aktuelle utgiftens sammenheng med fellesvirksomheten, forholdet til avtalens beslutningsmekanismer og i hvilken grad operatørens opptreden kan avskjære belastningsretten.

5.2 Krav til sammenheng med fellesvirksomheten

I henhold til RA. Art. 2 skal alle kostnader som er nødvendige for å utføre fellesoperasjonen belastes fellesskapet forutsatt at nærmere vilkår er oppfylt. Bestemmelsens ordlyd utelukker imidlertid ikke at også andre utgifter kan være omfattet av belastningsretten.

Som nevnt innledningsvis, er det en nær sammenheng mellom spørsmålene om en kostnad omfattes av henholdsvis operatørens belastningsrett og deltakernes tilskuddsplikt. I det endelige oppgjøret kan operatørens belastningsrett nødvendigvis ikke favne videre enn deltakernes tilskuddsplikt. Deltakernes tilskuddsplikt utgjør dermed en ramme for operatørens belastningsrett. Med deltakernes tilskuddsplikt siktes det her til deltakerens plikt til å bidra med kapital til interessentskapet.

Deltakernes tilskuddsplikt er regulert i SA art. 8.1. De er forpliktet til: ”... å skyte inn et tilstrekkelig beløp til å dekke alle utgifter som følger av interessentskapets virksomhet”. Hver enkelt deltakers andel fastsettes i utgangspunktet i samsvar med deltakerandelen på betalingstidspunktet.⁹³

Bestemmelsen oppstiller krav til relevans og kausalitet. Tilskudds-

⁹³ SA art. 8.1(2)

plikten omfatter bare interessentskapets virksomhet, og utgiften må følge av denne. Kravet må sees i sammenheng med interessentskapets formål om å drive petroleumsvirksomhet i henhold til utvinningstillatelsen.⁹⁴ Dette innebærer en saklig, tidsmessig og geografisk avgrensning av interessentskapets virksomhet.⁹⁵ Innenfor disse rammene omfatter tilskuddsplikten i utgangspunktet ”*alle utgifter*”.

På denne bakgrunn må det oppstilles et krav om at en utgift må ha sammenheng med fellesvirksomheten for å være omfattet av operatørens belastningsrett.

5.3 ”No gain, no loss”

5.3.1 Utgangspunkt

Prinsippet om ”no gain, no loss” er fastslått i SA Art. 3.1: ”*Operatøren skal ikke ha fortjeneste eller tap ved utførelse av sitt verv, med mindre annet følger av bestemmelser i denne Avtale*”. Dette utgjør et prinsipielt utgangspunkt for kostnadsallokeringen i interessentskapet.

På den ene siden innebærer prinsippet en skranke for operatørens belastningsrett ettersom operatørvervet ikke skal gi fortjeneste. Det er dermed ikke adgang for operatøren til å inkludere påslag i sine belastninger. På den annen side forutsetter prinsippet at de kostnader som faller på operatøren som følge av operatørvervet, skal kunne belastes interessentskapet.

Operatørens egne interesser kan avvike fra interessentskapets. Det er derfor ønskelig med mekanismer i avtaleforholdet som nøytraliserer eventuelle interessemotsetninger. Prinsippet om ”no gain, no loss” fører til at operatørens fortjeneste tas ut gjennom petroleumsutvinning og ikke gjennom operatørvervet, dermed styrkes operatørens incentiver til å varetta fellesinteressene.⁹⁶

Operatøren mottar altså ikke vederlag for utførelsen av vervet og er heller ikke på annen måte gitt anledning til å gjøre avsetninger for

⁹⁴ Spesielle Bestemmelser pkt. 1(6)

⁹⁵ For en nærmere gjennomgang av Samarbeidsavtalens rekkevidde vises det til Ellenes fremstilling om emnet.

⁹⁶ Eggen s. 3

eventuelle tap. Det er frivillig å være operatør, og dersom det oppstår en risiko for å lide tap som ikke motsvares av tilstrekkelige gevinstmuligheter, vil ingen ønske å påta seg oppgaven. ”no loss” delen av prinsippet kan dermed betraktes som en praktisk konsekvens av ”no gain”.⁹⁷

Prinsippet om ”no gain, no loss” gjelder så langt ikke annet er bestemt i ”denne avtale”. Det gjøres ingen uttrykkelige unntak verken i RA eller SA. Operatøransvaret kan imidlertid føre til unntak fra ”no loss”.

5.3.2 Operatøransvaret

Med operatøransvaret siktes det til operatørens ansvar for tap som interessentskapet, eller noen av partene påføres som følge av operatørens utførelse av operatørvervet. Operatøransvaret er regulert i SA Art. 3.5 og er angitt positivt og uttømmende. Operatøren skal bare være ansvarlig for tap som følge av utførelsen av operatørvervet dersom tapet skyldes forsett eller grov uaktsomhet utvist av en nærmere bestemt personkrets i operatørens ledelse.

På den ene siden utgjør ansvaret en skranke for operatørens krav på å bli holdt skadesløs ettersom kostnader som omfattes av ansvaret må bæres av operatøren i den endelige kostnadsfordelingen. På den annen side innebærer bestemmelsen, til tross for at ansvaret er positivt angitt, egentlig bare en begrensning av det ansvaret operatøren ellers har etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Bestemmelsen bidrar dermed til å effektivisere prinsippet om ”no loss”.

SA Art. 3.5 om operatørens ansvar gjelder bare ved ”Operatørens utførelse av sitt verv som operatør”. I andre sammenhenger er Operatørens ansvar ikke begrenset. Et eventuelt ansvar i egenskap av rettighetshaver vil dermed bero på alminnelige erstatningsregler. Det vil derfor være av betydning for operatørens ansvar i hvilke situasjoner han anses å opptre som operatør.

Etter avtalens ordlyd blir ansvar bare aktuelt dersom tapet skyldes forsett eller grov uaktsomhet hos en nærmere bestemt personkrets i operatørens ledelse. Ansvarsgrunnlaget er dermed avhengig av hvem

⁹⁷ Eggen s. 5

som kan bebreides. Ved handlinger begått av andre enn den angitte personkretsen vil operatørens ansvar være begrenset. I tråd med Rt. 1994 s. 624 vil dette gjelde selv om det skulle være tale om både forsettlige og sterkt illojale handlinger.

Begrepeene forsett og grov uaktsomhet er innarbeidet terminologi som har sitt opphav fra strafferettens område. Ettersom operatøransvaret er en misligholdssanksjon, må det være et grunnvilkår for ansvar at de krav som gjelder for operatørens opptreden ikke er overholdt.

Kravet om forsett refererer seg til den handlendes vilje. De fleste av operatørens handlinger vil være forsettlige uten at dette alene fører til ansvar, selv om handlingen skulle være tapsbringende. Det vil videre være et spørsmål om forsettet, i tillegg til kontraktsbruddet, også må omfatte konsekvensene. Operatøren kan tenkes å misligholde uten å ha noen tanke om at dette skal føre til tap, uten at denne vurderingen vil være grovt uaktsom.

På denne bakgrunn argumenterer Kaasen for at verken forsett eller grov uaktsomhet egentlig er egnede kriterier i vurderingen av den handlendes forhold til kontraktsbruddets konsekvenser. I stedet bør en gå rett på en vurdering av den handlendes avveining av sine interesser mot de øvrige interesser. Det avgjørende for ansvar bør da være om den er hensynsløs, sterkt illojal eller lignende.⁹⁸

Ettersom både forsett og grov uaktsomhet er omfattet, vil det ikke være nødvendig å trekke opp noen grense mellom dem. Uaktsomhetsvurderingen knytter seg til avviket mellom utvist opptreden og den gjeldende handlingsnorm. Det skal mye til før operatøren kan sies å ha opptrådt grovt uaktsomt. Det er imidlertid flere grunner til at operatørens opptreden må vurderes strengt. Det er tale om profesjonelle forhold, det er store verdier som håndteres og operatøren innehar et utpreget tillitsverv. Vurderingen må derfor være særlig streng dersom det kan stilles spørsmål om operatørens lojalitet.

Ansvarsbegrensninger som omfatter egen forsettlig- eller grov uaktsom adferd, kan i enkelte tilfeller bli tilsidesatt. Det er som nevnt

⁹⁸ Kaasen (2006) s.608 Om ansvarsgjennombrudd ved egen grov uaktsom eller forsettlig opptreden. Synspunktene har imidlertid tilsvarende relevans her.

noe usikkert i hvilken grad avtaleloven § 36 vil være anvendelig. Ansvarsgjennombrudd kan imidlertid også tenkes på bakgrunn av alminnelige misbruksprinsipper.⁹⁹

Som vist ovenfor, er operatørens ansvar sterkt begrenset. Dersom et tap er forårsaket av personer utenfor den angitte personkretsen, er operatøren ikke i noe tilfelle ansvarlig, såfremt den erstatningsbetingende opptreden har skjedd i tilknytning til utførelsen av operatørvervet.

Operatørens ansvar etter Samarbeidsavtalen synes her å være begrenset nær opp mot inngrepsterskelen for ansvarsgjennombrudd. Dette må anses som et uttrykk for at prinsippet om ”no loss, no gain” er tillagt betydelig vekt ved utformingen av avtalen.

Dersom vilkårene for operatøransvar er oppfylt vil det være grunnlag for krav mot operatøren. Et slikt ansvar er i SA ikke knyttet opp mot spørsmålet om rekkevidden av operatørens belastningsrett. Utgangspunktet må derfor være at operatørens krav på belastning av felleskontoen og et eventuelt erstatningskrav, må behandles uavhengig av hverandre, som separate krav. Et erstatningskrav mot operatøren vil derfor ikke umiddelbart begrense belastningsretten.^{100 101}

Et erstatningsansvar for operatøren vil imidlertid innebære et unntak fra prinsippet om ”no gain, no loss”, i den forstand at han ikke vil holdes skadesløs i den endelige kostnadsfordelingen.¹⁰²

5.4 Kravet til utgiftsfullmakt (”AFE”)

5.4.1 Fullmaktskravet

Hovedregelen er at operatøren bare kan pådra interessentskapet utgifter og forpliktelser innenfor rammene av utgiftsfullmakter godkjent av sty-

⁹⁹ Se kap. 3.3

¹⁰⁰ Annerledes Kaasen (2011) s. 316 ”consequently the costs[...]cannot be charged to the co-venturers,”

¹⁰¹ Hvorvidt det er adgang til motregning i cash calls kan imidlertid tenkes å få betydning. Se kap. 6

¹⁰² Eggen s. 6 ”operatøransvaret fremstår som et unntak fra ”no gain, no loss”

ringskomiteen.¹⁰³ Kravet til utgiftsfullmakt knytter dermed Samarbeidsavtalens beslutningsmekanismer til operatørens belastningsrett og sikrer at styringskomiteens beslutninger faktisk etterleveres av operatøren.

Kravet til utgiftsfullmakt gjelder operatørens rett til å *pådra* interessentskapet utgifter og forpliktelser, typisk ved å inngå avtaler på vegne av interessentskapet. Fullmaktskravet regulerer derimot ikke operatørens rett til betaling og oppfyllelse av forpliktelser som allerede hviler på interessentskapet.

Dersom det alt er etablert en forpliktelse, vil et fullmaktskrav ikke ha noen styringsfunksjon. Interessentskapet vil uansett ikke kunne fri seg fra forpliktelser gjennom beslutninger i styringskomiteen. Dersom det er tvil om kravets rettmessighet, vil operatøren riktignok kunne anmode om å få saken behandlet i styringskomiteen, for slik å skaffe seg ryggdekning om kravet senere skulle vise seg å være urettmessig.

Dersom det først er etablert en forpliktelse for interessentskapet, vil operatøren være forpliktet til å betale kostnaden.¹⁰⁴ Betalingsforpliktelsen vil være uavhengig av hvordan forpliktelsen er oppstått, enten den er pådratt i tråd med fullmakt, eller på annet vis. Etter prinsippet om ”no gain, no loss” vil operatøren ha krav på å bli holdt skadesløs for betaling av slike fellesforpliktelser, selv om det ikke foreligger AFE.

5.4.2 Overskridelsehjemer i SA

SA inneholder enkelte unntak fra kravet om utgiftsfullmakt. Unntakene er nødvendige for å sikre tilstrekkelig fleksibilitet og å hindre at det formelle kravet om utgiftsfullmakt skal gjøre interessentskapet unødig stivbent.¹⁰⁵ For å gi operatøren bedre mulighet til å ivareta interessentskapet, har han fått et utvidet handlingsrom i enkelte situasjoner. Handlingsrommet er likevel såpass begrenset at styringskomiteens kompetanse og kontrollmuligheter ikke undergraves.

For det første kan operatøren i begrenset utstrekning overskride en

¹⁰³ SA Art. 12.5

¹⁰⁴ SA Art. 3.2 i.f.

¹⁰⁵ Tilsvarende Kaasen(2011) s. 309

budsjettpost eller en utgiftsfullmakt.¹⁰⁶ Budsjettene det siktes til er fastsatt av styringskomiteen etter SA Art. 12. Hvilke budsjettposter budsjettene skal inneholde følger av SA Art. 12.4. Partene kan ved enstemmighet endre presentsatsene for de relative grensene, den absolutte grensen på 75 millioner kan imidlertid ikke fravikes.

For det andre er operatøren gitt rett til på egen hånd å pådra interessentskapet ansvar for diverse mindre forpliktelser. I utgangspunktet omfatter retten forpliktelser på inntil 3 millioner kroner per budsjett per regnskapsår.¹⁰⁷ Styringskomiteen kan imidlertid selv endre beløpsgrensen.

For det tredje er operatøren gitt en nødfullmakt.¹⁰⁸ Operatøren kan på egenhånd pådra interessentskapet ansvar for utgifter som operatøren anser for å være nødvendige for å beskytte liv, helbred eller eiendom, og for å avverge eller begrense forurensning. Grunnvilkåret for anvendelse av nødfullmakten er at det ikke er tid til å fremlegge saken for styringskomiteen. Ved vurderingen må det tas hensyn til at det ved uventede hendelser vil være anledning for operatøren til å forelegge en sak til avstemning i styringskomiteen uten møte.¹⁰⁹

Avtalens bestemmelser om nødfullmakt kan anses som en variant av den ulovfestede uanmodet forretningsførsel, ("negotiorum gestio"). Praksis og teori knyttet til denne læren vil derfor kunne være relevant ved tolkingen av nødfullmakten i SA.

Det kreves ikke at redningsforsøket skal føre frem.¹¹⁰ Bestemmelsen henviser til operatørens vurdering av situasjonen slik den fremsto for ham på handlingstidspunktet. Vurderingen må ta hensyn til hvilke muligheter for vinning eller risiko handlingen medfører. Dette må holdes opp mot de antatte følger av å unnlate og handle. Her vil det være avgjørende om det etter en slik helhetsvurdering fremsto som nødvendig å handle.

¹⁰⁶ SA Art. 12.5 (2)

¹⁰⁷ SA Art. 12.5 (3)

¹⁰⁸ SA Art. 12.5 (4)

¹⁰⁹ SA Art. 2.4

¹¹⁰ Hagstrøm s. 684

5.5 Andre belastninger uten AFE

5.5.1 Utgangspunkt

I hvilken grad operatøren kan foreta belastninger uten at disse er forankret i en AFE er et viktig prinsipielt spørsmål, ettersom det nettopp er dette fullmaktskravet som knytter operatørens belastningsrett til avtalens beslutningsprosedyrer.

Som nevnt innledningsvis, følger operatørens belastningsrett forutsetningsvis av bestemmelsene i SA. Dersom vi står overfor en fellesforpliktelse, vil operatøren i henhold til ”no gain, no loss” ha krav på å bli holdt skadesløs for betalingen av denne. Hvilket rom det er for å pådra interessentskapet forpliktelser uten grunnlag i AFE vil derfor ha betydning for rekkevidden av operatørens belastningsrett.

I det følgende skal det nærmere omfanget av operatørens belastningsrett undersøkes med utgangspunkt i enkelte utvalgte situasjoner hvor det ikke foreligger AFE.

5.5.2 Avtaleforpliktelser etablert i strid med operatørens rett

Operatøren vil i forbindelse med sine oppgaver som operatør inngå en rekke avtaler med leverandører om anskaffelse av varer og tjenester. Inngåelse av slike avtaler vil nettopp føre til at interessentskapet pådras utgifter og forpliktelser. Dette er derfor innenfor fullmaktskravets anvendelsesområde. Dersom avtalen ikke faller inn under de uttrykkelige unntakene fra fullmaktskravet, vil operatøren i utgangspunktet ikke være berettiget til å inngå slike avtaler uten AFE. Spørsmålet er imidlertid om operatøren i enkelte tilfeller likevel vil kunne belaste fellesskapet med slike kostnader, til tross for at han vis-à-vis interessentskapet mangler rett til å inngå avtalen.

Dersom avtalen er inngått i operatørens navn og operatøren ikke har dekning for forpliktelsen i en AFE, vil interessentskapet ikke bli bundet av avtalen. Operatøren vil da i utgangspunktet ikke ha noe rettslig

grunnlag for å belaste utgiften på interessentskapet.¹¹¹

Dersom operatøren i stedet inngår avtalen i interessentskapets navn, vil interessentskapet kunne bli bundet overfor medkontrahenten, uavhengig av om operatøren hadde rett til å inngå avtalen. Avgjørende for om interessentskapet i en slik situasjon blir bundet, vil være avtalelovens regler om inngåelse av avtaler gjennom fullmektig. Spørsmålet vil her være om operatøren var legitimert og om medkontrahenten var i god tro med hensyn til operatørens rett. Det er en kjensgjerning at operatøren normalt har vide fullmakter og at medkontrahenten derfor oftest vil kunne gå ut fra at operatøren har rett til å inngå avtaler på vegne av interessentskapet. Dette er derfor en aktuell problemstilling.

Dersom interessentskapet på denne måten først er blitt bundet gjennom operatørens legitimasjon, vil operatøren i henhold til SA være forpliktet til å betale overfor medkontrahenten, på samme måte som han er forpliktet til å betale interessentskapets øvrige forpliktelser. Her, som ellers, har operatøren krav på å bli holdt skadesløs for betaling av fellesforpliktelser. Fullmaktskravet er ikke til hinder for dette, selv om forpliktelsen er pådratt i strid med operatørens rett. Konklusjonen må derfor være at slike utgifter i utgangspunktet vil være omfattet av operatørens belastningsrett.

Hvorvidt operatøren likevel må bære kostnaden i den endelige kostnadsfordelingen, vil avhenge av om det foreligger grunnlag for å kreve regress hos operatøren. Operatøransvaret kan gi grunnlag for et slikt krav dersom operatøren har opptrådt erstatningsbetingende overfor fellesskapet. Enten operatøren bevisst har trosset styringskomiteen, eller om han har oversett kravet til AFE, vil han normalt ha opptrådt med tilstrekkelig grad av skyld. Den som opptrer hos operatøren i en slik sammenheng, vil nok normalt også tilhøre den relevante personkrets for ansvar.

Erstatningsansvar for operatøren forutsetter imidlertid også at den aktuelle opptreden fører til tap for interessentskapet eller noen av deltakerne. Hvorvidt det foreligger et slikt tap må bero på en differansebetraktning der det faktiske hendelsesforløp må sammenholdes med et hypo-

¹¹¹ Tilsvarende Kaasen(2011) s. 315

tetisk hendelsesforløp, hvor det forutsettes at operatøren forholdt seg lojalt til fullmaktskravet – den ansvarsbetingende handlingen tenkes bort. Det er ikke gitt at en slik urettmessig pådratt forpliktelse vil føre til tap for interessentskapet. Dette kan eksempelvis tenkes dersom operatøren uten fullmakt anskaffer teknologi eller redskaper som viser seg å føre til et økonomisk resultat som svarer til, eller overstiger, det som ellers ville vært oppnådd dersom avtalen ikke var inngått.

Konklusjonen må etter dette være at om operatøren forplikter interessentskapet utad, til tross for at han ikke har rett til dette, vil det ikke nødvendigvis være til hinder for at utgiften må bæres av interessentskapet også i den endelige kostnadsfordelingen. Forutsatt at handlingen ikke medfører tap for interessentskapet, ettersom slikt tap er et vilkår for operatøransvar.

Kaasen er kommet til et annet resultat og begrunner dette med at dersom det skulle oppstå tvist, ville dette være fordi de øvrige deltakerne ikke ønsket at aktiviteten skulle finne sted.¹¹² Avgjørende for ham er at interessentskapet ikke bør eksponeres for utgifter utover det som følger av avtalens regler og beslutningsprosedyrer.

Det er gode grunner til å beskytte deltakerne mot denne typen egenrådige opptreden fra operatørens side. Det er imidlertid neppe nødvendig med ytterligere begrensninger i operatørens belastningsrett for å oppnå slik beskyttelse. En operatør som med vilje eller grovt uaktsomt handler i strid med fullmaktskravet, kan risikere både å miste operatørskapet og å komme dårligere ut i senere konsesjonsrunder. Deltakernes behov for beskyttelse mot utgifter kan neppe ha særlig vekt i en situasjon hvor det, alle forhold tatt i betraktning, ikke foreligger noe tap og kanskje også en økonomisk gevinst. Kaasen påpeker også at: «*with an eye to the doctrine of enrichment, it would appear surprising for the operator to be barred from claiming remuneration for expenditure that objectively benefitted the joint venture*»¹¹³

¹¹² Kaasen (2011) s. 317

¹¹³ Kaasen (2011) s. 317

5.5.3 Erstatningskrav fra tredjemann og foretaksstraff

Interessentskapets virksomhet vil kunne utsette utenforstående for tap som interessentskapet vil være erstatningsansvarlig for. Slike krav vil normalt rettes mot operatøren som utad representerer interessentskapet. Forutsatt at det er tale om rettmessige krav, vil operatøren være forpliktet til å betale på vegne av interessentskapet.¹¹⁴ Spørsmålet er da om slike utbetalinger vil omfattes av operatørens belastningsrett.

Fullmaktskravet knytter seg som nevnt til etableringen av forpliktelsen. Ved erstatningskrav oppstår prinsipielt forpliktelsen i forbindelse med den skadevoldende handling og ikke ved betalingen av kravet. Forpliktelsen vil etter sin art normalt være uforutsett og fullmaktskravet synes derfor ikke å være anvendelig.

Operatøren kan også bli ilagt foretaksstraff etter straffeloven § 48a, eksempelvis ved ulykkeshendelser som skyldes brudd på HMS bestemmelser. En slik bøtestraff vil være en utgift som følger av interessentskapets virksomhet og dermed en utgift som faller innenfor ordlyden i SA art. 8.1 og vil derfor være en utgift som operatøren i utgangspunktet er forpliktet til å betale.

Det kan nok stilles spørsmål ved hvorvidt en bøtestraff etter sin art skal kunne veltes over på andre, men ettersom en slik utgift må sies å være omfattes av ordlyden i SA og ettersom foretaksdefinisjonen i straffeloven § 48 a. annet ledd er vid nok til at boten også kunne vært gitt direkte til interessentskapet, bør det ikke være noe i veien for dette.

Slik bøtestraff er også en forpliktelse som etter sin art er uforutsett og hvor fullmaktskravet normalt ikke vil være anvendelig. På samme måte som ved erstatningskrav fra tredjemann må det da være avgjørende for hvorvidt en slik straff vil kunne belastes fellesskapet om den kan sies å følge av interessentskapets virksomhet og om det ellers ville medføre et tap for operatøren som følge av operatørvervet.

I begge tilfelle må en i stedet falle tilbake på deltakernes ansvar for forpliktelser som oppstår på grunn av fellesvirksomheten og operatørens

¹¹⁴ SA Art. 3.2 i.f.

krav på å bli holdt skadesløs i henhold til prinsippet om ”no loss”.¹¹⁵ Slike krav må etter dette normalt være omfattet av operatørens belastningsrett uavhengig av om det foreligger AFE

Dersom slike krav skyldes svikt fra operatørens side blir dette i stedet et spørsmål om operatørens opptreden kan gi grunnlag for operatøransvar.

5.5.4 Kostnadsoverskridelser i pågående prosjekter

Fra tid til annen vil aktiviteter som er igangsatt av operatøren, i tråd med alle nødvendige tillatelser, medføre kostnader utover det som følger av det vedtatte budsjettet. Operatøren vil også her være forpliktet til å dekke kostnadene på vegne av interessentskapet. For å avgjøre om operatøren skal kunne belaste fellesskapet, må årsaken til merutgiften undersøkes. Avgjørende for operatørens belastningsrett vil være om operatøren kan sies å ha pådratt interessentskapet nye forpliktelser. Dersom budsjettoverskridelsene er et resultat av ytterligere disposisjoner fra operatøren, slik som pålegg om akselerasjon for å innhente en forsinkelse eller instruksjoner om fordyrende endringer, vil kravet til utgiftsfullmakt måtte gjelde fullt ut. Slike disposisjoner pådrar interessentskapet ytterligere forpliktelser og styringshensynet taler dermed for at det her kreves grunnlag i AFE.

Dersom budsjettoverskridelsene alene skyldes at de allerede godkjente tiltakene er blitt mer kostbare enn forutsatt, kan operatøren ikke sies å ha *pådratt* interessentskapet noen merkostnad ut over den kostnad som viste seg å følge av den forutsetningsvis godkjente aktiviteten. Operatøren vil da kunne belaste felleskontoen uavhengig av om det foreligger noen AFE for merkostnaden. Hvis slike overskridelser derimot skyldes mangelfull oppfølging av prosjektet fra operatørens side, vil dette i stedet måtte vurderes som et spørsmål om operatøransvar.

5.5.5 Operatørens prerogativer

Som nevnt i pkt. 3.1.2, er det antatt at operatøren er gitt en særrett til å utføre visse oppgaver for interessentskapet. Det kan her skilles mellom

¹¹⁵ Tilsvarende, Kaasen (2011) s. 313

en ubetinget rett til å utføre bestemte oppgaver, og en rett til å utføre oppgaver dersom de er besluttet utført.

Dersom operatøren i kraft av sine prerogativer først har krav på å få utføre en oppgave, må han i henhold til prinsippet om ”no gain, no loss” også ha et tilsvarende krav på AFE. Dette må eksempelvis gjelde kostnader knyttet til arbeidet med å inngå avtaler, oppfylle rapporteringsplikter og andre oppgaver nært knyttet til operatørrollen og den daglige ledelsen.¹¹⁶

5.5.6 Vedtatt budsjett – Ikke AFE

Dersom det følger av arbeidsprogram og budsjett at en aktivitet skal gjennomføres, må det avklares hvilken betydning dette har for operatørens belastningsrett. Vil dette gi operatøren krav på AFE, og hva blir konsekvensene om han ikke får dette?

Komiteen kan selvsagt gå veien om å endre arbeidsprogram og budsjett, og i så fall foreligger det ikke lenger grunnlag for AFE. Det er først dersom dette ikke skjer at spørsmålet blir satt på spissen. Eksempelvis kan det tenkes en situasjon hvor det verken er flertall for å gi AFE eller for å endre budsjettet. Det må derfor avklares hvilke muligheter operatøren i slike tilfeller har til å oppnå utgiftsdekning.

Som vist i kapittel 3.2, er det i forbindelse med vedtakelsen av arbeidsprogram og budsjett at det vurderes om en utgift skal pådras, mens AFE i utgangspunktet bare gjelder spørsmålet om hvordan utgiften skal pådras. Prinsipielt er arbeidsprogrammet og budsjettet overordnede beslutninger i forhold til beslutningen om å gi AFE. Styringskomiteen står dermed ikke fritt til å nekte AFE dersom utgiften er innenfor vedtatt budsjett og arbeidsprogram.¹¹⁷

Det er først dersom styringskomiteen har relevante innsigelser til hvordan utgiften pådras at AFE kan nektes. Michelet nevner eksempelvis at utgiften overstiger markedsnivået for tilsvarende varer eller tjenester, eller at utgiften er ment anvendt på en måte som strider mot lov, conse-

¹¹⁶ Eggen s. 72 flg.

¹¹⁷ Michelet s. 135 flg.

sjonsvilkår eller avtale, eller om den foreslåtte utgiften på andre måter ikke er tilfredsstillende begrunnet.

På den ene siden bør operatøren til en viss grad kunne innrette seg i tillit til at det vedtatte budsjettet blir gjennomført. På den andre siden er styringskomiteen gitt kompetanse til å endre budsjettet underveis. Det vil dermed kunne stride mot avtalens kompetansefordeling dersom operatøren undergraver styringskomiteens endringskompetanse ved å pådra forpliktelser i henhold til budsjettet utover det som er rimelig.

Dersom operatøren innretter seg etter vedtatt budsjett og arbeidsplan uten grunnlag i AFE, vil han selv måtte bære risikoen for hvorvidt det vil kunne foreligge saklig grunn til å nekte AFE.

Dersom operatøren derimot nektes AFE i henhold til budsjettet uten at det foreligger saklig grunnlag for nektelsen, vil dette innebære et mislighold overfor operatøren. Dersom operatøren lider tap som følge av en slik nektelse, vil han kunne ha krav på kompensasjon for konsekvensene av dette i tråd med ”no gain, no loss”. Dette er imidlertid ikke grunnlag for å gjøre unntak fra fullmaktskravet.

5.5.7 Belastninger utenfor vedtatt budsjett

SA bygger på en forutsetning om at det til enhver tid vil foreligge et gjeldende budsjett. Denne forutsetningen svikter dersom partene ikke oppnår tilstrekkelig enighet til å vedta et budsjett. I et slikt tilfelle vil virksomheten uansett løpe videre. Det må derfor undersøkes hvilken betydning fravær av et gjeldende budsjett vil ha for operatørens belastningsrett.

Betaling av allerede etablerte forpliktelser, eller forpliktelser som oppstår uavhengig av avtalens beslutningsprosedyrer, må operatøren kunne belaste interessentskapet i tråd med prinsippet om ”no loss”.

De kostnadene operatøren uansett har i kraft av å være operatør, eksempelvis kostnader ved å opprettholde den organisasjonen som er nødvendig for å oppfylle operatørens plikter etter SA, vil være slike forpliktelser som må anses å hvile på interessentskapet uavhengig av budsjettet.

Fullmaktskravet knytter seg, som nevnt, til etableringen av nye for-

pliktelser for interessentskapet. Ettersom det ikke foreligger budsjett, vil det heller ikke være grunnlag for AFE. Utgangspunktet er derfor at operatøren i slike tilfeller ikke vil kunne pådra interessentskapet kostnader utover det som følger av overskridelseshjemlene i SA.

Operatørens nødfullmakt gjelder etter ordlyden i utgangspunktet bare dersom det ikke er *tid* til å fremlegge saken for styringskomiteen. Det må undersøkes om bestemmelsen, til tross for ordlyden, vil kunne anvendes tilsvarende i en situasjon hvor styringskomiteen er beslutningsudyktig på grunn av uenigheter, en såkalt ”dead lock”-situasjon. Ettersom nødfullmakten, som nevnt, kan anses å være en variant av den ulovfestede regelen om uanmodet forretningsførsel (*negotiorum gestio*), må det avgjørende være om interessentskapet selv er forhindrede fra å sikre egne interesser og ikke hvorfor eller hvordan situasjonen er oppstått. Adgangen må imidlertid være snever, ettersom det her nettopp er tale om en nødfullmakt.

Uten et vedtatt budsjett kan operatøren dermed pådra forpliktelser i den utstrekning det er helt nødvendig for å sikre at virksomhetens holdes gående, og ellers bare for å ivareta vesentlige interesser for interessentskapet.

5.6 Konklusjon – Operatørens belastningsrett

Et grunnleggende vilkår for operatørens belastningsrett er at den aktuelle utgiften er en følge av fellesvirksomheten.

Fullmaktskravet gjelder bare operatørens rett til å pådra interessentskapet utgifter. Som gjennomgangen ovenfor har vist, kan det forekomme en rekke ulike situasjoner hvor interessentskapet likevel blir forpliktet uten at det skjer med grunnlag i en AFE.

Overskridelseshjemlene i SA vil omfatte mange praktiske tilfeller. Operatøren har, som nevnt, innenfor de angitte rammene, fått kompetanse til å pådra interessentskapet forpliktelser uten at det er forankret i verken arbeidsprogram, budsjett eller AFE.

Samarbeidsavtalen kan ikke gjøres gjeldende overfor utenforstående tredjeparter.¹¹⁸ Fullmaktskravet i SA er derfor ikke til hinder for at interessentskapet blir forpliktet gjennom operatørens legitimasjon, eller som følge av deliktsansvar. Fullmaktskravet gir heller ingen beskyttelse mot at de forpliktelsene som etableres, i tråd med alle nødvendige tillatelser, senere viser seg å bli mer omfattende enn forutsatt.

Styringskomiteen har heller ikke fri adgang til å nekte operatøren AFE. Dersom det følger av arbeidsprogrammet og budsjett at en aktivitet skal gjennomføres, vil operatøren ha krav på AFE såfremt det ikke foreligger saklig grunn til å nekte ham dette. At operatøren ikke får en AFE han har krav på, vil utgjøre et mislighold overfor operatøren. Eventuelle konsekvenser for operatøren som følge av slikt mislighold vil operatøren, i tråd med prinsippet om ”no gain, no loss”, kunne belaste fellesskapet.

Dersom det først er etablert en forpliktelse, vil operatøren, uavhengig av hvordan forpliktelsen ble etablert, uansett være forpliktet til å oppfylle forpliktelsen på vegne av interessentskapet. Dette vil han igjen ha krav på å holdes skadesløs for, i tråd med prinsippet om ”no gain, no loss”. Det kan derfor ikke gjelde noe absolutt krav om at alle belastninger må ha grunnlag i AFE.

Dersom operatøren har opptrådt på en måte som kan føre til operatøransvar, vil dette måtte fremmes som et separat krav mot operatøren, uavhengig av operatørens belastningsrett overfor interessentskapet.

Fremstillingen i kapittelet her har vist at operatøren har en omfattende belastningsrett. Alle utgifter operatøren har som følge av operatørvervet, skal i utgangspunktet kunne belastes fellesskapet. Ettersom virksomhetens kapitalbehov er et produkt av operatørens belastninger får dette tilsvarende betydning for deltakernes tilskuddsplikt.

¹¹⁸ Tilsvarende Kaasen(2010) s. 165

6 Er det adgang for rettighetshaverne til å motregne i cash-calls?

Før vi går nærmere inn på spørsmålet om det gjelder en ubetinget plikt til å betale cash-calls, skal vi se nærmere på spørsmålet om det er adgang til å motregne i cash-calls.

Motregning er en oppgjørsform og er derfor ikke det samme som ikke-betaling. Motregning skiller seg imidlertid fra alminnelig betaling ved at oppgjøret skjer uten at interessentskapet blir tilført likviditet. Hvorvidt det er adgang til motregning, er derfor av betydning for finansieringen av interessentskapets virksomhet og utøvelsen av operatørens belastningsrett.

Rett til motregning er betinget av at de alminnelige vilkår for tvungen motregning er oppfylt. Slik motregning forutsetter i utgangspunktet at det erklæres motregning,¹¹⁹ og at det foreligger gjensidige,¹²⁰ oppgjørsmodne¹²¹ og komputable¹²² krav.¹²³ Adgangen til motregning kan likevel være avskåret dersom et motregningsforbud må anses avtalt.¹²⁴ Forsøk på motregning uten motregningsrett må likestilles med ikke-betaling.

Deltakerne kan tenkes å ha en rekke ulike krav mot operatøren, enten det er tale om krav som følge av erstatningsbetingende opptreden fra operatørens side i egenskap av å være operatør, eller krav som springer ut av forhold som er uavhengig av samarbeidet.

Der en deltaker ønsker å motregne med *krav mot operatøren*, må det undersøkes om gjensidighetsvilkåret er oppfylt. Ved første øyekast synes den omstendighet at operatøren innkrever cash-calls å innebære at kravene består mellom de samme parter. Kravet på innbetaling av cash-calls tilhører imidlertid interessentskapet. Operatøren er i prinsippet

¹¹⁹ Sæbø s. 87

¹²⁰ Sæbø s. 48

¹²¹ Sæbø s. 80

¹²² Sæbø s. 68

¹²³ Hagstrøm s. 733 flg.

¹²⁴ Hagstrøm s. 741

bare en slags daglig leder og kan i denne sammenheng ikke identifiseres med interessentskapet. Den tilfeldighet at operatøren er satt til å innkreve fellesskapets krav, kan ikke føre til at gjensidighetsvilkåret er oppfylt.¹²⁵ Motregning er dermed ikke aktuelt for slike krav.

Deltakerne vil også kunne ha ulike krav *mot interessentskapet*. Vilkåret om gjensidighet vil da være oppfylt. Mest nærliggende er det at en deltaker har et tilbakebetalingskrav fordi han tidligere har innbetalt mer enn virksomhetens kapitalbehov skulle tilsi, enten fordi operatøren overvurderte kapitalbehovet, eller fordi han ved en feil betalte mer enn han var forpliktet til.

Dersom det overskytende fortsatt ikke er tilbakebetalt innen neste cash-call, vil virksomhetens kapitalbehov for neste måned bli tilsvarende redusert. Ettersom cash-calls utformes på bakgrunn av det forventede kapitalbehovet, vil dermed deltakernes krav på tilbakebetaling bli gjort opp ved fastsettelsen av neste måneds cash-call. I alle fall så lenge kapitalbehovet i den kommende måneden er tilstrekkelig til å konsumere tilbakebetalingskravet.

Hvis operatøren likevel ikke kompenserer for ubenyttet innbetalt kapital ved beregningen av cash-calls, kan det stilles spørsmål ved om vi står overfor et motkrav, eller om forholdet i stedet utgjør en innsigelse mot operatørens beregning av kravet. Ettersom operatøren er forpliktet til å avregne det innestående ved beregningen av kravet, må forholdet anses som en innsigelse til hovedkravet og ikke et motkrav.¹²⁶ Situasjonen omfattes derfor ikke av spørsmålet om det er adgang til motregning og må i stedet behandles som en del av spørsmålet om i hvilken grad omtvistede cash-calls må betales. Det vil derfor kun være et begrenset antall

¹²⁵ Unntak fra gjensidighetsvilkåret på grunn av betalingsinnkreverens legitimasjon vil være betinget av at den som påberoper seg frigjørende oppgjør verken forsto eller burde ha forstått at vedkommende ikke var rette kreditor, dette er ikke aktuelt her. Se Sæbø s. 174

¹²⁶ Forholdet har likhetstrekk med vurderingen av om en utbetaling fra arbeidsgiver skal anses som forskudd på lønn, eller et lån i anledning arbeidsforholdet. Skillet avgjør om arbeidsgiver kan trekke arbeidstakeren i lønn uten hinder av motregningsforbudet i aml. § 55 nr. 3. Sæbø s. 199 skriver: »*Etter mitt syn bør det avgjørende for skillet mellom forskudd og lån være om A helt eller delvis mottar utbetaling av lønn mens arbeidsgiver ennå har utestående beløp.*»

krav igjen hvor spørsmålet om motregning fortsatt vil være aktuelt.

En deltaker kan likevel tenkes å ha diverse *selvstendige krav mot interessentskapet*, eksempelvis som følge av erstatningsbetingende opptreden fra interessentskapets side, eller et vederlagskrav for en ytelse deltakeren har prestert overfor interessentskapet. I dette tilfelle vil gjensidighetsvilkåret være oppfylt. Dersom også motkravet er forfalt og begge kravene går ut på penger, vil de alminnelige motregningsvilkårene kunne være oppfylt.

I tilfelle oppstår spørsmålet om avtalen kan sies å inneholde et forbud mot motregning. Et slikt forbud behøver ikke fremgå uttrykkelig, det er tilstrekkelig at forbudet følger av en tolkning av avtalen.¹²⁷

Som nevnt skal cash-calls nettopp dekke interessentskapets kapitalbehov. Poenget med ordningen er at deltakerne skal sørge for at det er nok tilgjengelig kapital til å dekke drift og investeringer, uten at operatøren selv skal behøve å legge ut. Dersom det åpnes for betaling av cash-calls ved motregning, vil dette føre til at kontantbehovet ikke blir dekket. Det må derfor være riktig å tolke Samarbeidsavtalen slik at det gjelder et forbud mot å gjøre opp cash-calls ved motregning.

På denne bakgrunn er motregning neppe særlig aktuelt. De krav deltakerne måtte ha mot operatøren vil ikke tilfredsstille kravet om gjensidighet, ettersom cash-calls tilhører interessentskapet og ikke operatøren. Dersom det likevel foreligger en situasjon hvor motregningsvilkårene er oppfylt, vil avtalens forbud mot motregning stå i veien for dette. Det er dermed vanskelig å se for seg en situasjon hvor motregning i cash-calls vil være aktuelt.

¹²⁷ Hagstrøm s. 741

7 Hvor ubetinget er plikten til å betale cash-calls?

7.1 Nærmere om problemstillingen

Hvor ubetinget er plikten til å betale cash-calls? Spørsmålet gjelder forholdet mellom operatørens belastningsrett og deltakernes tilskuddsplikt. Som tidligere nevnt, er det en nær sammenheng mellom disse. Alle interessentskapets utgifter kanaliseres gjennom operatøren og i fravær av andre finansieringskilder er tilskudd fra deltakerne en nødvendighet for operatørens belastninger.

En utgift som er omfattet av operatørens belastningsrett, vil anses å følge av virksomheten og er dermed også omfattet av deltakernes tilskuddsplikt.¹²⁸ I et slikt tilfelle vil deltakerne utvilsomt være forpliktet til å dekke utgiften gjennom cash-calls. Som vist i kapittel 5 har operatøren en omfattende belastningsrett.

Spørsmålet om hvor ubetinget deltakernes plikt til å betale cash-calls er, kommer derfor først på spissen dersom det likevel er omtvistet hvorvidt utgiften er omfattet av operatørens belastningsrett. Det er derfor et begrenset rom for tvist om plikten til å betale cash-calls.

En ubetinget plikt til å betale cash-calls vil, som nevnt, innebære at betalingsforpliktelsen i første omgang er løstrevet fra det underliggende kravet. Innsigelser knyttet til det underliggende kravet vil derfor ikke få betydning for plikten til å betale cash-calls, slik at også omtvistede cash-calls må betales. Tilskuddsplikten vil da, i første omgang, kunne gå lenger enn belastningsretten.

Det er viktig å understreke at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom en eventuell plikt til å betale omtvistede cash-calls og den endelige kostnadsfordelingen i interessentskapet. Spørsmålet om det gjelder en ubetinget betalingsplikt gjelder først og fremst hvem som skal bære likviditetsbelastningen for omtvistede krav i perioden fra forfall,

¹²⁸ SA Art. 8.1

og frem til det er endelig avgjort om det var grunnlag for dem. Spørsmålet får også betydning for hvem som skal bære risikoen for de konsekvenser manglende betaling av cash-calls kan medføre.

7.2 Omtvistede cash-calls - hvor ubetinget bør betalingsplikten være?

7.2.1 Interesser knyttet til interessentskapet

Når det skal undersøkes om, og i hvilken grad, plikten til å betale cash-calls bør være ubetinget, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i de interessene som knytter seg til det enkelte interessentskap. Dette vil i hovedsak være operatørens interesser på den ene siden og deltakernes interesser på den andre siden.

Operatøren vil normalt også være deltaker i interessentskapet. I tillegg er operatørens interesser, som operatør, til en viss grad nøytralisert gjennom prinsippet om ”no gain, no loss”. Interessene vil derfor langt på vei være sammenfallende, i alle fall på et overordnet nivå. Felles for alle aktørene er at de investerer kapital i virksomheten for å oppnå fremtidig avkastning gjennom å drive petroleumsvirksomhet i henhold til utvinningstillatelsen.¹²⁹ En rekke større og mindre interessemotsetninger vil likevel kunne forekomme.

Det må derfor undersøkes hvilken betydning rekkevidden av deltakernes plikt til å betale cash-calls kan ha for aktørenes felles interesser, blant annet i størst mulig verdiskapning. I tillegg vil det måtte legges vekt på i hvilken grad deltakerne ved en ubetinget betalingsplikt vil ha tilstrekkelig beskyttelse mot misbruk.

7.2.2 Samfunnshensyn

Samarbeidsavtalen kan langt på vei sies å være et konsesjonsvilkår.¹³⁰ Petroleumsloven er hjemmelslov for konsesjonen. En diskusjon om hvorvidt det bør være en ubetinget plikt til betaling av cash-calls, bør

¹²⁹ Spesielle Bestemmelser pkt. 1

¹³⁰ Se kap. 2.1

derfor også se hen til i hvilken grad en slik betalingsplikt vil fremme de formål som ligger til grunn for lovgivningen.

Et gjennomgående trekk ved reguleringen av petroleumsvirksomheten er at samfunnshensyn er prioritert høyt. Dette har sammenheng med petroleumsvirksomhetens store betydning for det norske samfunnet. I følge petroleumsloven § 1-2 skal petroleumsressursene forvaltes i et langsiktig perspektiv og komme hele samfunnet til gode. Slik det er uttrykt i petroleumslovens forarbeider er det et overordnet mål å oppnå størst mulig verdiskapning.¹³¹

Samfunnet får tilgang på verdiskapning fra petroleumsvirksomheten både gjennom arbeidsplasser og andre ringvirkninger i økonomien, samt gjennom en omfattende skattlegging av driftsresultatet.

Fra et samfunnsmessig perspektiv er det derfor normalt ønskelig med høy aktivitet og økonomisk lønnsom drift, noe som også kan sies å ha kommet til uttrykk gjennom formålsangivelsen i Samarbeidsavtalen. Samfunnet og aktørene i det enkelte interessentskap har dermed langt på vei sammenfallende interesser. Interessesmotsetninger vil likevel forekomme, blant annet knyttet til spørsmål om investeringsbeslutninger og hvor, hvordan, og når det er ønskelig at verdiskapningen tas ut.

7.2.3 Driftshensynet

Interessentskapets virksomhet finansieres gjennom deltakernes løpende betaling av cash-calls. Dersom betaling ikke skjer, kan det oppstå risiko for forstyrrelser i driften. Både sannsynligheten for at manglende betaling av cash-calls skal føre til forstyrrelser, og eventuelle konsekvenser av dette, vil avhenge av hvilken fase virksomheten er i.

For produserende felt vil konsekvensene av driftsavbrudd og produksjonsstans være særlig store. Sannsynligheten for forstyrrelser er imidlertid liten ettersom inntektene fra feltet gjør det lettere for deltakerne å betale, og dersom betaling likevel ikke skjer, vil det både kunne tas beslag i den misligholdende deltakerens andel av den produserte petroleum, og eventuelle panthavere vil ha en sterk oppfordring til intervensjonsbetaling

¹³¹ Inst. O. nr. 7 (1996-97) s 4.

ettersom den misligholdende deltakeren i ytterste konsekvens vil kunne tvangsutløses med tilhørende rettighetstap for pantøverne.

I utbyggingsfasen påløper det gjerne store investeringer uten at deltakerne samtidig får inntekter fra feltet. I denne situasjonen kan deltakerne få likviditetsproblemer, og i slike tilfeller vil det ikke være noen produsert petroleum å overta. Forstyrrelser i driften vil her i verste fall kunne føre til utsatt produksjonsstart. Slike forsinkelser kan være kostbare ettersom en fremtidig kontantstrøm vil ha en lavere nåverdi.

I avviklingsfasen er det ikke lenger utsikter til inntekter fra feltet samtidig som kostnadene kan bli svært høye. Dette kan svekke deltakerens motivasjon og evne til å betale. I tilfelle vil en ubetinget betalingsplikt ikke nødvendigvis være egnet til å redusere risikoen for forstyrrelser.

Særlig i utbyggings- og driftsfasen er det viktig med stabil og tilstrekkelig kapitaltilførsel. Plikten til å betale cash-calls må imidlertid prinsipielt være uavhengig av hvilken fase virksomheten er i.

Operatøren vil, gjennom sin rolle, være den som til enhver tid står nærmest til å vurdere virksomhetens kontantbehov. Cash-calls innebærer en pretensjon fra operatøren om at utgiften utgjør en del av virksomhetens kapitalbehov som det derfor normalt vil være grunn til å feste lit til. Pretensjonen behøver imidlertid ikke å være korrekt. Det kan forekomme at operatøren har gjort belastninger han ikke hadde rett til, eller at deltakerne har øvrige innsigelser knyttet til kravet. At operatøren kan klandres trenger imidlertid ikke å rokke ved kontantbehovet. Også i slike tilfeller vil manglende betaling av cash-calls kunne føre til risiko for forstyrrelser i driften.

En ubetinget betalingsplikt også for omtvistede krav vil bedre kapitaltilførselen, og legge til rette for å håndtere tvister uten at de påvirker driften. Hensynet til å unngå forstyrrelser i driften tilsier derfor for en tilnærmet ubetinget plikt til betaling av cash-calls.

7.2.4 Likviditetshensyn

Petroleumsvirksomhet kjennetegnes av høy risiko og stort kapitalbehov. For tildeling av både utvinningstillatelser og operatørskap stilles det

derfor minstekrav til finansiell kapasitet.¹³² Kravene som stilles til aktørene er omfattende, de må kunne tåle store svingninger i oljeprisen og andre større uforutsette kostnader.

Det har imidlertid, som nevnt, også vært et uttalt politisk mål å få et bredere aktørbilde på norsk sokkel for å styrke konkurransen. Dette har i noen grad begrenset hvilke krav som kan stilles til aktørenes finansielle kapasitet. Ved vurderingen av om en aktør har tilstrekkelig finansiell kapasitet, er det tilstrekkelig at deltakerne er i stand til å bære sin andel av solidaransvaret.¹³³ I de senere år har flere mindre selskaper fått utvinningstillatelser, enkelte av dem er også tildelt operatørskap. Flere av disse mindre selskapene vil ikke være rustet til å tåle større likviditetsbelastninger i samme grad som de større mer tradisjonelle oljeselskapene. Denne utviklingen har ført til økt sårbarhet for manglende betaling av cash-calls.

Muligheten til å forutberegne kostnader og dermed likviditetsbelastning kan bedre forutsetningene for å skaffe tilstrekkelig kapital i tide, mens en ubetinget plikt til å betale cash-calls til en viss grad kan redusere forutberegneligheten. Dette kan isolert sett tale mot en ubetinget betalingsplikt. Under en mer helhetlig innfallsvinkel nyanseres imidlertid bildet.

Manglende betaling av cash-calls vil føre til en konsentrasjon av likviditetsbelastningen, enten ved at operatøren i første omgang må bære kostnaden, eller ved at solidaransvaret aktualiseres slik at belastningen samles på færre hender. En slik belastning vil også kunne være vanskelig å forutse. Likviditetshensynet vil kunne være relevant også der deltakerne har innsigelser knyttet til kravets grunnlag. Spesielt i interessentskap med et mindre selskap som operatør vil en slik økt likviditetsbelastning kunne være uheldig. Adgangen til å bestride cash-calls kan imidlertid ikke gjøres avhengig av hvem som er operatør.

Hensynet til operatøren og de andre rettighetshavernes likviditet taler dermed for en tilnærmet ubetinget plikt til å betale cash-calls.

¹³² Petroleumsforskriften § 10 første ledd litra a).

¹³³ Petroleumsloven(2009) s.162 og Hesjedal s. 41

7.2.5 Hensynet til kostnadseffektiv finansiering

Fellesvirksomheten må finansieres. Interessentskapet er, som nevnt, bare et "utgiftsfellesskap" og har ikke selv tilgjengelig kapital til å finansiere drift og investeringer. Virksomheten er dermed avhengig av løpende tilskudd fra deltakerne. Ettersom alle interessentskapets utgifter kanaliseres gjennom operatøren, vil manglende betaling av cash-calls medføre at operatøren i første omgang ender opp med å finansiere driften. Dette kan det verken ventes at han har kapasitet eller vilje til å gjøre. I praksis vil derfor en adgang til å bestride cash-calls måtte kombineres med en alternativ finansieringsordning.

En tenkelig løsning kunne være at interessentskapet ble kapitalisert opp som et alminnelig selskap. Det er flere grunner til at dette ikke er en foretrukket løsning. En fullstendig kapitalisering vil binde opp svært mye kapital, hvilket både er kostbart og kanskje ikke heller mulig for alle deltakerne. En kapitalisering av virksomheten vil også føre til et behov for å bygge opp en egen organisasjon i interessentskapet og et økt behov for kontrollmekanismer. Mange utenlandske aktører vil nok også kvie seg for å bli knyttet for tett til partnerne i samarbeidet, særlig overfor små og tynt kapitaliserte selskap.

Dersom deltakerne i fellesskap skulle låne penger til virksomheten, vil dette i praksis bety at de store selskapene ender opp som kausjonister for de små. Ved at hver enkelt deltaker selv finansierer sin andel, unngås dette. Forhandlinger om finansiering vil likevel kunne skje i fellesskap dersom dette er ønskelig.¹³⁴

Dersom det åpnes for å bestride cash-calls, kan en også tenke seg at operatøren vil kreve at det utstedes en on-demand garanti for å sikre seg mot de likviditetsbelastninger dette kan medføre. Slike garantier vil imidlertid være fordyrende og kompliserende.

Løsningen med finansiering av driften gjennom tilskudd fra deltakerne, synes å være den mest kostnadseffektive finansieringen som er tilgjengelig. Så lenge operatørene aksepterer denne ordningen, bør den derfor benyttes. Dersom det i særlig grad åpnes for å bestride cash-calls,

¹³⁴ Askheim s. 33

svikter grunnlaget for ordningen. Hensynet til kostnadseffektiv finansiering taler derfor sterkt for en tilnærmet ubetinget plikt til å betale cash-calls.

7.2.6 Hensynet til et bredere aktørbilde på norsk kontinentalsokkel

Det er som allerede omtalt en uttalt målsetning å få flere nye aktører på norsk kontinentalsokkel.¹³⁵ Et bredere aktørbilde er antatt å kunne bidra til økt verdiskapning gjennom større konkurranse og økt interesse for marginale felt.¹³⁶

Operatørens sterke og direkte involvering i virksomhetens drift gjør at det har stor betydning hvem som er operatør for interessentskapet. Et uttrykk for betydningen av operatørvalget, er at partene ikke selv kan bestemme hvem som skal være operatør. Operatøren må utpekes eller godkjennes av departementet.¹³⁷

For å få egnede selskaper til å konkurrere om operatørskap er det imidlertid viktig at operatøren gis gode betingelser. Å være operatør er riktignok i utgangspunktet ansett som attraktivt. For det første får operatøren ofte en større deltakerandel enn øvrige deltakere. For det andre gis operatøren mulighet til å skaffe seg kompetanse og erfaring på fellesskapets regning. For det tredje vil operatøren som interessentskapets representant kunne profilere seg utad. Det siste vil særlig være attraktivt for nye aktører. For det fjerde er operatøren formann for styringskomiteen og bidrar gjennom sin rolle i stor grad til å legge premissene for de avgjørelsene som fattes.¹³⁸

Dersom det i særlig grad åpnes for å bestride cash-calls, vil derimot operatøren lett kunne bli utsatt for en større likviditetsbelastning. Dette vil i seg selv bidra til å gjøre det mindre attraktivt å være operatør og i praksis kunne utelukke en del av de mindre selskapene fra operatørskap.

¹³⁵ St.meld. nr. 38 (2003-2004) s. 41 flg.

¹³⁶ Et felt er marginalt når det befinner seg i grenseområdet for hva som etter en økonomisk vurdering anses å være drivverdig. Hesjedal s. 16

¹³⁷ Pl § 3-7

¹³⁸ Petroleumsloven (2009) s. 167

Hensynet til et bredere aktørbilde på norsk kontinentalsokkel taler dermed for en tilnærmet ubetinget plikt til betaling av cash-calls.

7.2.7 Hensynet til korrekt oppgjør

Dersom en ubetinget betalingsplikt også la føringer på den endelige kostnadsfordelingen i interessentskapet, vil dette være et tungtveiende argument mot en slik plikt.

Hvis deltakerne i første omgang betaler inn mer enn det senere viser seg at de var forpliktet til etter det underliggende rettsforholdet, oppstår spørsmålet om hvilke muligheter de har til å få refundert eller avregnet det overskytende beløpet.

Samarbeidsavtalen hjemler et tilbakebetalingskrav dersom differansen er betydelig.¹³⁹ Dersom tilbakebetaling ikke blir aktuelt, skal beløpet normalt avregnes i neste cash-call. Ettersom deltakerne har løpende forpliktelser overfor interessentskapet, vil dette kunne gi dem sikkerhet for sine krav overfor interessentskapet.

Denne reguleringen kan anses som en spesiell regulering av *condictio indebeti*, slik at tilbakesøkningskrav utover det som følger av RA, er utelukket.

Hensynet til korrekt oppgjør er også varetatt gjennom RA Art. 1.2.3 som sikrer deltakerne renter tilsvarende det et selskap med en tilsvarende pengestrøm ville oppnå i en førsteklasses bank, og minst tilsvarende den rentegodtgjørelsen operatøren oppnår, dersom det oppstår en positiv eller negativ kontantbalanse hos operatøren som følge av at det er innkalt et uriktig beløp.

Deltakernes utsikter til å få et endelig oppgjør i samsvar med den underliggende betalingsforpliktelsen vil ikke svekkes i særlig grad av en ubetinget plikt til å betale cash-calls. Hensynet til korrekt oppgjør står dermed ikke i veien for en slik plikt.

7.2.8 Styringshensyn

Interessentskapet skal normalt utføre en omfattende virksomhet over et lengre tidsrom. Det foretas store investeringer, og det er mange usik-

¹³⁹ RA. Art. 1.2.1 (6)

kerhetsmomenter, spesielt i utbyggingsfasen og i den avsluttende fasen. Variigheten og omfanget av virksomheten, i kombinasjon med de krevende forholdene arbeidet utføres under, fører til at sannsynligheten for uforutsette hendelser blir høy.

God styring er viktig for å oppnå høyest mulig verdiskaping i interessentskapet, blant annet ved at virksomhetens risiko kan reduseres og ved at kostnadskontrollen bedres. Det må også legges vekt på at deltakernes ansvar for interessentskapets virksomhet er ubegrenset. Deres mulighet til å kontrollere og øve innflytelse på virksomheten gjennom styringskomiteen, er i utgangspunktet den eneste muligheten de har til å utøve kontroll med egen eksponering for dette ansvaret.¹⁴⁰

Avtalen inneholder en rekke bestemmelser om styring av interessentskapet, både gjennom kompetansefordelingen mellom operatøren og styringskomiteen, rapporteringsplikter for operatøren og prosedyrer for kontroll og beslutninger. Beslutningsprosedyrene tar sikte på at styringskomiteen skal ha det siste ordet i større saker. I dette ligger det både en rettssikkerhetsgaranti for deltakerne, og en forventning om at beslutningene vil kunne få en høyere kvalitet gjennom komitebehandling.

På denne bakgrunn vil det ha betydning om en ubetinget betalingsplikt kan føre til at operatøren forholder seg mindre lojalt til avtalens beslutningsprosedyrer, særlig med hensyn til budsjetter og AFE. Operatørens utsikter til å oppnå utgiftsdekning må riktignok antas å være egnet til å påvirke operatørens opptreden. Hvorvidt betalingsplikten er ubetinget får imidlertid ikke betydning for den endelige kostnadsfordelingen. I tillegg vil operatøren, som nevnt, ha en rekke andre incentiver til å forholde seg lojalt til avtalen.

Det kan derfor ikke ventes at en ubetinget betalingsplikt vil svekke styringen av interessentskapet i nevneverdig grad. En slik plikt må dermed være forenlig med hensynet til god styring.

¹⁴⁰ Kaasen fremhever også beslutningsprosedyrenes betydning for deltakernes kontroll med et ellers ubegrenset ansvar. Kaasen(2010) s. 293

7.2.9 Faren for misbruk?

En ubetinget plikt til betaling av cash-calls innebærer at deltakerne ikke vil ha tilbakeholdsrett. Dermed oppstår spørsmålet om deltakerne på annen måte vil være tilstrekkelig beskyttet mot misbruk?

Ettersom innbetaling av cash-calls skjer direkte til operatørens konto kan operatøren tenkes å ville utnytte retten til å kreve forskudd til å avhjelpe egen likviditet. Operatøren har åpenbart ikke rett til å kreve forskudd til egen bruk utenfor interessentskapet, dette vil være underslag. Slike krav har dessuten ikke hjemmel i Samarbeidsavtalen og vil innebære et brudd på operatørens lojalitetsplikt.¹⁴¹ I prinsippet vil operatøren kunne bli erstatningsansvarlig for konsekvensene av misbruket, i tillegg vil forholdet både kunne føre til at han blir fratatt operatørvervet og at han kommer dårligere ut i senere konsesjonsrunder.¹⁴² De klare tilfellene er derfor ikke særlig aktuelle.

Det vil imidlertid ofte være et visst rom for skjønnsutøvelse ved operatørens belastninger overfor interessentskapet. Kanskje er det derfor likevel mulig å tenke seg at en operatør som er kommet i en likviditets-skvis, vil kunne forsøke å utnytte dette skjønnsrommet til å avhjelpe egen situasjon.

Operatøren vil også kunne ønske å utnytte en ubetinget betalingsplikt til å oppnå sikkerhet for fremtidige krav. Dersom en deltaker ventelig kommer til å få likviditetsproblemer, vil operatøren kunne fremskynde sine belastninger for å oppnå betaling tidligere enn han ellers ville hatt krav på. Eksempelvis dersom operatøren vet at en deltaker er eksponert for store kostnadsoverskridelser i en annen lisens.

På samme måte som deltakere i andre sammenslutninger og kontraktsforhold, bør deltakerne i interessentskapet ha en viss beskyttelse mot rettsmisbruk. Det bør derfor kunne gjøres unntak fra betalingsplikten ved enkelte kvalifiserte tilfeller av rettsmisbruk fra operatørens side. En viss restrisiko bør antakelig deltakerne likevel måtte tåle.

¹⁴¹ Se kap. 3.3

¹⁴² Petroleumsforskriften § 10 annet ledd

7.2.10 Misligholdsbeføyelsenes rolle

Spørsmålet om det er behov for en ubetinget plikt til å betale cash-calls, må sees i sammenheng med misligholdsbeføyelsenes rolle. Misligholdsbeføyelsene skal primært bidra til å skape oppfyllellespress og å sikre dekning.

Deltakerne risikerer alvorlige sanksjoner dersom cash-calls ikke betales. Dette vil gjelde også i tilfeller hvor den manglende betalingen er begrunnet i reelle innsigelser mot kravets grunnlag. Til en viss grad vil konsekvenser av urettmessig bruk av misligholdsbeføyelsene kunne repareres gjennom erstatning. I praksis vil deltakeren likevel ofte ikke oppnå fullgod kompensasjon i et slikt oppgjør. Særlig ved tap av stemmerett og informasjonstilgang vil et slikt oppgjør kunne være komplisert. Enkelte konsekvenser vil kunne være irreversible, og de økonomiske virkningene kan være vanskelige å fastslå. Situasjonen vil kunne lede til omfattende prosesser som ingen er tjent med. Et etterfølgende erstatningsoppgjør vil heller ikke alltid være egnet til å gjenopprette balansen.

For omtvistede krav virker avtalens alvorlige misligholdsbeføyelser i to retninger. På den ene siden vil risikoen for å utløse dem kunne føre til at deltakerne velger å betale til tross for uenigheten. På den annen side vil både operatøren og de øvrige deltakerne kunne avholdes fra å gjøre gjeldende misligholdsvirkninger, ettersom de risikerer et omfattende ansvar hvis bruken av beføyelsene senere viser seg å ha vært urettmessig.

Dersom det gjelder en ubetinget betalingsplikt må det uansett anses som mislighold dersom en rettighetshaver ikke betaler også omtvistede cash-calls, hvis ikke vil en slik regel bli illusorisk. En *ubetinget* betalingsplikt vil slik kunne bidra til å redusere behovet for å iverksette misligholdsbeføyelsene ettersom eventuell usikkerhet knyttet til betalingsplikten reduseres. Risikoen for ansvar for urettmessig bruk av beføyelsene vil også begrenses slik at disse vil kunne anvendes mer effektivt.

En ubetinget plikt til betaling av cash-calls vil redusere behovet for bruk av misligholdsbeføyelsene. Dessuten vil de kunne anvendes mer

effektivt dersom det likevel er behov. Samtidig reduseres både risikoen for kostnadskrevede prosesser og risikoen for å vanskeliggjøre samarbeidet i prosjektet.

7.2.11 Konklusjon

Som nevnt må vurderingen av hvor ubetinget betalingsplikten ved cash-calls bør være, ta utgangspunkt i spørsmålet om hvilken løsning som er egnet til å realisere Samarbeidsavtalens formål om å drive petroleumsvirksomhet i henhold til utvinningstillatelsen og hvilken løsning som fører til høyest mulig verdiskapning. Dette er i utgangspunktet felles og overordnede mål, både for samfunnet, operatøren og deltakerne.

Gjennomgangen av forskjellige hensyn ovenfor har vist at en ubetinget betalingsplikt vil være best egnet til å fremme disse interessene, både i det enkelte interessentskap og på sokkelen som helhet. Særlig tungtveiende må det være at en slik ubetinget plikt synes å være en nødvendig forutsetning for det som alt i alt fremstår som den mest hensiktsmessige måten å finansiere petroleumsvirksomhet. Det bør derfor gjelde en tilnærmet ubetinget plikt til å betale omtvistede cash-calls.

Hensynet til å beskytte deltakerne mot rettsmisbruk fra operatørens side taler likevel for at det bør gjøres enkelte unntak fra betalingsplikten. Det er imidlertid begrenset hvilke unntak det er rom for, uten å miste de fordelene som følger av en ubetinget plikt. Slike unntak bør derfor bare være aktuelle i kvalifiserte misbrukstilfeller.

7.3 Omtvistede cash-calls - hvor ubetinget er betalingsplikten?

7.3.1 Rettslig utgangspunkt

Det rettslige utgangspunktet er at partene er autonome rettssubjekter. Deltakernes forpliktelse kan i utgangspunktet ikke favne videre enn forpliktelsesgrunnlaget tilsier. En ubetinget betalingsplikt vil være en omfattende forpliktelse. Det må derfor kreves nokså klare holdepunkter i Samarbeidsavtalen for en plikt til å betale også omtvistede cash-calls.

7.3.2 Plikt til å betale cash-calls - betydningen av belastningsrett

Dersom operatørens cash-call dekker en berettiget belastning, er det ikke tvilsomt at deltakerne er forpliktet til å betale. Det er derfor utelukkende der den aktuelle cash-call dekker en utgift hvor belastningsretten ikke er gitt, at spørsmålet om en ubetinget plikt til å betale omtvistede cash-calls vil komme på spissen.

Ettersom belastningsretten, som påpekt i punkt 5.6, går langt vil derfor spørsmålet bare unntaksvis komme på spissen. Belastningsretten kan nemlig under gitte omstendigheter også omfatte en rekke ”omtvistede” tilfeller, eksempelvis forpliktelser som ikke er forankret i AFE, forpliktelser utenfor budsjett, kostnader som følge av operatørens urettmessige eller klanderverdige opptreden og utgifter etablert i strid med instruks fra styringskomiteen.

I den videre drøftelsen forutsettes det at den aktuelle cash-call ikke dekker utgifter som klart er omfattet av belastningsretten.

7.3.3 Avtalens ordlyd – særlig om forskuddsmodellen og hensynet til nøytral likviditet

Det primære grunnlaget for å fastlegge rekkevidden av deltakernes betalingsplikt vil, som nevnt,¹⁴³ være ordlyden i SA og RA.

Mislighold av cash-calls er regulert i SA Art. 9. Vilkåret for at misligholdsbeføyelsene skal komme til anvendelse, er at betalingsforpliktelsen etter Art. 7 og 8 ikke er oppfylt. Art. 9 gir lite veiledning i spørsmålet om plikten til å betale omtvistede cash-calls er ubetinget.

Omfanget av partenes tilskuddsplikt er regulert i SA Art. 8.1. Som tidligere nevnt,¹⁴⁴ er deltakerne forpliktet til å skyte inn et tilstrekkelig beløp til å dekke alle utgifter som følger av interessentskapets virksomhet. I prinsippet er dermed enhver utgift omfattet, så lenge den følger av interessentskapets virksomhet. SA Art. 8.2 henviser imidlertid til utfyllende bestemmelser i regnskapsavtalen.

¹⁴³ Se kapittel 2.4.1

¹⁴⁴ Se kap. 5.2

Slike utfyllende bestemmelser er gitt, blant annet i RA Art. 1.2.1 annet ledd:

”På anmodning skal Ikke-operatørene forskuttere sine andeler av det beregnede kontantbehov for neste måneds virksomhet. Skriftlig anmodning om forskudd skal sendes minst 15 dager før innbetalingen skal skje. Forfallsdag fastsettes av Operatøren, men skal tidligst være 1. arbeidsdag i den måneden forskuddet gjelder. Operatøren skal, uavhengig av artikkel 1.2.3, unngå å akkumulere unødvendige kontantbeholdninger fra de innbetalte forskudd”

En Cash-call er nettopp en slik anmodning det her er tale om. Kravet må følgelig pretendere å bygge på en prognose av virksomhetens kapitalbehov, og være fremsatt både skriftlig og rettidig. Dersom disse formelle vilkårene ikke er oppfylt, må resultatet være at kravet ikke får virkning som cash-call og slik at det ikke utløses noen tilskuddsplikt for deltakerne.

Videre må det tas stilling til hvilke krav ordlyden stiller til kravets innhold og hvilken betydning disse har for deltakernes betalingsplikt.

At det er tale om forskudd innebærer at det ikke stilles krav om at kostnaden allerede er påløpt. Bestemmelsen angir uttrykkelig at det er det beregnede *fremtidige* kontantbehov for neste måneds virksomhet som danner grunnlaget for betalingsplikten. Ut fra sammenhengen med første ledd, må det her være operatørens beregninger det siktes til. RA. Art. 1.2.1 (9) presiserer at cash-calls også kan omfatte utgifter som ikke er innkalt forskuddsvis. Kravet skal da baseres på en avregning av de påløpte kostnadene.

Ettersom forskudd innkalles på bakgrunn av en beregning, mens allerede påløpte utgifter innkalles etter en avregning, kan det spørres om skillet vil kunne få betydning for betalingsplikten. Både påløpte og forventede kostnader innkalles under ett. I praksis vil derfor avregningen gli over i, og utgjøre en del av beregningen av det forventede kapitalbehovet. Det er derfor hverken praktisk eller retts teknisk hensiktsmessig å operere med et slikt skille. At avregning nevnes særskilt, må her leses som en presisering av at det ikke er et vilkår for betalingsplikt at beløpet

innkalles på forhånd. Etter avtalen vil det dermed være operatørens prognose av det fremtidige kontantbehovet som danner utgangspunktet for deltakernes betalingsplikt.

Etter ordlyden i RA. Art. 1.2.1 er betalingsplikten tilsynelatende ubetinget ettersom plikten alene springer ut av operatørens påkrav og dermed ikke er direkte knyttet til den underliggende forpliktelsen. Tilskuddsplikten, slik den er angitt i SA Art. 8.1, er derimot betinget; utgiftene må være en følge av interessentskapets virksomhet.

Det er derfor nødvendig å avklare forholdet mellom RA Art. 1.2.1 og SA Art. 8.1. Ved motstrid går bestemmelser i SA foran bestemmelser i RA.¹⁴⁵ I følge SA Art. 8.2 inneholder RA utfyllende bestemmelser. Uttrykket ”utfyllende” har her neppe selvstendig betydning utover opplysningen om at tilskuddsplikten er nærmere regulert i RA. Bestemmelsen i RA Art. 1.2.1 er plassert under overskriften 1.2. ”Kontantbehov - Forskudd”. Det er altså tale om en spesiell regulering av plikten til å yte forskudd gjennom betaling av cash-calls.

SA Art. 8.1 gjelder derimot rekkevidden av den underliggende forpliktelsen som forskuddet er ment å dekke. Bestemmelsene synes derfor å regulere ulike sider ved tilskuddsplikten. Det er her dermed neppe noen reell motstrid mellom RA og SA. Plikten til å yte forskudd etter RA Art. 1.2.1 er følgelig ikke direkte koblet til tilskuddsplikten slik den er beskrevet i SA Art. 8.1. Samarbeidsavtalen kan således sies å bygge på et *forskuddsprinsipp*.

RA Art. 1.2.1 gir også enkelte direktiver til operatøren om den beregningen som skal foretas. Det følger, som nevnt, av avtalen at beregningen skal utføres av operatøren, noe som også må innebære at denne beregningen er underlagt operatørens skjønn. Dette må anses å være et uttrykk for den grunnleggende rolle- og kompetansefordelingen som avtalen foreskriver,¹⁴⁶ slik at denne oppgaven er å anse som et *prerogativ* for operatøren. Styringskomiteen er dermed avskåret fra å gi operatøren instruksjoner om selve beregningen. Komiteen kan ikke benytte sin kompetanse til å endre Samarbeidsavtalen ettersom denne i tillegg til å utgjøre

¹⁴⁵ Samarbeidsavtalens spesielle bestemmelser pkt. 1 siste ledd.

¹⁴⁶ Se kap.3.1.2

styringskomiteens kompetansegrunnlag også er et konsesjonsvilkår som er unntatt fra partenes rådighet.¹⁴⁷ Avtalens system er derfor at styringskomiteen i stedet må nøye seg med å øve innflytelse på operatørens belastninger og således beregningsgrunnlaget, gjennom avtalens alminnelige beslutningsprosedyrer.

Operatørens beregning skal ta sikte på å fastslå kontantbehovet for *neste måneds virksomhet*. Betalingsplikten er på denne måten knyttet opp mot avtalens beslutningsprosedyrer, ettersom disse igjen styrer virksomheten. Som utgangspunkt skal forskudd dermed beregnes for virksomheten slik den er besluttet gjennomført i henhold til arbeidsprogram og budsjett.

Det skal ikke akkumuleres unødvendige kontantbeholdninger fra det innbetalte forskudd.¹⁴⁸ For å unngå dette, kan større forskudd fordeles over flere innbetalinger.¹⁴⁹ Det understrekes i RA Art. 1.2.1 (2), at dette gjelder selv om avtalen har bestemmelser om kompensasjon for positive og negative kontantbalanser hos operatøren. Dersom de innkalte forskudd viser seg å være utilstrekkelige, er operatøren gitt rett til å innkreve tilleggsforskudd.¹⁵⁰ Disse direktivene er uttrykk for at Samarbeidsavtalen bygger på et prinsipp om *nøytral likviditet*.

Avtalen tar ikke uttrykkelig stilling til hvorvidt det er adgang for deltakerne til å fremme innsigelser til operatørens krav. Ettersom RA utelukkende knytter deltakernes betalingsplikt til operatørens beregning, må imidlertid ordlyden sies å tale for en ubetinget betalingsplikt, uavhengig av den underliggende forpliktelsen som kravet er ment å dekke.

7.3.4 Prinsippet om ”no gain, no loss”

Prinsippet om ”no gain, no loss” er et grunnleggende prinsipp i SA. Utførelsen av operatørvirket skal verken medføre gevinst eller tap for operatøren.

Hvorvidt betalingsplikten ved cash-calls er ubetinget eller betinget,

¹⁴⁷ Se kap.3.1.2

¹⁴⁸ RA Art. 1.2.1 (2) i.f.

¹⁴⁹ RA Art. 1.2.1 (3)

¹⁵⁰ RA Art. 1.2.1 (5)

får ikke betydning for den endelige kostnadsfordelingen i interessentskapet, og ved et mislighold vil operatøren kunne kreve rente. I utgangspunktet vil derfor ikke en betinget betalingsplikt resultere i et økonomisk tap for operatøren.

En rett for deltakerne til å bestride cash-calls, vil imidlertid medføre at operatøren må bære den likviditetsbelastningen som de omtvistede kravene medfører. Spørsmålet er dermed om en slik byrde må anses å være i strid med prinsippet om ”no loss”.

Som vist ovenfor bygger Samarbeidsavtalen på et prinsipp om forskudd og nøytral likviditet. Utlegg for fellesforpliktelser fra operatørens side kan derfor også anses som en byrde i strid med ”no loss”.

Cash-calls baseres, som nevnt, hovedsakelig på en prognose av virksomhetens fremtidige kapitalbehov. Kravene vil derfor kunne være både usikre og omtvistede. En ubetinget betalingsplikt vil kunne føre til at deltakerne må legge ut også for utgifter som senere viser seg ikke å materialiseres. Motsatt vil en betinget betalingsplikt innebære at operatøren risikerer å måtte legge ut for felleskostnader. For å holde operatøren skadesløs i samsvar med prinsippet om ”no gain, no loss”, er det derfor behov for en tilnærmet ubetinget plikt til å betale cash-calls. For åpenbart uberettigede krav stiller det seg annerledes; her vil det uansett ikke bli noe ”loss” i strid med prinsippet.

Spørsmålet om det gjelder en ubetinget plikt til å betale cash-calls, kan dermed også ses under synsvinkelen ”no loss”. Etersom prinsippet er nedfelt i SA, vil det ved motstrid i utgangspunktet ha prioritet foran bestemmelser i RA.¹⁵¹ SA gjør ingen unntak fra prinsippet, utover de helt spesielle tilfelle som rammes av operatøransvaret. Den sterke begrensningen av operatørens ansvar må derfor sees som et uttrykk for at prinsippet om ”no gain, no loss” er gitt betydelig gjennomslagskraft i Samarbeidsavtalen. Operatørens krav på å holdes skadesløs utgjør et vesentlig og grunnleggende prinsipp i SA. Det må derfor vises varsomhet med å tolke avtalens øvrige bestemmelser på en slik måte at det gjøres innhugg i prinsippet.

På denne bakgrunn er prinsippet i SA om ”no loss, no gain” et sterkt

¹⁵¹ Spesielle Bestemmelser pkt. 1 i.f.

argument for en ubetinget plikt til å betale også omtvistede cash-calls, så fremt det ikke er tale om misbruk av retten til å innkalle forskudd.

7.3.5 **Praksis knyttet til avtalen**

Dagens samarbeidsavtale er, som tidligere nevnt, en videreutvikling av den tidligere statsdeltakelsesavtalen som ble utformet allerede på 70-tallet. Avtalen er riktignok endret noe underveis, men de sentrale prinsippene om interessentskapets organisering og økonomiske rammeverk har stått fast helt frem til i dag.

Gjennomgående i hele perioden har det vært praksis å betale cash-calls, også i tilfelle hvor kravet har vært omtvistet. Mislighold av cash-calls har i hovedsak kun vært et teoretisk anliggende.¹⁵²

At deltakerne i praksis har valgt å betale cash-calls, betyr imidlertid ikke nødvendigvis at de har følt seg forpliktet til dette. Betaling av omtvistede krav kan også ha fremstått som den kommersielt beste løsningen. Manglende betaling av cash-calls vil kunne skape problemer for interessentskapets virksomhet, og deltakere som ikke betaler løper også en risiko for å bli rammet av avtalens misligholdsbeføyelser. For operatørene vil nok likevel den langvarige og konsistente praksisen etter hvert ha gitt opphav til en beskyttelsesverdig forventning om at omtvistede cash-calls også i fremtiden vil bli betalt.

I den grad en ubetinget plikt til betaling av cash-calls må anses å innebære et avvik eller en endring fra den opprinnelige avtalen, må det avklares om departementet kan sies å ha gitt tilslutning til praksisen.¹⁵³ Både praksisens betydning, varighet og utbredelse gjør at det her må legges til grunn at departementet har kunnskap om den. Likevel har det ikke vært foretatt noe fra departementets side som har vært egnet til å endre betalingspraksisen. Det synes også lite trolig at departementet skal ha noen motivasjon for å motsette seg en ubetinget plikt til betaling av cash-calls. Som tidligere nevnt,¹⁵⁴ vil det ut fra et samfunnsmessig perspektiv være ønskelig med ordninger som gir stabil kapitaltilførsel til

¹⁵² Kaasen (2011) s. 298

¹⁵³ Se kap. 2.4.2

¹⁵⁴ Se kap 7.2

petroleumsvirksomheten. Avtalens bestemmelse om krav til samtykke fra departementet for endringer i avtaleforholdet, kan dermed ikke være til hinder for her å legge vekt på den gjeldende betalingspraksisen.

Gjeldende praksis knyttet til avtalen taler derfor for en tilnærmet ubetinget plikt til å betale omtvistede cash-calls.

7.3.6 Selskapsrettslige prinsipper

Som nevnt i pkt. 2.4.3 er det antatt at interessentskapet utgjør et selskap, selv om selskapsloven ikke kommer direkte til anvendelse. De alminnelige ulovfestede selskapsrettslige prinsippene som ligger til grunn for selskapsloven, vil derfor likevel kunne være relevant bakgrunnsrett for utfylling av Samarbeidsavtalen.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt det gjelder en ubetinget plikt til å betale omtvistede cash-calls, er det imidlertid begrensede muligheter til å utfylle Samarbeidsavtalen med synspunkter fra selskapsloven. Kaasen siterer her Frihagen: ”*Samarbeidsavtalen er bygget over en annen lest [enn selskapsloven] og står som såpass selvstendige og egenartede ordninger at det neppe er meget å hente i den norske selskapslov*”¹⁵⁵ Interessentskapet er til forskjell fra et alminnelig selskap ikke et inntektsfelleskap. Ordningen med finansiering av driften gjennom løpende innbetalinger fra deltakerne er særegen for interessentskapet. Selskapsloven synes dermed ikke å være egnet til å utfylle Samarbeidsavtalen på dette punktet.

Som vist i kapittel 3.3 vil det alminnelige misbruksprinsipp på samenslutningsrettens område likevel kunne komme til anvendelse. Operatørens kompetanse til å innkreve forskudd, gjennom cash-calls, må derfor utøves innen de rammer som følger av prinsippet.

7.3.7 Oppsummering og konklusjon

Som vist i kapittel 2.4.1 må ordlyden i SA og RA underkastes en objektiv fortolkning og tillegges en betydelig vekt. Ikke bare som følge av Samarbeidsavtalens preg av å være konsesjonsvilkår, men også som følge av prinsippet om objektiv fortolkning av avtaler i kommersielle forhold, og

¹⁵⁵ Kaasen (2010) s. 165

avtalens preg av å være en standardisert selskapsavtale.

Ordlyden i RA Art. 1.2.1 knytter uttrykkelig deltakernes betalingsplikt til operatørens beregning av virksomhetens forventede kapitalbehov.

Som det ble fastslått i kapittel 7.3.2, bygger Samarbeidsavtalen på et *forskuddsprinsipp* og et prinsipp om *nøytral likviditet*. Disse prinsippene er forankret i en objektiv tolkning av ordlyden i SA og RA. Prinsippene støttes også av det overordnede prinsippet i SA om ”*no gain, no loss*”. En adgang til å bestride omtvistede cash-calls vil, som vist ovenfor, ikke være i tråd med de ovennevnte prinsippene.

En ubetinget plikt til betaling av omtvistede cash-calls har, som nevnt i kapittel 7.3.5, støtte i en langvarig og konsistent praksis på norsk kontinentalsokkel. Denne praksisen må antas å ha gitt opphav til en beskyttelsesverdig forventning hos operatørene om at omtvistede cash-calls, også i fremtiden, vil bli betalt. Departementet har gjennom egen passivitet vist at praksisen ikke er uønsket fra deres side. I tråd med Selvigs uttalelse om at avtalens reelle innhold vil fremtre som resultatet av et løpende samarbeid mellom partene,¹⁵⁶ kan det også hevdes at en ubetinget plikt til betaling av cash-calls nå uansett må regnes for å være en del av Samarbeidsavtalen.

I kapittel 7.2 ble det foretatt en gjennomgang av en rekke ulike hensyn. Gjennomgangen viste at en ubetinget plikt til betaling av omtvistede cash-calls fremstår som en hensiktsmessig ordning, alle hensyn tatt i betraktning, så fremt deltakerne gis beskyttelse mot kvalifisert misbruk av retten til å innkalle forskudd.

På bakgrunn av gjennomgangen av Samarbeidsavtalen som er gjort i denne fremstillingen, foreligger det klare holdepunkter for å konkludere med at det gjelder en hovedregel om ubetinget plikt for deltakerne til å betale omtvistede cash-calls. Dette innebærer at deltakernes forpliktelse vil kunne omtales som: ”*Pay first, argue later*”.

¹⁵⁶ Selvig (1981) s. 50

7.4 Unntak fra plikten til å betale omtvistede cash-calls

7.4.1 Utgangspunkt

Det er svært begrenset hvilke unntak som kan oppstilles, uten å gjøre hovedregelen illusorisk.

Deltakerne kan tenkes å ha forskjellige innsigelser til operatørens krav. Det må her skilles mellom formelle og materielle innsigelser. Dersom formkravene for cash-calls ikke er oppfylt utløses, som nevnt, heller ikke deltakernes tilskuddsplikt.

Materielle innsigelser vil enten være knyttet til operatørens beregning av kapitalbehovet, eller operatørens belastninger. I det følgende skal det undersøkes i hvilken utstrekning slike materielle innsigelser kan begrunne unntak fra betalingsplikten.

Beregningen av virksomhetens fremtidige kapitalbehov, og således grunnlaget for cash-calls, er etter avtalen overlatt til operatørens skjønn. Beregningen hører, som nevnt,¹⁵⁷ til operatørens prerogativer. Styringskomiteen kan derfor ikke gi direktiver om operatørens skjønnsutøvelse ved beregningen, og heller ikke vedta at en bestemt utgift skal unntas fra beregningen. At deltakerne mener at operatørens beregning ikke er riktig, kan derfor ikke i seg selv gi grunnlag for unntak fra betalingsplikten. Dette må i utgangspunktet gjelde selv om grunnlaget for tvisten er uenighet om rekkevidden av operatørens belastningsrett. Her må hovedregelen gjelde fullt ut; ”*pay first, argue later*”.

7.4.2 Betydningen av rettsmisbruk

7.4.2.1 Generelle merknader

Ved misbruk av retten til å beregne og innkalle forskudd fra operatørens side, vil misbruksprinsippet kunne begrunne unntak fra deltakernes betalingsplikt.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Se kap.7.3.3

¹⁵⁸ Se kap.3.3

Operatørens kompetanse til å innkalle forskudd er begrunnet i behovet for å dekke virksomhetens kapitalbehov, i tråd med forskuddsprinsippet og prinsippet om nøytral likviditet. Allerede en tolkning av kompetansegrunnlaget er tilstrekkelig til å fastslå at operatøren ikke er berettiget til å benytte kompetansen til å fremme andre formål. Som nevnt i kapittel 3.3, må imidlertid misbruket overstige en inngrepsterskel for å kunne rammes av misbruksprinsippet.

Dersom operatøren benytter sin kompetanse til å skaffe seg selv eller andre en urimelig fordel, på interessentskapets eller øvrige deltakers bekostning, eller kravet på annen måte fremstår som utilbørlig, vil oppførelsen kunne rammes av misbruksprinsippet. Tilsvarende vil det måtte anses som rettsmisbruk dersom operatørens krav er fremsatt i sjikanehensikt, eller på annen måte fremstår som utilbørlig, urimelig eller lignende.

7.4.2.2 Tvist om belastningsrett

En mulig innsigelse mot betalingsplikt ved cash-calls vil være at kravet er ment å dekke en omtvistet belastning.

Saken omhandlet i [LF-2009-53098](#) fra Frostating lagmannsrett kan her benyttes som illustrasjon. Tvisten gjaldt spørsmålet om operatøren hadde belastningsrett, og om det var en ubetinget plikt til å betale cash-calls til dekning av den omtvistede belastningen. Tvisten ble avgjort til fordel for den ikke-betalende deltakeren. Lagmannsretten ga uttrykk for at det, slik saken var opplyst for retten, ikke var sannsynliggjort at en tilnærmet ubetinget betalingsplikt fulgte av avtalens system

Den omtvistede belastningen gjaldt en avtale med en leverandør om forberedelser og bidrag til å få utarbeidet PUD. Avtalen var inngått av operatøren, i eget navn, uten at det var grunnlag for dette i hverken i budsjett eller AFE. Operatøren var kjent med at den eneste andre deltakeren i interessentskapet ikke ønsket at avtalen ble inngått.

Operatøren anførte at forpliktelsen var nødvendig for å få utarbeidet PUD i tide, og at det dersom avtalen ikke ble inngått, ville være en risiko for at utvinningstillatelsen kunne bli tilbakekalt. Anførselen kan forstås

som at operatøren her påberopte seg en form for nødfullmakt.¹⁵⁹ Operatøren mente også at utgiften senere var akseptert av deltakeren. Deltakeren på sin side anførte at operatøren ikke hadde en slik rett, eller et annet rettsgrunnlag, til å forplikte interessentskapet. Omfanget av operatørens belastningsrett var dermed omtvistet.

I tråd med konklusjonen i kapittel 7.3.7, må utgangspunktet være at deltakeren ikke kan la være å betale, selv om en omtvistet belastning ligger til grunn for kravet. Uenigheten vil i stedet måtte løses gjennom etterfølgende forhandlinger eller voldgift. Viser det seg da at operatøren tok feil, skal det skje et etteroppgjør. Deltakeren får da tilbakebetalt eller avregnet det innbetalte beløpet.

Unntak fra betalingsplikten vil, som nevnt, bare være aktuelt i kvalifiserte misbrukstilfeller der det etter en helhetsvurdering fremstår som *utilbørlig* å opprettholde betalingsplikten. I denne saken synes ikke operatørens opptreden å ha vært egnet til å gi ham selv, eller andre en urimelig fordel på fellesskapets bekostning. Fremferden kan riktignok karakteriseres som egenrådig, og kanskje også urettmessig, men dette er neppe tilstrekkelig til å gjøre unntak fra betalingsforpliktelsen.

Ved vurderingen må det tas hensyn til at operatøren utsettes for en betydelig risiko ved å inngå avtaler på denne måten. Operatøren vil selv måtte dekke kostnaden dersom det i ettertid viser seg at han ikke hadde belastningsrett, i tillegg vil det kunne bli spørsmål om operatøransvar. Deltakeren på sin side har uavhengig av betalingsplikten utsikter til å oppnå et rettmessig oppgjør i regressomgangen.

7.4.2.3 Erstatningsbetingende opptreden fra operatørens side

En annen mulig innsigelse mot en plikt til å betale cash-calls vil være at operatøren har opptrådt erstatningsbetingende.

Dersom en deltaker ikke vil betale cash-calls, under henvisning til at operatøren er erstatningsansvarlig overfor ham, vil dette være et spørsmål om motregning, hvilket vil være utelukket ettersom kravene blant annet

¹⁵⁹ Se kap.5.5.7 og kap.5.4.2

ikke oppfyller vilkåret om gjensidighet.¹⁶⁰

Deltakerens innsigelse kan også tenkes å være at operatøren er erstatningsansvarlig overfor interessentskapet som sådan. Som nevnt i kapittel 5.3.2, vil et slikt erstatningskrav mot operatøren måtte behandles som et separat krav. Operatørens umiddelbare belastningsrett vil derfor ikke være avskåret.

Ettersom slike erstatningskrav ikke avskjærer operatørens belastningsrett, vil de heller ikke begrunne unntak fra plikten til å betale cash-calls.

7.4.2.4 Krav som ikke er ment å dekke virksomhetens kapitalbehov

En annen mulig innsigelse mot operatørens krav vil være at den aktuelle cash-call, til tross for pretensjonen, ikke er ment å dekke virksomhetens kapitalbehov. I et slikt tilfelle vil grunnvilkåret for rettsmisbruk være oppfylt. Avgjørende for om forholdet kan begrunne unntak fra betalingsplikten, vil da være om inngrepsterskelen er overskredet.

Dersom operatørens krav fremmes for å skade en deltakerinteresse, såkalt sjikane, vil inngrepsterskelen klart være oversteget. Slike forhold ligger, som nevnt, i kjernen av misbruksprinsippet.

Dersom operatørens krav fremmes for å avhjelpe egen likviditet, vil dette i prinsippet være underslag. Kravet må likevel være av en viss størrelse for at forholdet skal begrunne unntak fra betalingsplikten. At kravet faktisk er egnet til å avhjelpe operatørens likviditet, når dette ikke har vært motiverende for kravet, vil bare begrunne unntak dersom kravet etter en helhetsvurdering fremstår som utilbørlig.

Myndighetsmisbruk vil kunne være vanskelig å bevise. Operatøren er i utgangspunktet ikke forpliktet til å spesifisere cash-calls, og operatørens subjektive forhold kan være vanskelige å avdekke. Beviskravet for at det foreligger misbruk, vil imidlertid ta utgangspunkt i det alminnelige overvektsprinsippet.¹⁶¹

¹⁶⁰ Kap.6

¹⁶¹ Truyen s.355

7.5 Konklusjon

Om operatørens cash-call dekker en belastning som ikke er omtvistet, vil det vanskelig kunne tenkes forhold som begrunner unntak fra betalingsplikten. Som vist i kapittel 5 har operatøren en relativt vid belastningsrett. Det er derfor et begrenset rom for tvist om operatørens belastninger.

Virksomhetens faktiske kapitalbehov er et produkt av operatørens belastninger. Plikten til å betale cash-calls er imidlertid knyttet til operatørens beregning av det fremtidige kapitalbehovet. Hvorvidt beregningen reflekterer omtvistede eller urettmessige belastninger, er i prinsippet uten betydning for betalingsplikten. Deltakernes forpliktelse til å betale cash-calls fremstår dermed langt på vei som en on-demand garanti fra deltakerne for dette kapitalbehovet.

Så fremt de formelle kravene for en cash-call er oppfylt, er det begrenset hvilke muligheter det er for unntak fra betalingsplikten. Motregning i cash-calls er, som nevnt, utelukket. Selv om operatøren har opptrådt erstatningsbetingende eller på annen måte opptrådt urettmessig, er det i utgangspunktet ikke tilstrekkelig til å begrunne unntak fra plikten til å betale cash-calls.

Unntak fra betalingsplikten vil derfor først være aktuelt i kvalifiserte misbrukstilfeller, der det etter en helhetsvurdering vil fremstå som *utilbørlig* å opprettholde betalingsplikten. Slike tilfeller vil kunne tenkes der operatøren misbruker sin rett til å fremme formål utenfor interessentskapet. I praksis kan man se for seg at underslag og tilfeller av svik, eller sjikane, kan begrunne unntak fra betalingsplikten.

Konklusjonen er derfor at den ubetingede plikten til å betale cash-calls ikke bare gjelder som et utgangspunkt, men at plikten også i praksis vil være en realitet.

8 Kritikk av Samarbeidsavtalen

Fremstillingen har berørt flere vesentlige spørsmål om det økonomiske rammeverket for petroleumsvirksomhet i interessentskapene på norsk kontinentalsokkel, og da særlig spørsmålet om rekkevidden av henholdsvis deltakernes tilskuddsplikt og operatørens belastningsrett.

Flere av de berørte spørsmålene har til felles at løsningene ikke fremkommer klart av avtalens ordlyd. Dette vil både kunne virke konfliktskapende, og vanskeliggjøre aktørenes faktiske muligheter til å oppnå de rettsposisjoner som følger av Samarbeidsavtalen.

Den gjeldende reguleringen har riktignok vært benyttet over en lengre periode uten at disse spørsmålene har voldt større problemer. Endringer i aktørbildet, og en dreining mot mer aktiv deltakelse fra ikke-operatørene i interessentskapene, kan føre til at dette bildet vil endre seg i tiden fremover.

Behovet for en klarere regulering illustreres av saken som ble behandlet ovenfor i kapittel 7.4.2.2. hvor tvisten ble avgjort til fordel for den ikke-betalende deltakeren. Fremstillingen her har vist at dette nok ikke var en riktig avgjørelse. Det må antas at en medvirkende årsak til resultatet var at Samarbeidsavtalens bestemmelser om plikten til å betale cash-calls ikke er tilstrekkelig klare.

Ved en senere revisjon av avtaleteksten bør det derfor vurderes om den ubetingede plikten til å betale også omtvistede cash-calls bør komme klarere til uttrykk i avtaleteksten. Det kunne også vært ønskelig med en klarere regulering av operatørens belastningsrett.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

Avtaleloven	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31.mai 1918 nr. 4
Petroleumsforskriften	Forskrift til lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsforskriften) av 27. juni 1997 nr. 653
Petroleumsloven	Lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven) av 29. november 1996 nr. 72
Selskapsloven	Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr. 83
Straffeloven	Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902

Forarbeider

Ot.prp. nr. 47 (1984-1985)	Om lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).
Inst. O. nr. 7 (1996-97)	Lov om petroleumsvirksomhet
St.meld. Nr.38 (2003-2004)	Om petroleumsvirksomheten

Litteratur

Arnesen	Arnesen, Finn. ”Samarbeid om petroleumsvirksomhet” – en kommentar til den nye Samarbeidsavtalen: MarLus nr. 145 (1987)
Askheim	Askheim, Lars Olav. ”Lånefinansiering av petroleumsutvinning – risikofordeling og fleksibilitet”. MarLus nr. 148. (1988)
Berge	Berge, Stig: ”Samarbeidsavtalens system for anskaffelse av varer og tjenester” MarLus nr. 173. (1990)
Ellenes	Ellenes, Sverre. ”Samarbeidsavtalens rekkevidde mellom deltagerne i rettighetshavergruppen”. MarLus nr. 280, (2001)

Hagstrøm	Hagstrøm, Viggo. ”Obligasjonsrett” 2. utg. Oslo, 2011
Eggen(2007)	Harstad Eggen, Tine. ”No gain no loss” – prinsippet i petroleumsvirksomhetens samarbeidsavtaler: MarLus nr. 359 (2007)
Hesjedal	Hesjedal, Anne. ”Konsesjoner til nye aktører på marginale felt”. MarLus nr. 274. (2001)
Kaasen(2011)	Kaasen, Knut. ”The obligation to pay upon cash calls”: SIMPLY 2010 (2011) s. 289
Kaasen(2006)	Kaasen, Knut. ”Petroleumskontrakter”. Oslo, 2006
Kaasen(2010)	Kaasen, Knut. ”Samarbeid i olje - en spesiell selskapsrett”: Festskrift til Mads Henry Andenæs. Oslo, 2010. s. 152-170
Kaasen (1984)	Kaasen, Knut. ”Statsdeltakelsesavtalen i Norsk petroleumsvirksomhet: Kontraktsrettslig form, konsesjonsrettslig innhold – eller omvendt?”. TFR nr. 97. (1984).
Nesdam	Nesdam, Anne-Karin. ”Interessekonflikter i petroleumsvirksomhet”. Marius nr. 235, (1997)
Petroleumsloven(2009)	Petroleumsloven. Hammer, Ulf ... [et. al]. Oslo 2009
Selvig(1981)	Selvig, Erling. ”Konsesjonssystemet i petroleumsvirksomheten”: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 94 (1981) s. 25-50
Sæbø	Sæbø, Rune. ”Motregning”. Bergen, 2003
Truyen	Truyen, Filip. Aksjonærenes myndighetsmisbruk. Oslo, 200 5
Vinje	Vinje, Eirik H. ”Talking av garantier i forretningsforhold”. Oslo, 1999

Rettspraksis

Rt. 1980 s. 890

Rt. 1994 s.581

Rt. 2002 s.1155

Rt. 1998 s. 1585

LF-2009-53098

Nettdokumenter

Samarbeidsavtalen

[http://www.regjeringen.no/Upload/OED/
Vedlegg/Konsesjonsverk/k-verk-vedlegg-1-2.
pdf](http://www.regjeringen.no/Upload/OED/Vedlegg/Konsesjonsverk/k-verk-vedlegg-1-2.pdf)

Virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5

Selma Næss-Ulseth

Forord

Artikkelen er en gjengivelse av min masteroppgave ved Universitetet i Oslo, våren 2013. Oppgaven er et resultat av en spennende og lærerik tid som student ved det Juridiske fakultet. Min veileder, partner Jan B. Jansen i Advokatfirmaet BAHR, har bidratt med uvurderlige innspill og støtte i skriveprosessen. Jeg vil også rette en takk til øvrige som har bidratt med korrekturlesing både tidlig og sent.

Selma Næss-Ulseth

Innhold

1	PRESENTASJON AV TEMA.....	277
2	AVGRENSNINGER	277
	2.1 Normprisreglene	277
	2.2 Særreguleringen i petroleumsskatteloven § 3	278
	2.3 Beregning av særskatt	278
	2.4 Skattesubjektene.....	279
	2.5 Spesielt om fradrag.....	279
3	INNLEDNING.....	279
	3.1 Skatlegging av petroleumsnæringen	279
	3.2 Sokkelbeskatning – sokkelen som skattedistrikt.	280
	3.3 Særskattesystemets bakgrunn	281
	3.4 Hensynene bak særskatt	281
4	RETTSKILDER	282
	4.1 Innledning	282
	4.2 Petroleumsskattelovens forhistorie	282
	4.3 Lov.....	283
	4.4 Forarbeider	284
	4.5 Etterarbeider	284
	4.6 Forskrifter	285
	4.7 Domstolspraksis.....	286
	4.8 Ligningspraksis og klagenemndspraksis	286
	4.8.1 Ligningspraksis	286
	4.8.2 Praksis fra Klagenemnda for Petroleumsskatt	287
	4.9 Ressursrentehensyn som frittstående rettskilde	288
5	PETROLEUMSSKATTELOVENS OPPBYGNING	290
	5.1 Petroleumsskattelovens formål.....	290
	5.2 Funksjonell avgrensning.....	290
	5.3 Geografisk avgrensning	290
	5.4 Særskatteplikt etter petroleumsskatteloven § 5	291
6	PETROLEUMSSKATTELOVEN § 5 – SÆRSKATT TIL STATEN ...	292
	6.1 Innledning	292
	6.2 Petroleumsskatteloven § 5: ”utvinning, behandling og rørledningstransport”	292

6.3	Virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven 1965	294
6.4	Skatteloven 1999	295
6.4.1	Virksomhetsbegrepet i skatteloven	295
6.4.2	Sammenlikning av de to lovene	296
6.4.3	Er lovtolkningen av virksomhetsbegrepet sammenfallende i de to lovene	297
6.5	Petroleumsskattelovens forarbeider.....	298
6.6	Etterarbeider til petroleumsskatteloven.....	300
6.7	Forskrifter	301
6.8	Oppsummering av rettskildene.....	303
7	NÆRMERE OM RETTSPRAKSIS OG LIGNINGSPRAKSIS	304
7.1	Innledning	304
7.2	Et snevert virksomhetsbegrep.	304
7.2.1	Ballastvann-saken	305
7.3	Tilknytningskravet i praksis.	309
7.3.1	Ballastvann-saken	309
7.3.2	Kjennelse om salg av seismiske data.	312
7.3.3	Særskatt på utleie- og fremleieinntekter.....	314
7.4	Tradingvirksomhet	317
7.4.1	Trading med gass.....	318
7.4.2	”Handling-fee”- kjennelsen.	324
7.4.3	Oppsummering og vurdering av Shell-dommen, ”Gass- trading”- kjennelsen og ”Handling-fee”- kjennelsen.	326
8	OPPSUMMERING	330
8.1	Dagens rettstilstand.....	330
8.2	Et snevert virksomhetsbegrep?.....	332
	LITTERATURLISTE.....	334

1 Presentasjon av tema

Lov 13. juni 1975 nr. 35. om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v. (petroleumsskatteloven) § 5 lyder: ”Skattepliktige som driver utvinning, behandling og rørledningstransport i de områder som er nevnt i § 1, skal av inntekt ved slik virksomhet betale en særskatt til staten.” (min utheving)

Temaet for denne fremstillingen er virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5. Bestemmelsen regulerer plikten til å betale særskatt til staten. Det skal kun betales særskatt av inntekter som skriver seg fra utvinning, behandling og rørledningstransport av petroleum. Virksomhetsbegrepets avgrensning har derfor betydning for omfanget av særskatteplikten, både på inntektssiden og fradragssiden.

Skattesatsen for særskatt er 50 %, jf. ssv. § 4-2 for inntektsåret 2013.¹ I tillegg betaler oljeselskapene ordinær selskapsskatt på 28 %. Marginalskattesatsen blir da 78 % for inntekter som faller inn under særskatteplikten. Det har derfor stor betydning å avklare hvilke inntekts- og utgiftsposter i virksomheten som omfattes av særskatteplikt.

Hva som kan karakteriseres som særskattepliktig virksomhet må klarlegges gjennom en tolkning av uttrykket ”utvinning, behandling og rørledningstransport” i petroleumsskatteloven § 5.

2 Avgrensninger

2.1 Normprisreglene

Ved utligningen av særskatt kan departementet fastsette en normpris for den petroleum som utvinnes. Normprisen er administrativt fastsatt og erstatter den faktiske oppnådde pris på petroleum. Normprisen skal tilsvare den pris som kunne vært oppnådd mellom uavhengige parter i et

¹ Stortingets skattevedtak for 2013, kapittel 4.

fritt marked. Når oljeselskapene selger petroleum til nærstående selskaper er det vanskelig for ligningsmyndighetene å avgjøre om den angitte pris på solgt petroleum var markedsmessig. Normprissystemet ble innført for å unngå dette problemet ved skatteleggingen. Reglene om normpris fremgår av petroleumsskatteloven § 4. I dag er det kun prisen på råolje som fastsettes ved normpris. Normpris fastsettes ut ifra et normprispunkt som i de fleste tilfelle tilsvare et gitt leveringssted for oljen. Normprispunktet har betydning i flere skatterettslige henseender. Fastsettelsen av normprispunktet har blant annet betydning for omfanget av særskatteplikten. Etter at oljen har passert normprispunktet vil ikke de inntekter eller kostnader oljen genererer skattlegges som inntekter eller kostnader fra utvinningsvirksomhet. Når jeg senere under oppgavens punkt 7.4.2 redegjør for kjennelsen² som omhandler særskatteplikt ved mottatt ”handling fee” er det nødvendig å redegjøre for deler av normprissystemet. Normprissystemet vil, ut over dette, ikke behandles i denne avhandlingen.

2.2 Særreguleringen i petroleumsskatteloven § 3

Petroleumsskatteloven § 3 fastsetter en rekke særregler som gjelder for formues- og inntektsfastsettelsen for utvinningsvirksomhet, blant annet avskrivningsregler og regler om fordelingen av netto finanskostnader til henholdsvis sokkel- og landbeskatning. Bestemmelsene vil kun behandles i den utstrekning reglene har relevans for omfanget av særskatteplikten.

2.3 Beregning av særskatt

Petroleumsskatteloven § 5 3. ledd regulerer oljeselskapenes rett til fradrag for friinntekt i grunnlaget for særskatt. Friinntekten har til formål å skjerme normalavkastningen selskapene oppnår ved petroleumsutvinning fra særskatten. Reglene for beregning av særskattepliktig inntekt og fradrag for friinntekt faller utenfor denne fremstillingen og blir ikke drøftet.

² Kjennelse fra 25.11.2002, inntatt i Oljeskattekontorets publikasjon ”Kjennelser avsaugt i 2002 av Klagenemnda for oljeskatt” s. 83. Se også Torstein Fløystad: Ligningsbehandlingen 1998 pkt. 3.1.

2.4 Skattesubjektene

Det er hovedsakelig utvinnings- og rørledningsselskapene som er skattesubjekter og som er underlagt særreguleringene i petroleumsskatteloven. Disse tildeles tillatelser til leting, utvinning og/eller tillatelse til transport av petroleum etter petroleumsløven.³ I tillegg driver oppdragstakere og arbeidstakere omfattende virksomhet og arbeid på norsk kontinentalsokkel i tilknytning til oljevirksomhet. Disse skattlegges i hovedsak etter skattelovens alminnelige regler. I denne fremstillingen vil jeg først og fremst drøfte skattlegging av utvinningsselskaper, se for øvrig punkt 3.1 nedenfor.

2.5 Spesielt om fradrag

Generelt sett foreligger det ikke en uttrykkelig eller uttømmende regulering av behandling av fradragposter i petroleumsskatteloven, kun visse særregler.⁴ Noen få sentrale fradragposter er regulert i petroleumsskatteloven § 3 og § 5. For øvrig må man bygge på skattelovens alminnelige regler om fradrag. Skatteloven § 6-1 om fradrag vil gjelde generelt der petroleumsskatteloven ikke inneholder en særregulering. I denne fremstillingen er det først og fremst den skattemessige behandling av inntektsposter som vil bli drøftet.

3 Innledning

3.1 Skattlegging av petroleumsnæringen

Utvinningselskapene som opererer på norsk sokkel betegnes også som rettighetshavere. Staten tildeler selskapene ulike typer tillatelser som gir rett til å drive virksomhet innenfor rammen av tillatelsen. Dette systemet er regulert i petroleumsløven § 3-3. En utvinningstillatelse gir selskapene

³ Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet.

⁴ Jan Syversen, "Skatt på petroleumsutvinning", Oslo 1991 (Syversen 1991)

enerett til undersøkelse, leteboring og utvinning av petroleum innenfor de geografiske områder tillatelsen omfatter, jf. petroleumsløven § 3-3. Selskapene blir eier av den petroleum som utvinnes og disponerer denne ved salg, egen bruk eller på annen måte. Rettighetshaverne er ofte deltakere i flere utvinningstillatelser og flere rettighetshavere kan delta i samme utvinningstillatelse. En rettighetshaver plikter å inngå en samarbeidsavtale med de øvrige rettighetshaverne i tillatelsen, og det utpekes en operatør for rettighetshavergruppen som forestår den daglige ledelse av virksomheten innenfor den aktuelle tillatelse, se petroleumsløven § 3-7.

Av inntekt som skriver seg fra utvinning av petroleum og rørledningstransport betaler oljenæringen kun skatt til staten, ikke til kommunene, se petroleumsskatteløven § 2 annet ledd. Begrunnelsen for dette er at ressursene inntektene skriver seg fra, i liten grad er tilknyttet den enkelte kommune, men til staten som eier av ressursene. Det skal betales alminnelig selskapsskatt på 28 % og særskatt på 50 %.⁵ Den marginale skattesatsen for den del av virksomheten som er underlagt begge skatteregimer blir dermed 78 %.

3.2 Sokkelbeskatning – sokkelen som skattedistrikt.

Den norske kontinentalsockelen utgjør et eget skattedistrikt.⁶ Av petroleumsskatteforskriften § 12 følger; ”Når skattepliktige som driver utvinning av petroleum eller rørledningstransport av utvunnet petroleum i områder som nevnt i petroleumsskatteløvens § 1, også driver annen virksomhet eller arbeid, skal inntekt og fradrag fordeles slik at inntekt av utvinning og rørledningstransport, ansettes som om denne virksomheten var drevet av frittstående foretak.”

Forskriften gir dermed anvisning på beskatning av utvinningsvirksomheten som en selvstendig virksomhet, selv om selskapet og dermed skattesubjektet også driver annen virksomhet. Det gjelder selv om den øvrige virksomheten er nært knyttet til petroleumsutvinning, som for eksempel raffinering, distribusjon og salg av drivstoff.

⁵ Stortingets skattevedtak, kapittel 4.

⁶ Se petroleumsskatteløven § 3 bokstav d, første punktum. Syversen, 1991, s. 124 flg.

3.3 Særskattesystemets bakgrunn

Innføringen av særskatten er begrunnet med at fortjenestemulighetene ved utvinning av petroleum skriver seg fra begrensede ressurser som i sin helhet eies av staten.⁷ Lovgiver ønsker å beskatte den ekstraordinære avkastning som oljeselskapene oppnår gjennom utvinning av petroleum ut over normalavkastningen.⁸ Normalavkastningen er den markedsmessige lønnsomheten oljeselskapene oppnår gjennom anvendelse av arbeidskraft og kapital. Avkastning ut over dette betegnes som ekstraordinær avkastning av ressursene.

Forarbeidene til petroleumsskatteloven fremhever at en viss andel av produksjonsresultatet, den avkastning oljeselskapene oppnår som overstiger en normalavkastning, skal tilflyte det offentlige.⁹ I petroleumsskatterettslig språkbruk betegnes denne ekstraordinære avkastningen gjerne som ressursrenten eller grunnrenten. I Norge er det innført grunnrentebeskatning innenfor både kraftsektoren og petroleumssektoren. Ressursene som utnyttes i begge disse næringene er i hovedsak statens eiendom og de begrensede ressursene muliggjør en høyere fortjeneste enn normalavkastning.

Petroleum er en ikke-fornybar ressurs og utgjør et knapphetsgode som gir en meravkastning i et marked. Ressursrenten kan, av denne grunn, betegnes som inntekter som ikke skyldes produktiv virksomhet. Ressursrenten blir derfor ikke regnet som en inntekt i vanlig forstand. Oljeskattekontoret beskriver ressursrenten som et mål på omplassering av olje- og gassressursene fra ”bakken” til banken.¹⁰

3.4 Hensynene bak særskatt

Hovedformålet med beskatning i generell forstand er å sikre inntekter til fellesskapet eller staten, dette kalles også *fiskale hensyn*. Ved utfor-

⁷ Ot.prp. nr. 26 (1974-75) s. 21.

⁸ NOU 2000: 18, kapittel 1.5.1

⁹ Ot.prp. nr. 26 (1974-75), kapittel 5.3, s. 21.

¹⁰ ”Petroleumssektoren og petroleumsskatten i tall og trender”, Oljeskattekontoret 2012.

mingen av petroleumsskatteloven og reglene om særskatteplikt var de fiskale hensyn, herunder ressursrentehensyn, svært viktige.¹¹ Inntektserverv eller utgiftsposter må ha en tilstrekkelig nær tilknytning til retten til å utvinne petroleum at de muliggjør den ekstraordinære avkastningen som ligger til grunn for særskatteplikten.¹² Særskatt skal i utgangspunktet kun pålegges inntekt av den aktivitet som muliggjør en ekstraordinær avkastning. Inntektsgrunnlaget må derfor avgrenses til kun å omfatte disse postene.

De hensyn som begrunner særskatteordningen måtte på den annen side avveies mot ønsket om å tiltrekke seg private aktører. Særskatten skulle ikke forhindre at oljeselskapene fikk en rimelig avkastning av den investerte kapital og kunnskap ved å involvere seg i petroleumsvirksomheten. Reglene måtte derfor ta høyde for de investeringer og den risiko oljeselskapene tok ved å engasjere seg på norsk sokkel. De samlede rammevilkårene for petroleumsnæringen søker å balansere de ulike hensynene på en fornuftig måte.

4 Rettskilder

4.1 Innledning

Punkt 4 gir en oversikt over de relevante rettskildene for problemstillingen i denne fremstillingen.

4.2 Petroleumsskattelovens forhistorie

Begrunnelsen for innføringen av særskatt på petroleumsskattaktiviteter kan best belyses gjennom en kort historisk gjennomgang av petroleumsskattesystemet: På 1960-tallet ble de første reglene om beskatning av petro-

¹¹ Ot.prp. nr. 26 (1974-75), kapittel 5.3, s. 21.

¹² Torstein Fløystad, lovkommentar til petroleumsskatteloven, 2010, note 72. (Fløystad, 2010)

leumsvirksomhet vedtatt. Petroleumsskatteloven 11. juni 1965 nr. 3 innførte en lemping i beskatningen av selskapene som opererte på norsk sokkel sammenliknet med virksomhet på land. Leting etter petroleumssressurser var preget av stor risiko og usikkerhet med hensyn til funn. Ved å innføre en skattelette ville Staten derfor gi insentiver for oljeselskapene og stimulere til letevirksomhet.

Etter oppdagelsen av Ekofisk-feltet i 1969 stod oljeselskapene i en annen stilling. Det var gjort store funn og ikke lenger behov for skattemessige stimuleringsiltak.¹³ Tvert i mot ble det viktig for staten å sikre sin andel av inntektene fra oljevirksomheten. I 1972 ble de gunstige skattereglene i petroleumsskatteloven av 1965 opphevet, og aktørene på norsk sokkel ble etter dette underlagt det alminnelige selskapskatteregimet etter skatteloven. En ekspertkomité opprettet i 1974 utarbeidet forslag til ny petroleumsskattelov.¹⁴ I 1975, som var det første året med ordinær produksjon fra norsk sokkel, ble den nye petroleumsskatteloven vedtatt og særskatteplikten ble innført.¹⁵ Petroleumsskatteloven har senere blitt endret med jevne mellomrom, ofte som følge av endringer i markedsforholdene for olje og gass. Skattesatsen for særskatten har variert noe, fra mellom 25 % til 50 %. Den største endringen ble gjennomført for å kompensere for nedgangen i den alminnelige skattesatsen fra ca 50 % til 28 % etter skattereformen i 1992.¹⁶ Den marginale skattesatsen har endret seg langt mindre.

4.3 Lov

Petroleumsskatteloven etablerer og regulerer skatteplikt for all virksomhet på norsk kontinentalsokkel. Dette fremgår av lovens § 1 som angir lovens geografiske og funksjonelle virkeområde.

Petroleumsskatteloven fastsetter en rekke særregler men bygger ellers på den generelle skattelovgivning, se petroleumsskatteloven §§ 2, første

¹³ Syversen, 1991, s. 49.

¹⁴ Ot.prp. nr. 26 (1974-75)

¹⁵ Lov 13. juni 1975 nr. 35. om skattelegging av undersjøiske petroleumforekomster mv.

¹⁶ Se Ot.prp. nr. 12 (1991-1992).

ledd og 8, første ledd. Den alminnelige skattelovgivningen kommer til anvendelse i den grad det ikke følger annet av petroleumsskatteloven¹⁷. Det er derfor viktig å merke seg at petroleumsskatteloven ikke inneholder en uttømmende regulering av beskatningen av oljevirkosomhet. Loven betegnes som et ”tilbygg” til den alminnelige skattelovgivning og må tolkes i lys av denne lovkonstruksjonen.¹⁸

4.4 Forarbeider

Ot.prp. nr. 26 (1974-75) er det viktigste forarbeidsdokumentet til petroleumsskatteloven. Ved tolkningen av petroleumsskatteloven er forarbeidene relevant som rettskilde. Det må imidlertid poengteres at petroleumssbeskatningen har gjennomgått en nokså betydelig utvikling fra 1975 til i dag, dels gjennom lovendringer, noe rettspraksis og en omfattende ligningspraksis. Det har over tid også oppstått flere nye problemstillinger i tilknytning til petroleumsskattelovens bestemmelser som ikke er berørt i lovens forarbeider. I slike tilfeller må man derfor støtte seg på de øvrige rettskilder ved tolkningen av petroleumsskatteloven.

4.5 Etterarbeider

Etterarbeider eller etterfølgende lovarbeider kan for eksempel være endringsforslag til en lov, uttalelser fra departementer eller ulike utredninger. Etterfølgende lovarbeid kan bidra til å kaste lys over hva som opprinnelig var lovgivers vilje da loven ble gitt.¹⁹ Dette kan være tilfelle der en lovendring er foranlediget av at den tidligere lov var ufullstendig eller mangelfull. For den del av loven som endres vil slike etterarbeider være en sentral rettskildefaktor ved tolkningen av bestemmelsene; de utgjør med andre ord forarbeider for den del som endres.

For petroleumsskatteloven som sådan må man være forsiktig med å legge avgjørende vekt på dens etterarbeider. Det vil kunne innebære at lovgivning gis tilbakevirkende kraft gjennom ny tolkning. Se for eksempel

¹⁷ NOU 2000: 18, avsnitt 5.1

¹⁸ Syversen, 1991, s. 7.

¹⁹ Mads Henry Andenæs, ”Rettskildelære”, 1997 s. 60.

Rt. 2004 s. 1921 der Høyesterett vurderte den rettskildemessige betydning av forarbeidene til endringer av petroleumsskatteloven § 3 bokstav g.²⁰ Forarbeidene antydte at petroleumsskatteloven § 3 bokstav g og skatteloven § 50 femte ledd skulle tolkes tilsvarende. På dette tidspunkt var det imidlertid uenighet omkring tolkningen av skatteloven § 50. Høyesterett påpekte i denne sammenheng: ”I en slik situasjon finner jeg det klart at etterfølgende tolkingsuttalelser fra lovgiverne ikke kan tillegges rettskildemessig betydning, da noe annet vil gi lovgiverne mulighet til - uten uttrykkelig lovvedtak og i strid med Grunnloven § 97 - å endre loven med tilbakevirkende kraft.”²¹

Der lovteksten er uklar og der forarbeidene ikke gir veiledning vil etterarbeider likevel kunne få en større betydning i praksis.²²

I denne oppgaven vil jeg blant annet henvise til en innstilling fra Petroleumsskatteutvalget fra 2000.²³ Utvalget ble opprettet for å vurdere det dagjeldende petroleumsskattesystemet og foreslå endringer. Dette er et etterarbeid til petroleumsskatteloven og den rettskildemessige vekt må vurderes i lys av det.

4.6 Forskrifter

Petroleumsskatteloven inneholder flere forskriftshjemler. Petroleumsskatteloven § 5 siste ledd lyder: ”Departementet kan gi forskrifter til gjennomføring og utfylling av bestemmelsene i denne paragraf.” Det er gitt flere forskrifter med hjemmel i denne bestemmelsen. Videre inneholder petroleumsskatteloven forskriftshjemler med fullmakter til å fravike lovens bestemmelser.²⁴ I denne oppgaven vil jeg berøre forarbeidene til noen av forskriftene gitt med hjemmel i petroleumsskatteloven.²⁵ Disse inneholder blant annet tolkningsuttalelser som kan belyse

²⁰ Ot.prp. nr.92 (2002-2003) s. 14.

²¹ Saken gjaldt spørsmål om fradrag i sokkelinntekten til AS Norske Shell for kostnader til nedstengning av oljefelt etter avsluttet produksjon. Se dommens avsnitt 85.

²² Syversen, 1991, s. 321.

²³ NOU 2000: 18.

²⁴ Se bl.a. petroleumsskatteloven § 1 annet ledd og § 4 siste ledd.

²⁵ Se særlig Forskrift 30. april 1993 nr 316 om skatlegging av inntekt vunnet ved utvin-

problemstillingen her. Samtidig bemerkes at slike forarbeider eller uttalelser til forskriftene generelt sett har liten rettskildemessig vekt.²⁶

4.7 Domstolspraksis

Det foreligger få høyesterettsdommer som direkte berører problemstillingen for denne avhandlingen. Problemstillingen har vært behandlet i de underliggende instanser, men rettsmaterialet er spinkelt også her. En avgjørelse fra Stavanger tingrett fra 2012, som omhandler særskatt på gassalg vil bli behandlet.²⁷ På den alminnelige skatterettens område foreligger det imidlertid mye praksis. Jeg vil trekke inn relevante rettsavgjørelser om generelle skattespørsmål der disse kan bidra til å belyse petroleumsskatterettslige spørsmål, og min problemstilling spesielt.

4.8 Ligningspraksis og klagenemndspraksis

4.8.1 Ligningspraksis

Det er først og fremst i lignings- og klagenemndspraksis, herunder Klagenemnda for Petroleumsskatt, hvor man finner relevant materiale vedrørende særskatteplikten i petroleumsskatteloven § 5. Alminnelig ligningspraksis utgjør en rettskilde som vil tillegges vekt av Høyesterett.²⁸ Høyesterett har oppstilt visse krav til slik praksis' varighet, konsekvens og frekvens.²⁹ Disse kravene bestemmer i neste omgang om den foreliggende praksis kan anses relevant, og videre hvilken vekt den i så fall bør tillegges. Det er videre lagt til grunn at ligningspraksis har større vekt når den går i skattyters favør enn motsatt.³⁰ Der praksis er basert på en bevisst vurdering fra ligningsmyndighetene vil dette også tale for at den

ning og rørledningstransport av petroleum.

²⁶ Syversen, 1991, s. 28.

²⁷ Inn tatt i dom 11-194765TVI-STAV (Shell-dommen)

²⁸ Zimmer 2010, s. 49, Zimmer 2009, s 53.

²⁹ Se bl.a Rt. 1992 s. 1263, Rt. 2001 s. 1444.

³⁰ Se Rt. 2001 s. 1444, Rt. 1975 s. 992.

skal veie tungt.³¹ Praksis som skriver seg fra et spesialisert ligningsorgan med spesialkompetanse innenfor sitt fagfelt vil tillegges større vekt, og domstolene vil være forsiktige med å fravike en etablert praksis i disse tilfeller. Videre vil ligningsforvaltningen selv legge stor vekt på egen etablert praksis.

4.8.2 Praksis fra Klagenemnda for Petroleumsskatt

I forarbeidene til petroleumsskatteloven fremhevet departementet behovet for en mest mulig effektiv og spesialisert ligningsadministrasjon for petroleumsnæringen.³² Det ble, for ligningsbehandlingen av petroleumsnæringen, derfor opprettet en særskilt ligningsforvaltning, se petroleumsskatteloven § 6. Oljeskattekontoret, Oljeskattenemnda og Klagenemnda for Petroleumsskatt er etter ligningsloven § 2-4 definert som *særskilte ligningsmyndigheter*. Det vil si at det kun er disse organene som ligner skattepliktige innenfor utvinningsnæringen.

I 1980 ble det opprettet en sentralisert ligningsbehandling for utvinningsvirksomhet og rørledningstransport. Oljeskattenemnda utfører ligningen av oljeselskapene på norsk sokkel. Klagenemnda for Petroleumsskatt ble opprettet som en særskilt klagenemnd for petroleumsskatt fordi det var behov for særlig ekspertise ved klagebehandlingen av oljeselskapenes ligning. Klagenemnda behandler klager over Oljeskattenemndas avgjørelser. Oljeskattekontoret forbereder saker for Oljeskattenemnda og Klagenemnda, og fungerer som et sekretariat for disse. Klagenemndas kjennelser kan bringes inn for domstolene.³³

Det klare utgangspunktet er at klagenemndspraksis har en lavere rettskildemessig trinnhøyde enn domstolspraksis. Domstolene står fritt til å overprøve en påklaget ligningsbehandling, både med hensyn til det rettslige og saksbehandlingen som ligger til grunn for ligningen. En klagekjennelse vil derfor ikke ha noen større rettskildemessig betydning enn kvaliteten av dens premisser tilsier.³⁴

³¹ Se Rt. 1998 s. 811.

³² Ot.prp. nr. 26 (1974-75)

³³ Jf. petroleumsskatteloven § 6, tredje ledd.

³⁴ Syversen, 1991, s. 32.

Klagenemnda for Petroleums-skatt er et spesialisert ligningsorgan med spesialkompetanse innenfor sitt fagfelt. Klagenemndspraksis utgjør en særskilt form for ligningspraksis. Klagenemnda har kompetente medlemmer og er utnevnt av Stortinget til å behandle spesifikt angitte saker.³⁵ Av denne grunn kan deres avgjørelser tillegges en noe større rettskildemessig vekt enn avgjørelser fattet av et alminnelig ligningsorgan. Eksempelvis, der klagenemndspraksis har vært ensartet på et område vil dette kunne ha en avgjørende betydning for utfallet av etterfølgende saker på tilsvarende område.³⁶

Kjennelsene fra Klagenemnda for Petroleums-skatt er ikke offentlige. Det har imidlertid blitt publisert sammendrag om klagebehandlingen for inntektsårene 1975 til 1981. I senere år har Oljeskattkontoret publisert sammendrag av kjennelsene på sine nettsider. Enkelte kjennelser er også lagt ut på Lovdata i anonymisert form. Avgjørelsene har i praksis fått større vekt som rettskilde enn avgjørelser avsagt av de alminnelige ligningsmyndigheter.

Virksomhetsbegrepet i petroleums-skatteloven § 5 har vært utførlig behandlet i Klagenemnda for Petroleums-skatt. Flere kjennelser er relevante ved klarleggingen av virksomhetsbegrepet og noen av disse vil bli redegjort for nedenfor.

4.9 Ressursrentehensyn som frittstående rettskilde

Statens eierskap til petroleumsressursene er et grunnleggende trekk ved all petroleumsvirksomhet på norsk sokkel. Eiendomsretten er fastslått i petroleumsloven § 1-1: ”Den norske stat har eiendomsrett til undersjøiske petroleumsforekomster og eksklusiv rett til ressursforvaltning.” Formålet med petroleums-skattesystemet er derfor primært å sikre at en riktig andel av fortjenesten, eller ressursrenten, tilfaller staten som eier av ressursene.

Ved vurderingen av om en inntektspost eller utgiftspost skal være særskattepliktig vil flere hensyn spille inn. Et uavklart spørsmål er om

³⁵ Jf. petroleums-skatteloven § 6, første ledd, bokstav d.

³⁶ Syversen, 1991, s. 32.

formålet med særskatteplikten i seg selv kan utgjøre et tolkningsmoment ved tolkningen av petroleumsskatteloven.³⁷ Dette blir med andre ord et spørsmål om ressursrentehensynet kan betegnes som en frittstående rettskilde på lik linje med reelle hensyn, herunder formålsbetraktninger. Det vil normalt være relevant å legge vekt på formålsbetraktninger i lovtolkningen, fordi man søker å oppfylle lovgivers formål.³⁸

Ressursrentehensyn som rettskilde kan medføre et brudd på nøytralitet i skattesystemet.³⁹ Inntekter og utgifter skal i prinsippet underlegges den samme vurderingen om hvorvidt de skal skattlegges eller fradragføres. Formålet med å maksimere statens inntekter skulle i så fall tilsi at ligningsmyndighetene utøver en vid tolkning av lovverket med hensyn til skatteleggingen av inntekter og en snever tolkning med hensyn til fradragrett for kostnader.

På den annen side er ressursrentehensynet relevant som tolkningsfaktor ved vurderingen av om en inntekts – eller utgiftspost *skriver seg fra* de aktiviteter som typisk knytter seg til utvinning av petroleumssressursene. Det er disse aktivitetene som i neste omgang muliggjør den ekstraordinære avkastningen som særskatten har til formål å fange opp. Det er derfor forutsatt i petroleumsskattelovens forarbeider at formålsbetraktninger skal stå sentralt ved tolkningen av regelverket.⁴⁰ Der beskatningshjemmelen fremstår som uklar er vurderingstemaet om transaksjonen eller aktiviteten som inntekten eller utgiften springer ut av gir grunnlag for en ekstraordinær avkastning. Dersom dette spørsmålet kan besvares bekreftende tilsier dette at inntekten eller utgiften skal inngå i grunnlaget for særskatteplikt.

Det bør altså utvises forsiktighet med å anse formålet om å maksimere statens inntekter som en tungtveiende rettskilde. Det er imidlertid klart at slike hensyn inngår som relevante tolkningsmomenter i vurderingen av hvorvidt en inntekts- eller utgiftspost skal underlegges særskatteplikt.

³⁷ Jansen/Bjerke, 2011, s. 330.

³⁸ Andenæs, 1991, s. 36 flg.

³⁹ Jansen/Bjerke, 2011, s. 330.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 26 (1974-75), Fløystad, 2010, note 72.

5 Petroleumsskattelovens oppbygning

5.1 Petroleumsskattelovens formål

Petroleumsskatteloven har to hovedformål. For det første etablerer loven *skatteplikt* til den norske stat for all virksomhet som finner sted innenfor lovens geografiske avgrensning, nærmere bestemt på norsk kontinentalsokkel. Denne avgrensningen fremgår av petroleumsskatteloven § 1. Det andre hovedformålet er å etablere *særskatteplikt* for den form for virksomhet som fanges opp av reglene i petroleumsskatteloven § 5.

5.2 Funksjonell avgrensning

Poenget med en funksjonell avgrensning er å presisere hvilke typer virksomhet som skal omfattes av skattleggingen etter petroleumsskatteloven. Følgende fremgår av petroleumsskatteloven § 1: ”Denne lov gjelder skattlegging av undersøkelse etter og utvinning av undersjøiske petroleumforekomster og dertil knyttet virksomhet og arbeid, herunder rørledningstransport av utvunnet petroleum(..).” Petroleumsskatteloven etablerer således skatteplikt for letevirksomhet, utvinningsvirksomhet, behandling av petroleum og rørledningstransport av petroleum.

5.3 Geografisk avgrensning

Petroleumsskatteloven § 1, bokstav a til d, angir petroleumsskattelovens geografiske anvendelsesområde. De inntektserverv eller kostnader som er et resultat av virksomhet utøvet innenfor de der angitte geografiske grenser er underlagt skatteplikt etter petroleumsskatteloven. Skatteloven 1999 etablerer kun skatteplikt for skattesubjekter ”hjemmehørende i riket”, se skattelovens § 2-2. Norsk kontinentalsokkel og dens tilgrensende områder som nevnt i petroleumsskatteloven § 1 er ikke en del av ”riket” i relasjon til skatteloven. Dette innebærer at petroleumsskatteloven utvider det geografiske området for norsk beskatning ut over skattelovens virkeområde.

Den geografiske avgrensningen er imidlertid ikke absolutt i den forstand at skatteplikten ikke kun gjelder for de inntektserverv som genereres innenfor denne grensen.⁴¹ Det geografiske anvendelsesområde må ses i sammenheng med det funksjonelle anvendelsesområde. Petroleumsskatteloven § 1 angir at ”dertil knyttet virksomhet og arbeid” også er omfattet av petroleumsskatteloven. Det er lagt til grunn i rettspraksis at lovens formulering på dette punkt gir uttrykk for et tilknytningskrav og ikke et krav om geografisk plassering.⁴² Det kan derfor ikke utledes av dette at ”dertil knyttet virksomhet” viser til at denne må finne sted innenfor lovens geografiske virkeområde for å kunne fanges opp til beskatning. Aktiviteter som for eksempel administrasjon, catering, bygging av innretninger og andre støttefunksjoner med en naturlig tilknytning til petroleumsvirksomheten vil kunne skattlegges etter petroleumsskatteloven, til tross for at aktivitetene utføres utenfor lovens geografiske anvendelsesområde.⁴³ Selve kjernevirksomheten, i hovedsak produksjon av petroleum, må foregå på norsk kontinentalsokkel og for øvrig innenfor de geografiske grenser som angitt i petroleumsskatteloven § 1.⁴⁴

5.4 Særskatteplikt etter petroleumsskatteloven § 5

Den geografiske og funksjonelle avgrensningen av skattepliktig virksomhet på norsk sokkel har, som nevnt, til formål å etablere skatteplikt. Lovens anvendelsesområde omfatter således virksomhet underlagt alminnelig selskapsbeskatning på 28 % og virksomhet underlagt både alminnelig selskapsbeskatning på 28 % og særbeskatning på 50 %. Hvilken del av virksomheten som skal særskattelegges må avgjøres gjennom en ytterligere avgrensning som bestemmes ved en tolkning av petroleumsskatteloven § 5. Skattlegging av petroleumsvirksomhet på norsk sokkel foregår dermed dels ved å etablere en generell skatteplikt og dels ved å etablere særskatteplikt for visse former for virksomhet. Hvordan særskat-

⁴¹ Fløystad, 2010, note 1.

⁴² Rt. 2011 s. 999.

⁴³ Se Rt. 2002 s. 718 og Rt. 2011 s. 999.

⁴⁴ Syversen, 1991, s. 126.

tepliktig virksomhet avgrenses etter petroleumsskatteloven § 5 vil jeg redegjøre for nedenfor.

6 Petroleumsskatteloven § 5 – særskatt til staten

6.1 Innledning

Petroleumsskatteloven § 5 regulerer plikten til å svare særskatt til staten.

Avgrensningen av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5 danner den generelle rammen for særskatteplikten, både med hensyn til skatteplikt for inntekter og fradragrett for utgifter. Innholdet i uttrykket ”utvinning, behandling og rørledningstransport” er ikke nærmere definert i lovbestemmelsen. Man er henvist til en naturlig tolkning av bestemmelsens ordlyd. Det overordnede utgangspunktet for vurderingen av hva som skal omfattes av en type virksomhet er imidlertid klart. Aarbakke har i sin doktoravhandling uttalt i denne forbindelse; ”Hva en virksomhet skal anses for å omfatte, må i prinsippet bestemmes *særskilt i forhold til den enkelte regel eller lov* begrepet er blitt brukt.”⁴⁵ (min kursivering).

Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5 og det som kan utledes av lovteksten, blant annet i lys av lovens øvrige bestemmelser og den alminnelige skattelovgivning. Deretter vil jeg redegjøre for de relevante rettskildene for å undersøke om disse kan bidra til å klarlegge begrepets omfang og anvendelsesområde ytterligere.

6.2 Petroleumsskatteloven § 5: ”utvinning, behandling og rørledningstransport”

Særskattegrunnlaget som etableres i petroleumsskatteloven § 5 omfatter de inntekts- og utgiftsposter som skriver seg fra ”utvinning, behandling

⁴⁵ Aarbakke, 1967, s. 3.6.

og rørledningstransport⁴⁶. Meningsinnholdet i disse tre kategoriene blir dermed bestemmende for hvilke inntekts- og utgiftsposter som fanges opp av særskatteplikten.

Samlebetegnelsen for de aktiviteter som klart er omfattet av særskatteplikten omtales som kjernevirksomheten eller kjerneaktiviteten.⁴⁶ Inntekt som direkte stammer fra kjernevirksomheten er typisk inntekt fra produksjon og salg av petroleum, herunder råolje, NLG (natural liquid gas) og naturgass.

Petroleumsskatteloven § 5 hjemler særbeskatning også på behandling og rørledningstransport av petroleum. Disse aktivitetstypene inngår i samlebetegnelsen kjernevirksomhet. De ressursrentehensyn som begrunner særskatteplikt på utvinning av petroleum er imidlertid ikke like fremtredende ved behandling og rørledningstransport av petroleum.⁴⁷ Det er selve retten til råproduktet og ikke den videre transport og bearbeiding av petroleum som muliggjør den ekstraordinære avkastning som særskatten har til hensikt å ramme. Det fremgår imidlertid av lovens forarbeider at også denne type aktiviteter skal særskattelegges. Begrunnelsen for dette er at det vil være ligningsteknisk problematisk å skille ut denne type aktiviteter. Ved inntekt fra behandling begrunner lovgiver særskatteplikten med at behandling av utvunnet petroleum genererer kostnadsreducerende inntekter knyttet til den særskattepliktige virksomhetens driftsmidler.⁴⁸

Rekkevidden av begrepet *kjernevirksomhet* er ikke nærmere definert i petroleumsskatteloven § 5. Oljeselskapenes virksomhet er ofte kompleks og sammensatt. De ulike aktivitetene kan være vanskelig å klassifisere. Det er derfor behov for å klarlegge ytterligere hva slags former for aktivitet på sokkelen som ligger innenfor kjernevirksomheten og som således er underlagt særskatteplikt etter § 5.

⁴⁶ NOU 2000: 18, avsnitt 5.2.

⁴⁷ Fløystad, 2010, note 73.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 12 (1991-1992), kap. 8.4.2.

6.3 Virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven 1965

Petroleumsskatteloven av 1975 inneholder, i likhet med 1965-loven, ingen nærmere regulering av *hvilke* inntektsposter som skal regnes for å være vunnet ved utvinning, behandling og rørledningstransport. Man er henvist til en tolkning av uttrykket ”inntekt ved slik virksomhet” i § 5. Ved tolkningen av petroleumsskatteloven § 5 kan man spørre seg om tolkningen av virksomhetsbegrepet etter petroleumsskatteloven 1965 fortsatt er relevant.

Virksomhetsbegrepet etter 1965-loven bygde på det alminnelige virksomhetsbegrep i skatteloven.⁴⁹ Hva dette begrepet innebærer vil jeg komme tilbake til i punkt 6.4 nedenfor. 1965-loven etablerte skatteplikt på sokkelen; utvinning av petroleumforekomster skulle nå likestilles med skattepliktig virksomhet i riket.⁵⁰ Som nevnt var hensynene som lå til grunn for 1965-loven vesensforskjellige fra de hensyn som den gjeldende petroleumsskattelov bygger på. Det ble innført skattelettelse for å skape insentiver til leting etter petroleum fordi mulighetene for funn var såpass usikre. Formålet med 1965-loven var å få en reduksjon i skattesatsene for petroleumsvirksomhet. Problemstillingen man sto ovenfor ved praktiseringen av petroleumsskatteloven av 1965 var således forskjellig fra den man står ovenfor i dag.

I en klageavgjørelse fra 1981 bemerker Klagenemda for Petroleumsskatt at man ved fortolkningen av uttrykket ”utvinning” i petroleumsskatteloven § 5 ikke uten videre kan bygge på de tradisjonelle oppfatninger om virksomhetsbegrepet i den alminnelige skattelov.⁵¹ Oljeskattekontoret har uttalt, i tilknytning til 1965-loven, at denne ”..ikke har noen selvstendig betydning for *hvilke* fordeler som skal regnes som vunnet ved utvinning av petroleumforekomster”⁵² (deres kursivering).

I etterfølgende praksis er fortolkningen av virksomhetsbegrepet etter

⁴⁹ Oljeskattekontorets notat 5. februar 1981. Referert til i PSK-19810617-A.

⁵⁰ Syversen, 1991, s. 46.

⁵¹ PSK-19810617-A, II, 1, d.

⁵² Oljeskattekontorets notat 5. februar 1981. Referert til i PSK-19810617-A.

1965-loven forlatt. Det foreligger ingen ligningsvedtak basert på 1965-loven og tilsvarende lite ligningspraksis eller klagenemndspraksis.⁵³ Teori om petroleumsskatteloven av 1965 vil, etter dette, ikke kunne vektlegges ved tolkningen av virksomhetsbegrepet etter loven av 1975.

6.4 Skatteloven 1999

6.4.1 Virksomhetsbegrepet i skatteloven

Petroleumsskatteloven § 2 og § 8 viser til den alminnelige skattelovgivning og angir med dette at blant annet skatteloven og ligningsloven skal utfylle petroleumsskattelovens regler i den utstrekning ikke annet følger av petroleumsskatteloven. Tolkningen av skattelovens virksomhetsbegrep i skatteloven § 5-30 og § 5-1 vil derfor også kunne være relevant for den tilsvarende tolkningen av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven. Skattelovens virksomhetsbegrep er, i likhet med petroleumsskattelovens begrep, ikke definert i loven.

Skatteloven opererer med et bruttoinntektsbegrep, se skatteloven § 5-1, der dette er positivt formulert til å omfatte inntekt av arbeid, kapital og virksomhet. Skattleggingen av inntekt er dermed begrenset til kun de kategorier av inntekt som fremgår av fanebestemmelsen i skatteloven § 5-1. Med hensyn til inntekt av virksomhet kan denne skrive seg fra et større spekter av aktiviteter, og det er gitt en ikke uttømmende angivelse i skatteloven § 5-30 av typer aktiviteter som omfattes. Det sentrale vurderingstema etter skatteloven er hvorvidt fordelten eller inntekten er *vunnet ved* virksomhet, jf. skatteloven § 5-1. Inntektsgivende virksomhet defineres som aktiviteter med økonomisk karakter, av et visst omfang og en viss varighet og aktiviteten må være utøvet for skattyters egen regning og risiko.⁵⁴

En skattyter utøver ofte flere typer økonomisk aktivitet som isolert sett kan klassifiseres som enkeltstående virksomheter. Ofte vil imidlertid flere aktiviteter være så nært tilknyttet hverandre at de skatterettslig må

⁵³ Syversen, 1991, s. 49.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 86 (1997-98), pkt. 7.5.

behandles som en sammenhengende virksomhet. Hvor denne grensen skal trekkes har vært tvistegjenstand i en rekke eldre høyesterettsavgjørelser.⁵⁵ En forutsetning for tilstrekkelig sammenheng er, i korte trekk, at det må foreligge en nærmere funksjonell forbindelse mellom virksomhetene, herunder av teknisk, økonomisk og forretningsmessig art.⁵⁶

I dag settes dette spørsmålet sjelden på spissen fordi aksjeselskaper og andre juridiske personer ikke lenger svarer skatt til kommune eller fylkeskommune, se skatteloven § 3-2. Før revideringen av skatteloven⁵⁷ oppstod det ikke sjelden spørsmål om hvilken kommune eller hvilket fylke man skulle svare skatt til der en skattyter drev virksomhet på flere steder. I tilknytning til petroleumsskatteloven er denne problemstillingen fortsatt aktuell fordi skattesatsforskjellen mellom sokkel og land er stor.

Ligningspraksis og teori angir visse faktiske kriterier som kan vektlegges i denne vurderingen. Dersom en eller flere av kriteriene er oppfylt kan disse tale for at den foreliggende aktivitetsutøvelse skal anses som én sammenhengende virksomhet. Hvorvidt det foreligger én eller flere virksomheter beror på en konkret vurdering. Utgangspunktet for vurderingen er om det er en tilstrekkelig innholdsmessig og økonomisk tilknytning mellom virksomhetene. De relevante momentene vil blant annet være om det foreligger en felles administrasjon, om det er felles utnyttelse av anlegg eller driftsmidler, om virksomhetenes kundekrets er den samme, om varene eller tjenestene som produseres er av samme art eller utfyller hverandre og i hvilken grad den økonomiske administrasjon er sammenvevd eller utskilt.⁵⁸

6.4.2 Sammenlikning av de to lovene

Petroleumsskatteloven regulerer kun skatteplikt av inntekter som skriver seg fra en funksjonelt avgrenset type virksomhet på norsk kontinentalsokkel, jf. petroleumsskatteloven § 1. Videre vil kun inntekter som skriver

⁵⁵ Bl.a. Rt. 1931 s. 731, Rt. 1932 s. 577, Rt. 1963 s. 478.

⁵⁶ Rt. 1963 s. 478.

⁵⁷ Se Lov 29. juni 2007 nr. 60 om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

⁵⁸ Lignings-ABC (2012-13), kapittel 7.1.

seg fra behandling, utvinning og rørledningstransport være gjenstand for særskatt i petroleumsskatteloven § 5. Et oljeselskap kan derfor ha øvrige virksomhetsinntekter der beskatningen av disse likevel ikke reguleres av petroleumsskatteloven § 5. I petroleumsskatteretten er det derfor et spørsmål om å adskille virksomhetsinntektene til henholdsvis sokkelbeskatning og landbeskatning. Det må dermed foretas en innbyrdes vurdering av selskapenes virksomhetsinntekter.

Etter petroleumsskatteloven oppstår det sjelden spørsmål om en fordel er vunnet ved virksomhet i vid forstand. Spørsmålet blir om fordelene er vunnet ved utvinningsvirksomhet i snever forstand, jf. formuleringen vunnet ved ”*slik virksomhet*” i petroleumsskatteloven § 5. Nærmere bestemt er spørsmålet om det er en tilstrekkelig nær sammenheng mellom den aktivitet eller formuesgode som inntekten eller utgiften springer ut av og utvinningsvirksomheten, slik at inntekten eller utgiften kan sies å være innvunnet eller pådratt ved slik virksomhet.

De rettssetninger og momenter som inngår i vurderingen av en virksomhets omfang etter skatteloven vil, slik det fremkommer i praksis, være relevante også ved tolkningen av petroleumsskattelovens virksomhetsbegrep. Særlig spørsmålet om det foreligger en eller flere virksomheter er relevant og den rettspraksis som her foreligger kan være retningsgivende for den tilsvarende tolkningen i petroleumsskatteloven. De alminnelige synspunktene rundt dette spørsmålet bør imidlertid ikke trekkes for langt. En rekke av reglene i petroleumsskatteloven *forutsetter* at virksomhet på sokkelen ikke kan ses under ett med annen virksomhet på land. Utvinningsvirksomhet vil således kunne anses integrert i en overordnet virksomhet ut ifra de alminnelige synspunkter, men denne må allikevel være å betrakte som en adskilt virksomhet i relasjon til petroleumsskatteloven.⁵⁹

6.4.3 Er lovtolkningen av virksomhetsbegrepet sammenfallende i de to lovene

Det følger direkte av petroleumsskatteloven § 2 første ledd og § 8 første

⁵⁹ Syversen, 1991, s. 338.

ledd at skattelovens øvrige regler gjelder kun i den utstrekning ikke annet følger av petroleumsskatteloven. Det kan utledes av dette at petroleumsskatteloven er uttømmende med hensyn til de spesialreguleringer loven angir.⁶⁰ De øvrige regler i skattelovgivningen kan derfor ikke gis en subsidiær anvendelse for å fange inn særskattepliktig inntekt der det er klart at denne ikke faller inn under anvendelsesområdet til petroleumsskatteloven § 5. De særegne hensyn som ligger til grunn for petroleumsskatningen vil kunne påberopes som argument for at virksomhetsbegreps avgrensning kan fravike det som følger av den alminnelige skatterett. Samtidig vil legalitetsprinsippet utgjøre en skranke for en utvidende tolkning av virksomhetsbegrepet ut over det som var lovgivers hensikt ved utformingen av loven.

Hensvisningen i petroleumsskatteloven § 8 angir et utgangspunkt men gir likevel kun en begrenset veiledning for den videre tolkning av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5.⁶¹ Der alminnelige skatterettslige synspunkter er relevante kan disse imidlertid fungere som supplerende tolkningsmateriale ved tolkningen av petroleumsskattelovens bestemmelser. Et eksempel er kriteriene for vurderingen av om en virksomhet kan betegnes som én sammenhengende virksomhet i skattelovens forstand, som nevnt ovenfor.

6.5 Petroleumsskattelovens forarbeider

Innføringen av særskatt på inntekter av oljeutvinning ble begrunnet ut fra to hensyn; å sikre staten større andel av oljeinntektene og ressursrentehensyn.

I Ot.prp. nr. 26 (1974-75) uttalte departementet; ”Når man skal vurdere hvilken andel av produksjonsresultatet som bør tilflyte det offentlige, er det naturlig å ta utgangspunkt i at petroleumproduksjon på kontinentalsokkelen er utnyttelse av naturressurser som er den norske stats eiendom.”⁶² Ressursrentehensynet var her avgjørende, og det klare utgangspunktet for utformingen av reglene var dermed å inndra den del

⁶⁰ Syversen, 1991, s. 316.

⁶¹ Syversen, 1991, s. 317.

⁶² Ot.prp. nr. 26, (1974-75), s. 21.

av fortjenesten som i realiteten skriver seg fra ressurser som er den norske stats eiendom.

Den løsningen departementet kom til var "(..)at den for tiden mest hensiktsmessige form for økte offentlige inntekter av petroleumsvirksomhet er innføring av en særlig inntektsskatt på den fortjeneste som oljeselskapene oppnår pga. at prisene på petroleum er høye jamført med produksjonskostnadene."⁶³ Departementet vektla hensynet til å sikre staten en større andel av inntektene som følge av de høye oljeprisene.

Også en rekke andre hensyn spilte inn ved utformingen av reglene om særskatt. Her kan nevnes hensynet til den økonomiske risikoen selskapene tar ved å engasjere seg på sokkelen og hensynet til en oversiktlig og administrerbar skatteordning. Forarbeidene angir utgangspunktet, som også fremgår direkte av lovbestemmelsen, om at det er inntekt av behandling, utvinning og rørledningstransport av petroleumforekomster som er underlagt særskatteplikten i § 5.

En spesifikk beskrivelse av hvilke inntektstyper som skal omfattes, ut over dette, fremgår ikke av lovens forarbeider. Dette synspunktet finner man også støtte for i en klagekjennelse der klagenemndas flertall bemerker følgende: "Forarbeidene til petroleumsskatteloven inneholder ingen nærmere definisjon av begrepet utvinningsvirksomhet".⁶⁴ Spørsmålet om hvorfor det ikke ble foretatt en nærmere avgrensing i forarbeidene kan antagelig besvares med at lovgiver på denne tiden var mest opptatt av å utforme de store linjene i petroleumsskattesystemet. Detaljavgrensninger var antagelig mindre viktig på tidspunktet for utformingen av lovforslaget.⁶⁵

De hensyn som vektlegges i lovens forarbeider vil imidlertid være relevante for avgrensningen av virksomhetsbegrepet. Lovens formål og lovgivers intensjoner gjenspeiles i de hensyn som fremgår av petroleumsskattelovens forarbeider. Tolkningen av ordlyden i petroleumsskattelovens § 5 må derfor foretas i lys av lovbestemmelsens formål og lovgivers intensjoner da loven ble utformet. I lovteksten er særlig formuleringen

⁶³ Ot.prp. nr. 26, (1974-75), s. 13.

⁶⁴ Kjennelsen er inntatt i PSK-19900219-A.

⁶⁵ Syversen, 1991, s. 318.

”skal av inntekt ved *slik* virksomhet betale en særskatt til staten” i bestemmelsens første ledd første punktum sentral. Det er særlig ressursrentehensyn som vil være avgjørende i denne tolkningen. Der slike hensyn ikke gjør seg gjeldende i tilstrekkelig stor grad vil det være mindre grunnlag for å særskattelegge den aktuelle inntekts- eller utgiftspost. Med andre ord: kun den aktivitet som muliggjør en ekstraordinær avkastning (ressursrente) skal omfattes av særskatteplikten.⁶⁶

Klagenemnda for Petroleums-skatt har, i den sentrale Ballastvann-saken⁶⁷, gitt en generell bemerkning til utgangspunktet man må ta ved tolkningen av petroleums-skattelovens forarbeider. Klagenemndas uttalelser knytter seg til forarbeidene inntatt i Ot.prp. nr. 26 (1974-75) og Ot.prp. nr. 37 (1979-80). Klagenemnda viser til de hensynene som her vektlegges, herunder de overordnede fiskale hensyn og ressursrentehensynet. Deretter tar klagenemnda følgende utgangspunkt; ”Etter nemndas mening bør det vises *forsiktighet* med å anvende særskattereglene i tilfelle hvor *rekkevidden av reglene fremstiller seg som tvilsom* og hvor de *nevnte hensyn ikke er tilstede*.”⁶⁸ (min kursivering)

Etter dette kan man konkludere med at forarbeidene til petroleums-skatteloven gir lite veiledning med hensyn til *hva* som skal karakteriseres som særskattepliktig virksomhet ut over det som allerede fremgår av lovbestemmelsen. Forarbeidene gir imidlertid en anvisning på *hvilke hensyn* man må ta i betraktning når man tolker bestemmelsen. Disse hensynene vil være viktige for om en inntekts- eller utgiftspost skal særskattelegges eller ikke.

6.6 Etterarbeider til petroleums-skatteloven

I NOU 2000: 18 ”Skattlegging av petroleumsvirksomhet”, ble det foretatt en nærmere vurdering av petroleums-skatteloven, samt fremsatt forslag til endringer i loven. I kapittel 2.5 om ”Utgangspunktet for beskatning

⁶⁶ Fløystad 2010, note 73.

⁶⁷ Kjennelsen er inntatt i PSK-19810617-A.

⁶⁸ PSK-19810617-A, s. 14.

av petroleumsvirksomhet⁶⁹, understrekes det at de hensyn som ligger til grunn for petroleumsskattereglene, herunder ressursrentehensynet, har like stor vekt nå som tidligere. Særskattens formål er å sikre staten sin del av den ekstraordinære avkastningen som utvinning av petroleum gir. Petroleumsskatteutvalget poengterer at inndragning av slik ekstraordinær avkastning til fordel for staten har særlig legitimitet, fordi avkastningen skyldes ressurser som er statens eiendom.

Petroleumsskatteutvalget vektlegger således de samme hensyn som fremgår av lovens forarbeider. Det poengteres at disse hensynene vektlegges i like stor grad etter nåtidens petroleumsskattesystem som de ble ved lovens tilblivelse.

Petroleumsskatteutvalget vurderer virksomhetsbegrepet kort i kapittel 5.2 om "Materielle særregler". Det understrekes at den saklige avgrensning av lovens virkeområde har stor betydning som følge av den tyngende beskatning særskattereglene hjemler og at særskatten har en særlig begrunnelse. Videre viser utvalget til ligningspraksis der det opereres med et snevert virksomhetsbegrep for den virksomhet som omfattes av særskatteplikten. Begrepet virksomhet etter petroleumsskatteloven skal derfor tolkes snevrere enn det alminnelige virksomhetsbegrep etter skatteloven. Utvalget poengterer at det må utvises forsiktighet med å anvende særreglene om særskatt der rekkevidden av reglene fremstår som tvilsom.

6.7 Forskrifter

I Finansdepartementets foredrag til petroleumsskatteforskriftene⁷⁰ 1976 er det uttalt at det er en forutsetning ved særbeskatningen at denne kun skal gjelde den "egentlige utvinningsvirksomhet og rørledningstransport".⁷¹ Såkalt *tilknyttet virksomhet* skal presumptivt skattlegges etter de alminnelige skatteregler. Med uttrykket *tilknyttet virksomhet* viste departementet til den virksomhet som normalt utføres av andre enn utvinner

⁶⁹ NOU 2000: 18, kapittel. 2, avsnitt 2.5.

⁷⁰ Se Rundskriv fra Skattedirektoratet nr.1/avd. VII 17.mars 1976 i Utv. 1976 s. 459.

⁷¹ FIN foredrag til Kgl.res.11. mars 1976, s. 459.

og til dels i konkurranse med disse. Typisk nevnes mer isolerte aktiviteter som oljeboring, forsyningsvirksomhet og servicevirksomhet. En forutsetning er imidlertid at disse da drives som selvstendige virksomheter.

Petroleumsskatteforskriften 1993⁷² § 12 angir at der skattepliktige driver annen virksomhet på sokkelen eller på land, i tillegg til petroleumsutvinning og rørledningstransport, må inntektene og formuen som skriver seg fra den egentlige utvinningsvirksomheten utskilles fra den øvrige. Forskriftens § 12 er en regel om tilordning. Inntekter fordeles slik at inntekt av utvinning og rørledningstransport plasseres som om denne virksomheten var drevet av et frittstående foretak. Kostnadene knyttet til produksjonen skal på samme måte fordeles mellom virksomhetene. Dette er særlig aktuelt der den særskattepliktige driver annen virksomhet hvor de produserte tjenester og produkter også inngår som innsatsfaktorer i uvinningsvirksomheten.⁷³ Det gir lite mening om en rettighetshaver skal beskattes med særskatt på en virksomhet som også andre kan utføre, som for eksempel nedstrømsdistribusjon på land og salg av drivstoff.

I departementets foredrag til den nå opphevede forskrift av 1976 vises det til en fordelingsnøkkel som innebærer at det ved fordelingen av formuen og inntektene skal fremtre som om utvinningsvirksomheten var drevet uavhengig av den øvrige virksomhet. Det påpekes at både indirekte og direkte kostnader, som hovedregel, skal henføres til henholdsvis sokkel og land alt ettersom hvilke forhold kostnadene skriver seg fra.⁷⁴

Etter dette kan det konstateres at det kun er den *egentlige utvinningsvirksomhet* som skal være gjenstand for særskattlegging. Dette har Finansdepartementet eksplisitt lagt til grunn ved utformingen av petroleumsskattelovens forskriftsbestemmelser. Virksomhet som betegnes som *tilknyttet virksomhet* skal i utgangspunktet skattlegges etter de alminnelige regler. Finansdepartementet gir her uttrykk for en snever tolkning av virksomhetsbegrepet.

⁷² Forskrift 30. april 1993 nr. 316 om skattlegging av inntekt vunnet ved utvinning og rørledningstransport av petroleum.

⁷³ Fløystad, 2010 note 73.

⁷⁴ FIN foredrag til Kgl.res. 11. mars 1976, s. 469.

6.8 Oppsummering av rettskildene

Etter en gjennomgang av de autoritative rettskildene har man følgende utgangspunkt: det er inntekter fra behandling, utvinning og rørlednings-transport av petroleum som utgjør kjerneaktivitetene og som omfatter særskattepliktig virksomhet etter petroleumsskatteloven § 5. Kjerneaktiviteten må foregå innenfor det geografiske området angitt i petroleumsskatteloven § 1, i hovedsak på norsk kontinentalsokkel. Ut over dette inneholder petroleumsskatteloven ingen presis avgrensning av hvilke inntekter (og utgifter) som omfattes av ”utvinning, behandling og rørledningstransport”.

Lovens forarbeider uttrykker at man skal operere med et *snevert virksomhetsbegrep* sammenliknet med virksomhetsbegrepet som er lagt til grunn i skatteloven. Ved avgrensingen av begrepet kan man søke veiledning i den teori og praksis som foreligger rundt den tilsvarende avgrensning i skatteloven. Man må imidlertid være forsiktig med å trekke en direkte analogi fordi hensynene som gjelder på petroleumsskattelovens område er særegne for dette rettsområdet.

Hensynene bak petroleumsskatteloven kan være et avgjørende tolkningsmoment ved vurderingen av hvilke aktiviteter som kan fanges opp av særskatteplikt. Her er det først og fremst tale om de fiskale hensyn og ressursrentebetraktninger. Både lovens forarbeider og etterarbeider tillegger slike hensyn stor vekt ved utformingen og den videre tolkning av petroleumsskatteloven. Dersom hensynene som begrunner særskatt ikke er tilstedet og man befinner seg i gråsonen for særskattereglenes virkeområde må det utvises forsiktighet med å anvende reglene. Reglene hjemler en tyngende beskatning og det må derfor foreligge en rimelig klar hjemmel i lov.

Videre er det, både i forarbeidene til loven og i forskriftene, angitt at det er *den egentlige utvinningsvirksomhet* som skal være gjenstand for særskattelegging. Såkalt *tilknyttet virksomhet* skal skattelegges etter de alminnelige regler. Hvilken type virksomhet som faller inn under kategorien *tilknyttet virksomhet* er noe uklart, dette beror på en konkret vurdering av den virksomhetstype som vurderes.

Lov og forarbeider gir ikke noen sikker veiledning i forbindelse med grensdragningen av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5. Den ytterligere definisjon og avgrensing av begrepet må derfor utledes av den etterfølgende praksis, først og fremst klagenemndspraksis, der avgjørelser fra Klagenemnda for Petroleumsskatt står sentralt.

7 Nærmere om rettspraksis og ligningspraksis

7.1 Innledning

Omfanget av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5 er belyst i flere kjennelser fra Klagenemnda for Petroleumsskatt. Da ligningene sjelden bringes inn til domstolene foreligger det relativt begrenset med domsavgjørelser på petroleumsskatterettens område og kun et fåtall av disse omhandler virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5. I dette kapittelet vil jeg redegjøre for noen av de problemstillingene som har vært oppe i praksis som kan belyse omfanget av dette spesielle virksomhetsbegrepet. Jeg vil i det følgende gjennomgå fem kjennelser fra Klagenemnda for Petroleumsskatt og en tingsrettsdom der virksomhetsbegrepet har vært tema.

7.2 Et snevert virksomhetsbegrep.

Frederik Zimmer har, i tilknytning til tolkningen av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5, uttalt at ”(..)Verken ordlyd eller forarbeider gir særlige holdepunkter for tolkingen. Klagenemnda for petroleumsskatt har imidlertid lagt til grunn en *snevrere forståelse av uttrykket enn det som ville fulgt av en anvendelse av skattelovens alminnelige virksomhetsbegrep.*”⁷⁵ (min kursivering). Hvorfor og hvordan en slik snever forståelse

⁷⁵ Frederik Zimmer, ”Bedrift, selskap og skatt, skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere.” Universitetsforlaget, 5. utgave, 2010, s. 791.

må legges til grunn ved tolkningen av bestemmelsen ble utførlig kommentert og redegjort for av Klagenemnda for Petroleumsskatt i kjennelsen PSK-19810617-A, (heretter Ballastvann-saken).

7.2.1 Ballastvann-saken

Gjenstand for klagebehandling i denne saken var inntektsligningen til et oljeselskap, nærmere bestemt tre ulike inntektsposter. Spørsmålet i saken var om to av disse inntektspostene skulle beskattes som utvinningsvirksomhet eller rørledningstransport, eller om de skulle beskattes som annen inntekt av alminnelig virksomhet. Klagenemnda behandlet de ulike inntektspostene separat. Klagenemndas behandling av den første inntektsposten belyste det snevre virksomhetsbegrepet. Den andre inntektsposten belyste tilknytningskravet og klagenemndas bemerkninger på dette punkt vil bli trukket inn nedenfor hvor tilknytningskravet blir nærmere behandlet.

Inntektsposten som først ble behandlet gjaldt rørledningstransport av fremmed petroleum fra et felt nær Ekofisk, videre til et behandlingssenter, og endelig transport av petroleum til kontinentet. Rettighetshaverne på Ekofisk, som også eide rørledningene og senteret for behandlingen, mottok en godtgjørelse for transporten og behandlingen av petroleumen.

Selskapet hevdet at denne godtgjørelsen, i form av inntekt ved transport av fremmed petroleum og behandlingen av denne, ikke hadde den tilstrekkelige tilknytning til deres utvinningsvirksomhet. Selskapet hevdet videre at virksomheten måtte være å anse som "(..)en virksomhet forskjellig fra selskapets virksomhet som produsent".⁷⁶ Aktivitetene måtte, etter selskapets mening, anses som et ledd i et selvstendig oppdragsforhold uavhengig av utvinningsvirksomheten og var således ikke underlagt særbeskatning.

Oljeskattekontoret hevdet at behandlings- og transportvirksomheten var teknisk og administrativt integret i selskapets utvinningsvirksomhet og at dette til sammen utgjorde en sammenhengende virksomhet. Det

⁷⁶ PSK-19810617-A, s. 4.

forelå en innholdsmessig så sterk tilknytning til hovedvirksomheten at det av denne grunn var unaturlig å se behandlings- og transportvirksomheten som en egen virksomhet.

Klagenemnda kom til at fortjenesten ved behandling og transport av fremmed petroleum var særskattepliktig. I sin vurdering av hvorvidt denne type fortjeneste falt inn under særskattepliktig inntekt uttalte Klagenemnda innledningsvis at det må være riktig å trekke *snevrere grenser* ved vurderingen av særskattepliktens omfang.⁷⁷ De hensyn som begrunner det vide virksomhetsbegrepet i den alminnelige skatteloven kunne ikke begrunne en tilsvarende tolkning av begrepet etter petroleumsskatteloven. Klagenemnda viste til flere momenter som underbygger en snever tolkning av begrepet utvinningsvirksomhet:

For det første at særskatten gjaldt en *særskilt virksomhetsart* der beskatningen rammet særlig hardt, og at det derfor måtte derfor vises forsiktighet med å utvide innholdet av lovens begreper til å omfatte mer enn det som var lovgivers intensjoner. Denne særskilte virksomhetsarten pålegges en skattebelastning som ikke rammer noen annen skattepliktig virksomhet. Lovgivers intensjoner ved innføringen av en slik skattebestemmelse bør respekteres og legalitetsbetraktninger bør sette rammen for hvilket handlingsrom man har i kraft av lovbestemmelsen.

For det andre påpekte Klagenemnda at det var departementets forutsetning ved lovens tilblivelse at særskatteplikten kun skulle gjelde den *egentlige utvinningsvirksomhet*.⁷⁸ Virksomhet som utøves av andre enn utvinner og i visse tilfelle i konkurranse med utvinner faller utenfor den egentlige utvinningsvirksomhet. Klagenemnda vurderte uttalelsene dithen at departementet, med lovens formulering ”utvinning og rørledningstransport”, har ment at dette skulle forstås i en snever forstand.

Klagenemnda viste, for det tredje til lovens forarbeider⁷⁹ og de fiskale hensyn som ligger til grunn for særreglene i petroleumskatningen. For de tilfelle der disse hensynene, især ressursrentehensynet, ikke var like fremtredende, uttalte Klagenemnda at det skal utvises forsiktighet

⁷⁷ PSK-19810617-A, s.13.

⁷⁸ FIN foredrag til Kgl.res. 11.mars 1976, s. 459.

⁷⁹ Ot.prp. nr.26 (1974-75)

med å anvende reglene om særbeskatning. Av kjennelsen fremgår at det bør ”(..)vises *forsiktighet* med å anvende særskattereglene i tilfelle hvor rekkevidden av reglene fremstiller seg som *tvilsom* og *hvor de nevnte hensyn ikke er til stede*.⁸⁰ (min kursivering).

Klagenemnda avsluttet sin generelle drøftelse med å konstatere, i lys av de nevnte hensyn, at det må foretas en *konkret vurdering* av inntekter som ikke direkte skriver seg fra utvinning og rørledningstransport i snevrere forstand. Spørsmålet som må stilles er hvorvidt slike innteksttyper har en tilstrekkelig kvalifisert tilknytning til virksomhetsartene utvinning og rørledningstransport, slik at særreglene i petroleumsskatteloven kommer til anvendelse.

Klagenemnda konkluderte med at inntekten ved behandling og transport av fremmed petroleum hadde en så nær innholdsmessig tilknytning til utvinningsvirksomheten at disse måtte underlegges en felles skatterettslig behandling. Klagenemnda begrunnet sitt standpunkt med at oljen var blitt behandlet sammen med den egenproduserte oljen fra et felt som selskapene eide i fellesskap, det var således tale om en felles utvinningsvirksomhet. Denne type virksomhet stod ikke i samme stilling som annen virksomhet selskapet kunne tenkes å utføre for en tredjemann, og i så måte uavhengig av utvinningsvirksomheten. Ei heller kunne dette betegnes som en aktivitet som normalt kunne utføres av andre enn utvinningselskaper og i konkurranse med disse. Den aktiviteten som inntekten skrev seg fra falt ikke inn under slik ”oljetilknyttet virksomhet” som, etter Finansdepartementets mening, ikke skulle karakteriseres som utvinning eller rørledningstransport. Inntekten utgjorde et resultat av en aktivitet selskapet utøvde for å fremme sin egen utvinningsvirksomhet. Av denne grunn ble inntekten ansett som særskattepliktig etter petroleumsskatteloven § 5.

7.2.1.1 Oppsummering og vurdering av kjennelsen

I Ballastvann-saken ga Klagenemnda for Petroleumskatt uttrykk for sitt generelle syn på skillet mellom petroleumsskattelovens virksomhetsbe-

⁸⁰ PSK-19810617-A, s.14.

grep og skattelovens virksomhetsbegrep.⁸¹ Det har senere blitt trukket slutninger fra denne avgjørelsen som har vært retningsgivende for tolkningen av virksomhetsbegrepet i generell forstand.

Klagenemnda fremhevet at det overordnede utgangspunktet for vurderingen måtte være at virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven skulle tolkes snevert sammenliknet med det alminnelige virksomhetsbegrep. De særegne hensyn som gjør seg gjeldende på petroleumsskatterettens område tilsa en slik tolkning. Legalitetsprinsippet satte grenser for en utvidet tolkning av lovens ordlyd. Petroleumsskatteloven § 5 hjemler en hard beskatning som kun skal ramme visse former for virksomhet. Å utvide dens nedslagsfelt ville derfor være i strid med lovgivers intensjoner og legalitetsprinsippet. Et tyngende økonomisk inngrep i form av denne type beskatning krever klar hjemmel i lov.

Videre understreket Klagenemnda at ved avledede eller aksessoriske inntekter ble det avgjørende spørsmålet om inntekten har en slik særlig og nær tilknytning til den særskattepliktige virksomhet at den må anses integrert i denne. Skattytters formål med aktivitetsutøvelsen var et moment i denne vurderingen. Der en aktivitet utføres med henblikk på å fremme utvinningsvirksomheten som sådan, vil dette tale for særskatteplikt.

Rene ressursrentehensyn ville, isolert sett, innebære at inntektene i denne saken ikke skulle særskattelegges. Ressursrentebetraktninger bygger på at det kun er inntekter som skriver seg fra aktiviteter som muliggjør en ekstraordinær avkastning ved utnyttelse av statens ressurser som skal særskattelegges. I denne saken var det inntekter ved behandling og transport av fremmed petroleum som utgjorde tvistegenstanden. Det kan vanskelig sies at slike inntekter er et resultat av utnyttelse av statens ressurser. Inntekten skrev seg fra petroleum som ikke stammet fra norsk sokkel. Klagenemnda la imidlertid ikke avgjørende vekt på ressursrentehensyn i sine premisser men trakk dette inn som et moment i helhetsvurderingen. Rene formålsbetraktninger ble i stedet utslagsgivende ved at Klagenemnda vektla hovedformålet med selskapets transport og behandling av fremmed petroleum, nemlig å *fremme selskapets egen utvinningsvirksomhet*.⁸²

⁸¹ PSK-19810617-A, s.22.

⁸² Syversen, 1991, s. 343.

Klagenemndas tilnærming var imidlertid ikke så oppsiktsvekkende da det i loven er forutsatt og uttrykkelig hjemlet at rørledningstransport og behandling av petroleum også er underlagt særskatteplikt. Slike aktiviteter vil isolert sett ikke gi grunnlag for den ekstraordinære avkastning særskatten er ment å fange opp. Aktivitetene er likevel tatt med i særskattegrunnlaget av hovedsakelig rent praktiske årsaker, dette for å unngå problematikk med hensyn til inntektsallokeringen. Resultatet Klagenemnda kom til viser at også inntekter som ikke i seg selv gir grunnlag for ekstraordinær avkastning, eller som kan anses som en del av kjernevirksomheten, kan særskattelegges i det enkelte tilfelle.

7.3 Tilknytningskravet i praksis.

Både i skatterettslig praksis og teori⁸³ oppstilles et krav til en innholdsmessig sammenheng mellom de aktiviteter en inntekt eller utgift skriver seg fra, og selve hovedvirksomheten. Problemstillingen her blir hvorvidt aktiviteten eller aktivitetene kan anses som en integrert del av virksomheten. Svaret avhenger i mange tilfelle av hva som *bør eller skal anses for å være* en del av virksomheten.⁸⁴ Det opereres med visse integrasjonskriterier som krever at det må foreligge en form for sammenheng mellom virksomheten og den enkelte aktivitet.⁸⁵ Det generelle utgangspunktet ved vurderingen er at det må foreligge en så tilstrekkelig nær sammenheng mellom inntekten og i denne sammenheng utvinningsvirksomheten at det er *naturlig* å anse denne inntekten som *vunnet ved slik virksomhet*⁸⁶. I det følgende vil jeg illustrere hvordan tilknytningskravet har kommet til uttrykk i petroleumsskatterettslig praksis.

7.3.1 Ballastvann-saken⁸⁷

Det andre klagepunktet i Ballastvann-saken gjaldt spørsmålet om inn-

⁸³ Syversen, 1991, s. 336.

⁸⁴ Magnus Aarbakke, "Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett." 1967, s. 3.7.

⁸⁵ Aarbakke, 1967, s. 3.6.

⁸⁶ Aarbakke, 1967, s. 3.38.

⁸⁷ Inntatt i PKS-19810617-A, s. 15 flg.

tekter ved behandling og salg av råolje gjenvunnet fra ballastvann var særskattepliktige. Ballastvannet var fraktet med tankskip til olje- og gassterminalen i Teesside. Et britisk terminalsselskap utførte deretter arbeidet med å gjenvinne råolje fra ballastvannet. Arbeidet ble utført for de norske utvinningselskapenes regning og det var også disse som hadde eiendomsrett til oljen. Den gjenvunne ballastolje ble deretter sendt inn i produksjonsstrømmen sammen med olje produsert på norsk sokkel og passerte normprispunktet som er det punkt hvor norskprodusert olje blir registrert. Selskapet stod selv for salget av den gjenvunne ballastoljen, denne ble solgt sammen med selskapets norskproduserte olje.

Selskapet hevdet at inntektene som skrev seg fra ballastoljen var fritatt for norsk beskatning da oljen ikke stammet fra norsk sokkel og heller ikke var gjenvunnet eller solgt i Norge. Oljen var som nevnt gjenvunnet hos et britisk selskap, i deres anlegg.

Oljeskattekontoret hevdet at inntektene selskapet hadde oppnådd ved gjenvunnet ballastvann var særskattepliktig til Norge. Oljeskattekontoret viste til at denne aktiviteten utgjorde en integrerende del av selskapets utvinningsvirksomhet. Videre fremhevet kontoret at det var selskapsgruppens utvinningsvirksomhet på sokkelen som muliggjorde den foreliggende inntekt. Oljen ble blandet med den egenproduserte oljen, og den videre lagring og utskipping ble gjort samlet for disse, noe som ifølge Oljeskattekontoret var tilstrekkelig for å fastslå at det forelå integrasjon.

Klagenemnda delte seg i et flertall og et mindretall når det gjaldt dette klagepunktet. Flertallet konkluderte med at inntekten var særskattepliktig. Innledningsvis uttalte Klagenemnda at det måtte foretas en *konkret vurdering* når man skal avgjøre hvorvidt en inntekt har en tilstrekkelig tilknytning til lovens begrep ”utvinning og rørledningstransport”.⁸⁸ Aktiviteten, det vil si gjenvinning og salg av ballastoljen, kunne ikke anses som en separat virksomhet uavhengig av den øvrige utvinningsvirksomhet. Klagenemnda poengterte at de utgifter selskapet hadde pådratt seg ved å benytte seg av terminalsselskapets tjenester var fradragsberettigede i selskapets utvinningsinntekt. Inntekten ved salg av ballastoljen ble ansett som et avledet resultat av de tjenester som selskapets

⁸⁸ PSK-19810617-A s. 22.

utgifter knyttet seg til i forbindelse med behandlingen av oljen på utskippingsstedet. Disse utgiftene var nødvendige for ilandføring av oljen og i neste omgang det videre salget. Om dette bemerket Klagenemnda følgende: ”Inntekten er oppstått ved en prosess som er et *nødvendig ledd* i A’s utvinningsvirksomhet i Nordsjøen, samtidig som det er klart *at inntekten ikke ville oppstått* om ikke gjenvinningen nettopp hadde vært nødvendig av hensyn til denne virksomhet.”⁸⁹ (min kursivering). Klagenemnda var heller ikke overbevist om at selve prosessen eller aktiviteten hadde som formål å skape et selvstendig overskudd. Inntekten ble etter dette ansett for å være av en aksessorisk karakter.

Klagenemnda kom til at inntekten utgjorde en reduksjon eller en besparelse av selskapets ilandføringskostnader som ellers ville kommet til fradrag i utvinningsinntekten. Videre ble aktivitetene ansett som en integrert del av selskapets ilandføringsaktiviteter på Teesside. At inntekten skrev seg fra olje utvunnet utenfor norsk sokkel kunne ikke være et avgjørende argument for at denne skulle unntas fra særskatteplikt. Etter flertallets mening var dette kun av betydning for beregningen av skattegrunnlaget da normprisreglene ikke kommer til anvendelse utenfor norsk sokkel. Mindretallet var imidlertid av en annen oppfatning på dette punktet.⁹⁰

7.3.1.1 Oppsummering og vurdering av kjennelsen

I Ballastvann-saken var det tilknytningen til ilandføringsaktivitetene og sammenhengen med ilandføringskostnadene som ble utslagsgivende for sakens utfall. Klagenemndas konklusjon bygget på en sammensatt vurdering av inntektens karakter og aktivitetens tilknytning til utvinningsvirksomheten. Hovedlinjene som ble oppstilt i det foregående klagepunktet utgjorde et overordnet utgangspunkt. Det at inntekten fremsto som aksessorisk og til dels som et biprodukt av de integrerte prosesser som fant sted på ilandføringsstedet tilsa at den ikke kunne vurderes isolert. Den ble i stedet karakterisert som en kostnadsreduksjon

⁸⁹ PSK-19810617-A s. 22.

⁹⁰ PSK-19810617-A s. 23.

og dermed et resultat av utvinningsvirksomheten fordi kostnadene fullt ut gikk til fradrag i utvinningsinntekten. Kjennelsen viser at selv der en inntekt er avledet og ikke kan karakteriseres som et direkte resultat av den egentlige utvinningsvirksomhet, kan det foreligge særskatteplikt i det enkelte tilfelle.

Klagenemndas synspunkter i Ballastvann-saken har, som nevnt, vært retningsgivende i den påfølgende praksis omkring virksomhetsbegrepets omfang og avgrensning etter petroleumsskatteloven § 5.⁹¹ Kjennelsen er illustrerende både med hensyn til det snevre virksomhetsbegrepet *og* med hensyn til kravet om tilstrekkelig tilknytning mellom inntekten og utvinningsvirksomheten.

7.3.2 Kjennelse om salg av seismiske data.

Den neste kjennelsen⁹² jeg vil gjennomgå omhandler salg av seismiske data. Her brukte Klagenemnda en tilsvarende argumentasjon som i Ballastvann-saken. Faktum i denne saken var at et utvinningsselskap (heretter selskapet) hadde inngått en sponsorshipavtale med et seismikk-selskap om rett til tilgang til seismiske data. Avtalen innebar at selskapet skulle motta andeler av salgsprovenyet til seismikk-selskapet ved dets salg av de seismiske dataene til andre selskaper. Ved ligningen fikk selskapet sine betalingsutgifter for tilgang til to seismikkundersøkelser utgiftsført i sin utvinningsinntekt. Spørsmålet i saken var om inntekten, andelen av salgsprovenyet fra videresalget, hadde tilstrekkelig tilknytning til selskaps utvinningsvirksomhet at den kvalifiserte som særskattepliktig.

Selskapet anførte at inntekten fra videresalget av seismisk data måtte tilskrives beskatning på land. Salget var uavhengig av selskapets aktivitet på sokkelen. Selskapet hevdet videre at deres fortjeneste måtte skatterettslig likestilles med seismikk-selskapets tilsvarende fortjeneste. Seismikk-selskapet ble ikke særbeskattet på sin fortjeneste ved salget.

Oljeskattekontoret anførte at en inntektspost må vurderes konkret i lys av den enkelte skattyters forhold, altså at selskapets og seismikk-sel-

⁹¹ Zimmer, 2010, s. 791.

⁹² Inn tatt i PSK-19940822-A.

skapets inntekter måtte vurderes isolert og uavhengig av hverandre. Særskatteplikten måtte i stedet bestemmes ut ifra hvorvidt salget av seismiske data hadde en tilstrekkelig tilknytning til selskapets utvinningsvirksomhet. Videre var selve skatteobjektet, de seismiske dataene, anskaffet med sikte på å fremme selskapets utvinningsvirksomhet, noe Oljeskattekontoret mente talte for særskatteplikt. Salget var motivert av selskapets ønske om å redusere en kostnad som i seg selv hadde en sterk tilknytning til utvinningsvirksomheten.

Klagenemnda kom til at inntekten var særskattepliktig.⁹³ At seismikk-selskapet ikke var særskattepliktig ved tilsvarende inntekter var uten betydning. Spørsmålet om beskatning av den foreliggende inntekt måtte vurderes isolert og i lys av det skattesubjekt som har oppbåret inntekten. Videre var det et moment at selskapet og seismikk-selskapet heller ikke drev noen felles virksomhet med hensyn til innhenting og videresalg av de seismiske dataene. Klagenemnda viste til at det måtte foretas en konkret vurdering av hver enkelt inntektspost og dens tilknytning til utvinningsvirksomheten.

Klagenemnda kom, i likhet med Oljeskattekontoret, til at inntekten måtte karakteriseres som et kostnadsreducerende element i særskattepliktig inntekt. Utgiftene ved sponsorshipavtalen var fradragført i særskattepliktig inntekt, og tilbakebetalingen eller inntekten måtte derfor anses som særskattepliktig inntekt. Klagenemnda påpekte at det i realiteten var tale om en utgiftsreduksjon.

7.3.2.1 Oppsummering og vurdering av kjennelsen

Kjennelsen om salg av seismiske data illustrerer at det kan oppstå ulike former for tilknytning mellom en inntektspost og virksomheten den hevdes å stamme fra. Hva slags form for tilknytning som foreligger avhenger av inntektens opphav. I denne kjennelsen skrev inntekten seg fra en avtaleklausul som fremstod noe uklar. Man måtte derfor tolke selve avtalen for å kunne gi inntekten den korrekte klassifikasjon. Klassifikasjonen ble videre avgjørende for hvordan inntekten skulle allokere.

⁹³ PSK-19940822-A, s. 4.

Klagenemnda lot symmetrihensyn bli utslagsgivende for å påvise tilstrekkelig nær tilknytning mellom inntekten og utvinningsvirksomheten. Inntektsposten skrev seg ikke direkte fra selskapets utvinningsvirksomhet. Kostnaden var derimot fradragsført i utvinningsinntekt, og kostnadens tilknytning til denne var derfor udiskutabel. Dette tilknytningspunktet var tilstrekkelig for å påvise tilknytning mellom inntekten og utvinningsvirksomheten.

7.3.3 Særskatt på utleie- og fremleieinntekter.

Neste kjennelse jeg vil gjennomgå omhandler skattlegging av utleie- og fremleieinntekter. Det er en alminnelig praksis at oljeselskapene på norsk sokkel leier oljeriggene de benytter seg av i sin utvinningsvirksomhet av selvstendige riggselskaper. Selskapene kan i neste omgang inngå avtaler med andre selskaper om fremleie av oljeriggene. Dette er en hensiktsmessig løsning dersom selskapet selv ikke kan benytte seg av riggen i hele leieperioden. Spørsmålet om særskattlegging oppstår i tilknytning til de inntekter selskapene mottar, og kostnader selskapene pådrar seg ved slik fremleie. Spørsmålet om inntekter fra leiekontrakter er særskattepliktig beror på leiekontraktens tilknytning til utvinningsvirksomheten. Slik tilknytning foreligger som regel der det er klart at leieobjektet skal benyttes i utvinningsvirksomhet.⁹⁴

Der fremleieaktiviteten fremstår som en selvstendig virksomhetsutøvelse fra utvinningselskapets side, vil tilknytningen fremstå som noe mer uklar. Dette ble belyst i Klagenemndas kjennelse fra 21. januar 2002.⁹⁵ Saken gjaldt hvorvidt leieinntekter fra fremleie av en oljerigg skulle beskattes som særskattepliktig inntekt. Et oljeselskap, heretter omtalt som sokkelselskapet, hadde inngått en fremleieavtale med andre oljeselskaper av en rigg som det selv leide. Deretter ble leieavtalen overført vederlagsfritt til et beslektet selskap som drev virksomhet som ikke var særskattepliktig. Fremleieavtalene medførte en fortjeneste for dette selskapet. Ved ligningsbehandlingen ble imidlertid disse inntektene

⁹⁴ Syversen, 1991, s. 390.

⁹⁵ Inntatt i Oljeskattekontorets gjengivelse i "Kjennelser avsagt i 2002 av Klagenemnda for Oljeskatt." s. 6. Se også Fløystad: Ligningsbehandlingen 1997, pkt. 4.2.

beskattet på sokkelselskapets hånd som særskattepliktig inntekt. Spørsmålet Klagenemnda tok stilling til var om disse leieinntektene var særskattepliktige for sokkelselskapet.

Sokkelselskapet viste til Finansdepartementets foredrag til petroleumsskatteforskriften fra 1976. Selskapet hevdet med dette at inntektene skrev seg fra slik "tilknyttet virksomhet" som ifølge Finansdepartementet antas å måtte skattlegges etter de alminnelige regler.

Klagenemnda kom til at overdragelsen av leiekontrakten fra sokkelselskapet til landselskapet ikke innebar noen realitet og at det var sokkelselskapet som til enhver tid hadde hatt den fulle kontroll med riggen. Jeg går ikke nærmere inn på dette klagepunktet da dette er uten relevans for vurderingen av særskatteplikten.

I tilknytning til vurderingen av hva som er særskattepliktig virksomhet bemerket Klagenemnda følgende: "(...)utgangspunktet er at det må utvises forsiktighet med å utvide særskatteplikten til andre inntekter enn de som direkte skriver seg fra utvinning og rørledningstransport. På den annen side *omfatter utvinningsbegrepet mer enn det som fremgår av Finansdepartementets foredrag fra 1976.*" (min kursivering). Klagenemnda poengterte videre at hovedregelen er at det ikke er særskatteplikt når det gjelder inntekter ved utleie – eller fremleie av borerigger. Der det er inngått leiekontrakter med riggeier som et ledd i et sokkelselskaps virksomhet, altså i selskapets egenskap som operatør på sokkelen, vil inntekter fra disse imidlertid være å anse som særskattepliktige.

Det avgjørende for vurderingen var at sokkelselskapet selv brukte riggen i egen utvinningsvirksomhet. Leieavtalene ble kun inngått fordi sokkelselskapets behov for riggen var mindre enn forutsatt. Utleievirksomheten kunne, av denne grunn, ikke anses som en selvstendig virksomhet adskilt fra sokkelselskapets utvinningsvirksomhet. Klagenemnda viste til at fremleieaktiviteten fremstod som en integrert del av sokkelselskapets utvinningsvirksomhet og måtte beskattes tilsvarende. Videre var leiekontraktene inngått som et ledd i operatørens oppgaver i henhold til den tildelte utvinningstillatelse, og ble av denne grunn ansett som integrert i den virksomhet som utøves innenfor tillatelsen. Klagenemnda konkluderte med at sokkelselskapets inntekter fra fremleie av riggen var særskattepliktige.

7.3.3.1 Oppsummering og vurdering av kjennelsen

Utleie- og fremleie er virksomhet som åpenbart kan utføres av andre enn utvinningsselskaper og i konkurranse med disse. Legger man til grunn Finansdepartementets syn på begrepet ”utvinningsvirksomhet”⁹⁶ er det klart at utleievirksomhet i utgangspunktet må beskattes etter de alminnelige regler. Utleievirksomhet faller inn under kategorien ”tilknyttet virksomhet” og ikke ”egentlig utvinningsvirksomhet”. I denne kjennelsen fant imidlertid ikke Klagenemnda grunnlag for å tolke begrepet så snevert som Finansdepartementet i sin tid ga uttrykk for.⁹⁷ Klagenemndas synspunkt samsvarer med blant annet Jan Syversens synspunkter vedrørende departementets uttalelse: ”Etter min mening, er uttalelsen i UTV. 1976 s. 459 såpass uklar at den ikke *er særlig egnet som grunnlag for generelle slutninger*.”⁹⁸ (min kursivering). Syversen er av den oppfatning at Finansdepartementets uttalelse kun tilsa at man måtte utvise forsiktighet med å gi utvinningsbegrepet en videre rekkevidde enn det som var forutsatt av lovgiver. Uttalelsen var, etter Syversens mening, imidlertid for generell for å kunne begrunne hvordan et spørsmål om særskatt skal løses i enkeltsaker.

Departementets uttalelse har likevel blitt anført i en rekke klagesaker. Den etterfølgende lovgivning⁹⁹ og Klagenemndas standpunkt i denne kjennelsen illustrerer imidlertid at uttalelsens rettskildemessige verdi er svekket. Etter dette ser man at hensyn til konsekvens og sammenheng i regelverket samt symmetrihensyn vil kunne utvide særskattepliktens rekkevidde.

Klagenemnda anså også sin tolkning å være i samsvar med den ligningspraksis som hadde utviklet seg på dette felt. Samtidig påpekte Klagenemnda at det fortsatt må utvises forsiktighet ved tolkningen av begrepet. Utgangspunktet for vurderingen i dette konkrete tvistetema var imidlertid klart: der man kan utskille en utleie- eller fremleievirksomhet som en separat virksomhetsutøvelse, må denne holdes utenfor utvin-

⁹⁶ FIN foredrag til petroleumsskatteforskriften fra 1976, Utv s 1976 s.459.

⁹⁷ Fløystad: Ligningsbehandlingen 1997, pkt. 4.2.

⁹⁸ Syversen, 1991, s. 322.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 78 (1981-82) s. 3.

ningsvirksomheten i et skattemessig henseende. I kjennelsen var bakgrunnen for inngåelsen av kontraktene om fremleie basert på at selskapets eget behov for riggen ble mindre enn forutsatt. Riggen var i første omgang innleid med henblikk på selskapets egen utvinningsvirksomhet. Klagenemnda kom derfor til at fremleie- og leiekontrakten ble inngått som et ledd i selskapets virksomhet i kraft av å være operatør for flere lisenser. Det sentrale var at til tross for at riggen ble utleid var den anskaffet med henblikk på å fremme selskapets virksomhet på sokkelen. Fremleieaktiviteten utgjorde av denne grunn en integrert del av operatørvirksomheten og ble ilagt særskatt.

I likhet med forrige kjennelse om salg av seismiske data illustrerer også denne kjennelsen hvordan immaterielle objekter (for eksempel kontrakter) kan ha en tilknytning til utvinningsvirksomheten. Slik tilknytning tilsier at inntekter som er et resultat av kontraktsreguleringen blir særskattepliktige. Formålet med kontraktsinngåelsen kan blant annet være avgjørende. I dette tilfelle fant Klagenemnda det sannsynliggjort at formålet bak kontraktsinngåelsen var at selskapet skulle fremme sin egen utvinningsvirksomhet.

7.4 Tradingvirksomhet

I de tre resterende avgjørelsene som jeg tar for meg er temaet tradingvirksomhet. Avgjørelsene vil bli vurdert samlet i punkt 7.4.3.

Tradingvirksomhet er, i korte trekk, at utvinningselskapene kjøper petroleum fra andre uavhengige selskaper for så å selge denne videre på markedet. Denne type virksomhet er ofte basert på komplekse salgavtaler der selskapene blant annet søker å utnytte seg av konjunktursvingninger i markedet. Inntekter og kostnader tilknyttet ordinær tradingvirksomhet, herunder kjøp og videresalg av petroleumprodukter, er i utgangspunktet ikke særskattepliktig.¹⁰⁰ Petroleumproduktene som selges er ikke egenprodusert, men såkalt fremmed petroleum eller tredjepartsolje.

7.4.1 Trading med gass

¹⁰⁰ Fløystad, 2010 note 73.

Markedet for kjøp, salg og videresalg av naturgass fra norsk sokkel har endret seg betraktelig i løpet av 2000-tallet og frem til i dag. Norges eksport av gass dekker i dag opptil 20 prosent av det europeiske gassforbruket. I 2012 ble det satt ny rekord i norsk gassseksport, hele 107,6 milliarder kubikkmeter gass ble eksportert gjennom rørledningsnettverket fra Norge til Europa.¹⁰¹ Verdien av gassen som ble eksportert var omtrent 250 milliarder kroner og tilsvarer en firedel av det norske statsbudsjettet. Infrastrukturen som benyttes av gassnæringen består av et omfattende rørledningsnettverk der gassen transporteres fra produsentene til forbrukere på kontinentet. Norske gassprodusenter inngår gassalgsavtaler med blant annet kunder i flere europeiske land. I tillegg leverer Snøhvit-anlegget LNG (liquefied natural gas) til USA, Japan og Sør-Korea med flere.

Gassen som transporteres gjennom rørledningssystemet selges på visse angitte leveringspunkter. Salgsprisen for gassen legges til grunn for skatteleggingen. Det er, i løpet av de siste årene, blitt vanlig å ”trade” gass. Etter at GFU ordningen ble avvirket i 2002¹⁰² etablerte det seg et aktivt handelsmarked for gass der selskapene nå står fritt til å inngå gassalgskontrakter. Selskapene inngår avtaler om kjøp av fremmed gass som de så selger videre, ofte sammen med sin egenproduserte gass. I denne forbindelse oppstår det spørsmål om særskatteplikt og hvilken del av gasshandelen som faller inn under særskattepliktig virksomhet. Utgangspunktet er imidlertid at ren tradingvirksomhet med innkjøpt gass *ikke* er særskattepliktig virksomhet.¹⁰³

7.4.1.1 Shell-dommen

En avgjørelse fra Stavanger tingrett avsagt 6. november 2012¹⁰⁴ belyser forholdet mellom handel med gass og særskatteplikt.

Saken gjaldt særskatteplikt på fortjeneste ved kjøp og videresalg av gass. Selskapet, A/S Norske Shell (heretter Shell) hadde inngått syv avtaler

¹⁰¹ NTB, 09.01.2013.

¹⁰² Se St.meld. nr. 38 (2001-2002) pkt. 7.7.1.

¹⁰³ Fløystad, 2010, note 73.

¹⁰⁴ Inn tatt i dom 11-194765TVI-STAV.

med Statoil ASA (heretter Statoil) og Shell Energy Trading Limited om kjøp, salg og bytte av gassvolumer. Shell kjøpte gassen fra markedet i Storbritannia (NBP) og leverte gassen til Statoil. Statoil leverte gassen tilbake til Shell ved overdragelse av ALE (Annual Lifting Entitlement) og DCE (Daily Capacity Entitlement) fra Troll-feltet. ALE er det maksimale uttak av gass en lisenshaver har rett til å løfte per år. DCE er det maksimale gassvolum en lisenshaver har rett til å løfte per dag. Spørsmålet i saken var om fortjeneste på gassalgsavtalene var undergitt særskatteplikt.

Shell hevdet at den gevinst selskapet hadde oppnådd gjennom avtalene skulle henføres beskatning på land. Shell anførte at avtalene om handel med tredjeparts gass og avtalene om salg av egenprodusert gass ikke var sammenliknbare.inntektene og utgiftene fra handel med tredjeparts gass og egenprodusert gass var holdt adskilt. Disse måtte skattemessig anses som to separate virksomheter. Shell hevdet videre at de avtaleregulerte transaksjonene også kunne ha vært gjennomført av andre enn lisenshaverne på feltet, da risikoen ved tilsvarende transaksjon var mulig å avtaleregulere uten å utnytte ALE og DCE. Formålet med særskatten tilsa at Shells tradingvirksomhet klart falt utenfor den virksomhet som særskatten er ment å ramme. Denne virksomhet kunne ikke karakteriseres som egentlig utvinningsvirksomhet.

Staten ved Oljeskattekontoret hevdet at gevinstene var særskattepliktige etter petroleumsskatteloven § 5. Spørsmålet om særskatt måtte vurderes på grunnlag av innholdet i avtalene Shell hadde inngått med Statoil. Oljeskattekontoret mente at avtalereguleringene med hensyn til overdragelse og utnyttelse av løfterettigheter ikke kunne vært inngått av andre enn lisenshavere på Trollfeltet. Avtalene om overføring av løfterettighetene til Shell ble videre muliggjort som følge av Shells rettigheter som lisenshaver. Avtalene kunne ikke karakteriseres som tradingvirksomhet, da inntektene hadde en så sterk tilknytning til utvinningsvirksomheten at de måtte anses som særskattepliktige.

Retten kom til at fortjenesten var særskattepliktig. Innledningsvis bemerket retten det faktum at Shell i kraft av å være rettighetshaver på norsk sokkel, drev utvinningsvirksomhet, ikke var tilstrekkelig grunnlag

for å hevde at gevinstene skulle anses vunnet ved slik virksomhet. Retten viste i denne sammenheng til Siraco-dommen¹⁰⁵ og de krav om tilknytning og sammenheng som der ble oppstilt. At det forelå en økonomisk sammenheng mellom virksomhetstypene og at disse var underlagt en felles administrasjon, var ikke tilstrekkelig for at tradingaktivitetene skulle kunne anses som en del av utvinningsvirksomheten. Utgangspunktet etter Siraco-dommen er at det må foreligge en *nærmere funksjonell forbindelse* for at aktivitetene skal anses som en integrert del i utvinningsvirksomheten.

Retten la til grunn at integrasjonen mellom Shells utvinningsvirksomhet og tradingaktivitetene var av avgjørende betydning for vurderingen av særskatteplikten. Retten poengterte at utgangspunktet ved trading med gass er at slik aktivitet *ikke* skal anses som en del av utvinningsvirksomheten fordi dette også kan utføres av andre enn utvinningselskaper og lisenshavere på norsk sokkel. I tillegg er dette aktiviteter som, i utgangspunktet, kan utøves uavhengig av lisenshavernes uttak og salg av egne ressurser. Særbeskatningen måtte, etter rettens mening, bero på hvorvidt Shell holdt tradingaktivitetene adskilt fra den øvrige virksomhet, herunder uttak og salg av Shells egne ressurser.

Retten viste deretter til en kjennelse fra Klagenemnda for Petroleums-skatt som gjaldt flere oljeselskapers fortjeneste ved kjøp og videresalg av gass.¹⁰⁶ I denne saken kom Klagenemnda til at det forelå en tilstrekkelig grad av faktisk og kommersiell integrasjon med utvinningsvirksomheten til at det var særskatteplikt på fortjenesten. Denne kjennelsen kommenteres i punkt 7.4.1.2 nedenfor.

Deretter gikk retten over til den konkrete subsumsjon. Shell hadde kjøpt og videresolgt fremmed gass, det vil si gass som ikke stammet fra Shells egen gassproduksjon. I denne forbindelse viste retten til Ballastvann-saken¹⁰⁷, hvor Klagenemnda påpekte at det ikke var en nødvendig forutsetning for særskattepliktige gevinster at disse skriver seg fra petroleum utvunnet på norsk kontinentalsokkel. Det oppstilles imidlertid

¹⁰⁵ Rt. 1963 s. 478.

¹⁰⁶ Inn tatt i PSK-19900219-A.

¹⁰⁷ PSK-19810617-A.

et krav om en sterkere tilknytning til utvinningsvirksomheten i slike tilfeller.

Retten vektla at innholdet i avtalene Shell hadde inngått med Statoil var så særegne at slike avtalereguleringer ikke kunne vært foretatt av andre enn lisenshavere på Trollfeltet. Etter rettens mening kunne ikke Shell ha utøvd den aktuelle virksomhet uavhengig av utvinningsvirksomheten som sådan. Retten poengterte at denne type aktiviteter, herunder de særegne kontrakter som ble inngått, stod i en særstilling fordi de vanskelig kunne vært gjennomført om Shell ikke hadde vært lisenshaver på sokkelen. Et poeng var at de foreliggende avtaler skilte seg ut fra det som vanligvis betegnes som tradingvirksomhet. Dette ble understreket med det faktum at Shell ikke involverte seg i tradingvirksomhet ut over de foreliggende avtalene med Statoil. Gassen som var gjenstand for kontraktene med Statoil ble løftet og transportert på samme måte som den øvrige gass Shell løfter og transporterer fra Trollfeltet. Shell benyttet seg av de samme feltinstallasjoner, rørledningsnett og driftsapparat som ble benyttet i Shells ordinære utvinningsvirksomhet. Gassvolumene som ble løftet ble heller ikke adskilt fra Shells egenproduksjon, og dette talte for at det forelå en sterkere tilknytning til Shells egen utvinningsvirksomhet enn ved ordinær tradingvirksomhet.

Basert på de gjengitte momenter kom retten til at det forelå en *så sterk faktisk tilknytning* mellom Shells posisjon som lisenshaver på Trollfeltet, og fortjenesten Shell oppnådde som følge av avtalene med Statoil, at fortjenesten måtte anses som særskattepliktig.

Dommen er anket av Shell.

7.4.1.2 ”Gas-trading”-kjennelsen.

Den neste kjennelsen vedrørende tradingvirksomhet er inntatt i PSK-19900219-A(”Gas-trading”-kjennelsen). Her var saksforholdet at en gruppe av selskaper hadde inngått komplekse og langsiktige salgsavtaler med varierende klausuler om kjøp og videresalg av gass. I henhold til avtalene skulle selskapene overta gassen på et leveringssted på sokkelen, deretter besørge for transport og behandling av gassen frem til levering i utlandet. Spørsmålet for Klagenemnda var om selskapsgruppes fortjeneste fra kjøp

av tørrgass og videresalg til markedet var særskattepliktig.

Selskapene anførte at tørrgass-salget var en ordinær tradingvirksomhet som ikke omfattes av begrepet ”utvinnings og rørledningstransport” i petroleumsskatteloven § 5. Aktiviteten som ble utført på sokkelen i forbindelse med tørrgassen utgjorde kun en overtakelse av de aktuelle kvanta gass. Selskapene viste videre til at petroleumsskatteloven måtte tolkes snevert og at pålegg om særskatt forutsetter en klar hjemmel. Med andre ord argumenterte de med at det må utvises varsomhet med analogisk eller utvidende fortolkning av petroleumsskatteloven § 5. Selskapene hevdet at det ikke forelå noen nær sammenheng mellom selskapenes posisjon som produsenter på sokkelen og tørrgass-salget. Hovedmotivet ved selskapets kjøp og videresalg av gass var å oppnå en særlig fortjeneste på disse transaksjonene.

Oljeskattekontoret anførte at det avgjørende spørsmål var hvorvidt aktivitetene med kjøp og videresalg av gass i faktisk og økonomisk henseende var integrert i utvinningsvirksomheten. Kontoret vektla formålsbetraktninger og at særskatten ikke måtte strekkes utover det formålet reglene gir dekning for. Samtidig måtte dette hensynet veies opp mot sammenheng og konsekvens i regelverket. Kontoret fremholdt at tradingvirksomheten og inntektene fra denne kun var mulig fordi selskapsgruppen hadde ledig kapasitet på sine gassalgskontrakter. Kontraktene var inngått med henblikk på selskapenes egne aktiviteter som petroleumsprodusenter på feltet. Videre fremhevet kontoret at den foreliggende sak hadde likhetstrekk med Ballastvann-saken,¹⁰⁸ hvor klagenemnda la vekt på den nære innholdsmessige tilknytningen transporten hadde til utvinningsvirksomheten i samme område. Kontoret anførte at et tilsvarende integrasjonspreg forelå i den foreliggende sak og at salget av tørrgass av denne grunn ikke kunne betegnes som en selvstendig virksomhet. Den nære tilknytningen til sokkelaktivitetene tilsa at fortjenesten måtte anses som innvunnet ved utvinningsvirksomhet.

Klagenemndas flertall kom til at fortjenesten ved videresalget av gass var særskattepliktig. Klagenemndas mindretall var uenig med hensyn til begrunnelsen, men enig med resultatet. Klagenemnda viste til Finans-

¹⁰⁸ PSK-19810617-A

departementets foredrag til petroleumsskatteforskriftene, som angir at særskatt kun skal gjelde ”den egentlige utvinningsvirksomhet og rørdningstransport”. Tilknyttet virksomhet som ”normalt også utføres av andre enn oljeutvinnere og til dels i konkurranse med disse” skulle, etter departementets syn, skattlegges etter de alminnelige regler. Deretter viste Klagenemnda til Ballastvann-saken¹⁰⁹ der inntekten ble særskattepliktig som følge av den nære innholdsmessige tilknytning aktivitetene hadde til utvinningsvirksomheten.

Klagenemnda var enig med selskapene i at utgangspunktet måtte være at ordinær tradingvirksomhet ikke uten videre kunne anses som særskattepliktig virksomhet. Klagenemnda var på den annen side av den oppfatning at selskapenes posisjon som utvinningsselskap på feltet var en forutsetning for å kunne overta gassen på de angitte leveringssteder. Et tilsvarende kjøp og videresalg av gass ville ikke hatt noen praktisk aktualitet dersom selskapene ikke hadde vært i denne posisjonen. Det faktum at gassen kunne ha blitt brukt til injisering i feltet talte for at det forelå en sterk faktisk tilknytning til selskapenes egen virksomhet som gassprodusenter. Hadde selskapet i stedet injisert den kjøpte gass og solgt sin egenproduserte gass ville særskatteplikten vært utvilsom. Videre var selve gassalget gjennom de samme gassalgsavtalene integrert i selskapenes salg av sin egenproduserte gass. Klagenemnda poengterte at salget av fremmed gass fremstod som et alternativ til salg av egenprodusert gass som i sin helhet ville vært særskattepliktig. Hensynet til konsekvens og harmoni i regelverket tilsa av denne grunn at fortjenesten ved videresalget også måtte omfattes av særskattereglene.

Som følge av den faktiske og kommersielle integrasjonen mellom tradingaktivitetene og utvinningsvirksomheten kom Klagenemndas flertall til at fortjenesten måtte anses som inntekt av utvinningsvirksomhet, og dermed særskattepliktig. Konklusjonen var et resultat av en sammensatt vurdering der flere tilknytningspunkter samlet sett tilsa et slikt resultat. Klagenemnda vektla blant annet tilknytningen til produksjonsanlegget der selskapet behandlet sin egenproduserte gass og tilknytningen til de langsiktige gassalgsavtalene som ble benyttet til salg av

¹⁰⁹ PSK-19810617-A

egenprodusert gass.

7.4.2 ”Handling-fee”- kjennelsen.¹¹⁰

Den siste avgjørelsen jeg skal redegjøre for omhandlet den skattemessige behandlingen av en såkalt handling-fee et selskap hadde mottatt for sin håndtering, behandling og kjøp av tredjepartsolje. For å få et tilstrekkelig klart bilde av denne sakens faktum er det nødvendig å gi en kort redegjørelse for normprissystemet i petroleumsskatteloven. Se for øvrig kapittel 2. Det følger av petroleumsskatteloven § 3 første ledd bokstav a og § 1 første ledd bokstav a at ved ansettelse av formue og inntekt av utvinning, behandling og transport i rørledning av petroleum, kan brutto inntekt beregnes etter normpris når slik er fastsatt. Normprisen er en administrativ fastsatt pris for råolje.

Reglene for hvordan normprisen skal fastsettes fremgår av petroleumsskatteloven § 4. Normpris skal tilsvare de priser som kunne vært oppnådd ved salg mellom uavhengige parter i et fritt marked.¹¹¹ Priser som avviker fra normpris legges derfor ikke til grunn ved ligningen. Dermed kan selskapene risikere å skattlegges for en høyere eller lavere inntekt enn den de faktisk har innvunnet. Normprispunktet er et prisreferansepunkt, det geografiske punkt i verdi- og produksjonsskjeden for verdsettelsen av petroleum.¹¹² Verdistingningen på petroleum frem til normprispunktet anses som en del av utvinningsvirksomheten. Utgifter pådratt etter at petroleum har passert normprispunktet anses normalt som pådratt i annen virksomhet.¹¹³

”Handling-fee”- saken er en klagekjennelse som er illustrerende for spørsmålet om særskatteplikt på inntekter ved håndtering av tredjepartsolje i tradingvirksomhet. Gjenstand for vurderingen var et særskilt avtalt håndteringsvederlag eller en såkalt handling fee et utvinnings-

¹¹⁰ Kjennelse 25. november 2002 inntatt i Oljeskattekontorets gjengivelse i ”Kjennelser avsagt i 2002 fra Klagenemnda for oljeskatt.” s. 83. Se også Fløystad: Ligningsbehandlingen 1998, pkt. 3.1.5.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 26 (1974-75) s. 16.

¹¹² Syversen, 1991, s. 252.

¹¹³ Forskrift 17. desember 1976 nr 7 om bruk av normpris ved ligningsbehandlingen (Undersjøiske petroleumforekomster m.v.)

skap (heretter selskapet) hadde mottatt for dets håndtering, løfting og kjøp av tredjepartsolje. Selskapet hadde inngått flere avtaler om kjøp av selgerselskapenes andel av utvunnet og behandlet råolje fra flere felt. Prisen som ble avtalt utgjorde normpris med et fradrag, en rabatt, per fat. Dette fradraget var gjenstand for den foreliggende tvist og som selskapet førte til beskatning til land. Kostnadene selskapet pådro seg i tilknytning til kjøpet ble imidlertid ført til fradrag i sokkelinntekten.

Selskapet hevdet at rabatten var skattepliktig til land. Det ble anført at denne kun utgjorde et priselement i salgsavtalene og var ment å skulle kompensere for den kredittrisiko selskapet påtok seg ved håndteringen og kjøpet av tredjepartsoljen. Videre anførte selskapet at dets tradingvirksomhet og dets håndtering av tredjepartsoljen var av et så stort omfang at den måtte betegnes som en selvstendig virksomhet. Denne måtte derfor holdes adskilt fra utvinningsvirksomheten og dermed skattepliktig til land. Rabatten utgjorde kun et element i selskapets fortjeneste eller tap i landskattepliktig virksomhet.

Oljeskattekontoret poengterte at selskapet hadde brukt et salgssapparat ved sin tradingsvirksomhet som var etablert for omsetning av egenprodusert olje. Håndteringen av tredjepartsoljen var dermed sammenblandet med håndteringen av egenprodusert olje. Oljeskattekontoret hevdet at aktiviteten kun var av en aksessorisk karakter og kunne derfor ikke betegnes som en selvstendig virksomhet i skatterettslig forstand og skulle legges særskatt.

Klagenemnda kom til at inntekten, i form av en rabatt (handling-fee), ikke var særskattepliktig. Klagenemnda viste her til en klagekjennelse¹¹⁴ avsagt 16. september 2002 med liknende faktum, som gjaldt fradragsrett for selger for en tilsvarende handling-fee. Den skattemessige behandlingen av selskapets salgskostnad berodde på om denne var ment å dekke kjøperens reelle utgifter før normprispunktet. Dersom salgskostnaden ble å tidfeste etter normprispunktet ville det ikke gis fradrag for denne i sokkelinntekten. Dette medfører at dersom salgskostnaden kun var å

¹¹⁴ Kjennelse 16. september 2002 inntatt i Oljeskattekontorets gjengivelse "Kjennelser avsagt i 2002 fra Klagenemnda for oljeskatt." s. 72. Se også Fløystad: Ligningsbehandlingen 1998.

anse som en rabatt kunne den ikke gi rett til fradrag i sokkelinntekten. Selskapet ble i kjennelsen ikke innrømmet fradrag for avtalt handling-fee i sin sokkelinntekt, denne ble å henføre til fradrag i landinntekt. Resultatet ble opprettholdt av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1729 (TOTAL). Jeg har kommentert denne dommen nedenfor.

På bakgrunn av utfallet i kjennelsen om selgers fradragsrett understreket Klagenemnda hensynet til symmetri i beskatningen, og at kostnader og inntekter knyttet til samme aktivitet bør være henholdsvis fradragsberettiget og skattepliktige i det samme skatteregime. Vurderingen av fradragsrett for selger og skatteplikt for kjøper må derfor være den samme. Hvorvidt handling-fee skulle tilordnes sokkel eller land måtte bero på hvilken funksjon den i realiteten hadde i avtalen mellom kjøper og selger.

Handling-fee ble betraktet som en kompensasjon for den risiko selskapet hadde påtatt seg ved kjøp av tredjepartsoljen; den ble ansett som en slags rabatt. En slik kompensasjon vil beskattes som en redusert varekostnad for selskapet. Klagenemnda var enig med selskapet i at dets tradingvirksomhet ikke var av aksessorisk karakter sammenliknet med dets sokkelvirksomhet. Av denne grunn måtte aktiviteten, altså håndtering av tredjepartsolje, betraktes som del av en ordinær tradingvirksomhet og dermed skattepliktig til land.

En annen side ved denne saken var kjøpers behandling av vederlaget. Kjøperen som var TOTAL E&P Norge (TOTAL) la i sin ligning til grunn at kostnadene var fradragsberettiget som et vederlag for tjenester knyttet til løfting av oljen. Saken ble behandlet i Høyesterett¹¹⁵ som kom til at TOTAL *ikke* hadde rett til fradrag for vederlaget i særskattepliktig inntekt.

7.4.3 Oppsummering og vurdering av Shell-dommen, ”Gass-trading”- kjennelsen og ”Handling-fee”- kjennelsen.

Ordinær tradingvirksomhet vil isolert sett utgjøre en form for virksomhet som kan utføres av andre enn utvinningselskaper, og i konkurranse

¹¹⁵ Rt. 2007 s. 1729 (TOTAL).

med disse. Gjenstand for trading er petroleum som kjøpes og deretter selges videre i markedet, den er ikke egenprodusert. Av denne grunn er det, både i ligningspraksis¹¹⁶ og teori, lagt til grunn at tradingvirksomhet der selskapene kjøper og selger fremmed petroleum ikke er særskattepliktig virksomhet.¹¹⁷ Ordinær tradingvirksomhet av et visst omfang betegnes derfor som separat virksomhetsutøvelse, også selv om selskapene selger egenprodusert petroleum. Trading med innkjøpt petroleum kan imidlertid ha en viss tilknytning til salg av egenprodusert petroleum. Når det foreligger en slik tilknytning beror det på en konkret vurdering hvorvidt fortjeneste fra tradingvirksomheten også skal bli særskattepliktig. Jeg vil nå gjennomgå de momenter som har vært utslagsgivende i de tre avgjørelsene ovenfor.

Selskapets posisjon som produsent av egen gass kan gi selskapet en høyere fortjeneste på trading med innkjøpt gass. Denne form for tilknytning ble utslagsgivende både i ”Gass-trading” kjennelsen¹¹⁸ og i Shell-dommen¹¹⁹. I ”Gass-trading”-kjennelsen var selskapsgruppens posisjon på feltet en forutsetning for overtakelse av gassen. Kommersielt sett forelå en nær tilknytning mellom selskapenes gassalgsavtaler vedrørende egenprodusert gass og innkjøpt gass. Disse tilknytningspunktene sett under ett tilsa at også fortjenesten på trading med innkjøpt gass ble særskattepliktig. I Shell-dommen ble Shells posisjon som rettighetshaver, med de løfterettigheter til gass som selskapet hadde, ansett å muliggjøre det særegne innholdet i avtalene med Statoil. Retten konkluderte med at identiske avtaler, vedrørende overdragelse av ALE og DCE, ikke kunne vært inngått av andre enn rettighetshavere på Trollfeltet. Selve avtalereguleringens innhold hadde sitt grunnlag i den posisjon Shell hadde i kraft av å drive utvinningsvirksomhet. Dermed ble inntektene, som et resultat av avtalene med Statoil, særskattepliktige.

Et annet moment som har vært av betydning for utfallet av kjennelsene er *omfanget av tradingaktivitetene*. Graden av integrasjon mellom sel-

¹¹⁶ Se PSK-19900219-A, s. 19.

¹¹⁷ Fløystad, 2010, note 73.

¹¹⁸ PSK-19900219-A, s. 19.

¹¹⁹ Dom av 11-194765TVI-STAV, s. 10 og 11.

skapenes egen utvinningsvirksomhet og tradingaktivitetene vil være sterkere der sistnevnte er av en rent *aksessorisk karakter*.¹²⁰ I mange tilfeller selger også selskapene sin egenproduserte petroleum og fremmed petroleum fra et felles salgsapparat. Man kan derfor reise spørsmål om selskapenes motivasjon er å oppnå fortjeneste på selve tradingvirksomheten som sådan, eller om motivasjonen bygger på et ønske om å fremme egen utvinningsvirksomhet. Dersom det sistnevnte er tilfelle, taler dette for at fortjenesten fra tradingvirksomheten også vil være særskattepliktig.¹²¹ I Shell-dommen ble fortjenesten fra handel med gass tilordnet sokkelinntekten som følge av at Shells posisjon som rettighetshaver muliggjorde de særegne kontraktsreguleringene om overføring av løfterettheter. Shells tradingvirksomhet ble betegnet som aksessorisk sammenliknet med Shells egen virksomhet som gassprodusent og dermed særskattepliktig.

I ”Handling-fee”-kjennelsen ble den såkalte ”rabatten” ansett som en konsekvens av selskapets tradingvirksomhet og dermed skattepliktig til land. Selskapets posisjon som operatør og rettighetshaver på feltet muliggjorde i stor grad de aktuelle transaksjoner. Klagenemda vektla imidlertid at tradingvirksomheten var av et så stort omfang at denne måtte klassifiseres som en separat virksomhet og ikke som aksessorisk. I ”Handling-fee”-kjennelsen mente Klagenemnda at selskapets tradingvirksomhet var av et ”så vidt stort omfang” at denne måtte behandles separat i et skattemessig henseende. Omfanget av selskapets tradingsvirksomhet ble utslagsgivende for resultatet, i tillegg til at reglene om normpris ble tolket dit hen at en handling-fee var å anse som en rabatt. I Shell-dommen kan man på samme måte hevde at det forelå en omfattende tradingvirksomhet fra Shell sin side. Det var på det rene at gassvolumene som ble kjøpt inn på NBP var meget store. Her ble Shells posisjon som rettighetshaver i stedet avgjørende for utfallet. Retten poengterte at tilknytningen mellom Shells posisjon som rettighetshaver og avtalepart i kontraktene var sterkere enn i tilknytningsforholdet i ”Handling-fee”-kjennelsen. Det er verdt å bemerke at hensynet til konsekvens og harmoni i petroleums-

¹²⁰ Se Klagenemdas premisser i Handling-fee kjennelsen.

¹²¹ Syversen, 1991, s. 336.

skatteloven og den omkringliggende praksis, kunne tilsi at disse to sakene burde vært vurdert likt.

Hensynet til *konsekvens og harmoni i regelverket* kan begrunne særskatteplikt på inntekter fra tradingaktiviteter når disse forestås av selskaper som også utvinner og selger egen petroleum. Det kan ofte være nærliggende å anta at aktiviteter med kjøp og videresalg av petroleum i realiteten er nært knyttet til salg av egenprodusert petroleum. I ”Gas-trading”-kjennelsen ble disse hensynene utslagsgivende da disse tilsa at fortjenesten på videresalget av gass, uansett om den var egenprodusert eller innkjøpt, skulle underlegges samme skattemessige behandling.¹²²

Et annet moment som ble fremhevet av Klagenemnda var at graden av *integrasjon mellom tradingaktivitetene, kontraktsreguleringene og egen produksjon av petroleum* kunne tilsi at også inntekter fra trading blir særskattepliktig. Særlig ”Gass-trading”-kjennelsen illustrerer dette.¹²³ I den saken la Klagenemnda vekt på at salget av innkjøpt og egenprodusert gass fremstod som to likeverdige alternativer for selskapet. Hadde selskapet solgt sin egenproduserte gass ville fortjenesten utvilsomt blitt særskattepliktig. Som følge av innsynkning i feltet hadde selskapet måttet injisere egenprodusert gass i reservoaret. Av denne grunn måtte selskapet kjøpe fremmed gass for å kunne oppfylle de gassalgsavtaler det tidligere hadde inngått. Dersom selskapets behov for injisering av egen gass i reservoaret *ikke* hadde vært like prekært ville et sentralt tilknytningspunkt falt bort, og antagelig det tilsvarende grunnlaget for å ilegge særskatt.¹²⁴ Alternativet med injeksjon av fremmed gass ville heller ikke vært aktuelt i et slikt tilfelle.

¹²² PSK-19900219-A, s. 19

¹²³ PSK-19900219-A, s. 19.

¹²⁴ Syversen, 1991, dette forholdet problematiseres på s. 355.

8 Oppsummering

I denne oppgaven har jeg redegjort for avgrensingen av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5.

8.1 Dagens rettsstilstand.

Ordlyden i petroleumsskatteloven § 5 og lovens forarbeider gir lite veiledning ved den konkrete lovtolkningen. De autoritative rettskildene stadfester kun utgangspunktet for den videre vurdering: de inntekter og utgifter som skriver seg fra behandling, utvinning og rørledningstransport av petroleum er underlagt særskatteplikten i petroleumsskatteloven § 5. Det er *virksomhetsbegrepet* i petroleumsskatteloven § 5 som bestemmer hva som skal omfattes, både når det gjelder direkte og indirekte inntektserverv.¹²⁵

Av forarbeidene¹²⁶ fremgår hvilke hensyn som bør vektlegges ved lovtolkningen og at disse vil være avgjørende for hvorvidt en inntekts- eller utgiftspost *bør* være særskattepliktig. Hensynet til at staten skal få sin andel av petroleumssressursene er viktig. Utvinning av petroleum gir en ressursrente (meravkastning) som bør tilfalle staten som eier av petroleumssressursene. Det er den *ekstraordinære* fortjenesten som skriver seg fra slik ressursutnyttelse som særskatten er ment å fange opp. Ressursrentebetraktninger nødvendiggjør at virksomhetsbegrepet innsnevres og begrepet må tolkes på bakgrunn av dette. Hensynene vil først og fremst tillegges vekt der en inntekt- eller utgiftspost ikke skriver seg fra kjernevirksomheten i snever forstand.

Petroleumsskattelovens plassering som en særlov opp mot den alminnelige skattelovgivning bidrar også til at man kan karakterisere rettsstilstanden som uklar. De synspunkter som kan utledes av skatteloven vil tidvis kunne brukes som rettesnor for tolkningen av petroleumsskatteloven med justering for petroleumsskatterettens særegenheter. Det kan

¹²⁵ Torstein Fløystad: Ligningsbehandlingene for utvinnings- og rørledningsselskap for inntektsårene 1989-1993, s. 244.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 26 (1974-75)

ikke besvares generelt om de hensynene som ligger til grunn for petroleumsskatteloven tilsier en fravikelse av alminnelige skatterettslige synspunkter. Hensynene som petroleumsskatteloven er ment å skulle ivareta skaper således et spenningsfelt mot den alminnelige skatterett¹²⁷, især når det gjelder tolkningen av virksomhetsbegrepet. Dersom en inntektsgenererende aktivitet ikke er forankret i de ekstraordinære fortjenestemulighetene som utvinning av petroleum muliggjør vil inntekten, som utgangspunkt, ikke kunne særskattelegges. Aktiviteten som inntekten skriver seg fra omfattes likevel av det alminnelige virksomhetsbegrep i skatteloven.

Avgrensningen av virksomhetsbegrepet i petroleumsskatteloven § 5 har vært gjenstand for en utførlig behandling i en rekke klageavgjørelser fra Klagenemnda for Petroleumsskatt, samt noe behandling i domstolene. Av praksis kan man se at det har etablert seg en konsensus omkring begrepets kjerneområde, det råder imidlertid fortsatt uenighet omkring de ytterliggående avgrensninger.

I kjølvannet av Ballastvann-saken er det nå tydelig at det har etablert seg en praksis hos Klagenemnda for Petroleumsskatt med hensyn til vurderingen av virksomhetsbegrepet og særskatteplikt. Et gjentakende poeng er at det i alle tilfelle må foretas en *konkret vurdering* når utvinningselskaper har en inntekt eller utgift som ikke direkte skriver seg fra utvinnings- eller rørledningsvirksomhet. Selve vurderingen beror på om inntekten eller utgiften har en *tilstrekkelig nær tilknytning* til slik virksomhet at petroleumsskattelovens regler om særskatt kommer til anvendelse. Det rådende synspunkt som har vært gjentatt i flere saker ble fastslått av Klagenemnda i Ballastvann-saken: "(...) det må *vurderes konkret* i lys av de *nevnte hensyn* nemnda her har trukket frem, om en inntekt som *ikke direkte* skriver seg fra utvinnings eller rørledningstransport i snevrere forstand, har *slik tilknytning* til disse virksomhetsarter at særreglene om dem i petroleumsskatteloven får anvendelse."¹²⁸ (min kursivering)

Hvorvidt en inntekt (eller utgift) har en *slik tilknytning* til virksomheten beror på en konkret og til dels skjønsmessig vurdering av ulike

¹²⁷ Syversen, 1991, s. 433.

¹²⁸ PSK-19810617-A s. 14.

momenter som samlet eller isolert kan begrunne at det foreligger en sammenheng. Man ser at de momenter som har blitt vektlagt i praksis har vært avhengig av inntektens (eller utgiftens) karakter, opphav og av den øvrige kontekst. Integrasjonskriterier av ulik art har vært utslagsgivende i flertallet av klagesakene.

8.2 Et snevert virksomhetsbegrep?

Klagenemnda for Petroleumsskatt har, med støtte i forarbeidene, lagt til grunn at petroleumsskattelovens virksomhetsbegrep må tolkes snevert sammenliknet med skattelovens virksomhetsbegrep. Hvorvidt etterfølgende klagenemndspraksis har vært entydig og konsekvent på dette punkt er noe uklart. Det kan utledes av flere klagekjennelser at denne oppfatningen av virksomhetsbegrepet ikke alltid har vært avgjørende for resultatet. Dette til tross for at Klagenemnda gjennomgående poengterer at det skal utvises forsiktighet med å gi petroleumsskatteloven § 5 et videre anvendelsesområde enn det som var forutsetningen til lovgiver.¹²⁹ Det klare standpunkt som Klagenemnda anla i Ballastvann-saken utgjør en milepæl i denne sammenheng.¹³⁰

Det foreligger en rekke avgjørelser i praksis som har ledet til resultater som objektivt sett fraviker de overordnede forestillinger om omfanget av petroleumsskattelovens virksomhetsbegrep. Avgjørelsene reiser klar tvil om det sikre utgangspunktet om et snevert virksomhetsbegrep i realiteten har hatt noen gjennomslagskraft. Som oftest har skatteplikt blitt begrunnet med ulike former for tilknytning mellom inntektens eller utgiftens opphav og utvinningsvirksomheten. I praksis finner man eksempler på tilknytning begrunnet både i de alminnelige skatterettslige kriterier og tilknytning begrunnet i de mer særegne kriterier som gjør seg gjeldende i petroleumsskatteretten.

De momenter som i mange tilfelle har resultert i en utvidende tolkning av virksomhetsbegrepet kan oppsummeres slik: organisasjonsmessig og økonomisk sammenheng, symmetri mellom inntekter og utgifter,

¹²⁹ Se blant annet PSK-19810617, s. 14 og PSK-19900219-A s. 18.

¹³⁰ PSK-19810617-A s. 14.

hensynet til konsekvens og sammenheng i regelverket, formåls- og årsaksbetraktninger, tilknytning gjennom ulike kontraktsreguleringer, selskapenes posisjon som utvinningselskap og aktivitetens faktiske omfang. Slike momenter har, enten isolert eller samlet sett, medført at inntekter som ikke skriver seg fra kjerneaktivitetene eller den ”egentlige utvinningsvirksomhet” likevel har blitt særskattepliktige.

Legalitetsbetraktninger og formålsbetraktninger begrunnet i første omgang det snevre virksomhetsbegrepet som et utgangspunkt for grensedragningen mellom utvinningsvirksomhet og annen ikke særskattepliktig virksomhet. Når man evaluerer den foreliggende klagenemndspraksis og rettspraksis ser man imidlertid at grensedragningen i stor grad har vært underlagt en bedømmelse basert på allmenngyldige betraktninger snarere enn en streng ordlydsfortolkning. Samtidig kan det konstateres at ressursrentehensynet tillegges mindre vekt enn det som var forutsatt av lovgiver. Den gjeldende tolkning av petroleumsskatteloven § 5 og tilhørende praksis synes i dag å etterlate lite rom for et snevert virksomhetsbegrep.

Litteraturliste

Lov

Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v. av 13. juni 1975 nr. 35.

Lov om petroleumsvirksomhet av 29. november 1996 nr. 72

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 26 (1974-75) Om lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v.

Innst. O. nr. 60 (1974-75) Innstilling fra finanskomiteen om lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v.

Ot. prp. nr 37 (1979-1980) Om lov om endring i lov 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v.

Ot.prp. nr. 78 (1981-1982) Om lov 11. juni 1982 nr. 41.

Ot.prp. nr. 34 (1990-91) og Innst. O. nr. 41 (1990-91) Om lov 24. mai 1991 nr. 19.

Ot.prp. nr. 12 (1991-92) Om lov om endring i lov av 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v.

Etterarbeider

NOU 2000: 18, ”Skattlegging av petroleumsvirksomhet”, Petroleumsskatteutvalget.

Skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v. Foreløpig utredning fra Petroleumsinntektsutvalget, 1975.

Finansdepartementets foredrag til petroleumskatteforskriften, FIN foredrag til Kgl.res. 11.mars 1976, s. 459.

Forskrifter

Forskrift om fastsetting av normpriser av 25. juni 1976 nr. 5.

Forskrift om bruk av normpris ved ligningsbehandlingen
(Undersjøiske petroleumforekomster m.v.) 17. desember 1976 nr 7.

Forskrift om skattlegging av inntekt vunnet ved utvinning og rørledningstransport av petroleum av 30. april 1993 nr 316.

Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2013 (Stortingets skattevedtak) Forskrift 27. november 2012 nr. 1211.

Lovkommentarer

Fløystad, Torstein. *Kommentar til lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v.* Gyldendal Rettsdata.

Rettspraksis og underrettspraksis

Høyesterett

Rt. 1935 s. 240

Rt. 1963 s. 478

Rt. 1998 s. 1537

Rt. 2002 s. 718

Rt. 2003 s.1324

Rt. 2007 s. 1921

Rt. 2007 s. 1729

Rt. 2011 s. 999

Underrettsavgjørelser

11-194765TVI-STAV, Shell.

Ligningspraksis:

Fløystad, Torstein: *Ligningsbehandlingene for utvinnings- og rørledningselskap for inntektsårene 1989 – 1993.*

Fløystad, Torstein: *Ligningsbehandlingen for utvinnings- og rørledningselskap for inntektsåret 1997.*

Fløystad, Torstein: *Ligningsbehandlingen for utvinnings- og rørledningselskap for inntektsåret 1998.*

http://www.ors.no/wp-content/uploads/downloads/2013/01/161_Ligningskvelden_2012.pdf

http://www.ors.no/downloads/publikasjoner/Kjennelser_2002_publicert.pdf

http://www.ors.no/downloads/foredrag/110_Saerskatt_samlet_ORS.pdf

http://www.ors.no/downloads/foredrag/127_Ligningskvelden_2009.pdf

Klagenemndspraksis

Klagenemnda for Petroleumsskatt, kjennelser:

PSK-19810617-A

PSK-19890619-A

PSK-19901008-A

PSK-19900219-A

PSK-19940822-A

Kjennelse, 21.01.2002, gjengitt i

http://www.ors.no/downloads/publikasjoner/Kjennelser_2002_publicert.pdf, s. 6.

Kjennelse, 16.09.2002, gjengitt i http://www.ors.no/downloads/publikasjoner/Kjennelser_2002_publicert.pdf, s. 72.

Kjennelse, 25.11.2002, gjengitt i http://www.ors.no/downloads/publikasjoner/Kjennelser_2002_publicert.pdf, s. 83.

Juridisk litteratur

- Aarbakke (1967) Aarbakke, Magnus. *”Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett.”* Institutt for folkerett og statsrett. Avhandling (dr.juris), Universitetet i Oslo 1967.
- Syversen (1991) Syversen, Jan. *”Skatt på petroleumsutvinning - petroleumsskatterettslige emner”*. Sjørettsfondet, Oslo 1991.
- Andenæs (1997) Andenæs, Mads Henry. *”Rettskildelære”*, Oslo, 1997.
- Zimmer (2009) Zimmer, Frederik. *”Lærebok i skatterett”* Universitetsforlaget, 6. utgave, 2009.
- Zimmer (2010) Zimmer, Frederik. *”Bedrift, selskap og skatt, skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere”*. I samarbeid med BAHR. Universitetsforlaget, 5. utgave, 2010.
- Jansen/Bjerke (2011) Jansen, Jan B. og Bjerke, Joachim M. *”Norwegian Petroleum Taxation – An Introduction”*. MarIus, nr.404, 2011.

Nettsteder

<http://www.skatteetaten.no/no/radgiver/rettskilder/handboker/lignings-abc/>

<http://www.gassco.no/>

http://www.skatteetaten.no/upload/PDFer/Petroleumssektoren_og_-_skatten_i_tall_og_trender_2012.pdf?epslanguage=nb-NO

<http://www.norskoljeoggass.no/no/Faktasider/Verdiskapning1/>

Publications from Sjørettsfondet

The foundation supports research within maritime law, transportation law, petroleum law, energy law and other related juridical subjects. In the periodical *Marlus*, specialists associated with the academic community, professionals and students publish selected works. *Marlus* also includes *SIMPLY*, the Scandinavian Institute's Maritime and Petroleum Law Yearbook. See the complete archive at www.jus.uio.no/nifs/

Marlus – latest editions in English

- | | | |
|-----|---|---|
| 414 | <i>SIMPLY</i> 2011 | Contributors: Philip Linné, Stig André Kolstad, Knut Kaasen, Trine-Lise Wilhelmsen, David D D Syvertsen. 2012. 197 p. |
| 418 | Flexibility and risk allocation in long term contracts – an international perspective | Contributors: Jonas Rosengren, Trond Solvang, Giovanni Iudica, Giuditta Cordero-Moss. 2013. 140 p. |
| 419 | <i>SIMPLY</i> 2012 | Contributors: Trond Solvang, Thor Falkanger, Knut Kaasen, Trine-Lise Wilhelmsen. 2013. 114 p. |
| 420 | Sundry master theses in maritime law | Contributors: Monika Midteng, Erik Tuvey, Laura Borz, Zhihe Ji, Randmil Kranda, Synne Hathway. 2013. 392 p. |
| 424 | The VII ECMLR – Contracts in shipping: flexibility, foreseeability, reasonableness | Contributors: Francesca Pellegrino, Philippe Delebecque, Trine-Lise Wilhelmsen, Francesco Berlingieri, Yvonne Baatz, Andrew Tettenborn, Kathleen S Goddard, Trond Solvang, D Rhidian Thomas, Anastasiya Kozubovskaya-Pellé, Talal Aladwani, Donato Di Bona, Simone Lamont-Black, José Manuel Martín Osante, Olena Bokareva, Maria Piera Rizzo, Mišo Mudrić, Peter Ivar Sandell, Julia Constantino Chagas Lessa, Olga Fotinopoulou Basurko. 2013. 574 p. |

Distribution

Literature published by Sjørettsfondet - the Maritime Law Foundation - can be ordered online through the bookstore Bokbyen, where you will also find the prices.

How to order: At Bokbyen - The Norwegian Book Town - you can order through the web shop <http://bokbyen.no/en/shop/>, by e-mail to kontakt@bokbyen.no or phone (+47) 57 69 22 10.

A full overview of Sjørettsfondet's publications is found at the web-pages of the Scandinavian Institute of Maritime Law: www.jus.uio.no/nifs/

Marlus – new subscription system

As of the 2010 issues, Sjørettsfondet can offer you subscription with several options:

- A: All single editions
- B: Annual volumes in hard-cover
- C: Maritime law (in Norwegian and English)
- D: Petroleum and energy law (in Norwegian and English)
- E: Editions in English, including SIMPLY (both maritime-, petroleum- and energy law)
- F: SIMPLY

To subscribe, send an e-mail to: kontakt@bokbyen.no. The price of the subscription will vary according to the number of pages per publication and the number of publications per year. An invoice based on these costs are sent to subscribers twice a year. For the twelve editions in 2013 of 2892 pages in total, the retail price was about 5 190 NOK.

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

