

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Artikkelsamling

Det 27. Nordiske sjørettsseminar

«Organisering av rederivirksomhet»

Det 27. Nordiske sjørettsseminar

«Organisering av rederivirksomhet»

Artikkelsamling



Marlus nr. 484
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2017

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: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: 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: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Innholdsoversikt

Forord	4
Opdeling og outsourcing af de enkelte dele i organiseringen af en rederivirksomhed	13
<i>Peter Appel</i>	
Rederiororganisering og ansvar – rettslige utviklingstrekk.....	29
<i>Trond Solvang</i>	
Managementavtaler i rederivirksomhet – en oversikt over noen problemstillinger.....	75
<i>Stephen Knudtzon</i>	
Ansvarssubjektet i søsikkerhetslovgivningen.....	97
<i>Anders Møllmann og Vibe Ulfbeck</i>	
Ansvarsgjennombrudd – kollisjon og samspill mellom erstatningsrettslige og aksjeselskapsrettslige prinsipper	121
<i>Margrethe Buskerud Christoffersen</i>	
Medverkan till kontraktsbrott – allmänna synpunkter	145
<i>Peter Wetterstein</i>	
Knock-for-knock: Hovedprinsipper og unntak.....	165
<i>Camilla Bråfelt, Heidi Fredly og Benedicte Haavik Urrang</i>	
Finansiell restrukturering.....	185
<i>Aage Figenschou</i>	

Forord

Denne utgaven av Marlus inneholder artikkelversjonen av enkelte av foredragene holdt på det 27. Nordiske sjørettsseminar, arrangert av Nordisk institutt for sjørett. Seminaret fant sted 20.–22. april 2017 ombord på Hurtigrutens skip MS Trollfjord på dets ferd langs kysten fra Tromsø til Trondheim, og samlet 110 sjørettsjurister fra alle de nordiske land.

Temaet for seminaret var organisering av rederivirksomhet og omhandlet rettslige ansvarsspørsmål i vid forstand, noe programmet og denne artikkelsamlingen viser. Foredragsholdere var praktikere og akademikere fra de nordiske land.

Trond Solvang

Program

Torsdag 20. april

09.00-09.05	Åpning av seminaret	PROFESSOR TRINE-LISE WILHELMESEN (UiO) LEKTOR, PH.D ANDERS MØLLMANN (Københavns universitet)
-------------	----------------------------	---

1. Utviklingstrekk - oversikt og introduksjon		Professor Knut Kaasen (UiO)
09.05-10.00	En gjennomgang av faktisk bakgrunn, organisatoriske forhold og rettslige utfordringer	ADVOKAT PETER APPEL (Gorrissen Federspiel Kierkegaard) og PROFESSOR TROND SOLVANG (UiO)
2. Organisering og ansvar (1. sesjon)		Professor Guðmundur Sigurðsson (Reykjavíks universitet)
10.00-10.30	2.1.1 Managementavtaler <ul style="list-style-type: none"> • Bruk av ulike management kontrakter i praksis • Bimco standardkontraktene • Nærmere om oppgavene under management kontrakter og partenes ansvar for å oppfylle disse • Godtgjørelse og utgiftsdekning • Ansvar utad - under kontrakter med 3. menn og erstatningsansvar • Regress, skadesløsholdelse og forsikring • Avvikling ved oppsigelse, tap av skipet og mislighold 	ADVOKAT STEPHEN KNUDTZON (Thommessen)

Praktikum (totalt 3 timer)		Professor Trond Solvang (UiO) Advokat Magne Andersen (Nordisk skibsrederforening)
13.15-14.15	Praktikum (1 time)	
14.15-15.15	Vi går i land i Stokmarknes, hvor vi anbefaler en tur til bla. Hurtigrutemuséet.	
15.15-15.30	Kaffepause	
15.30-17.30	Praktikum (2 timer)	
19.30-20.00	Cocktail med kåseri (Knut Kaasen)	
20.30	Middag	

Fredag 21. april

08.00-09.00	Frokost	
2.2 Tredjemanns ansvar og ansvar for tredjemann i andre situasjoner (2. sesjon)		Lektor, Ph.D Anders Møllmann (Københavns universitet)
09.00-10.00	2.2.1 Ansvarsgjennombrudd (og organisatorisk villedningsansvar)	
	Ansvarsgjennombrudd - kollisjon mellom erstatningsrettslige og selskapsrettslige prinsipper	FØRSTEAMANUENSIS MARGRETHE BUSKERUD CHRISTOFFERSEN (UIO)
	<i>Ansvarsgjenombrott – ett svenskt perspektiv</i> Foredraget fokuserer på problemstillingen ansvarsgjennembrud i et svensk perspektiv med inndragelse af nyeste praksis fra Högsta Domstolen.	ADVOKAT TONJE ÖRVING (Mannheimer)

10.00-11.00	<p>2.2.2 Medvirkning til kontraktsbrudd</p> <p><i>Medvirken til kontraktsbrudd – almene betraktninger</i></p> <p>I foredraget gis en presentasjon av frågeställningen, doktrin och rättspraxis från de nordiska länderna förslag till lösningar.</p>	<p>PROFESSOR EM. PETER WETTERSTEIN, FINLAND</p>
	<p><i>Beskyttelse av befraktningsavtaler mot tredjemanns inngripen - krav på naturaloppfyllelse kontra tredjemansansvar</i></p> <p>Hovedregelen i norsk rett er at en kreditor kan få dom for naturaloppfyllelse. For certepartier har likevel sjøloven § 20 blitt ansett som et hinder for å kreve naturaloppfyllelse. Det er grunn til å reise spørsmål om dette utgangspunktet bør gjelde dersom bortfrakter forsettlig misligholder, eller urettmessig terminerer, et certeparti som følge av et bedre tilbud fra en ny befrafter. I tillegg blir spørsmålet, om et erstatningsansvar for den konkurrerende befrafter er en god løsning.</p>	<p>STIPENDIAT BEATE FISKERSTRAND (UIO)</p>
	<p><i>Transportansvar for lasteskade, der skyldes bygge- eller reparasjonsfeil i skibet?</i></p> <p>Foredraget belyser spørsmålet, om søtransportøren kan holdes ansvarlig for selvstændigt virkende tredjemænds medvirken til kontraktbrudd.</p>	<p>ADVOKAT JESPER WINDAHL (Windahl Sandroos & Co.)</p>
11.00-11.30	<p>Kaffepause</p>	
11.30-12.30	<p>2.2.3 Knock for knock</p> <p><i>Begrensninger i og unntak fra knock for knock princippet</i></p> <p>I foredraget fokuseres på hvilke grupper af personer, der omfattes af knock-for-knock princippet og hvilke problemer dette giver anledning til, når standardkontrakter anvendes af andre end operatør og reder. Derudover belyses undtagelser til princippet.</p>	<p>ADVOKATFULLMEKTIG HEIDI FREDLY (Nordisk Skibsrederforening)</p>
	<p><i>Knock for knock princippet i komparativt perspektiv</i></p> <p>Foredraget belyser knock for knock princippet i komparativt perspektiv, idet navnlig nordisk og common law traditionen sammenstilles i relation til udvalgte problemstillinger.</p>	<p>ADJUNKT SYLVIE CAVALERI (Københavns universitet)</p>

3. Restrukturering av gjeld ved mislighold		Advokat Jørgen Almelöv (Chambers Almelöv & Hjelmqvist Advokatbyrå)
13.30-13.50	<p>3.1. Bakgrunn</p> <p>I løpet av høsten 2015 og første halvdel 2016 har vi sett at en rekke rederier i offshore og oil-service næringen har fått problemer med å overholde vilkårene i låneavtalene sine. Både i Danmark og Norge har flere rederier derfor vært gjennom ulike former for restrukturering. Det er ventet vesentlig flere slike saker i løpet av 2016 og 2017 og erfaringer med ulike løsninger antas å ha generell interesse.</p>	<p>STYREFORMANN AAGE FIGENSCHOU (Figenschou AS)</p>
13.50-15.00	<p>3.2 Hvordan er utfordringene faktisk løst – mangler i lovverket</p> <p>Føredraget fokuserer på hur en majoritet av borgenärer (kreditorer) kan säkerställa att även minoriteten kommer med i en restrukturering.</p> <p>Føredraget belyser de problemställningar som oppkommer mot bakgrund av att insolvenssituationer i rederinæringen ofta påverkas av konkurrens mellan borgenärer, låneavtalens utformning och återvinningsreglerna i konkurs.</p>	<p>ADVOKAT RICHARD SJØQVIST (BA-HR)</p> <p>ADVOKAT CHRISTOFFER GRAMMING (Lindahl)</p>
15.00-15.20	Kaffepause	
15.20-16.00	Avslutning/ oppsummering	

Opdeling og outsourcing af de enkelte dele i organiseringen af en rederivirksomhed

*Peter Appel*¹

¹ Advokat, Gorrissen Federspiel Advokatpartnerselskab, København

Indhold

1	ARTIKLENS FORMÅL.....	15
2	EN VIGTIG DEL AF DET DANSKE ERHVERVSLIV	15
3	REDERIERNES KONTINUERLIGE UDVIKLING.....	16
4	BAGGRUNDEN FOR DEN MODERNE REDERIVIRKSOMHED.....	17
4.1	Bevæggrunde i 1970'erne og 1980'erne.....	17
4.1.1	Undgå selskabsskat og flagstatsregler.....	17
4.1.2	Mindst mulig offentlighed	18
4.1.3	Begyndende outsourcing.....	18
4.1.4	Pool-aftaler introduceres.....	19
4.2	Bevæggrunde i 1990'erne og frem.....	20
4.2.1	EU's statsstøtteregler fra 1997	20
4.3	Bevæggrundene i 00'erne og frem.....	23
4.3.1	Årene frem til finanskrisen.....	23
4.3.2	Shipping som et betydeligt investeringsområde	24
4.3.3	Outsourcing af "backoffice"-funktioner.....	25
5	RETLIGE UDFORDRINGER FORBUNDET MED UDVIKLINGEN I ORGANISERINGEN AF REDERIVIRKSOMHED	26

1 Artiklens formål

Nærværende artikel udgør en sammenskrivning af mit bidrag til det 27. Nordiske Søretsseminar, som fandt sted dette forår. Temaet for dette års seminar var organisering af rederivirksomhed, og mit indlæg bestod i en gennemgang af den faktiske baggrund for den betydelige udvikling, der har fundet sted hos rederivirksomhederne gennem de sidste årtier. Artiklen har ikke til formål at belyse de mange retlige udfordringer, som udviklingen har medført. Disse udfordringer er behandlet af seminarets øvrige oplægsholdere.

2 En vigtig del af det danske erhvervsliv

Den danske flåde har historisk altid været en meget vigtig del af dansk erhvervsliv, og det vil den blive ved med at være. Søfarten udgør omkring en fjerdedel af den samlede danske eksport, og den danske skibsfart har hele verden som både markeds- og arbejdsplads.² Den danske handelsflåde er i løbet af de sidste 10 år vokset fra 515 til 661 skibe svarende til ca. 28 procent, ligesom at den samlede tonnage i samme periode er steget næsten 76 %.³ Denne iøjnefaldende udvikling har følgelig også været med til at cementere Danmarks position som en af verdens førende søfartsnationer.

² Danmarks Rederiforening (nu "Danske Rederier"), "Dansk Skibsfart 2016 – Årsberetning", side 17

³ Danmarks Rederiforening, "Skibsfarten i tal – Maj 2016", side 4, tabel 2.1

3 Rederiernes kontinuerlige udvikling

Rederivirksomhed har eksisteret lige så længe som den kommercielle skibsfart og har, ligesom skibene, været genstand for kontinuerlig udvikling. De rederier, vi ser i dag, har ændret sig ganske betydeligt gennem de seneste år. En afdæmpet vækst i verdensøkonomien samt en lav oliepris kombineret med overkapacitet i markedet har resulteret i en skærpet konkurrence på tværs af branchen.⁴ De ændrede markedsvilkår har tvunget de danske rederier til at udtænke alternative struktureringer af deres rederivirksomheder.

Danske redere har som følge af den stigende globalisering – og ikke mindst specialisering – i stigende grad set sig nødsaget til at outsource forskellige funktioner, herunder blandt andet teknisk og operationel/kommerciel management. Ifølge Danske Rederier er mere end 2/3 af de danske rederiers aktiviteter nu placeret uden for Europa.⁵ Globaliseringen kommer ligeledes til udtryk ombord på de danske skibe, hvor antallet af danske søfarende alene udgør omkring 44 procent af det samlede antal søfarende.⁶ Selvom antallet af danske søfarende i Dansk Internationalt Skibsregister (DIS) har været på et ganske stabilt niveau siden 2007, er indtaget af udenlandsk arbejdskraft steget betydeligt. Hvis de danske rederier ønsker at bevare deres markedsposition, må de hver eneste dag være dygtigere og mere effektive end deres internationale konkurrenter.

⁴ Danmarks Rederiforening, "Dansk Skibsfart 2016 – Årsberetning", side 4

⁵ Danmarks Rederiforening, "Dansk Skibsfart 2016 – Årsberetning", side 15

⁶ Danmarks Rederiforening, "Skibsfarten i tal – Maj 2016", side 19, tabel 6.1

4 Baggrunden for den moderne rederivirksomhed

Hvor rederierne for år tilbage havde samtlige rederifunktioner samlet på et skib og/eller i rederens villa, er rederierne i dag kendetegnet ved at have nogle komplekse ejerstrukturer med aktiviteter uddelegeret i et hav af jurisdiktioner. På trods af en række globale harmoniseringsinitiativer har rederierne gennem tiden haft forskellige juridiske og økonomiske incitamenter til at udnytte globale forskelligheder. Nedenfor vil de væsentligste faktorer, som har været med til at påvirke rederivirksomhederne, blive belyst.

4.1 Bevæggrunde i 1970'erne og 1980'erne

4.1.1 Undgå selskabsskat og flagstatsregler

Foruden den vidtgående jurisdiktionskompetence, der er forbundet med at være flagstat, er der mange nationale retsvirkninger af, at et skib kan anses for at være dansk. Blandt disse retsvirkninger kan nævnes, at skibet skal registreres i det danske register og er underkastet den omfattende danske søsikkerheds- samt skattelovgivning.⁷ Med henblik på at undgå den danske skattepligt begyndte skibsejere i vidt omfang at registrere deres skibe i lande, som hverken skibet eller dets ejere havde nogen særlig tilknytning til – også kaldet “bekvemmelighedsflag”.⁸ Som en reaktion på den tiltagende udflagning af danske skibe og det heraf følgende fald i beskæftigelsen af søfolk og ikke mindst i Danmarks valutaindtjening oprettede den danske stat i 1988 DIS og året efter en særlig lov om beskattning af søfarere. Hovedfordelene ved ordningen var, at DIS-registrerede skibredere kunne ansætte søfarere fra ikke-medlemsstater på vilkår

⁷ Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 49

⁸ Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 50

svarende til dem i søfarernes oprindelsesland. Endvidere blev søfarerne på et DIS-registreret skib fritaget for dansk indkomstskat. Ordningen skabte en naturlig konkurrencefordel for de skibsredere, der ansatte de skattefritagne søfarere, idet lønomkostningerne følgelig blev betydeligt lavere. EU-Kommissionen indførte i 1989 retningslinjer, der hjemlede disse støtteordninger. Retningslinjerne blev uddybet i 1997, jf. nedenfor.

4.1.2 Mindst mulig offentlighed

En anden væsentlig motivation for udflagning af danske skibe var muligheden for at undgå de betydelige oplysnings- og underretningspligter, som gælder i dansk ret. Med de internationale regler om hvidvask og de dertilhørende betydelige “*know your customer*”-krav må denne motivationsfaktor imidlertid anses for ganske begrænset i dag.

4.1.3 Begyndende outsourcing

Frem til slutningen af 1980'erne var outsourcing endnu et ukendt begreb blandt danske rederier. I slutningen af dette årti tog brugen af sådanne initiativer dog betydeligt til. Tendensen til at outsource adskillige rederifunktioner til lavtlønsområder i udlandet blev også hurtigt opsporet af industrien, og BIMCO lancerede i 1988 den første udgave af standardkontrakten “SHIPMAN”, hvorefter redere fik mulighed for at outsource deres ansvar for “*Crewing, technical management, insurance, freight management, accounting, chartering, sale or purchase of vessels, provisions, bunkering and operations*” til en udvalgt manager.

Rederiernes betydelige brug af outsourcing kan til en vis grad forklares med, at søfartens produktionsfaktorer er blevet mere mobile, og der er således ganske få barrierer, der forhindrer rederierne i at lægge produktionen det sted, hvor rederiet ønsker.⁹ Hvad der er særligt for rederierne sammenholdt med andre virksomheder er, at selve rederiets kapital –

⁹ Sornn-Friese, Henrik “Udskiftning af danske skibsofficerer med udenlandske – er det kommet for at blive?”, CBS, trykt i Siwac News, side 6, samt EF-retningslinjer for statsstøtte til søtransportsektoren (97/C 205/05)

nemlig skibet – er naturligt mobilt.¹⁰ Desuden er produktionsfaktoren “land” blevet international mere mobil dels som følge af muligheden for at foretage bareboat-registreringer og dels som følge af muligheden for at sejle med de såkaldte “bekvemmelighedsflag.”¹¹ Endelig er arbejdskraften – som følge af blandt andet muligheden for at ansætte billige udenlandske søfolk – blevet international mobil.¹²

4.1.4 Pool-aftaler introduceres

Størrelse giver ofte styrke, og sådan er det også for rederivirksomhederne. Henset hertil og til at Danmark – og mange andre traditionelle søfartslande – med tiden er blevet højomkostningslande¹³, ses en stigende tendens til at etablere samarbejdsaftaler på tværs af landegrænser. På trods af flere nationale initiativer, herunder den ovennævnte mulighed for DIS-registrering, er antallet af globale samarbejder vokset støt. Der ses flere og flere eksempler på, at rederier indgår konkurrencebegrænsende pool-aftaler, hvor pointen for deltagerne er at regulere konkurrencen indadtil og derigennem gerne holde andre ude fra den pågældende fart.¹⁴ Ligeledes kan pool-aftaler give rederierne mulighed for at udnytte en række stordriftsfordele.¹⁵

¹⁰ Sornn-Friese, Henrik “Udskiftning af danske skibsofficerer med udenlandske – er det kommet for at blive?”, CBS, trykt i Siwac News, side 6

¹¹ Sornn-Friese, Henrik “Udskiftning af danske skibsofficerer med udenlandske – er det kommet for at blive?”, CBS, trykt i Siwac News, side 6

¹² Sornn-Friese, Henrik “Udskiftning af danske skibsofficerer med udenlandske – er det kommet for at blive?”, CBS, trykt i Siwac News, side 6

¹³ Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 151

¹⁴ Ifølge tidligere Torm direktør, Klaus Kjærulff, har pool-samarbejde været en stor fordel for Torm og har hjulpet rederiet med at vokse fra en omsætning på 100 mio. dollar i 2000 til 3 mia. dollar i 2007. Kilde: “Torm chef forsvarer pool samarbejder”, Maritime Danmark, 14. september 2007, <https://maritimedanmark.dk/?Id=237> (tilgået den 8. september 2017)

¹⁵ Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 152

4.2 Bevæggrunde i 1990'erne og frem

4.2.1 EU's statsstøtteregele fra 1997

Med henblik på at løse problemet med omkostningsforskellen mellem medlemsstaternes flagflåde og skibe under bekvemmelighedsflag fastsatte EU-Kommissionen i 1989 retningslinjer for, hvornår statsstøtte til skibsfartsindustrien kan anses for forenelig med det indre marked. Retningslinjerne blev fastsat som følge af, at anvendelsen af statsstøtte til industrien var steget støt blandt medlemsstaterne. Som fremhævet ovenfor forsøgte Danmark blandt andet at modvirke den negative udvikling ved at indføre nogle særlige regler om beskatning af søfarere. Henset til den fortsatte nedgang i det der dengang var EF-flåderne og den stadig større forskel på medlemsstaternes strategier over for EF-skibsfartens problemer, konkluderede EU-Kommissionen efterfølgende, at EF's søfartsstrategi måtte revideres. På baggrund af disse observationer udarbejdede EU-Kommissionen i 1997 nogle reviderede retningslinjer, der blandt flere forhold tog hensyn til udviklingen i den internationale konkurrencesituation og den globale liberaliseringstendens.¹⁶ EU-Kommissionen tillod med de udarbejdede retningslinjer særligt to væsentlige støtteordninger. For det første tillod EU-Kommissionen, at den sædvanlige selskabsbeskatning blev erstattet med en tonnageafgift, hvorefter rederen i stedet skulle betale en afgift, som var direkte knyttet til den udnyttede tonnage. Tonnageafgiften skulle opkræves uafhængigt af rederiets faktiske indtjening eller realiserede overskud/underskud. For det andet tillod EU-Kommissionen medlemsstaterne fortsat at acceptere dels nedsatte bidragssatser til social sikring af EF-søfolk, dels nedsatte indkomstskattesatser for EF-søfolk der var beskæftiget på fartøjer, der var registreret i en medlemsstat.

Begge disse støtteordninger er gennemført i Danmark og forudsætter en vis national tilknytning og er dermed udtryk for de danske myndigheders forsøg på at begrænse den stigende tendens til at outsource væsentlige rederifunktioner. For at være omfattet af nettolønsordningen er det

¹⁶ EF-retningslinjer for statsstøtte til søtransportsektoren (97/C 205/05), side 7

efter sømandsbeskatningslovens § 5 en betingelse, at skattesubjektet er ansat på et skib, der er indregistreret i DIS, ligesom at skibet skal anvendes til formål, som vil kunne omfattes af tonnageskatteoven. Tonnageskatteordningen kan alene anvendes på skibe, som strategisk og forretningsmæssigt drives fra Danmark, jf. tonnageskatteovens § 6.

Hvornår et skib kan siges at være strategisk og forretningsmæssigt drevet fra Danmark har gennem årene været genstand for betydelig tvivl. Af bemærkningerne til tonnageskatteovens § 6, stk. 1, fremgår det, at begrebet "*strategisk og forretningsmæssig drift*" alene relaterer sig til driften af skibe og derfor ikke bør forveksles med begrebet "*ledelsens sæde*", som ellers kan være afgørende for, hvorvidt et selskab er skattepligtigt til Danmark eller ej.¹⁷ I forhold til den strategiske drift kan der ifølge bestemmelsens forarbejder blandt andet lægges vægt på, om rederiets hovedsæde og øverste ledelse er placeret i Danmark, og om strategiske beslutninger i forbindelse med indgåelsen af store kontrakter, herunder beslutninger om køb og salg af skibe og indgåelse af strategiske alliancer, træffes i Danmark. Ved vurderingen af om den forretningsmæssige drift kan anses for udført i Danmark, kan der blandt andet lægges vægt på, hvor der tilrettelægges sejlplaner og indgås fragtaftaler, samt hvor skibenes rent tekniske drift og vedligeholdelse finder sted.

Det fremgår udtrykkeligt af forarbejderne til tonnageskatteovens § 6, stk. 1, at der ikke kan stilles krav om, at enhver af de oplyste funktioner for hvert enkelt skibs vedkommende skal foretages fra Danmark. Kravet er, at det enkelte skib i "tilstrækkeligt omfang" opfylder betingelserne, og at den strategiske og forretningsmæssige drift af flåden som helhed ud fra en samlet vurdering kan anses for at være foretaget fra Danmark.¹⁸

Det danske skattevæsen ("SKAT") har i en række bindende svar taget stilling til spørgsmålet om, hvor meget aktivitet der skal være tilbage, førend et selskab kan indgå i tonnageskatteordningen. Et eksempel herpå er SKAT's svar i SKM 2011.630 SR, hvor et selskab gennem et nyt datterselskab påtænkte at påbegynde en rederivirksomhed i Danmark med specialiserede gasskibe. Der var tale om 15 skibe, herunder 12 mindre

¹⁷ LFF 2001-2002.2.92, side 24

¹⁸ LFF 2001-2002.2.92, side 24

skibe og tre større skibe. For så vidt angik de tre større skibe ville det danske selskab selv forestå indgåelsen af beskæftigelseskontrakter, rejsernes eksekvering, bestilling af brændstof med videre, og SKAT fandt følgelig også, at den kommercielle drift af disse tre skibe ville være i Danmark. Henset til at selskabet havde planer om at udlicitere dele af den daglige tekniske drift til udlandet, fandt SKAT, at den tekniske drift kun delvist ville være i Danmark. I forhold til de mindre skibe skulle den daglige tekniske drift ligeledes udliciteres til udlandet. For så vidt angik en del af de mindre skibe ville indgåelse af fragtaftaler direkte blive håndteret af den danske administration, mens de resterende skibe (fortsat) skulle operere i et poolsamarbejde med to andre EU-baserede rederiers gasskibe. Poolen skulle operere via en markedsføringsorganisation i et tredje land. Den overordnede koordinering af poolen skulle udføres af et eksternt selskab, hvor det danske selskab dog ville have ejerandel samt være repræsenteret på overordnet ledelsesniveau. Spørgsmålet var følgelig, om de mindre skibe i tilstrækkeligt omfang kunne anses for forretningsmæssigt at være drevet fra Danmark, herunder om den kommercielle og tekniske drift kunne anses for at være her i landet.

SKAT fandt efter en samlet konkret vurdering, at det danske datterselskabs skibe kunne anses for i tilstrækkeligt omfang at blive drevet strategisk og forretningsmæssigt fra Danmark, hvorfor selskabet ville kunne anvende den danske tonnageskatteordning. SKAT lagde ved deres vurdering vægt på, at det danske selskab påtænkte at foretage en omfattende kontrol og overordnet styring fra Danmark, at der i det danske selskab ville blive ansat tre teknikere, at selskabet ville deltage aktivt i den løbende rekruttering/bemanding af skibene, og at selskabet ville have én mand løbende beskæftiget med ansvar herfor på kontoret i København. Desuden lagde SKAT vægt på, at det danske rederi for egen regning ville arrangere vedligeholdelse af skibe, varetage al bogføring vedrørende skibenes drift, forestå månedlig økonomisk rapportering og øvrig personale- og kontoradministration, træffe beslutninger om køb og salg af skibe samt indgå og forlænge certepartier med videre.

Der foreligger en række yderligere afgørelser i form af bindende forhåndsbeskeder fra SKAT, der fastlægger de tilknytningsmomenter til Danmark, som er en forudsætning for dansk tonnageskat.

4.3 Bevæggrundene i 00'erne og frem

4.3.1 Årene frem til finanskrisen

I starten af 00'erne blomstrede shippingindustrien mere end nogensinde før. Hvor et gennemsnitligt "dry bulk-ship" før 90'erne typisk indtjente under 10.000 USD om dagen, indtjente et sådant skib til sammenligning gennemsnitligt 39.000 USD om dagen i 2004 og hele 50.000 USD om dagen i 2008.¹⁹ Som en konsekvens heraf steg priserne på industriens aktiver også. Prisen på et gennemsnitligt godsskib steg næsten 600 % i perioden fra 2003 til 2008.²⁰ Henset til den positive udvikling i industrien valgte mange rederier at investere i deres aktiver og øge omfanget af deres forretninger. Bestillingen af containerskibe slog rekord i juli 2008, hvor der blev indgået aftaler om køb af containerskibe med en samlet kapacitet på 7 millioner TEUs²¹, hvilket udgjorde 60 % af industriens samlede kapacitet på dette tidspunkt.²² Ligeledes ramte "The Baltic Dry Index", der sporer priserne på transport af tørgods som f.eks. jern og kul, et rekordniveau i 2007 med en stigning på 154 % sammenlignet med året før.²³ Det var derfor også noget af en øjenåbner for industrien, da krisen

¹⁹ Sahiner, Ozan "The Reason for Financial Distress in Shipping Industry", More Than Shipping, 13. september 2017, <http://www.morethanshipping.com/reason-financial-distress-shipping-industry/> (tilgået den 12. september 2017)

²⁰ Sahiner, Ozan "The Reason for Financial Distress in Shipping Industry", More Than Shipping, 13. september 2017, <http://www.morethanshipping.com/reason-financial-distress-shipping-industry/> (tilgået den 12. september 2017)

²¹ Standard måleenhed til brug for beskrivelsen af et skibs lastekapacitet. Kilde: <http://www.businessdictionary.com/definition/twenty-foot-equivalent-unit-TEU.html> (tilgået den 12. september 2017)

²² Sahiner, Ozan "The Reason for Financial Distress in Shipping Industry", More Than Shipping, 13. september 2017, <http://www.morethanshipping.com/reason-financial-distress-shipping-industry/> (tilgået den 12. september 2017)

²³ Sahiner, Ozan "The Reason for Financial Distress in Shipping Industry", More Than Shipping, 13. september 2016, <http://www.morethanshipping.com/reason-finan->

ramte i 2008. Udbuddet af skibe oversteg efterspørgslen, og både fragtrater og værdien af skibe faldt drastisk. Den optimisme og intensivering, der havde fundet sted helt frem til krisens indtræden, betød derfor også, at industrien oplevede en betydelig tilbagegang de efterfølgende år.

4.3.2 Shipping som et betydeligt investeringsområde

Shippingindustrien er – særligt efter finanskrisens indtræden – blevet et betydeligt investeringsområde. Muligheden for at investere i industrien blev væsentligt forbedret med ikrafttrædelsen af Maastrichttraktaten i 1994, der udtrykkeligt fastslog, at alle restriktioner på kapitalbevægelser og betalinger mellem medlemsstater og i forhold til tredjelande skulle fjernes.²⁴ Muligheden for uhindret at investere i shippingindustrien blev dog først rigtig udnyttet efter finanskrisen. Som følge af finanskrisen valgte flere banker at konvertere deres gæld hos rederierne til nye kapitalandele. De nye kapitalandele kunne bankerne derefter videresælge til blandt andet hedgefonde, der så muligheder i og havde planer for videreudviklingen af de pågældende rederier.

I dag er rederierne stadig afhængige af at få indskudt kapital fra forskellige investeringsfonde. Hvor skibsejere frem til finanskrisen kunne låne ca. 70 % af udgifterne til køb af et nyt skib, er de færreste banker i dag villige til at låne mere end 50 % af beløbet – dette gælder også skibsejere med stærke regnskaber på hånden.²⁵ Med forventninger om en fremgang i shippingindustrien har private equity-fonde i perioden fra 2008 til 2013 investeret ikke mindre end 11,2 milliarder USD. Hertil kommer betydelige investeringer i blandt andet terminaler og skibscontainere.²⁶

[cial-distress-shipping-industry/](#) (tilgået den 12. september 2017)

²⁴ Artikel 63 i TEUF forbyder i dag alle restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande.

²⁵ Odell, Mark, Ajay Makan “Wave of Private Equity Money Flows into Shipping”, The Financial Times, 27. oktober 2013, <https://www.ft.com/content/dadcb240-3d97-11e3-b754-00144feab7de> (tilgået den 12. september 2017)

²⁶ Odell, Mark, Ajay Makan “Wave of Private Equity Money Flows into Shipping”, The Financial Times, 27. oktober 2013, <https://www.ft.com/content/dadcb240-3d97-11e3-b754-00144feab7de>, (tilgået den 12. september 2017)

Den stigende investeringsinteresse har spillet en betydelig rolle for shippingindustriens vej ud af krisen, og henset til investorerne manglende kendskab til søfart og de dermed forbundne opgaver er der desuden blevet skabt et særligt behov for at kunne købe forskellige shipping-tjenester.²⁷ Når et skib ejes af en gruppe investorer, ses det derfor ofte, at de vælger at overlade traditionelle arbejdsopgaver til eksperter. I nogle tilfælde driver investorerne selv rederivirksomhederne, men også her ses det ikke sjældent, at visse funktioner overføres til andre. Overførsel af rederifunktioner sker typisk gennem brug af særlige managementaftaler. Indholdet af sådanne aftaler kan variere betydeligt, men udgangspunktet er, at en manager påtager sig at styre den daglige drift af et skib. I nogle kontrakter vil managerens ansvar være begrænset til at sørge for, at skibet er bemandedt, og at skibet får de nødvendige forsyninger ombord. I andre tilfælde vil manageren foruden førnævnte være ansvarlig for at afdække potentielle risici gennem forsikringer, samt for at skibet bliver sluttet på nogle gunstige certepartier.²⁸

Ejerskabet til rederivirksomhederne er som følge af investerings-selskabernes betydelige indskud i rederierne delvist blevet flyttet væk fra de nordiske lande og er nu – særligt af skattemæssige årsager – blevet placeret i særlige offshore jurisdiktioner som for eksempel Marshall Islands og Bermuda.

4.3.3 Outsourcing af “backoffice”-funktioner

Med henblik på yderligere reduktion af driftsomkostninger er flere rederier begyndt at outsource en række landbaserede maritime funktioner.²⁹ Denne udfordring blev allerede belyst i EU’s statsstøtteretningslinjer fra 1997, hvor det fremgår, at udflagning ikke er det eneste problem, og at *“Såfremt et flagland uden for EF tilbyder en god international*

²⁷ Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 154

²⁸ Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 154

²⁹ Sornn-Friese, Henrik “Udskiftning af danske skibsofficerer med udenlandske – er det kommet for at blive?”, CBS, trykt i Siwac News, side 5, fodnote 5

serviceinfrastruktur, har udflagningen i de senere år haft tendens til at blive efterfulgt af udflytning af tilknyttede aktiviteter (f.eks. skibsfarts-administration) til ikke-tredjelande med deraf følgende endnu større jobtab, både på selve skibene og i land. En yderligere konsekvens har været tabet af søfartsknowhow.” Hvor funktioner i relation til bemanning og ship management allerede blev outsourcet i slutningen af 1980'erne, er det først i nyere tid, at man er begyndt at outsource “backoffice”-funktioner som lønudbetalinger, IT, regnskab osv.³⁰ A. P. Møller – Mærsk har outsourcet disse funktioner til Kina og Indien, og rederiet Norden har ligeledes outsourcet en række væsentlige funktioner i relation til havneoperationer til firmet DaDesk i Dubai.³¹

5 Retlige udfordringer forbundet med udviklingen i organiseringen af rederivirksomhed

Som det er blevet fremhævet ovenfor, har rederivirksomhederne undergået en betydelig udvikling gennem de sidste årtier.

I søloven er flere ansvarsbestemmelser knyttet op omkring rederbegrebet. Det fremgår for eksempel af sølovens § 151, at et skibs reder hæfter for skade, som skyldes fejl eller forsømmelse udvist i tjenesten af skibsfører, mandskab, lods eller andre. Ligeledes er bestemmelsen om ansvarsbegrænsning i sølovens § 174 til dels knyttet op om rederbegrebet. En klarlæggelse af indholdet af rederbegrebet er derfor af meget stor betydning, når et ansvar skal placeres efter sølovens regler.

Ved reder forstås i almindelighed den, som har at gøre med den daglige drift af et ikke alt for ubetydeligt fartøj, der anvendes i kommercielt

³⁰ Soronn-Friese, Henrik “Udskiftning af danske skibsofficerer med udenlandske – er det kommet for at blive?”, CBS, trykt i Siwac News, side 5, fodnote 5

³¹ Soronn-Friese, Henrik “Udskiftning af danske skibsofficerer med udenlandske – er det kommet for at blive?”, CBS, trykt i Siwac News, side 5, fodnote 5

øjemed. Personen må enten alene eller sammen med andre have den øverste myndighed og må derudover have en vis ejerinteresse i fartøjet.³² I nogle tilfælde falder ejer- og rederværdighed sammen således, at det er ejeren, som også driver skibet. I praksis er det imidlertid ikke altid sådan. De beføjelser, som er rederivirksomhedens særpræg, kan – som beskrevet ovenfor – i større eller mindre grad blive overført til en anden.³³

Om rederbegrebet skriver Sjur Brækhus, at: *“Rederen er besetningens og de øvrige hjælpers arbejdsgiver eller oppdragsgiver. Husbondsansvaret er et driftsansvar, eller mer specielt, et arbejdsgiveransvar; det er rederen som driftsherre og arbejdsgiver som hefter.”*³⁴

Overføres rederfunktioner i større omfang, vil der kunne argumenteres for, at den virksomhed, der modtager en betydelig andel af rederiets funktioner, og/eller den manager, der påtager sig den daglige drift, skal kunne betragtes som reder med de ansvarsmæssige konsekvenser, som dette kan have. Begår en medarbejder i den outsourcete enhed en fejl, vil denne formentlig ikke skyldes rederens mangelfulde eller helt manglende instruktioner, men derimod ledelsen i den outsourcete enheds misligholdelse heraf. Rederen har som hovedregel ikke – eller i hvert fald kun begrænset – mulighed for at instruere medarbejderen i den outsourcete funktion.

Omvendt vil eksterne samarbejdsparter ofte handle på vegne af rederen på baggrund af en fuldmagt. Giver rederen en samarbejdspart fuldmagt til at disponere på dennes vegne, taler de aftaleretlige regler således for, at rederen selv må hæfte for fejl eller forsømmelse udvist af medarbejdere i de outsourcete funktioner.

Pålægges en reder at hæfte for fejl og/eller forsømmelse udvist af dennes samarbejdsparter, må det forventes, at rederen inden aftaleindgåelsen med en ny kontraktspart foretager nogle nærmere undersøgelser af parten, således at ustabile samarbejdsparter fravælges, og risikoen for

³² Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 140

³³ Falkanger, Thor, Hans Jacob Bull og Lars Rosenberg Overby “Søret”, Karnov Group, 4. udgave, side 142

³⁴ Brækhus, Sjur “Rederens husbondsansvar”, Gumpert Förlag Göteborg, 1953, side 33

potentielle skadesscenarier mindskes. Ligeledes vil en fastholdelse af rederen som ansvarssubjekt skabe en vis form for gennemsigtighed, da der ikke i hvert skadestilfælde skal foretages en konkret vurdering af, hvem der har haft udvist det pågældende svigt.

Rederiorganisering og ansvar – rettslige utviklingstrekk

*Trond Solvang*¹

¹ Professor dr juris, Nordisk institutt for sjørett, UiO.

Innhold

1	INNLEDNING.....	31
2	ET STILLBILDE PÅ FULLT INTEGRERTE REDERIFUNKSJONER: SKIPPERREDERDOMMEN I ND 1954.65 VÅGLAND.....	31
3	HISTORISKE LINJER TIL PARTREDERIER, FINANSKAPITAL OG HEFTELSESFORMER	38
4	HISTORISKE LINJER TIL KAPTEINENS ROLLE OG SJØPANTETS BETYDNING FOR REDERIERS DRIFTSKAPITAL...	41
5	SKIPSHYPOTEKETS UTVIKLING OG RIVALISERINGEN MOT SJØPANTEKRAVENE.....	45
6	DEN «DOBLE» ANSVARSBEGRÆNSNING GJENNOM DET SJØ- OG SELSKAPSRETTLIGE.....	46
7	BEGRENSNINGSRETT OG TILPASNING AV ANSVARS- GJENNOMBRUDD (<i>PRIVITY</i>) TIL DEN FAKTISKE UTVIKLINGEN	52
8	SJØRETTSLIG ERSTATNINGSANSVAR OG FORHOLDET TIL DET TIL DET ULOVFESTEDE OBJEKTIVE ANSVARET	53
	a) Generelt.....	53
	b) Historiske linjer – domspraksis.....	54
	c) Betragtninger rundt gjeldende rett – særlig om grensegangen mot skyldansvaret ved skipssammenstøt	62
9	SJØRETTSLIG ERSTATNINGSANSVAR OG FORHOLDET TIL ANDRE DELER AV ERSTATNINGSRETTE.....	66
10	SJØRETTE OG UTVIKLINGEN AV PRESEPTORISK «FORBRUKERVERN».....	69
11	LINJEFART OG DE UHÅNDTERLIGE MULTIMODALE TRANSPORTER.....	71

1 Innledning

Artikkelen er en utvidet versjon av mitt foredrag holdt til det 27. Nordiske Sjørettsseminar. Foredraget var tenkt som en innledende ramme til seminaret som gjaldt ulike ansvarsforhold relatert til organisering av rederivirksomhet. Foredraget ble holdt sammen med Peter Appel – han trakk opp de faktiske og kommersielle historiske linjer (se egen artikkel), jeg de rettslige. Det sier seg selv at slike rettslige linjer betinger et utvalg. Hva jeg tar opp har derfor ingen pretensjon om uttømmethet, og utvalget av temaer kunne vært gjort annerledes.

2 Et stillbilde på fullt integrerte rederifunksjoner: skipperrederdommen i ND 1954.65 Vågland

Jeg åpner med en diskusjon rundt en dom fra 1954, den norske høyesterettsdommen i ND 1954.65 Vågland (Rt. 1954.86) som gjaldt ansvarsfritak for nautisk feil ved skipskollisjon i skipperredertilfelle. Temaet utgjør en slags motsats til hva seminaret ellers dreier seg om; outsourcing og bortdelegering av rederifunksjoner, for i skipperredertilfeller er som kjent alle rederifunksjoner – nautiske som kommersielle – samlet hos én og samme person, så å si en outsourcingens implosjon. Men temaet illustrerer samtidig noe særegent sjørettslig; ansvarsfritak for nautisk feil, og hvordan dette fenomenet – som i seg selv er komplekst – kan få til dels schizofrene utslag i skipperredertilfeller hvor man må sondre mellom én persons ulike «handlende-jeg» ved kartlegging av årsak til et inntruffet skadetilfelle.

Videre velger jeg temaet fordi dommen avstedkom en diskusjon, etter mitt skjønn ganske fornøyeelig, i Arkiv for Sjørett (AfS). Og med den diskusjonen har vi også et slags nordisk alibi; dommen var norsk og

hoveddebattanten advokat Alex Rein var norsk, mens motdebattanten kontorsjef Rud. Nilsson var dansk og med svensk klingende navn, samtidig som en tredje debattant var svensk, juristen Tage Zetterlöf. Denne diskusjonen har enkelte føringer også inn i vår tids rettstilstand, som vi skal se etter hvert.

Saken gjaldt et tilfelle av skipskollisjon. Skipet Vågland var skyld i kollisjonen, og det juridisk finurlige besto i årsaksbetraktninger knyttet til skipperrederen på Vågland; den umiddelbare årsaken var feilnavigering fra hans side, mens den bakenforliggende årsaken var beruselse; han var beruset allerede før avgang fra havn. Uaktsom feilnavigering i skipperredertilfeller ga etter daværende regler rett til begrensning,² mens annen skadevoldelse gjennom egenfeil/uaktsomhet ikke gjorde det.

I denne årsaksbetraktningen kom Høyesterett til at beruselsen måtte ses som det utslagsgivende, slik at begrensningsrett ikke ble innrømmet. Rettens begrunnelse var relativt knapp, men poengtert:

«[NNs] grove overtredelser av sjøveisreglene har efter min oppfatning ... sin årsak i hans selvforskyldte beruselse, og kunne – mener jeg – vanskelig vært begått av en erfaren skipper i edru tilstand: Under påvirkning av alkohol gikk han til sjøs med sitt skip med seg selv som fører, og under påvirkning av alkohol beholdt han kommandoen og stod på broen da kollisjonen inntraff. Det som ... førte til kollisjonen, var – som nevnt – [NNs] beruselse, og for denne feil må han være fullt personlig ansvarlig. Dette er i god overensstemmelse med loven Når da forholdet er dette, kan det ikke fritta ham at beruselsen ga seg utslag i uriktig navigering, som i og for seg er en feil av nautisk art.»³

Advokat Rein fant begrunnelsen utilfredsstillende og var uenig i resultatet. Rein ga en finurlig analyse av de ulike tilfeller hvor en skipperreders reder-jeg og skipper-jeg kunne komme i konflikt, og mente at et tilfelle av beruselse kunne sammenlignes med annen forsømmelse som ga seg utslag i feilnavigering, f.eks. det å være overtrøtt og sovne på vakt, og at

² Sjøl. 1893 § 254.

³ ND 1954 s. 67–68.

man måtte anlegge en analyse med spørsmålet: når var det grunnlag for å si at en skipperreder ble ansvarlig for at reder-jeget ikke grep inn og avverget at skipper-jeget gjorde en feil? Han uttalte blant annet:

«Hvis skipper-rederens beskyttelse skal bli effektiv etter lovmotivet kan man ikke nekte ham å begrense i alle tilfelle hvor han qua reder ville hatt plikt til å avverge en nautisk feil eller forsømmelse qua skipper. Det kan derfor ikke i seg selv være ansvarsbetingende at skipper-rederens reder-jeg ikke tok hans skipper-jeg i nakken.»⁴

Innlegget vakte reaksjon. Kontorsjef Rud. Nilsson var uenig i Reins vinkling, og uttalte blant annet:

«Når det siges (s. 560, 4 stk.): «Det kan jo ikke bestrides, at beruselsen var en feil i den nautiske tjeneste», så kan dette efter min mening kun være riktigt hvad angår skipper-rederen i hans egenskab af skipper, men ikke hvad angår hans egenskab som reder. Som reder bestod hans fejl deri, at han drak skipperen (in casu sig selv) på pelsen, tiltrods for at han vidste, at skipperen skulle ud at sejle. Hvis der hadde været tale om to personer, og skipperen havde indfundet sig beruset på rederens kontor for at sige farvel, havde rederen været pliktig at stoppe ham. Endnu grellere ville det vel have været, om rederen havde sat sig til at drikke tæt med sin skipper, inden han skulle afsejle, og der er jo faktisk det, der er skjed her, hvor skipper og reder var forenet i een person.»⁵

Rein gir tilsvar til tilsvaret, holdt i en polemisk tone som kanskje ikke er vanlig i vår tid:

«Jeg er bedrovet over at jeg i mitt lille diskusjonsinnlegg har uttrykt meg så lite klart at selv ikke kontorsjef Rud. Nilsson har kunnet følge meg. På den annen side tror jeg herr Nilsson litt for raskt trekker den

⁴ Alex Rein, *Skipper-rederens rett til ansvarsbegrensning for nautisk feil – Noen bemerkninger til en høyesterettsdom*, AfS Bind 1 1954 s. 560–563 (561).

⁵ Rud. Nilsson, *Diskusjonsinnlegg*, AfS Bind 2 1955 s.163.

konklusjon at argumentasjonen derfor er uholdbar.⁶ Istedenfor å gjenta min argumentasjon i mere utførlige vendinger, tror jeg det vil lønne seg å gå den annen vei: å påvise hvor jeg mener herr Nilsson tar feil i sin argumentasjon.»⁷

Rein gir deretter en fornyet analyse av de ulike konstellasjoner ved og konsekvenser av skipper-jegets og reder-jegets mulige avverging av hverandres forsømmelser, og fastholder sitt syn om at skipper-jegets nautiske feil i dommens tilfelle burde være avgjørende, slik at ansvarsbegrensning burde vært innrømmet.

Rud. Nilsen svarer påny og fastholder sitt syn, og uttaler blant annet, til Reins eksempel om trøtthet som likestilt med beruselse:

«Trætheten var erhvervet under udøvelsen af skipperens pligt; hvis han havde været dødræt inden skibets afgang, så kunde det være rimeligt at sidestille disse to tilfælde, men jeg gad se den skipper som vilde gå ind og lægge sig, når skibet kom til et vanskeligt farvand, selv om han havde haft en anstrengende tørt forinden. Det er sandsynligt, at jeg ikke ser tilstrækkeligt juridisk på spørgsmålet,⁸ men som praktisk havarimand kan jeg ikke gå med til at sidestille disse to tilfælde. ... Skibet er ikke sjødyktigt når det er under kommando af en beruset kaptajn, og det er på dette punkt at rederen må tage det fulde ansvar for, at han ikke lod sitt alter ego blive i land og sove rusen ud.»⁹

Utover denne dansk-norske feiden ga også svenske Tage Zetterlöf sitt besyv med. Zetterlöf var i hovedsak enig med Rud. Nilsson og framholdt de reelle hensyn: Riktignok kunne skipperrederens reder-jeg sies å bli stillet dårligere enn en ordinær reder ved å tape begrensningsretten som her, for en ordinær reder ville ikke tape begrensningsretten ved at en ansatt kaptein forsømte seg i tjenesten. Men på den annen side ville

⁶ Setningen inneholder forøvrig en perle av en absurditet: at Rud. Nilsson ikke klarte å følge Reins resonnement og av den grunn (fordi han ikke klarte å følge det) kom til at Reins resonnement måtte være feil.

⁷ *Ibid* s. 166.

⁸ Noe som vel må ses som et pek til Reins utpregede logisk-stringens-argumentasjon.

⁹ *Ibid* s. 168.

skipperrederens skipper-jeg stilles urimelig gunstig sammenlignet med sine øvrige nautiske kollegaer som ville bli ubegrenset ansvarlig i et tilfelle som dette.¹⁰

Denne diskusjonen gjaldt altså begrensingsreglene slik de den gang lød, med særregel for nautisk feil i skipperredertilfeller. Men det har verdi å trekke noen linjer til vår tid. Temaet dukket nemlig opp påny ved lovendringen i 1964¹¹ basert på Norges tiltredelse til 1957-begrensingskonvensjonen. Her var ikke skipperredertilfeller særskilt regulert. Det sies kun (i konvensjonens art. 1) at unntak for begrensingsrett foreligger ved reders (*Owner's*) «... *actual fault or privity*». I sjølovkomiteen var den gang advokat Rein medlem (professor Sjur Brækhus formann). Riktignok har det islett av spekulasjon fra min side, men det kan se ut som Rein fikk et slags «takk-for-sist» fra diskusjonen i AfS som forarbeidene henviser til. Standpunktet tas nemlig her at Vågland-dommen ikke lenger er gjeldende rett, men uten at begrunnelsen for dette etter mitt skjønn er overbevisende. Sjølovkomiteen uttaler:

«Etter gjeldende rett er det slik at en skipperreder ikke har rett til ansvarsbegrensning medmindre feilen eller forsømmelsen er av nautisk art. Den nye regel innebærer den endring at det avgjørende i stedet blir hvorvidt feilen eller forsømmelsen er begått i egenskap av skipsfører. ... Høyesterett har tolket uttrykket «nautisk art» i § 254 i. f. slik at en skipperreder som seilte skipet på grunn fordi han var beruset, ikke hadde rett til ansvarsbegrensning, jfr. Rt. 1954. 86 (ND 1954.65).¹² Komiteén antar at løsningen må bli en annen etter den nye regel. Man vil videre nevne at likesom skipsfører og mannskap visstnok kan begrense sitt ansvar selv om deres feil eller forsømmelse har vært av forsettlig karakter, må det antas at også rederen kan begrense sitt ansvar hvis han selv er skipsfører eller medlem av mannskapet og i denne egenskap har begått en forsettlig feil eller

¹⁰ *Ibid* s. 165 – dog, som Zetterlöf påpeker, med den mulige lemping i ansvaret som følger av (nåværende) sjøl. § 151 annet ledd. Om slikt ubegrenset ansvar ved direktekrav mot skadevoldende kaptein egentlig fulgte av daværende regler, synes derimot tvilsomt, se nedenfor i hovedteksten.

¹¹ Lov av 12. juni 1964 nr. 4.

¹² Og med notehenvielse til diskusjonen i AfS.

forsømmelse. Når det foreligger forsett, vil vel imidlertid feilen eller forsømmelsen oftest være begått av ham i egenskap av reder.»¹³

Som antydnet er det etter mitt skjønn tvilsomt om rettstilstanden fra Vågland-dommen ble endret som her anført i forarbeidene. Så vidt jeg kan se sto problemstillingen slik den var oppe i Vågland-saken i nøyaktig samme stilling etter den nye loven: Selv om en måtte mene at en kaptein i ordinære redertilfeller var fullt ut beskyttet med rett til begrensning ved direktekrav rettet mot seg, selv ved forsett,¹⁴ berører ikke det skipperredertilfeller hvor poenget er funksjonsfordelingen mellom én og samme persons to handlende-jeg. Hvis man, som Høyesterett i Vågland, sier at det er reder-jeget som er styrende for ansvarsspørsmålet ved beruselse før skipets avgang (og det er årsakssammenheng til en senere nautisk nautisk feil), er det vanskelig å se at *dette* sakstemaet stilte seg noe annerledes under den daværende lovendringen.¹⁵

Det kan videre være grunn til å knytte noen merknader også til rettstilstanden i vår tid. Sjøloven kapittel 9 er som kjent basert på 1976-konvensjonen med tilleggsprotokollen av 1996. Skipperredertilfellene er heller ikke her særskilt regulert. Reguleringen går ut på at «[r]ederen, skipets eier, befrakteren eller disponenten» gis rett til begrensning etter § 171 første ledd, og at hjelpere disse hefter for gis tilsvarende rett til begrensning ved direktekrav rettet mot dem, etter § 171 annet ledd. Videre taper «den ansvarlige» rett til begrensning ved forsett eller grov uaktsomhet etter § 174. Det skulle etter mitt skjønn være klart at ved skipperredertilfelle som i Vågland-saken vil tankegangen som der nedfelt fortsatt gjelde, i den forstand at dét frivillig å sette seg i beruset tilstand før skipets avgang (som så senere utløser nautisk feil) vurderes som reder-jeget's egenfeil, og i så måte medfører tap av begrensningsretten.

Men så vidt jeg kan se ville resultatet nå være det samme også om det er skipperrederens skipper-jeg, og altså den nautiske handling, som

¹³ Innstilling I, 1961, s. 9.

¹⁴ Noe som i seg selv kan synes tvilsomt, men det er ikke temaet her.

¹⁵ Se derimot Falkanger/Bull, *Sjørett*, 2016 (Falkanger/Bull (2016)) s. 175, som uttaler med henvisning til Innst. I nr. 9 at resultatet i Vågland ikke lenger gjelder, men uten at temaet nærmere problematiseres.

anses som styrende (slik Rein tidligere forfektet), for dette jeget må etter mitt skjønn bedømmes etter § 171 annet ledd, og altså med det samme grov-uaktsomhetskriteriet for tap av begrensingsretten.¹⁶ Linjer kan for så vidt trekkes hva gjelder årsaksbetraktninger, også til Høyesteretts dom i Sunna-saken (Rt. 2011.1225). Riktignok var spørsmålet her knyttet til lasteskadeerstatning og lovens uttrykkelige krav til opprinnelig sjødyktighet (sjøl. § 276 annet ledd), men selve parallellen til et handlende jeg i skipperredertilfeller lar seg trekke: I Sunna-saken lot kapteinen det før avgang skorte på viljen til å følge sikkerhetsregler om ekstra brovakt under den forestående reisen. Denne feilen resulterte i en nautisk feil ved at brovakten under reisen sovnet på vakt. Høyesterett anså at det årsaksmessig utslagsgivende var den tidligere reder-funksjonsfeilen ved ikke å organisere mannskapet forsvarlig. Og selve denne betraktningmåten har sin gjenklang i betraktningmåten i Vågland-saken, urelatert til at Sunna ikke gjaldt et skipperredertilfelle.

Endelig bør nevnes at Høyesteretts betraktningmåte i Vågland synes fullt forenlig med det forsikringsrettslige gjennom Planens regulering av skipperredertilfeller ved spørsmålet om tap av forsikringsdekning ved overtredelse av sikkerhetsforskrifter etter Planens § 3-25. Her tapes ikke retten til dekning ved kapteinens feil begått i egenskap av kaptein. Og vi er dermed tilbake til det samme grunnspørsmål: Er det skipperrederens reder-jeg som ved selvforskyldt beruselse før avgang overstyrer en senere materialisert feil av den samme persons skipper-jeg? Trolig vil betraktningmåten i Vågland gjelde også her.

¹⁶ Riktignok kan dette diskuteres: skulle man – i en slags Reins ånd – splitte de to jeger i den forstand at aktsomhetsvurderingen av skipper-jeget begynner først når dette jeget er skjenket beruset av reder-jeget? En slik betraktningmåte går rett i kjernen av grunnsetningen som kjenner på andre rettsområder; at man ved handlinger begått i selvforskyldt rus bedømmes som om man var edru. Rent konseptuelt er det vel nærmest ugjørlig – selv i skipperredertilfeller – å tenke seg at en «inngangsverdi» av beruselse skal tas i betraktning slik at en rusbetinget nautisk feil ikke skal anses som (grovt) uaktsom fordi «inngangsrusen» ikke skal inngå i skyldvurderingen. Den type logiske (og psyko-logiske) skillevegger, grensende til det absurde, lar seg neppe forfekte i den juridiske virkelighet.

3 Historiske linjer til partrederier, finanskapital og heftelsesformer

Fra det noe særegne ved skipperreder-tilfeller, beveger vi oss til det mer generelle, og kaster et blikk tilbake til rundt forrige århundreskifte og hvordan de selskapsrettslige og øvrige rettslige rammevilkår den gang var.

Den gang spilte partrederiene den helt dominerende rolle, inntil skipsaksjeselskapsformen gjorde inntog på midten av 1900-tallet. Partrederiene besto typisk av en lokal krets av interessenter. Med kredittsystemer lite utbygd og kapitaltilgangen tilsvarende begrenset, ordnet man seg gjerne på praktisk enkle måter når skip skulle bygges. De lokale aktører som tok del i byggeprosjektet – skipsbyggere, seilmakere og andre leverandører – tok ofte parter i skipet som del av sine vederlagskrav, og ble på den måten (part)redere.¹⁷

Ansvaret for partrederne var den gang personlig ubegrenset men proratarisk. Tross det personlige selskapsrettslige ansvaret lå beskyttelsen for partrederne i daværende begrensingsrett. Rederne heftet etter det klassiske sjørettslige ansvarssystem – som nedfelt i sjøl. 1893 – som hovedregel kun med sjøformuen, i form av skip og frakt. Hovedtrekkene i dette var:

Rederen heftet begrenset for alle rettshandler inngått av kapteinen som reders fullmektig, og på grunn av kapteinens svært omfattende kommersielle driftsrolle (neste kapittel), gjaldt dette i realiteten all gjeldsstiftelse knyttet til skipets drift.¹⁸ Det praktisk viktige unntak hvor reder heftet personlig for rettshandler var begrenset til krav under mannskapsavtaler, og da enten disse var sluttet av reder selv eller gjennom kapteinen som reders fullmektig.¹⁹

¹⁷ Sjur Brækhus, *De nordiske sjølover. Et tilbakeblikk ved 100 års jubileet*, Sjørett, voldgift og lovvalg, 1998, (Brækhus (1998)) s. 269–289 (s. 280). Se også Falkanger/Bull (2016) s. 131.

¹⁸ Hovedlinjer gis i Sjur Brækhus, *Det begrensede rederansvar*, Juridiske arbeider fra sjø og land, 1968, (Brækhus (1968)) s. 189–207 (s. 192–193). En grundigere redegjørelse finnes i Ragnar Knoph, *Norsk sjørett*, 1931 (Knoph (1931)).

¹⁹ Knoph (1931) s. 128 flg.

Videre gjaldt begrensingsretten erstatningskrav som ikke skyldtes reders uaktsomhet (egenfeil), men igjen; på grunn av kapteinens omfattende driftsrolle, var den praktiske mulighet for egenfeil som resulterte i skadevoldelse, begrenset.²⁰

Siden datidens partredere i normaltillfeller heftet begrenset til sjøformuen – om enn i selskapsrettslig forstand ubegrenset (men proratarisk) – var i realiteten deres stilling temmelig lik de senere skipsaksjonærenes stilling: partrederne heftet etter de sjørettslige regler begrenset til selskapets verdier (skip og frakt), mens de senere skipsaksjonærene heftet etter de selskapsrettslige regler begrenset til selskapsinnskuddet, normalt bestående av de samme verdier.

En slik parallellføring mellom det sjø- og selskapsrettslige kommer vi tilbake til (kapittel 6) men for å forstå grunntanken fra tidligere tider kan det være nyttig å se hvordan Oscar Platou i år 1900 framstiller den historiske sammenhengen. Han viser for det første til grunntanken, forankret i germansk rett, om at driftsherren hefter for sine tjeneres feil; man skal *«drive sin Bedrift paa egen Risiko, ikke paa Andres; man faar hæfte for den Skade, man i sin Bedrift tilføier Trediemand, ligegyldigt, om man forvoldt den i egen Person eller gjennom sine Underordnede.»*²¹

Men dette heftelsesprinsippet krysses ifølge Platou av et annet historisk grunnleggende prinsipp om ansvarsbegrensning, som ligger til grunn for både det sjø- og selskapsrettslige:

«Men ligeoverfor disse Retsprinsipper [om driftsherreansvaret] er ogsaa et andet Retsprincip kommet til Orde, der fører til en Begrænsning af Rederens Ansvar, det Retsprincip, at hvor man har betroed

²⁰ Sjølovens system var at kravene underlagt begrensingsrett var positivt oppregnet slik at krav reder i utgangspunktet heftet personlig for ikke var slik oppregnet, noe som fikk til dels merkelige utslag ved at erstatningskrav grunnet på nødrettsansvar ikke ga begrensingsrett, mens tvilstilfeller oppsto dersom reder forårsaket erstatningsbetingende kontraktsbrudd under kontrakter inngått av kapteinen som reders fullmektig, Knoph (1931) s. 130–131. At denne grensegangen førte til problemer i skipperredertilfeller, er ikke egnet til å overraske, *Ibid* s. 131–132.

²¹ Oscar Platou, *Foreleæninger over norsk søret*, 1900 (Platou (1900)) s. 63. Derimot kjente ikke romerretten et slikt prinsipp om husbondsansvar for hjelpere, unntatt når hjelperne var driftsherrens slaver, noe som var vanlig i romerrettslig skipsfart, også hva gjaldt skipets kaptein, *Ibid* s. 477.

en Anden en del af sin Formue til dermed at drive Forretninger, saaledes at man ikke selv kan føre Opsynet med dem, ikke selv kan fatte Beslutningerne, der kan Retsordenen under visse Betingelser tillade, og den tillader i forskjellige Former, at Vedkommende kun faar et begrænset Ansvar, saaledes at han ikke kommer til at hæfte udover den Forretningsføreren betroede Formue.»²²

Etter så å ha gått gjennom de selskapsrettslige hovedformer for ansvarsbegrensning som man kjenner dem fra romerretten, uttaler han kortfattet om sjøretten: «- og i Sørretten realiseres Tanken derigjennem, at Rederen hæfter for Skippere og øvrige Underordnedes Kontrakter eller Forseelser alene med den Formue, han har betroed dem, Skib (med Frakt), hvad han m. a. o. har sat paa Vove paa Søen ved at betro dem dette Skib – «fortune de mer».»²³

Platou gir videre en slags hovedmodell for hvordan han ser for seg at medkontrahenter og tredjeparts skadelidte, stilt overfor slike begrensede heftelsesformer, ikke hadde noen (i mine ord) berettiget forventning om en mer vidtgående heftelse.

Hva gjelder det selskapsrettslige påpeker han at det allerede i middelalderen i en del land var i bruk selskapsformer med begrenset ansvar, og hvor medkontrahenter kunne skaffe beskjed om dette gjennom handelsregistre. Hva derimot gjaldt det stille selskap, ikke underlagt begrensning, uttaler han at «Medkontrahenten [har] aldeles ikke kunnet paaregne, at hans Debitor har Støtte af fremmed Kapital, og bør derfor ikke nyde Nytte af den udover Societets-Kontraktens Bestemmelser om det Forhold, efter hvilket den stille Interessent skal deltage i Forretningens Underbalance.»²⁴

Tilsvarende framstiller han de sjørettslige begrensingsregler ved frivillige rettshandler: «Og hvad Sjøretsforhold angaar, maa erindres, at Medkontrahenten paa fremmed Sted faktisk alene har Skibet for Øie og regelmessig ikke kan paaregne Satisfaktion af andet end dette.»²⁵

²² Platou (1900) s. 64.

²³ *Ibid*

²⁴ *Ibid*

²⁵ *Ibid*

Ved sjørettslig deliktsansvar overfor tredjemann, som etter datidens forhold var praktisk begrenset til skipssammenstøt, framholder han videre: «*Hvad Ansvaret for Skipperens Forseelser ved Sammenstød angaar, har Udviklingen vistnok været paavirket af den gammel-germanske Retsforestilling om, at den Skadelidte kunde holde sig til den skadegjørende Gjenstand og tage sin Erstatning ud deraf, ligesom vel ogsaa af Forestillingen om noccae datio, som findes i Oldtidens Ret, romersk som germansk.*»²⁶

4 Historiske linjer til kapteinens rolle og sjøpantets betydning for rederiers driftskapital

Fra disse streiftog tilbake til oldtid og middelalder til illustrasjon av rederiers begrensede heftelsesform, skrur vi igjen tiden noe fram – til rundt forrige århundreskifte – og ser på sjøpantets betydning.

Datidens forhold med manglende kommunikasjonsmulighet mellom kapteinen og hans rederi, medførte at kapteinen ikke bare hadde det nautiske ansvaret, men stod for nær sagt alle kommersielle forhold knyttet til skipets drift. Kapteinen måtte handle på egenhånd, og som nevnt av Brækhus: «*Han forhyrte og avskjediget besetningen, han kjøpte inn forsyninger og rekvisita, han sluttet skipet på nye certepartier, og inntraff det et havari, ordnet han opp med berger og verksteder.*»²⁷

Som motstykke betød det at driftskapital, i den grad skipskassen ikke strakk til, ble ordnet gjennom kreditt ytt mot sjøpant i skip og frakt (sjøformuen). Det sier seg selv at med manglende utbygd bankvesen og kommunikasjon sto sjøpantinstitutet helt sentralt for muligheten til å skaffe driftskreditt, og arten av sjøpantesikrede krav var nært knyttet til begrensingsretten. Denne koplingen mellom begrensingsrett og

²⁶ *Ibid* s. 64–65.

²⁷ Brækhus (1998) s. 280. Detaljert redegjørelse gis i Platou (1900) s.148 flg.

sjøpanterett var, så å si, del av den rettslige systemtenkningen. Knoph uttaler i 1931 i sin lærebok i sjørett:

«Som vi har vært inne på under avsnittet om rederansvaret, er det i vår gjeldende sjøfartslov en nær sammenheng mellom det begrensede rederansvar og sjøpantreglene. Ansvarsbegrensningen er jo ikke gjennomført som en reduksjon av visse fordringers størrelse, men som en innskrenkning av deres dekningsadgang. Til gjengjeld har loven funnet det rimelig, at fordringer som rammes av ansvarsbegrensningen, får fortrinsrett til dekning i de gjenstander som deres dekningsadgang er begrenset til, fremfor rederens øvrige kreditorer. Gjennom en særlig sikkerhet i enkelte av skyldnerens aktiver, skal sjøkreditorerne m. a. o. holdes skadesløse for den kvantitative innskrenkningen i deres dekningsadgang, som blir følgen av at det personlige ansvar lukkes ute. En gjennomgåelse av sjøfartslovens sjøpantkapitel vil vise at denne grunnsetning er gjennomført fullt ut. Overalt hvor rederens ansvar er begrenset, har kreditor sjøpant i de gjenstander som ansvaret er innskrenket til.»²⁸

I tillegg til ordinære sjøpantekrav hvor rederiet heftet for gjelden i form av sjøformuen, fantes systemet med bodmeri: Kapteinen kunne i nødstilfelle ta opp lån for å skaffe penger til forsyninger eller tjenesteytelser som var nødvendige for slutføring av den aktuelle reisen, og da ved å pantsette (forbødme) skip og last. Bodmerikravet var begrenset til disse formuesgodene, uten personlig ansvar for rederen, og kravet forfalt et gitt antall dager etter slutføring av den reisen lånet gjaldt. Det faktum at sjøpantet var kreditors eneste vei til dekning, innebar at det i tillegg til renter for lånet måtte betales en «premie» til dekning av risikoen for at skipet havarerte og gjeldskravet dermed gikk tapt.²⁹

Et eget kapittel om bodmeri fantes i sjøloven frem til 1929 men hadde da praktisk utspilt sin rolle. Platou uttalte i år 1900:

²⁸ Knoph (1931) s. 334–335. Det at alle krav underlagt begrensingsrett var utstyrt med sjøpant, betød imidlertid ikke det motsatte; at de krav rederen heftet ubegrenset for ikke var det; for eksempel var mannskapets hyrekrav sjøpantesikret, *Ibid.*

²⁹ Brækhus (1998) s. 280.

«Bodmeri er et Retsinstitut, hvis Betydning forsaauidt maa kaldes synkende, som den praktiske Anvendelse af Bodmerilaan bliver mindre og mindre hyppig, fordi det som Følge af den Udvikling, Assurancevæsen og Bankvirksomhed, støttet af de udmærkede Kommunikationsmidler, i vore Dage har naaet, i de fleste Tilfælde vil falde mindre vanskeligt at undgaa de regelmæssig kostbare Laaneoperationer, hvortil Skipperen tidligere paa fremmed og fra Hjemmet langt bortfjernet Sted var henvist naar han var i Nød. Desuden giver Loven nu³⁰ allerede Søpant for almindelige Forstrækninger til Skib eller Ladning, Søl. §»³¹

En kuriositet er at fortsatt i dag har en regel om bodmeri i sjøloven, gjennom inkorporering av arrestkonvensjonens bestemmelse om *bottomry*, jf. sjøl. § 92 h).

Selv om systemet for lengst er forlatt har det likefullt rettshistorisk interesse, av flere grunner. For det første har bodmeri – med opprinnelse tilbake til romerretten³² – forbindelseslinjer til sjøforsikringsinstituttet som en slags kopling mellom lånytelse og forsikring. Debitor/reder ble gjennom bodmerilånet gitt mulighet til å videreføre en ellers nødstedt reise, mens «forsikringspremien» gikk til dekning av det forhold at tilbaketalingsplikt bortfalt dersom skip og last havarerte. Platou uttaler: «Kreditor har altsaa Risikoen for Sjøulykke – og Institutet havde derved en Egenskab fælles med Forsikring, hvorfra det skilte sig derved, at den, der bar Risikoen, i Tilfælde af Ulykke ogsaa tabte Præmien.»³³ Det kan kanskje tilføyes at for sikrede/debitor var instituttets parallell nærmere en form for gjeldsforsikring enn kaskoforsikring, hvis en da ikke ser långivningen som komponent i en forsikringsordning for å berge verdier på långivningstidspunktet, for disse verdiene ville presumtvt gå tapt hvis ikke bodmerilånet ble ytt.

For det andre har det verdipapirrettslig forankring, med legitimasjonsvirkninger beslektet både med vekslar og konnossementer – med konnossementer ved at bodmeribrevet gjerne ble utstedt i tre originaler. Dersom reder/kapteinen betalte til legitimert innehaver av én original på tidspunktet etter frigjøringstid men før forfalltid for lånets tilbakebetaling, risikerte han å måtte betale om igjen dersom

³⁰ Altså sjøl 1893, i motsetning til sjøl 1860.

³¹ Platou (1900) s. 368.

³² *Ibid* s. 365.

³³ *Ibid*

legitimert innehaver av annen original gjorde krav gjeldende etter forfallstid.³⁴ Hvis derimot kreditor legitimerte seg ved alle originaler, kunne debitor trygt betale med befriende virkning også før forfallstid, jf. parallellen til konnossementer ved sjøl. § 302 annet ledd. Det sentrale var altså tidspunktet for bodmeribrevets forfall, og reglene her hadde klare paralleller til vekslar, jf. vekselloven kap. 5.³⁵ Videre fantes godtro- og legitimasjonsvirkninger også «motsatt vei». Bodmeri var et beskyttet institutt i den forstand at bodmerivilkårene kun gjaldt ved en reell nødsituasjon, og hadde kreditor gitt bodmerilån uten å være i god tro med hensyn til omstendighetene, var bodmeribrevet ugyldig og kreditor tapte bodmeriets pantesikkerhet, og måtte nøye seg med en personlig fordring mot kapteinen, eventuelt også mot reder hvis fullmaktsreglene tilsa det.³⁶ Slike ugyldighetsinnsigelser kunne reder gjøre gjeldende også overfor godtroende erverver av bodmeribrevet. Videre: Hadde kapteinen villetet långiver ved å feilbeskrive (skjønnmale situasjonen ved å svartmale den), var likefullt bodmeriet ugyldig, men kreditor kunne etter omstendighetene oppnå erstatningskrav mot reder med sjøpanterett i skipet etter de ordinære regler for reders husbondsansvar.

For det tredje har bodmeri interessante paralleller til andre rettsinstitutter knyttet til nødsituasjoner. Grunntanken var at når skip og/eller last var i en nødsituasjon som betinget særskilte tiltak for å berge verdier, var rettsinstituttet der for å muliggjøre slik verdiberging, med visse privilegier gitt den part som ytet støtte. Paralleller kan slik sett trekkes til bergningsregler, og til en viss grad felleshavarieregler, og også – på et slags motsatt vis – reglene for straffrihet men objektivt erstatningsansvar ved nødretts handlinger; det «privilegium» gis at man straffritt kan ofre annen manns goder for å berge egne, men da mot erstatningsplikt.³⁷

Som ledd i redegjørelsen for datidens regler for sjøpant og bodmeri, er det verdt å nevne det, i vår tid, eksisterende amerikanske systemet for *maritime lien* ved ytelser av *necessaries* til skipet. Det dreier seg ikke her om bodmeri men ordinært system for sjøpantesikrede krav. Likefullt gir selve uttrykksmåten *necessaries* (nødvendighetsgoder) assosiasjoner til

³⁴ *Ibid* s. 378.

³⁵ Lov av 27. mai 1932.

³⁶ Platou (1900) s. 373–374.

³⁷ Se f.eks. Nils Nygaard, *Ansvar for naudhandling i norsk erstatningsrett*, TfR 1974 (Nygaard (1974)) s. 244–289 som s. 250 gjengir Magnus Lagabøtes Landslov: «Den ferdamann som trong vøla sitt skip eller sin slede, og som ikkje kan få kjøpt tilfang til dette, kan straffritt hogga framand skog det han treng, mot å betala vederlag til eigaren.» Den ytre nødsituasjon som gir slik «kompetanse» er nok beslektet med de kjennetegn som måtte være oppfylt for gyldig bodmeri.

grunntanken ved de tidligere bodmeriregler. Forøvrig er det amerikanske sjøpantesystemet spesielt i den forstand at de fleste land ikke lenger opererer med sjøpant for den type leveranser til skip (se nedenfor) som dekkes av de amerikanske *necessaries*.³⁸ Det amerikanske systemet utgjør derfor fra et rederperspektiv en viss trussel i form av ukjente panteheftelser i skipet, særlig hvor det har vært sluttet på lengre tidscertepartier og hvor tidsbefrakter har bestilt bunkers (*necessaries*) til skipet på kreditt, uten å gjøre opp for seg.

5 Skipshypotekets utvikling og rivaliseringen mot sjøpantekravene

Parallelt med sjøpantesystemet fantes også tidligere et system for registrert underpant i skip (skipshypoteket). Skipspanteobligasjonene måtte den gang registreres i personregistrene, men registrenes troverdighet var svak og dermed også panthavernes sikkerhet.³⁹ Man trengte altså et effektivt system for realregistrering av skip til sikring av privatrettslige disposisjoner gjennom salg og pantsetting. En norsk lov om skipsregistrering kom i 1901. Det dreide seg den gang om lokale skipsregistre i ulike domssogn langs kysten.⁴⁰ Sentralregister ble i Norge først innført i 1987.

Med utviklingen av systemer for realregistrert kontraktspant økte imidlertid konfliktflaten mot det utbredte systemet for sjøpantekrav, som hadde (og fortsatt har) prioritet foran kontraktspantet. Til styrking av systemet for realkreditt vokste det derfor etter hvert frem et behov for begrensning av arten av sjøpanteberettigede krav. For Norge og Nordens del skjedde dette ved tilslutning til sjøpantkonvensjonen av 1926, og

³⁸ En annen sak er at den type krav gir arrestadgang i det aktuelle skip etter sjøl. kap. 4 – men arrestadgangen gir som kjent ingen privilegert dekningsadgang.

³⁹ Brækhus (1998) s. 281

⁴⁰ *Ibid* – hvor det redegjøres for de nordiske problemer med å samkjøre logningen på dette punkt – både fordi tinglysningsreglene var forskjellige, og fordi Danmark, i motsetning til de øvrige land, var klar til å opprette et nasjonalt register.

senere konvensjonen av 1967 som dagens regler er bygget på.⁴¹ Ikke alle land er imidlertid tilsluttet disse konvensjonene. USA er det ikke, og vi så i forrige kapittel hvordan sjøpantekrav til beskyttelse av amerikanske leverandører fortsatt spiller en viktig, og for enkelte redere, ubehagelig rolle i det praktiske liv.

Det er videre verdt å nevne Brækhus' betraktning om at pendelen kanskje har gått for langt i retning av beskyttelse av realkreditt og kontraktspanthavere på bekostning av sjøpanteretten, i den forstand at kontraktspanthaverne gjennomgående kan sikre sin stilling ved å nøytralisere sjøpantekravene. Gjennom P&I forsikring kan rederiet sikre seg mot delikt-sjøpantekrav, og gjennom kaskoforsikring gjøre kontraktspanthavere medforsikret.⁴²

En ytterligere observasjon er at ved innskrenkingen av arten av de sjøpantberettigede krav, opphørte den tidligere norsk/nordiske systemtenkningen rundt samkjøring av ansvarsbegrensning og sjøpant. Sjøpantet tapte sin rolle som instrument for reders skaffing av driftskapital, og begrensningsreglene ble etterhvert endret fra det tidligere sjøformuesystemet til vår tids (engelskinspirerte) system hvor reder hefter personlig, men med begrensning knyttet til skipets verdi/tonnasje – først ved begrensningskonvensjonen av 1924, deretter konvensjonen av 1957, deretter konvensjonen av 1976 med tilleggsprotokollen av 1996.⁴³

6 Den «doble» ansvarsbegrensning gjennom det sjø- og selskapsrettslige

Vi har foran sett hvordan de tidligere begrensningsreglene innebar at deltakerne i partrederier, selv om de var personlig ubegrenset og proratarisk ansvarlige, i realiteten heftet begrenset til verdien av det som var skutt

⁴¹ Sjøpantekonvensjonen av 1993 er ikke tiltrådt, se Falkanger/Bull (2016) s. 105.

⁴² Brækhus (1998) s. 282.

⁴³ En oversikt over utviklingen gis i Falkanger/Bull (2016) s. 169.

inn i selskapet i form av sjøformuen. Videre så vi at begrensningssystemet var omfattende for arten av de krav som var underlagt begrensning; reglene gjaldt både erstatningskrav og frivillige rettshandler. Endelig påpekte vi at et slikt system hvor selskapsdeltagerne hefter begrenset til selskapsformuen er nær beslektet med aksjeselskapets begrensingsform hvor aksjeeier hefter begrenset til verdien av selskapsinnskuddet.⁴⁴

Når så aksjeselskapsformen gjorde sin inntreden oppstod det nærliggende spørsmål: hvorfor skulle rederiaksjonærer nyte godt av begrensingsrett «dobbel opp», både gjennom den selskapsrettslige begrensingsformen og den sjørettslige?⁴⁵

Spørsmålet ble grundig belyst i Brækhus' artikkel *Det begrensede rederansvar* fra 1968.⁴⁶ Artikkelen har interesse, både i et historisk lys og for å illustrere sentrale betraktningmåter. Det er verdt å gjengi programmet for Brækhus' artikkel. Han gir innledningsvis en treffende beskrivelse av forskjeller i de sjørettslige og alminnelige rettsregler:

«Hvis f.eks. en sprengstoffabrikk eksploderer, kan ikke fabrikkeieren fri seg fra de skadelidte tredjemenns erstatningskrav ved å vise til at også fabrikkens er gått tapt ved ulykken, eller eventuelt henvide dem til å dekke seg i verdien av fabrikkvraket.⁴⁷ Hvorfor skal da en reder praktisk talt slippe fri ansvar hvor hans skip på grunn av grov uakt-somhet fra skipsførerens side seiler på et annet skip med den følge at begge går totalt tapt? Hvorfor er bedriftsherrens ansvar så forskjellig i sjønæringen og landjordens næringer?»⁴⁸

⁴⁴ Utover de historiske streiftog gjengitt foran, se Brækhus (1968) s. 197 med videre henvisning til Helge Klæstad, *Rederansvaret*, 1920, s. 32–216.

⁴⁵ De sjørettslige begrensingsregler varierte imidlertid innholdsmessig under ulike rettssystemer, hvor det skandinaviske (og tyske) sjøformuesystemet var blant de redervennligste, Brækhus (1968) s. 192–196.

⁴⁶ Brækhus (1968). Av øvrig og nyere litteratur, se blant annet: Erling Selvig, *Rederansvaret*, § 4. *Ansvarsbegrensning*, MarLus nr. 25, 1977, og nr. 35, 1978; Peter Wetterstein, *Globalbegrensning av sjørettslig skadestandsansvar*, 1980; Falkanger/Bull (2016) kap. 9.

⁴⁷ Da artikkelen ble skrevet hadde man fortsatt ikke nådd fram til det rene tonnasje-verdisystemet etter 1976-konvensjonen.

⁴⁸ Brækhus (1968) s. 191.

Det er her grunn til å skyte inn at Ragnar Knoph noen tiår tidligere, i 1931, hadde reist det samme spørsmål, men da med en mer sjørettsvennlig premiss med antydning om at landjordens rett ville ta etter sjørettens begrensningssystem – en spådom som vel må kunne karakteriseres som forfeilet. Knoph uttaler:

«Forklaringen til denne innstilling [den internasjonale sjøretts opprettholdelse av begrensingsmodellen] er sikkert den store utvidelsen av bedriftenes ansvarsfære som av rettslige⁴⁹ og faktiske årsaker har funnet sted i den senere tid, og som ikke minst er typisk for rederinæringen p. gr. a. dens betydelige omfang. Som et motstykke til denne utviklingen er det naturlig å innrømme en viss begrensning av ansvaret. Det er derfor meget mulig at reglene om det begrensede rederansvar i fremtiden vil bli forbillede for lignende ordninger også for landjordens driftsherreansvar. Som en antikvert og i virkeligheten irrasjonell fortidslevning bør det iallfall ikke anskues og behandles.»⁵⁰

Vi vender så tilbake til Brækhus: Etter å ha trukket opp de historiske linjer for de sjørettslige begrensingsregler og deres ulike utforming i de ulike rettssystemer, herunder sjøformuesystemet i tysk og nordisk rett, går han over til å drøfte de ulike hensyn som er i spill:

«Større interesse [enn det historiske] har det annet argument som vanligvis anføres til forsvar for det begrensede rederansvar, nemlig at rederinæringen er særlig risikabel, og at de alminnelige ansvarsregler derfor vil kunne hemme næringens utvikling, noe som nasjonaløkonomisk selvsagt ville være meget uheldig. Denne påstanden bringer med ett forholdet opp i en videre sammenheng. Det er ikke lenger bare spørsmål om tekniske regler i en spesialgren av jussen. Bevisst eller ubevisst har man stilt seg i opposisjon til alminnelige

⁴⁹ Her gjøres notehenvielse til det ulovfestede objektive ansvar – bedriftsansvaret.

⁵⁰ Knoph (1931) s. 114–115. Han gjør ved slutten av sitatet notemerke med sterk polemikk mot Helge Klæstad som var svært kritisk til sjørettens begrensningssystem, og Knoph avslutter: «Ingen bør være blind for tanken om ansvarsbegrensning i rederforhold – hvad man enn mener om dens fremtidsmuligheter på landjorden – også i vår gjeldende privatrett har mange og sterke tilknytninger, ikke minst til den begrensning av ansvar som selskapsretten kjenner i så mange former.»

rettsprinsipper: Bedriftens farlighet, som vanligvis anføres som et argument for et skjerpet ansvar, blir i sjøretten påberopt for en begrensning av ansvaret. Og alminnelige erstatningsregler får attest om at de vil føre til skadelige resultateter for en viktig næring! Og med dette har jeg nådd frem til temaet for min utredning: Jeg vil søke å konfrontere reglene om det begrensede rederansvar med de vanlige ansvarsprinsipper; kanskje kan det på den måten lykkes å kaste noe mer lys over dem, kanskje kan det skape et grunnlag for vurdering og kritikk.»⁵¹

Han redegjør så for de sjørettslige begrensningsreglenes innhold og påpeker likhetstrekk med det selskapsrettslige, men minner samtidig om at de to regelsett ikke er sammenfallende, blant annet ved at rederier jo ofte eier flere skip enn det skadevoldende som begrensningsreglene knyttes til, og at mindre rederier ikke alltid benytter seg av den selskapsrettslige begrensningsform.⁵²

Han kommer så fram til det for ham sentrale, nemlig forsikringsadgang og forsikringsoppgjørs betydning. Her påpeker han det uholdbare ved tidligere tiders systemer hvor reders forsikringsoppgjør etter havari ikke ble tatt i betraktning for begrensningsretten; i det nordiske sjøformuesystemet heftet rederen kun med sjøformuen, uavhengig av om han fikk dekket inn det samme tapsbeløp gjennom sin forsikringsordning. En slik løsning var opplagt kommersielt uakseptabel, men han tilføyer: «*Men dermed er ikke sagt at vi kan avvise det begrensede rederansvar. Gamle rettsinstitutter kan ofte leve videre på nytt grunnlag. Og den begrunnelse som kan komme på tale for rederansvaret, finner vi ved å bygge videre på våre betraktninger over forsikringens rolle.*»⁵³

Hans foreløpige konklusjon er så at begrensningsrettens begrunnelse bør knyttes til de tilfeller hvor ansvarsforsikringsdekning ikke lar seg skaffe for de katastrofelignende hendelser, eller hvor premiekostnadene for forsikringsavdekking i slike tilfelle ville være driftsøkonomisk urimelig tyngende. Men han reiser påny kritisk innvending til egne premisser:

⁵¹ Brækhus (1968) s. 191–192.

⁵² *Ibid* s. 198.

⁵³ *Ibid* s. 199.

«Men, spør man, er ikke dette [hensynet til forsikringsavdekking] i strid med velkjente prinsipper i erstatningsretten? Som argument for å pålegge objektivt ansvar, ansvar uten skyld, blir det jo der anført at en farlig bedrift som ikke makter (eller forsikre mot) den skade den volder, samfunnsmessig er uten eksistensberettigelse.⁵⁴ Her anfører man farligheten som et argument for en reduksjon av det ansvar som følger av alminnelige erstatningsregler.»⁵⁵

Han trekker så paralleller til luftretten hvor tilsvarende begrensningsmodell den gang var under innføring, og antyder at dette fenomenet; beskyttelse mot katastrofeansvaret, ligger utenfor erstatningsrettens alminnelige adekvansregler:

«Forsikring mot slikt ansvar vil være umulig eller betinge premier som bedriften ikke kan bære; og hvis ansvaret er uforsikret vil en enkel katastrofe kunne velte en ellers vel fungerende bedrift, og en bedrift som samfunnsmessig sett er meget nyttig. Adekvansreglene vil ikke kunne gi den nødvendige beskyttelse. Det ser ut til at vi ikke kan greie oss med de alminnelige erstatningsprinsipper i tilfelle av denne art, og det er mulig at vi i drøftelsen av katastroferisikoen kan skimte omrisset av et supplerende ansvarsprinsipp, et prinsipp som imidlertid skiller seg fra vanlige prinsipper i at det nødvendigvis må få en positiv utforming.»⁵⁶

Deretter går han over til å vurdere innholdet av daværende begrensningsregler og med *de lege ferenda* vurderinger av hvordan disse bør modifiseres. Dette skal vi la ligge, også fordi rettstilstanden på sentrale punkter i ettertid er endret gjennom konvensjonen av 1976 med 1996-protokollen som innlemmet i norsk og nordisk rett. Endringene er for så vidt i samsvar med hans betraktninger rundt behovet for heving av ansvarsgrenser⁵⁷ og innskrenking av arten av begrensingsberettigede krav.⁵⁸

⁵⁴ Og det vises her til Fredrik Stangs framstilling i hans *Erstatningsrett*.

⁵⁵ Brækhus (1968) s. 199–200.

⁵⁶ *Ibid* s. 200.

⁵⁷ *Ibid* s. 203–206.

⁵⁸ *Ibid* s. 200–203.

De konklusjoner Brækhus gjør lar seg oppsummeres ved at de sjørettslige reglene har sin mulige berettigelse gjennom nødvendigheten av å beskytte rederiene mot et ødeleggende katastrofeansvar. I prinsippet ønsker man å sette ansvarsgrensen ved det beløpsnivå som rederiene har praktiske muligheter for å dekke inn gjennom ansvarsforsikring. Videre lanserer han tanken om at en slik begrensingsrett – på et legitimt nivå – kan ses som et eget ansvarsprinsipp, utover hva generelle erstatningsrettslige adekvansregler leder til.

Som nevnt innledningsvis har mitt formål med å løfte fram Brækhus' artikkel vært å kaste historisk lys over rettsområdet og samtidig illustrere sentrale betraktningmåter rundt sjørettslige begrensingsregler og forholdet til det selskapsrettslige. Etter mitt syn, og støttet av ettertidens utvikling, var selve spørsmålsstillingen han reiste – hvorfor man trenger sjørettslige begrensingsregler utover de selskapsrettslige – kanskje mer presserende enn de svar han antydte. I ettertid har erstatningsrettslige lempingsregler (jf. skl. § 5-2) kommet som et slags svar på hans antydning om behov for beskyttelsesprinsipper utover adekvansreglene, og den sjørettslige utvikling har vist at begrensingsrett ikke er noen absolutt nødvendighet; Athen-konvensjonens åpner for nasjonalrettslige løsninger med ubegrenset ansvar ved passasjerulykker, og reglene opererer i tillegg med et i utgangspunktet objektivt ansvarsgrunnlag i motsetning til den tidligere skyldregel.⁵⁹

I det hele tatt kan det synes problematisk å skulle, på et vis, ekstrahere et rettslig legitimt kjerneområde for et regelsett med en så broket historikk som de sjørettslige begrensingsreglene, og hvor de internasjonale harmoniseringsbestrebelse gjennom konvensjonsarbeider typisk har preg av pragmatikk og kompromissløsninger, snarere enn en koherent rettslig systembetraktning.⁶⁰

⁵⁹ Grundig gjennomgang gis av Erik Røsæg, *News under the Athens Sun – New Principles and Lost Opportunities of the Athens Convention 2002*, 46 Scandianvian Stud. L. 153, 174 (2002), s. 154–173.

⁶⁰ Se forøvrig betraktninger rundt katastrofeansvaret, Erling Selvig, *Bedriftsansvaret i sjøfartsforhold*, TFR 1977 (Selvig (1977)) s. 413–437 (s. 432–437). Se videre skarpe innvendinger mot enkelte grunnpremisser i sjørettslig tankegang, Carl August Fleischer, *Uheldige «kulturer» og deres skadevirkninger for forskning, undervisning*

7 Begrensningsrett og tilpasning av ansvarsgjennombrudd (*privity*) til den faktiske utviklingen

I forlengelsen av de foregående temaer rundt begrensingsreglene og deres generelle berettigelse, skal vi gå noe mer konkret til verks og kort kommentere utviklingen av reglene rundt rederiers tap av begrensingsrett i form av ansvarsgjennombrudd (*privity*).

I tidligere tider hvor kapteinen av praktiske grunner sto for så vel de nautiske som kommersielle funksjoner ved skipets drift (foran kap. 4), var det naturlig at rederiet heftet ubegrenset ved egen simpel uaktsomhet. Kun unntaksvis var rederiet i posisjon til ved egenskyld å påføre tredjemann skade gjennom skipets drift. Systemet etter sjøl. 1893 var slik sett enkelt: Loven oppstilte de tilfeller hvor reder heftet begrenset, nemlig ved rettshandler inngått av kapteinen og ved skadevoldelse overfor tredjemann (rettsbrudd) begått av kaptein eller mannskap. Forøvrig heftet reder ubegrenset, herunder ved egen uaktsom skadevoldelse (rettsbrudd) og ved andre ansvarsformer som nødrettsansvar.⁶¹

Når så den tekniske utviklingen gikk i retning av rederiets økte egeninnflytelse på skipets drift og dermed dets skadepotensiale, oppstod behov for å «skjerme» reder fra ubegrenset ansvar ved egenskyld i form av simpel uaktsomhet. I motsatt fall ville den faktiske utviklingen langt på vei medføre at de tidligere begrensingsreglene ble utvannet ved at ubegrenset ansvar gjennom egenskyld (ved simpel uaktsomhet) ble normalløsningen ved skipets skadevoldelse.⁶² Av disse grunner ble *privity*-reglene, ved konvensjonen av 1957, endret til at begrensingsretten var i behold med unntak av reders forsett eller grovt uaktsomme egenfeil. En slik regel har vi som kjent den dag i dag, både i reglene for

og rettsikkerhet – særlig om avtalerett og erstatningsrett, i Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen, 1997, s. 303–314 (s. 309–314).

⁶¹ Se redegjørelsen i Knoph (1931) s. 116 flg.

⁶² Brækhus (1998) s. 284.

globalbegrensning (sjøl. kap. 9 § 174) og i reglene for oljesøl (sjøl. kap. 10 §§ 185 i.f. og 194 tredje ledd) og i reglene for lasteskadeansvar (§ 283).

8 Sjørettslig erstatningsansvar og forholdet til det til det ulovfestede objektive ansvaret

a) Generelt

Så langt har vi sett på de særegne regler innen sjøretten og hvordan disse dels har overlevd uendret, dels er blitt tilpasset den faktiske utviklingen for så å videreføres i modifisert form, dels også hvordan reglene er bortfalt som følge av den faktiske utviklingen (bodmeri). Vi har også sett på visse brytningspunkter mellom de sjørettslige særregler og ordinære sivilrettslige regler.

Her skal vi se litt nærmere på samspillet mellom sjøretten og alminnelig erstatningsrett, og da særlig utviklingen av det – i et nordisk perspektiv norskrettslig særegne – ulovfestede objektive ansvar.⁶³ Allerede i kapitlet foran om de sjørettslige begrensningsregler så vi sider av dette belyst;⁶⁴ generelt anses virksomhet med iboende skadeevne nærmest til å bære risikoen når slik skadeevne materialiserer seg og påfører tredjepart tap, noe som utgjør grunntanken i utviklingen av ansvarsformen. Skipsfart vil typisk måtte klassifiseres som virksomhet med iboende skadeevne, og slik sett formodes å være underlagt denne ansvarsformen. Men dette bildet er sammensatt. Vi skal nedenfor se nærmere på det, først ved å gjennomgå den mest sentrale rettspraksis hvor temaet har vært berørt, deretter med enkelte betraktninger rundt gjeldende rett.

I neste hovedkapittel – kapittel 9 – gis en kort gjennomgang av andre sentrale berøringspunkter mellom sjørett og alminnelig erstatningsrett.

⁶³ Jeg bruker i hovedsak denne betegnelsen selv om jeg enkelte steder kaller det «objektivt virksomhetsansvar», som etter mitt skjønn er innholdsmessig mer beskrivende.

⁶⁴ Jf. Brækhus (1968) s. 191–192, sitert i kap. 7 foran.

b) Historiske linjer – domspraksis

Det er for det første verdt å nevne at høyesterettsdommer relatert til skipsfart var på slutten av 1800-tallet sentrale ved etableringen av ansvarsformen. I bølgeslagdommene (Rt. 1874.145 og Rt. 1889.642) medførte dampskipsfart i Sauerelva bølgeskader på eiendeler langs elvebredden. Rederiet ble i sakene pålagt ansvar uten hensyn til skyld, utfra rene risikoavveininger kombinert med naborettslige betraktningmåter.⁶⁵ Sammen med en tidligere dom som gjaldt skader på omkringliggende eiendommer fra togdrift (Rt. 1866.735) og en nær samtidig dom som gjaldt eksplosjonsskader på naboeiendommer fra en nitroglyserinfabrikk (Rt.1875.330), er bølgeslagdommene ansett å danne grunnlaget for det objektive virksomhetsansvaret.⁶⁶ Allerede i en høyesterettsdom fra 1900 (Rt. 1900.753) kom dette til uttrykk. Her benyttet bølgeslagdommene, sammen med nitroglyserindommen, som prejudikater for den nydannede ansvarsformen. En tjenestepike som var overkjørt av hestevogn fikk her ikke erstatning, men rettspraksis gjennomgås og det uttales at hun kunne ikke påberope:

«den gjennom Retspraxis (navnlig Høiesteretsdomme i Rets. 1874 Side 145 flg., 1875 Side 330 flg. og 1889 Side 642 flg.) anerkjendte Sætning om en af positiv Lovhjemmel uberoende mulig Ansvarspligt for Utøverne af Bedrifter, der medfører en særlig og nærliggende Fare for, at Skade derved vil påføres Andre. Ved denne Retspraxis maa det ansees fastslaaet, at Utøveren af en saadan Bedrift, selv om Udøvelsen maa anses retmæssig, og selv om han har udvist al den Omhu, som efter Omstændighederne kan kræves, ogsaa uden positiv Lovbud vil kunne blive erstatningspligtig for Trediemand paaført Skade. ... Men Sætningen gjælder kun om Bedrifter af den nævnte farlige Beskaffenhed.»⁶⁷

⁶⁵ Dommene gjennomgås av Leonard Nesdal, *Ulovfestet objektivt ansvar i sjøretten*, innlevert som studentavhandling ved UiO 2016, s. 11 (Nesdal (2016)). Avhandlingen er under publisering i Marlus.

⁶⁶ Se framstillingen i Viggo Hagstrøm/Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2015 (Hagstrøm/Stenvik (2015)) s. 148–149.

⁶⁷ Dommen s. 754, gjengitt etter Hagstrøm/Stenvik (2015) s. 149.

Bølgeslagsdommene bidro altså til utviklingen av det objektive virksomhetsansvaret, men de fikk likevel liten innflytelse på den sjørettslige utviklingen, dels fordi rettskildebildet her er mer sammensatt enn på landjorden (nedenfor) og dels fordi bølgeslagsfare hadde sin praktiske betydning ved elvefart, ikke ordinær sjøveis skipsfart.⁶⁸ Dommenes virkningshistorie er derfor begrenset til landjorden, ved etablering av objektivt ansvar i vassdragsretten ved vassdragsloven av 1887, og for så vidt også naborettslig ved naboloven av samme år. Men likefullt bærer de altså i seg den sentrale grunntanken for det objektive virksomhetsansvaret.⁶⁹

For det andre bør nevnes at sjørettslige dommer spilte en rolle på et senere stadium av utviklingen av ansvarsformen, og da i samspill med dommer fra andre livsområder som gjaldt bevegelige gjenstander med skadepotensiale – biler, trikker, tog, skip. Når skadepotensialet materialiserte seg ved at slike gjenstander ikke fungerte som de skulle (teknisk svikt), ble ansvar ilagt uavhengig av skyld.

Først ut i rekken er Rt. 1916. 9 hvor styrestaget på en «vareautomobil» røyk som følge av materialtretthet og bilen kjørte inn i et butikkvindu. Høyesterett påla ansvar på objektivt grunnlag og uttaler ganske kortfattet: «[H]vor det gjælder et befordringsmiddel som en automobil, [finder man] at eieren maa være nærmest til at bære den skade, som forvoldes ved at maskineriet ikke fungerer tilfredsstillende.»⁷⁰

Deretter kom den sjørettslige dommen i Rt. 1921. 519 (=ND 1921. 401 Neptun) hvor skipet rente inn i og skadet en jernbanebro i nærheten av kaien hvor skipet skulle legge til, som følge av svikt i skipets reverseeringsmaskineri. Dommen er kortfattet og gir ikke nærmere beskrivelse av årsaken til svikten, og den er avsagt under dissens, men flertallet påla altså ansvar på objektivt grunnlag, blant annet med henvisning til

⁶⁸ Etter mitt skjønn er det noe overraskende at ikke bølgeslagsdommene er blitt mer aktualisert, blant annet ved hurtigbåtfergers noe uvanlige bølgekarakterstikk med innvirkning på omgivelsene. Enkelte merknader gis i Nesdal (2016) s. 14. Se videre Erling Selvig, *Mot objektivt bedriftsansvar? Det objektive bedriftsansvars anvendelse i sjofartsforhold*, TFR 1970 (Selvig (1970)), s. 225–253 (s. 240 og note 36).

⁶⁹ Erling Selvig, *Mot objektivt rederansvar? Det objektive bedriftsansvars anvendelse i sjofartsforhold*, TFR 1970 (Selvig (1970)) s. 225–253 (s. 239). Se også Nesdal (2016) s. 11–14.

⁷⁰ Dommen s. 10. Dette var som kjent før det lovfestede objektive bilansvaret.

styrestagdommen.⁷¹ Mindretallet mente derimot at saken ikke hadde tilstrekkelige likhetstrekk med styrestagdommen til at det objektive ansvar burde ilegges, og stemte for frifinnelse idet saksopplysningen heller ikke ga grunnlag for skyld.⁷²

Av interesse er at Knoph, i sjørettsboken fra 1931, annonserer dommen som markering av det objektive ansvars inntog i sjøretten, og at Knophs syn senere påberopes av Høyesterett til befestning av oppfatningen. Knoph sier:

«Det varte imidlertid en god stund før ansvaret for farlig bedrift fikk tak i sjøretten, hvor loven som nevnt holder det ute. Ved H.R.D. i N.D. 1921 s. 401 (Rt. 1921 s. 519) brøt det imidlertid klart igjennom i et tilfelle, da et dampskib mistet styringen p. gr. a. en feil i maskinen som det ikke var herre over, og skadet en bro. I dommen sies det, at «et slikt uheld kan inntreffe med enhver maskin, og at at innstevntes virksomhet ikke kan drives uten en viss vågnad for at noget i maskinen kan gå galt og ha skadelige følger, uten at uaktsomhet eller forsømmelse kan legges noen spesiell person til last.»⁷³ Men da stod man efter rettens mening overfor en typisk bedriftsulykke, som efter alminnelige rettsregler ubetinget måtte trekke ansvar efter sig. Hvor langt denne dommen bærer er ikke lett å si. Men det synes klart at når det objektive ansvar en gang er innført i sjøretten, lar det sig ikke kaste ut igjen.»⁷⁴

Deretter kom flere dommer som gjaldt teknisk svikt eller lignende uhell ved trikk- og jernbanedrift, og som befestet det objektive ansvars-

⁷¹ Henvisningen framkommer imidlertid bare indirekte, ved at mindretallet (s. 521) viser til at byretten støttet seg til dommen. Høyesteretts flertall henviste til byrettens begrunnelse men gjengivelsen fra byrettens dom er kortfattet og omhandler ikke henvisning til styrestagdommen.

⁷² Dommen s. 521. Et poeng er videre at dommen primært gjaldt spørsmålet om saken skulle avvises idet den var førsteinstansbehandlet i byretten snarere enn i den tids særdomstol i sjørettsaker. Høyesterett fant at den burde vært ført for sjøretten snarere enn byretten men at dette likevel ikke var avvisningsgrunn. Dette prosessuelle spørsmål viser for så vidt sakens grenseflate mellom alminnelig erstatningsrett og sjørett.

⁷³ Det er derimot ikke Høyesterett som sier dette men byretten, med Høyesteretts tiltredelse, dommen s. 521.

⁷⁴ Knoph (1931) s. 126.

grunnlaget,⁷⁵ inntil en ny sjørettslig dom dukket opp i Rt. 1952. 1170 (=ND 1952. 320 Sokrates). Her sviktet påny reverseringsmaskineriet med den følge at skipet rente inn i og påførte betydelige skader på kaien hvor skipet skulle legge til. Årsaken til svikten var en låsebolt som var falt ut av fjernstyringsmekanismen fra styrhuset til maskinen. På ny var det dissens i Høyesterett. Flertallet mente svikten var uforskyldt men påla ansvar med henvisningen til den tidligere Neptun-dommen, samt til oppfatninger i juridisk teori gjennom Knophs uttalelser. Men samtidig er flertallet påpasselig med å understreke den faktiske parallellitet til Neptun-saken. Flertallet unngår med andre ord formulering av rettssetninger med bred anvendelse i sjøretten. Flertallet sier:

«Visstnok gjaldt det i den nevnte sak [Neptun] kollisjon ikke med en kai men med en jernbanebro; men hverken denne omstendighet eller det som [saksøkte] for øvrig har anført til begrunnelse for at det ikke er faktisk parallellitet i saksforhold i de to saker, er etter min mening holdbart. Tilfellene er praktisk talt analoge, og de små faktiske forskjeller som foreligger kan – mener jeg – ikke betinge en annen avgjørelse i denne sak enn saken fra 1921. ... Riktigheten av det prinsipielle syn som dommen av 1921 bygger på, støttes av uttalelser i Knoph: Norsk Sjørett 126–127.»⁷⁶

Mindretallet var derimot uenig i at forholdet lot seg betegne som hendelig uhell, idet bolten, som ikke var godt sikret mot å gli ut, kunne vært inispisert og uhellet dermed avverget. Mindretallet mente ansvar burde ilegges på skyldgrunnlag, og uttrykte tvil om objektivt ansvar overhodet var anvendelig *«således som de faktiske omstendigheter etter min mening ligger an i denne sak.»⁷⁷* I et nordisk perspektiv er det verdt å skyte inn at mindretallets syn har direkte gjenklang hos dansk Høiesteret i et tem-

⁷⁵ Se omtalen i Hagstrøm/Stenvik (2015) s. 198 og oppregningen i Nesdal (2016) s. 14.

⁷⁶ Dommen s. 1172. Det kan kanskje innvendes at noen prinsipiell vurdering av den tidligere dommen hadde Knoph egentlig ikke gitt, og han reiser selv spørsmål om dens rekkevidde, jf. sitatet foran.

⁷⁷ Dommen s. 1175. Av interesse er videre at lagmannsretten mente at det i sjøretten overhodet ikke var rom objektivt ansvar, gjennom ratifisering av sammenstøtskonvensjonen av 1910 som bygger på skyldansvar, dommen s. 1185.

melig parallelt tilfelle i saken Bravur, ND 1995.163. Også der fikk skipet problemer med reverseringsmaskineriet og rente inn i kaien.⁷⁸

Det er grunn til her å gjøre en slags foreløpig oppsummering, som markering av en mulig skillelinje ved parallellføring av det sjørettslige og det generelt erstatningsrettslige. På landjorden ble dette teknisk-svikt ansvaret i stor grad innhentet av, og innlemmet, i en bredere utvikling av det ulovfestede objektive ansvaret. I sjøretten er derimot forholdet annerledes. Noen generell utvidelse av ansvarsformen har her ikke har funnet sted (nedenfor). Dommene om teknisk svikt – Neptun og Sokrates – blir dermed stående som sentrale prejudikater for nettopp denne ansvarsformen; objektivt ansvar for teknisk svikt. Det er derfor ikke helt treffende når det i en generell framstilling av norsk rett, som hos Hagstrøm/Stenvik, Erstatningsrett (s. 205), etter omtale av Lillestrøm-dommen (Rt. 2006.690), slås fast: «Med dette synes de siste rester av læren av om teknisk svikt å være forsvunnet fra det praktiske rettsliv». Det tapes da av synet at i sjøretten er det nok ikke slik.⁷⁹

Den neste sjørettslige saken i rekken er Rt. 1969. 109 Baltic (=ND 1969. 389 Ladogales). Denne gjaldt personskade ved at en lossearbeider omkom etter å ha blitt truffet av et hiv (kranløft) som følge av at skipets lastebom «steilet» under losseoperasjon. Forholdet må trolig kunne betegnes som en form for konstruksjonssvakheter snarere enn teknisk svikt i egentlig forstand. Utstyret kunne vært rigget på en annen og mer betryggende måte, innenfor rammen av hvordan det var konstruert, men uten at måten utstyret faktisk var rigget på av Høyesterett ble vurdert som uaktsomt. Høyesterett påla ansvar på objekt grunnlag og uttaler:

«Jeg ser det slik at slik at losseutstyret stillet til disposisjon for Toftes lossegjeng i den foreliggende situasjonen var beheftet med avgjørende svakheter. Forutsetningen for forsvarlig lossing med koblede bommer er at bommene er sikret mot å slå inn eller steile og denne forutsetningen var ikke til stede. Dermed var faren for at det skulle

⁷⁸ Se omtalen i Falkanger/Bull (2016) s. 230.

⁷⁹ En annen ting er at henvisningen til Lillestrøm-dommen vanskelig utgjør noe belegg for uttalelsen, for dommen gjaldt tilfelle av objektivt ansvar for farlig gods, hvor retten ikke hadde noen egentlig foranledning til å gå inn på teknisk svikt som skadeårsak.

inntre en ulykke klar og påtakelig. Men når det tekniske utstyret er stillet til disposisjon under slike omstendigheter, antar jeg at det etter norsk rett foreligger ansvar uten hensyn til om noen enkeltpersoner kan overføres skyld eller ikke. Jeg finner støtte for mitt syn i dommer inntatt i Rt. 1936 s. 345 og i Rt. 1969 s. 109.»⁸⁰

De to nevnte dommene (Rt. 1936.345 og 1969.109) gjaldt begge lignende kranuhell; den første et tilfelle av lasting av bunkerskull til skip hvor et kullstykke falt ut over kanten på grabben mens den var i bevegelse og medførte personskade/dødsfall; den andre et rent landbasert tilfelle hvor en løftekran brøt sammen til tross for at angitt løftekapasitet ikke var overskredet.

Betydningen av Ladogales i sjørettslig sammenheng er neddempet av Høyesterett selv i saken Uthaug (nedenfor), og for meg synes dette riktig og naturlig; uhell knyttet til krandrifft er ikke noe særskilt sjørettslig, det kan like gjerne skje ved landbasert som ved skipsbasert utstyr, som også henvist til i dommen.⁸¹ Dommen faller derfor inn i rekken av både tidligere og senere dommer i den generelle erstatningsrett; tilfeller som gjerne kan sies å ligge i grenseflaten mot culpa, hvor skadetilfellet for så vidt kunne vært avverget ved større aktpågivenhet eller forbedret utstyr, men forholdet likevel ikke rammes av ordinær culpavurdering, som f.eks. i Rt. 1985.1011 Hauketo knyttet til togdrift.⁸²

Den neste sjørettslige dommen hvor spørsmålet om objektivt ansvar var oppe, er Rt. 1973. 1364 (=ND 1973. 1364 Uthaug). Saken gjaldt ubåten Uthaug som i neddykket tilstand kjørte i og skadet en trål, slept etter et fiskefartøy som ledd i fisket. Årsaken var at ubåtnavigatørene feilaktig trodde at ubåtens sonarutstyr ville fange opp (gi lydekk fra) nedsunkne tråler. Slik oppfatning av sonarens tekniske funksjonsevne var allment utbredt blant marinens ekspertise; erfaringsgrunnlaget på det tidspunktet

⁸⁰ Dommen s. 1313.

⁸¹ Selvig (1970) tilla dommen på daværende tidspunkt bredere rekkevidde (se særlig s. 252), se dog Selvig (1977) s. 421–425.

⁸² Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 2009, s. 306 gir – ved diskusjonen om ansvar ved såkalt «uforsvarlig ordning» – etter mitt skjønn treffende karakteristikkk av denne kategorien dommer.

tilsa ikke noe annet, slik at Høyesterett fant at det ikke var grunnlag for skyldansvar, verken på ledelsesnivå i marinen eller på navigasjonsnivå på ubåten.

På ny var det dissens i Høyesterett. Flertallet mente det ikke var grunnlag for objektivt ansvar for denne type sjørettslige forhold, og frifant dermed staten. Mindretallet mente derimot at det var grunnlag for objektivt ansvar slik forholdene lå an i saken, men distanserte seg samtidig fra det sjørettslige ved å framheve at ubåtdrift skilte seg markant fra ordinær skipsfart. Det er igjen verdt å sitere de mest sentrale uttalelsene, først fra flertallet:

«Når således det som skjedde har sin årsak i manglende kunnskap hos «Uthaug»s besetning om den usikkerhet som kunne knytte seg til observasjonen fra ubåtens hydrofoniske utstyr, synes det ikke umiddelbart naturlig at den skade dette ledet til på en trålers fiskerskaper, skal bæres av tråleren og ikke den skadevoldende ubåt, selv om dens besetning etter det erfaringsgrunnlag man da hadde intet kan bebreide.

Erstatningsansvar på objektivt grunnlag har liten plass i sjøretten. I tilfelle som ikke har spesiell lovhjemmel, er slikt ansvar bare blitt fastslått av domstolene i meget spesielle tilfelle,⁸³ som ellers ligger fjernet fra det forhold som her behandles. Jeg kan heller ikke se at Baltic-dommen [Lagodales], som har vært påberopt, har bragt dette i en prinsipielt ny stilling. Jeg kan ikke se at de momenter som er fremholdt av den ankende part kan gi rettslige holdepunkter for et objektivt erstatningsansvar. Til tross for at meget synes å tale for at det hadde vært rimelig om erstatning her var ytet, er jeg blitt stående ved at et rettslig erstatningskrav i det foreliggende tilfelle, når skyld ikke finnes godtgjort, ville falle utenfor rammen av det jeg må anse som gjeldende rett.»⁸⁴

Mindretallet distanserer seg som nevnt fra det sjørettslige og vektlegger hensynet bak det objektive ansvaret som i dette tilfelle gjorde seg sterkt gjeldende:

⁸³ Altså de to dommene Neptun og Sokrates, siden Ladogales nevnes i neste setning.

⁸⁴ Dommen s. 355–356.

«En ubåt under vannet er således utsatt for en særegen fare for sammenstøt med gjenstander i sjøen som den slett ikke eller vanskelig kan observere. Den skiller seg for så vidt helt fra vanlige overflatefartøyer. Denne særegne risiko, som er karakteristisk for ubåter, og som kan sies å skyldes teknisk svikt eller begrensninger ved dem, antar jeg at det må være riktig at disse må bære selv. Etter min oppfatning ville det være urimelig om de skulle kunne avvise ansvar, og la tapene bli hos dem skadevoldelsen rammer... [Fiskebåtreder] kan intet gjøre for å beskytte seg mot den fare ubåter slik representerer, og jeg antar at han normalt ikke praktisk vil kunne dekke seg ved forsikring. For ham vil det fremstå som urimelig at han ikke skulle ha krav på erstatning. Objektivt ansvar har liten plass i sjøretten, som vesentlig bygger på culpaansvar. Ukjent er det imidlertid ikke i vår rettspraksis, og jeg antar at det ikke i gjeldende rett er noe som utelukker objektivt ansvar for et skadetilfelle av den foreliggende art... Det dreier seg om en risiko særpreget for ubåter, en meget begrenset gruppe fartøyer, hos oss alle tilhørende marinen; den henger sammen med disse fartøyers teknisk begrensede muligheter for å observere når de går under vann. Jeg antar at der i godt samsvar med de synspunkter som ellers har ført til objektivt ansvar i norsk rett, om man antar at staten må bære risikoen for de skader dens ubåter volder på grunn av sine teknisk begrensede observasjonsmuligheter under vann.»⁸⁵

Igjen: Høyesterett distanserer seg fra det objektive ansvar i sjøretten ved å uttale at ansvarsformen har «liten plass i sjøretten» (flertall og mindretall) «... som vesentlig bygger på culpa» (mindretallet).

Den siste dommen vi skal kort nevne er Rt. 1988.1003 (=ND 1988.187 Kabelferge). Saken gjaldt personskade ved at en kabelferge kantret på grunn av overbelastning under overfart mellom Nesøya og Brønnøya i Asker. Objektivt ansvar ble pålagt, for så vidt etter den samme type kriterier som i Ladogales og de to krandommene der nevnt.⁸⁶ Et tema i saken var om sjølovens regler om passasjerbefordring kom til anvendelse, noe Høyesterett (etter mitt skjønn klart med rette) kom til at de ikke

⁸⁵ Dommen s. 358.

⁸⁶ Påny er jeg enig med Lødrup l.c. som på s. 305–307 nevner Kabelfergedommen blant disse andre.

gjorde. Når forholdet slik sett ikke var egentlig sjørettsrelatert, sto man fritt til å bedømme saken etter de ordinære objektive reglene. Dommen var enstemmig. Høyesterett uttaler til det sjørettslige:

«Jeg ser imidlertid ikke grunn til å gi § 188 jf. § 171 anvendelse ut over det område bestemmelsene dekker etter sin ordlyd. På samme måte som lagmannsretten legger jeg vekt på at fergen – om den overhodet regnes som et skip – er vesentlig ulik de skip sjøloven typisk tar sikte på. De harmoniseringssynspunkter som er anført av den ankende part, bør under disse omstendigheter ikke begrense skadelidtes mulighet til å påberope seg et ansvarsgrunnlag som vil gi ham en sterkere stilling enn den han vil ha etter § 188. Dette leder over til en vurdering av om [NN] kan kreve erstatning etter de alminnelige regler om objektivt ansvar.»⁸⁷

c) Betraktninger rundt gjeldende rett – særlig om grensegangen mot skyldansvaret ved skipssammenstøt

Hva sier så denne gjennomgangen om det ulovfestede objektive ansvarets stilling i sjøretten?

En hovedretning er allerede antydnet: Det foreligger to prejudikater for objektivt ansvar ved teknisk svikt (Neptun, Sokrates) og da innenfor (i mine ord) kjerneområdet for det sjørettslige, i det de berører nautiske forhold i sin typiske form. Videre: hensynet bak det objektive ansvar slo her opplagt til; det var tale om «farlig bedrift» i den forstand at slike uhell lå innenfor det typiske skadepotensiale ved driften av skip. At disse dommene fortsatt må ses som gjeldende rett synes bekreftet av Høyesteretts merknader i senere saker.⁸⁸ En side ved dette som vi her ikke går nærmere inn på er hvordan et tilsvarende tilfelle i vår tid eventuelt skulle sammenholdes med saksforholdet i Neptun og Sokrates. Krav til kvalitet ved og tilsyn av teknisk utstyr er nok jevnt over skjerpet siden gang, og det er grunn til å minne om mindretallets syn i Sokrates; manglende

⁸⁷ Dommen s. 1008.

⁸⁸ Ikke i noen senere saker har Høyesterett tatt avstand fra de to prejudikatene, og uttalelsene i Uthaug tyder på at man har dommene i tankene når man snakker om «den begrensede plass» ansvarsformen har i sjøretten.

oppdagelse av at den aktuelle låsebolt var falt ut burde bedømmes som culpøst, noe som ville overflødiggjøre betraktninger rundt det objektive ansvars anvendelse. Rekkevidden av dommene som prejudikater kan nok derfor være usikker.

Det er videre holdepunkter for at svikt ved eller mangelfullt utstyr relatert til lasteoperasjoner (Ladogales) etter omstendigheten kan gi ansvar på objektivt grunnlag, i den forstand at slike uhell ikke er noe særegent for skipsfarten. Satt på spissen; det ville gi liten mening om tilfelle av tredjemannskade skulle stille seg annerledes alt ettersom det er skipets eller landsidens kraner som sviktet i et gitt lastehåndterings-tilfelle.⁸⁹

Utover dette har Høyesterett vært påpasselig med å uttale at ulovfestet objektivt ansvar har «liten plass på sjørettens område», at «sjøretten er i hovedsak skyldbaset» osv. Fra et rettsavklaringsperspektiv er det noe uheldig at Høyesterett ikke i større grad har benyttet anledningen til å gi betraktninger av noe mer prinsipiell art rundt det objektive ansvars rekkevidde. Her skal enkelte refleksjoner gjøres i forlengelsen, så å si på fritt grunnlag.

For det første er det sentralt at skipssammenstøt er lovregulert gjennom skyldregler. Slik har det vært siden sjøloven 1860.⁹⁰ Etter at Norge tiltrådte sammenstøtskonvensjonen av 1910 har den lovfestede skyldregelen gjenspeilt også Norges folkerettslige forpliktelser. En supplerings med ulovfestet objektivt ansvar i tilfeller av skipssammenstøt ville i realiteten innebære at skyldreglene ble satt til side, noe som ville være konvensjonsstridig.⁹¹ At skyldregelen her gjelder uinnskrenket er også fastslått av Høyesterett, som i saken Marna Hepsø (Rt.1971.843=ND 1971.36) uttaler: «*Etter sin ordlyd utelukker sistnevnte bestemmelse*

⁸⁹ Men likefullt kan behov for sontring oppstå ved at skipet som skadevolder etter omstendigheten kan påberope seg begrensingsrett. Dette var oppe blant annet i Sokrates-dommen; begrensingsretten reduserte kravet fra kr 27.000 til kr 8.000.

⁹⁰ Platou (1900) s. 476. Bestemmelsene ble med få endringer videreført i sjøl. 1893, *Ibid.* s. 482.

⁹¹ Riktignok ville det ikke det folkerettslige aspekt aktualiseres dersom begge skipene er norskflaggede, men sjølovens skyldregler skiller ikke på dette punkt, også fordi sjøloven før Norges konvensjonstillredelse opererte med lovfestet skyldregel.

[daværende sjøl. § 221, nå § 162] objektivt ansvar, noe som bekreftes når bestemmelsen ses i sammenheng med inkorporeringen av sammenstøtskonvensjonens regler i norsk rett.»⁹² Saken var helt parallell med Neptun og Sokrates i den forstand at skipet fikk problemer med reverseringsmaskineriet i det det skulle legge til kai, men i dette tilfelle traff det et annet skip fortøyd ved kai, ikke kaie selv.

Dermed berøres et annet poeng, nemlig kollisjonsreglenes virkeområde. Siden skyldansvaret her råder grunnen, og historisk har gjort det, er grensegangen for kollisjonsreglenes virkeområdet naturlig nok utviklet med utgangspunkt i skyldregelen. Det har med andre ord ikke vært slik at kollisjonsreglene har blitt avstemt, så å si, mot utviklingen av det ulovfestede objektive ansvar. Slik er det uegentlige sammenstøt (jf. sjøl. § 163) regulert i forlengelsen av det regulære sammenstøt.⁹³ Og sammenstøt med stilleliggende skip (oppankret eller fortøyd til kai) reguleres i konvensjonens artikkel 2.2 på linje med kollisjoner hvor begge skip er i bevegelse, og er – som illustrert i Marna Hepsø – også forstått slik i norsk rett, selv om konvensjonsbestemmelsen (merkelig nok) ikke er uttrykkelig inntatt i sjøloven.⁹⁴

Videre bør nevnes at kollisjonsreglenes skyldansvar står saklig sett i nær forbindelse med sjøveisreglene. Kollisjonstilfeller vil typisk nødvendiggjøre skyldvurdering på begge skipenes side, slik at tilfellene etter sin natur gjør det nærliggende å anvende skyldansvar. Betegnende er at rettslige framstillinger av kollisjonsansvaret knytter skyldvurderingen til sjøveisreglenes innhold.⁹⁵ Dette har igjen historisk og rettsystematisk sammenheng med sjøforsikringens stilling ved skipskollisjoner hvor ansvaret dekkes av kaskoforsikringen (ikke P&I).⁹⁶

⁹² ND 1971.36 (s. 44). Se også øvrige dommer i Falkanger/Bull (2016) s. 219–220.

⁹³ Det er verdt å bemerke at sammenstøtskonvensjonen ikke inneholder regler om uegentlig sammenstøt, dette er altså en bestemmelse tilføyet av den norske lovgiver.

⁹⁴ Se nærmere om konvensjonens virkeområde, Selvig (1970) s. 237–239.

⁹⁵ Platou (1900) s. 474 åpner framstillingen av kollisjonsansvaret med å forklare reglenes virkeområde; de gjelder for alle fartøyer – små som store – så sant de er underlagt sjøveisreglene, og han går så over til å omtale sjøveisreglene før han redegjør for kollisjonsreglenes ansvarssystem. Om sjøveisreglenes betydning ved kollisjon, se også Falkanger/Bull (2016) s. 224 flg.

⁹⁶ Falkanger/Bull (2016) s. 561 flg.

Riktignok får nåværende norske rettsstilling enkelte merkelige, nærmest vilkårlige utslag, som illustrert ved Marna Hepsø sammenholdt med Neptun og Sokrates: Renner et skip inn i en kai på grunn av teknisk svikt foreligger objektivt ansvar, renner skipet i stedet inn i annet skip fortøyd ved kaien, foreligger ansvar på skyldgrunnlag, og altså ansvarsfrihet ved de rene tilfeller av teknisk svikt.⁹⁷ I et perspektiv av rettslig koherens ville det nok være heldigere med skyldansvar over hele linjen, også ved tilfeller av teknisk svikt som rammer kaianlegg.

Det er nok derfor, alt i alt, gode grunner til at Høyesterett – med henvisning til at sjøretten i stor grad er skyldbasert – er tilbakeholden med å gi generelt spillerom til de ulovfestede objektive ansvarsregler.⁹⁸ Så kan man kanskje mene ulikt om et tilfelle som Uthaug; om man som mindretallet burde anse dette for å være tilstrekkelig i periferien av det sjørettslige til å anvende de ellers gjeldende objektive ansvarsreglene, eller som flertallet; å anse forholdet så nært opp til (ordinær) skipsfart at forholdet unndras de objektive ansvarsreglene. Saker med behov for slik grensegang kan nok tenkes å dukke opp påny.

Utover disse betraktningene rundt de skyldbaserte sjørettslige kollisjonseglene, kan nok tilsvarende betraktninger gjøres rundt andre av de sjørettslige lovhjemlede ansvarsreglene, som det objektive ansvar for oljesøl⁹⁹ og det – etterhvert – objektive ansvar for skade forårsaket av HNS (Hazardous and Noxious Substances) ombord.¹⁰⁰ Generelt er det nok slik at selve det at sektorvis lovgivning gis, er en rettskildemessig kompliserende faktor ved spørsmålet om å skulle supplere de lovregulerte

⁹⁷ Om Sirius-dommen var et slikt rent tilfelle av teknisk svikt kan imidlertid diskuteres, se merknader foran.

⁹⁸ I tillegg til de skyldbaserte kollisjonsreglene er som kjent også det generelle rederansvaret, sjøl. § 151, skyldbasert. Etter mitt skjønn er denne bestemmelsen likevel ikke sentral ved grenseflaten mot det objektive ansvar, dels på grunn av dommene Neptun, Sokrates og Ladogales (det skyldbaserte rederansvar fantes også den gang), og dels gjennom parallellen i skl. § 2-1 (arbeidsgiveransvaret) som ikke har utgjort noen sperre mot utviklingen av landjordens objektive virksomhetsansvar. Tildels annerledes, Selvig (1977) pkt. 3.

⁹⁹ Enten i form av bunkersolje eller bestandig olje som last, jf. sjøl. kap.10.

¹⁰⁰ HNS-konvensjonen 2010 er ennå ikke trådt i kraft, Falkanger/Bull (2016) s. 2015 flg.

ansvarsgrunnlagene med ulovfestede.¹⁰¹ Skulle en f.eks. tenke seg at et gitt tilfelle av tingskade ved oljesøl ikke er dekket etter tolking av de konvensjonsbaserte reglene for oljesøl,¹⁰² ville det være problematisk å skulle supplere disse reglene med de norskrettsbaserte ulovfestede objektive ansvarsreglene.

Ytterligere kompliserende er krysningen, og sammenhengen, mellom sjørettens regulering av ansvarsgrunnlag og reglene om ansvarsbegrensning. Vi skal ikke gå nærmere inn på dette temaet her men minne om at i Sokrates-saken fikk de sjørettslige reglene et slags «siste ord» tross anvendelsen av det ulovfestede objektive ansvar; skadelidte ble avspist med under en tredel av sitt tap grunnet de sjørettslige begrensingsreglenes anvendelse.

9 Sjørettslig erstatningsansvar og forholdet til andre deler av erstatningsretten

Utover sjørettens bidrag til ulike stadier av utviklingen av det objektive virksomhetsansvaret, har sjørettslige dommer på ulike felt spilt en sentral rolle i generell erstatningsrett, og inngår i pensum slik at nær sagt enhver student vil ha kjennskap til dem. Her nevnes i korthet:

Dommen i Rt. 1972. 815 alkejakt (=ND 1973.343 Trygg) bidrar til å klarlegge grensen for arbeidsgivers ansvar for ansattes uaktsomme handlemåte, og trekker samtidig viktige paralleller mellom bestemmelsen om rederansvaret i sjøl. § 151 (den gang § 8) og det alminnelige arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1. I saken vant staten, som saksøkt, ikke fram med anførsler om at skipssjefens vådeskudd, som medførte

¹⁰¹ Det objektive nødrettsansvaret er for så vidt ulovfestet i sjøretten men likefullt lovfestet gjennom skl. § 1-4, og det kjennes som et objektivt ansvarsgrunnlag i de fleste rettssystemer, jf. Nygaard (1974) s. 251, i motsetning til det internasjonalt særegne norske virksomhetsansvaret – se dog for amerikansk rett, Selvig (1970) s. 228.

¹⁰² Se for grensegangen av tapsposter ved oljesøl, min artikkel *Some reflections concerning the scope of the Maritime Code Section 172a*, SIMPLY 2016=MarIus nr. 482, s. 28 flg.

personskade under improvisert alkejakt fra motortorpedobåtens bro, var så upåregnelig og atypisk at ansvarsidentifikasjon ikke burde skje. Handlemåten ansås skjedd «i tjeneste» og staten ble ansvarlig som reder/arbeidsgiver.

Dommen i Rt. 1970.1154 Tirranna (=ND 1970.82 Tirranna) er sentral rundt temaet hvorvidt det gjelder en mildere culpanorm ved visse former for statlig tjenesteytelse enn ellers. En lysbøye var slukket i Finnsnesrenna ved Tromsø. Ansvarshavende styrmann hadde basert sin navigasjon på lysbøyen og skipet totalhavarerte idet bøyen bortfalt som navigeringsmerke. Bøyen var slukket gjennom grov uaktsomhet fra statens lokale tilsynsmann. Staten ble (under dissens) likevel ikke ilagt ansvar, dels ut fra betraktninger om egenskyld og aksept av risiko ved at man fra skipets side i for stor grad hadde basert seg på lysbøyen som navigeringsmerke, og dels gjennom legislative betraktninger om staten bør illegges ansvar ved uaktsomhet fra fyr- og merkevesenets enkeltstående feil. Om flertallets begrunnelse ville ha stått seg i dag, ved økt betydning og profesjonalisering fra merkevesenets side, synes tvilsomt.¹⁰³ Poenget her er begrenset til å illustrere sjørettslige dommers betydning i et historisk lys.

Videre skal nevnes dommen i Rt. 1955.872 kabel (=ND 1955.181 Consul Bratt). Forholdet var at skipet på grunn av maskinsvikt lot ankeret gå ved innseiling til Fredrikstad. Området var merket på kartet med strømkabel og skipets anker dro strømkabelen over, med den følge at bedriften som var eneste mottaker av strømmen, led driftsstans, og krevde sitt tap erstattet, og fikk medhold – med erstatning ilagt på objektivt grunnlag gjennom nødrettsansvar. Dommen er sentral, på ulike nivåer. For det første av rettssystematiske grunner ved at den tidligere doktrinen med skille mellom tinglige og obligatoriske krav til bestemmelsen av rene formueskravs vern, ble forlatt til fordel for en nærmere adekvans-interesseavveining basert på påregnelighet og tapets «nærhet» til skadevoldelsen. For det andre fordi dommen var forløper for den senere svært sentrale flymanøverdommen, Rt. 1973.1268, hvor

¹⁰³ Se som en mulig motsats, den svenske høyesterettsdommen i ND 1987.1 Tsesis. Se videre redegjørelsen i Falkanger/Bull (2016) s. 158–159.

Høyesterett trekker nærmere grenser for de «inadekvate» formuerettslige kravns vern, og hvor retten markerer distanse til saksforholdet, og den tilhørende begrunnelsen, i kabeldommen.

Endelig har kabeldommen interesse fordi den gjaldt nødrettsansvar, noe Høyesterett i flymanøverdommen synes å forutsette leder til en annen adekvansvurdering for de rene formueskravs vern enn ved ordinært skyldansvar. Trolig er tanken at nødrettsansvar gir et ekspropriasjonslignende avgrensingsgrunnlag, men de rettslige omstendigheter rundt dette har vært lite påaktet i rettspraksis og teori. Generelt må det kunne sies at nødrett som ansvarsgrunnlag i stor grad er utviklet gjennom sjørettslige dommer,¹⁰⁴ hvor kabeldommen inngår i rekken, men at overraskende lite akademisk arbeid er nedlagt for nærmere analyse av ansvarsformen.¹⁰⁵ For eksempel kan utviklingen i retning av fartøysautomatisering tenkes å gi renessanse til nødrettsansvaret; ved bruk av kunstig intelligens med de «offerhandlinger» som her kan tenkes programmert for å håndtere nødlignende situasjoner, foretas en form for valg beslektet med hva man kjenner fra nødrettsansvaret.

¹⁰⁴ Nygaard (1974) sier, s. 262, som ledd i sitt prosjekt om å bruke domsmateriale som belegg for sin tese om at det er ofringshandlingen som er den rettsstiftende kjensgjerning for nødrettsansvaret: «*Rett nok er tilfanget av domsmateriale litt skjeivt fordelt. Dei aller fleste dommar om naudrettsansvaret hjå oss gjeld skade valda av skip i storm eller drift. Dette gjer materialet litt einsidig. På den andre sida kan denne fordelinga tyda på at det er på sjøen regelen er mest praktisk. Dette kan også gi grunnlag for at parallellar til reglane om fellehavari og sjøforsikring kan få større aktualitet, dei byggjer som nemnt på ei form for ofringsdisposisjon.*»

¹⁰⁵ Et sentralt bidrag er Nygaard (1974) men etter det har lite vært skrevet. Et bidrag gir også Ingvild Nordhaugs studentavhandling, *Nødrettslig erstatningsansvar belyst i sjøretten*, innlevert våren 2017 ved UiO. Videre gis en kort oversikt i Falkanger/Bull (2016) s. 220 med domshenvisninger.

10 Sjøretten og utviklingen av preseptorisk «forbrukervern»

Fra det nasjonale vender vi så tilbake til det internasjonale og et annet sentralt trekk ved sjørettens utvikling, nemlig preseptorisk lovgivning basert på internasjonale konvensjoner til beskyttelse av transportkundens interesser. Denne utviklingen som strekker seg tilbake til Haag-reglene av 1924, og igjen med den amerikanske Harter Act av 1893 som forbilde, kan på sett og vis ses som en tidlig forløper for vår tids preseptoriske lovgivning til beskyttelse av forbrukerinteresser.

Den sjørettslige utviklingen kan videre ses som modell for senere preseptorisk regulering innenfor andre transportformer, i veitransport på europeisk nivå gjennom CMR, på globalt nivå for luftfart gjennom Warszawa- og senere Montreal konvensjonen, for jernbanetransport gjennom CIM-COTIF og, om enn uaktuelt for norsk/nordisk rett, for indre vannveier i Europa gjennom CMNI. Riktignok er de materielle regler, gjennom ansvarsgrunnlag og begrensningsbeløp, til dels sterkt varierende, men selve modellen for preseptivitet og harmonisert regelgivning, har sin opprinnelse i det sjørettslige.

Linjer seg altså trekke til moderne lovgivning for forbrukerbeskyttelse. Men den parallellen bør likevel ikke overdrives, for den historiske bakgrunn og reguleringens innhold er til dels sterkt avvikende. I det sjørettslige var som kjent bakgrunnen en sterk dragkamp mellom særlig amerikanske og engelske interesser: Engelsk rett med datidens dogme om avtalefrihet og influert av en rederinæring som benyttet sin dominerende stilling til å innta langt på vei uakseptable ansvarsfraskrivelser – og som motsats, amerikansk rett, i hovedsak influert av varesidens eksport- og importinteresser og med domstoler langt mer villige til å sensurere urimelige kontraktsvilkår enn hva de engelske domstoler var. Når så engelske rederiinteresser svarte på den amerikanske sensurerende domstolutviklingen ved å innta jurisdiksjons- og lovvalgsbestemmelser som brakte tvister inn under engelsk rett, svarte som kjent amerikanske interesser med tvingende materiell lovgivning (Harter Act) og med juris-

diksjonskanalisering til amerikanske domstoler i saker med amerikansk tilknytning.

Til dette bildet av internasjonal dragkamp hører også rettsstillingen i *common law* slik den var i engelsk og også i amerikansk rett da den amerikanske Harter Act ble innført. Rederisiden var etter *common law* i all hovedsak underlagt objektivt erstatningsansvar etter prinsipper hentet fra landjordens regler om *bailment* (forvaringsansvar). Hva den engelske rederinæringen avtalte seg bort fra, var altså et strengt ansvarsregime, og langt strengere enn det skyldbaserete ansvar norsk og nordisk rett er historisk tuftet på. Haag-reglene, og forløperen Harter Act, besto i en balansegang mellom det tilnærmet objektive forvareransvaret etter *common law* og kontraktspraksis med rederinæringens vidtgående ansvarsfraskrivelser. Den for sjøretten særegne regel om ansvarsfritak for hjelpersvikt gjennom nautisk feil og brann (sjøl. § 276) var produktet av denne balansegangen.¹⁰⁶ En slik mellomløsning, nedfelt i tvingende regler, ble ikke uten videre godt mottatt i det norske og nordiske rederinæringstiljøet, og det tok bortimot 15 år før Haag-reglene ble implementert i sjølovgivning gjennom konnossementsloven av 1939.¹⁰⁷

Den sjørettslig internasjonale historikk rundt preseptivitet har altså begrenset parallell til det vi i dag kjenner som generell forbrukerbeskyttelse. Dette kommer også til uttrykk ved at den beløpsmessige ansvarsbegrensning som opprinnelig ga transportkundesiden en rimelig grad av erstatning, i stor grad er uthullet gjennom ettertidens reduksjon av pengeverdien. En slik inflasjonsstyrt reduksjon av erstatningsuttellingen har på den annen side ingen dramatisk effekt siden lastesiden i hovedsak har dekket opp sine interesser gjennom transportforsikring. Det er altså mellom partenes assurandører lasteskadetvistene i hovedsak verserer, og også på dette punkt halter parallellen til vår tids preseptoriske forbrukervern.

Ved disse historiske linjer er det også plass for noen betraktninger, av Knoph, gitt i 1931, rundt sjørettens særpreg som utpreget «handelsrett», i motsetning til hovedtanken bak forbrukerlovgivning, og hvor det siste lar seg kople mot hans begrep om «borgerlig rett»:

¹⁰⁶ Se også Falkanger/Bull (2016) s. 278 flg.

¹⁰⁷ Brækhus (1998) s. 282, påpeker denne motviljen fra næringens side.

«Imidlertid er det verd å merke sig, at store deler av sjøretten, først og fremst befraktningsavsnittet, nettopp har det handelsrettslige preg som f.eks. har ledet kjøpsloven til å stille handelskjøpet i en særstilling overfor det borgerlige kjøp. Hvis man derfor på disse områder står overfor et spørsmål som loven ikke løser, vil man være mere tilbøielig til å hente sine analogier fra handelslivet, hvor alt foregår raskt og nøiaktig, men også skjematisk og hårdhendt, enn fra den borgerlige rett som er mere sendrektig, men til gjengjeld også mer skrupuløst rettferdig.»¹⁰⁸

Men tross disse innvendingene av materiellrettslig art; selve modellen med preseptorisk beskyttelse av den antatt svakere part i kontraktsforhold, har altså sitt utspring i sjøretten. I den forbindelse er det også verdt å nevne at lenge før man tenkte i retning av noen generalklausul med rimelighetssensur i avtale- og kontraktsretten, som nåværende avtl. § 36, hadde man i sjøretten en tilsvarende bestemmelse for sensur av urimelige vilkår ved inngåelse av bergingsavtaler, og da basert på norsk/nordisk tankegods, tilbake til sjøl. 1893 § 227¹⁰⁹ (jf. nåværende sjøl. § 443 tredje ledd).

11 Linjefart og de uhåndterlige multimodale transportør

Fra en slik redegjørelse for de preseptoriske lasteskadereglene er det naturlig å gjøre noen bemerkninger rundt linjefart og utviklingen av konteinertransporten, også siden dette i høy grad berører temaer rundt rederierorganisering og ansvar, gjennom linjerederiers utvidede funksjoner til å drive terminalvirksomhet, ta del i tilknyttede transportør, osv.

Med hva som vel kan kalles konteinerrevolusjonen fra 1960- og 70-tallet oppsto fenomenet multimodale transportør. I økende grad ønsket

¹⁰⁸ Knoph (1931) s. 3.

¹⁰⁹ Som påpekt av Brækhus (1998) s. 279.

kundesiden containere transportert fra dør til dør, noe som aktualiserte ulike transportformer under en og samme transportkontrakt, f.eks. vei-sjø-vei. Ideelt ville da også de ulike regelsettene for de ulike transportmidlene bli koordinert, slik at dør-til-dør transporter ble underlagt ett internasjonalt koordinert ansvarsregime, eller i alle fall et slags overordnet regime som koordinerte de ulike regler under regimene for de særskilte transportmidlene. Noe slikt koordinerende system finnes likevel ikke. Her skal hovedtrekkene for utviklingen skisseres, med utgangspunkt i det sjørettslige.

De sjørettslige Haag-Visby reglene er som kjent unimodale. Riktignok har Norge og de nordiske land ved sjøloven 1994 – inspirert av Hamburgreglene – utvidet reglenes virkeområde noe til også å omfatte terminalstadiene ved linjefart, i lys av utviklingen av containerbruken, jf. reglene for transportørens ansvarsperiode i sjøl. § 274.¹¹⁰ Men sjøloven og Haag-Visby reglene har ingen regulering av sjøtransporter som også omfatter andre transportmidler.

Etter hvert – i 1978 – kom for europeisk landeveistransport CMR konvensjonen. Denne tar hensyn til at landeveistransporter kan inneholde sjøveistransport innlemmet i veitransporten og regulerer slik sett det multimodale aspekt til en viss grad (art. 2, jf. veifrl. § 4). Da CMR ble utarbeidet ventet man imidlertid at det etter hvert ble utviklet en egen konvensjon for multimodale transporter og nøyde seg derfor med en slik begrenset regulering. En multimodal transportkonvensjon ble også etter hvert utviklet; Genèvekonvensjonen av 1980 i regi av UNCTAD, men denne trådte aldri i kraft.

Parallelt med det sjø- og landeveisrettslige kom Montreal-konvensjonen (1999) om lufttransport som også til en viss grad omhandler det multimodale, men da med en noe annen reguleringsteknikk enn CMR.¹¹¹ Likeledes har for jernbane CIM-COTIF en begrenset multimodal

¹¹⁰ Falkanger/Bull (2016) s. 321 flg. Se også min artikkel, *The doctrine of scope of service and mandatory legislation*, SIMPLY 2005/MarIus nr. 335, s. 71 flg., som tar for seg spørsmål rundt partenes funksjonsfordeling ved lastehåndtering og betydningen for de tvingende lovreglers anvendelse.

¹¹¹ Se framstillingen i NOU 2012: 10 *Gjennomføring av Rotterdamreglene i sjøloven*, s. 33–36.

regulering.¹¹² Ytterligere skal nevnes Rotterdamreglene som ble ferdigstilt i 2009 i regi av UNCITRAL – ment som modernisering av de sjørettslige transportreglene og med en begrenset multimodal løsning ved at konvensjonen gjelder for sjørettslige transportkontrakter som er utbygd også med andre transportformer.¹¹³ Rotterdam-reglene ser imidlertid ikke ut til å ville tre i kraft.¹¹⁴

Etter nåværende rettsstilling er altså det multimodale uregulert på internasjonalt konvensjonsnivå.¹¹⁵ Den rettslige løsningen er dermed uklar og ukoordinert. Her skal en illustrasjon gis for å skissere de ulike betraktningmåtene som kan tenkes anlagt for et tilfelle av sjøtransport som under samme kontrakt også inneholder transportstrekning med annet transportmiddel, f.eks. veitransport.

Man kunne se det slik at den type flermodal transport ikke regnes som sjøtransport etter de sjørettslige regler, og slik sett i sin helhet faller utenfor deres virkeområde. Eller man kunne la de sjørettslige regler gjelde så langt de rekker, altså kun å omfatte skader oppstått under sjøetappen. Eller man kunne utvide det sjørettslige til å gjelde så langt de sjørettslige regler passer, altså etter omstendighetene også for skader oppstått under den tilgrensende veietappen. Mot en slik modelltenkning med utgangspunkt i det sjørettslige, kan man imidlertid tenke tilsvarende modelltenkning med utgangspunkt i f.eks. det veifraktrettslige, og dermed illustreres for så vidt de opplagte konfliktflater som kan oppstå mellom de ulike transportregimer ved multimodale transporter.¹¹⁶ Som vi har sett inneholder CMR en viss regulering av det multimodale inn i

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid* og s. 59–60.

¹¹⁴ For å tre i kraft krever konvensjonen ratifikasjon av 20 stater, kun tre har så langt ratifisert. For Norges del er ratifikasjon tilrådd først etter at sentrale sjøfartsnasjoner har ratifisert (*Ibid* s. 12), noe som ikke har skjedd.

¹¹⁵ Enkelte land, som Tyskland og Nederland, har imidlertid innført nasjonale tvingende regler for multimodale transporter. For norsk rett var tanken, ved gjennomføring av Rotterdamreglene, at tilsvarende deklarasjonsregler ble gitt for valg av anvendelig regelsett ved multimodale kontrakter, etter mønster av anbefalinger gitt i forarbeidene, *Ibid* s. 59–60. Selv om lovgivningen ikke blir en realitet, kan disse anbefalingene likefullt ha en verdi.

¹¹⁶ Noe som altså var tilsiktet løst utfra en sjørettslig inngangsport gjennom Rotterdamreglene, *Ibid.*

det sjørettslige. Det er imidlertid ulike rettslige løsninger i ulike land hva gjelder grensegangen fra CMR mot de øvrige transportkonvensjoner. Det samme gjelder hvorvidt CMR overhodet omfatter de rene multimodale transportkontrakter.¹¹⁷

De multimodale transporter er altså illustrasjon på et område hvor den rettslige reguleringen på et internasjonalt nivå ikke har lyktes, og det berører det sjørettslige på linje med de øvrige transportsektorer. Inntil videre er man derfor i stor grad henvist til egnede løsninger regulert gjennom kontraktspraksis. Til illustrasjon i så måte kan nevnes speditørbransjens standardkontrakt NSAB, som i 2015-versjonen ble gjort (fra tidligere norsk) til en nordisk standardkontrakt. Her er forholdet regulert slik at dersom et unimodalt ansvarsregime ikke tvingende kommer til anvendelse på et gitt skadetilfelle ved en multimodal transport, legges til grunn ansvarsreglene etter lovgivningen som gjelder for det transportmidlet hvor skaden skjedde, som om slik lovgivning var gitt tvingende anvendelse (NSAB § 2, jf. § 6). Så lenge en slik såkalt nettverkløsning anlegges på avtalenivå, er den manglende preseptoriske reguleringen for så vidt ikke noe presserende problem.

Men at man på internasjonalt konvensjonsnivå ikke har lyktes med en enhetlig regulering, tross tiårige bestrebelser i den retning, er likefullt bemerkelsesverdig innenfor rammen av de sjø- og transportrettslige utviklingstrekk.

¹¹⁷ Disse multimodale kontraktene kan i sin tur være ulikt formulert, enten med alternative transportmidler likestilt, eller med rent åpne, opsjonspregede løsninger som er mer eller mindre fritt overlatt til transportøren. Temaet er grundig belyst i en nylig PhD-avhandling av Paula Bäckdén, *The Contract of Carriage – Multimodal Transport and Unimodal Regulation*, StensilsSerie nr. 109, UiO, 2017. Det er også legio annen litteratur på området som jeg ikke her går inn på.

Managementavtaler i rederivirksomhet – en oversikt over noen problemstillinger

*Stephen Knudtzon*¹

¹ Advokat, advokatfirmaet Thommessen, Oslo.

Innhold

1	JURIDISKE PROBLEMSTILLINGER I MANAGEMENTAVTALER... 77	
1.1	Innledning..... 77	
1.2	Oversikt over juridiske problemstillinger i managementavtaler ... 78	
2	BRUK AV MANAGEMENTAVTALER I PRAKSIS – NOEN TYPE TILFELLER..... 79	
2.1	Oversikt..... 79	
2.2	Tilpasning til rederibeskatning i Norge..... 79	
2.3	Rederiselskap med morselskap i «offshore» jurisdiksjon..... 80	
2.4	Prosjektfinansiering..... 82	
2.5	NIS registrering..... 83	
2.6	Kommersiell management..... 84	
3	RETTLIGE FORHOLD SOM PÅVIRKER BRUK AV MANAGEMENTAVTALER..... 85	
4	BRUK AV STANDARDKONTRAKTER..... 86	
5	PARTENE I MANAGEMENTAVTALEN..... 86	
6	FULLMAKTSPØRSMÅL..... 87	
7	ERSTATNINGSANSVAR OG BEGRENSNINGSRETT..... 89	
7.1	Rederansvaret..... 89	
7.2	Ansvar for manager..... 90	
7.3	Lovfestet begrensingsrett..... 90	
7.4	Ansvarsregulering mellom partene i henhold til managementavtalen..... 91	
8	MANAGERS OPPGAVER UNDER KONTRAKTEN..... 92	
9	REDERS FORPLIKTELSE OG RETTIGHETER..... 93	
10	ØKONOMISK MELLOMVÆRENDE MELLOM REDER OG MANAGER..... 94	
11	VARIGHET OG TERMINERING AV MANAGEMENTAVTALEN... 94	
12	VOLDGIFT..... 95	
13	LOJALITETSPLIKT, KORRUPSJON OG HVITVASKING..... 95	

1 Juridiske problemstillinger i managementavtaler

1.1 Innledning

Managementavtaler var ett av temaene på det 13. Nordiske sjørettsseminaret i september 1988, med foredrag av Nils-Gustaf Palmgren, Bjørn Kjos og Kurt Grönfors. Foredragene er publisert i *Marius* nr 137.

Siden den gang har det skjedd store endringer innen shipping i Skandinavia. Det har skjedd utstrakt utflagging av skip til bekvemmelighetsflagg, som i noen grad er motvirket av etableringen av NIS og DIS, og av innføring av tonnasje-skatteregimer. Næringen har beveget seg bort fra den tradisjonelle ordningen med «integrerte» rederier, hvor alle funksjoner lå i samme juridiske enhet og ble utført «in-house». Ship management funksjonen settes gjerne bort til et eget selskap. Slik «outsourcing» av funksjoner, skaper behov for avtaler. Også der forskjellige funksjoner utøves i ulike selskaper i et konsern, er det behov for å formalisere vilkårene for slik intern tjenesteyting i konsernet.

I det følgende menes med managementavtaler, avtaler om drift av skip eller om utøvelse av visse funksjoner knyttet til slik drift. Det avgrenses mot andre «managementfunksjoner», for eksempel mot de kommersielle funksjoner som utøves av et poolmanagerselskap i et poolsamarbeid.

I det følgende brukes for enkelthets skyld uttrykket «manager» eller «Managers» om den som har påtatt seg å utføre oppdraget, og uttrykket «reder» eller «Owners» om den som har satt bort oppdraget.

Min oppgave har vært å gi en overordnet fremstilling, uten å gå i for mange detaljer, som en introduksjon til de emnene de øvrige foredragsholdere på dette seminaret skal behandle.

1.2 Oversikt over juridiske problemstillinger i managementavtaler

En managementavtale reiser visse avtalerettslige spørsmål, nemlig knyttet til managers rett og rekkevidden av hans legitimasjon når han opptrer på vegne av reder som fullmektig. Spørsmålene er med andre ord hva en manager har rett til å gjøre på vegne av reder, og hvis manager går utover sitt oppdrag, om han er legitimert til å binde reder overfor en godtroende medkontrahent.

Videre reiser managementavtalen en rekke obligasjonsrettslige problemstillinger, fordi managementavtalen er en avtale om tjenesteytelse. Det oppstår for eksempel spørsmål om det nærmere innhold av oppdraget, hva oppdraget går ut på, hvordan skal det skal godtgjøres og når skal betaling finne sted? Andre sentrale problemstillinger er hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende og hvilken varighet oppdraget har, herunder hvilken rett det er til oppsigelse.

Managementavtalen reiser også en del regulatoriske problemstillinger i forhold til myndigheter: for eksempel hvem som er ansvarlig for oppfyllelse av kravene i internasjonale konvensjoner som gjelder i henhold til Skipssikkerhetsloven, slik som ISM koden.

Hvis det voldes skade overfor tredjemann, oppstår spørsmålet om hvem som har rederansvaret, om det er begrensningsrett og hvordan ansvarsreguleringen er mellom manager og reder i henhold til avtaler om ansvarsfraskrivelse og skadesløsholdelse.

Også forsikringsrettslige problemstillinger kan reise seg, for eksempel om hvem som er medforsikret og hva det innebærer. Det samme gjelder spørsmålet om hvem som har ansvar for betaling av premier til forsikringsselskapene.

Av andre juridiske problemstillinger som er i «vinden», kan nevnes slike som knytter seg til lojalitetsplikt, korrupsjon og hvitvasking.

Jeg kommer tilbake til noen av disse problemstillingene nedenfor.

2 Bruk av managementavtaler i praksis – noen type tilfeller

2.1 Oversikt

Managementavtaler brukes i mange forskjellige sammenhenger. Som nevnt, kan managementavtaler brukes som et ledd i en intern organisering av et rederikonsern, hvor det inngås managementavtaler mellom flere selskap i samme konsern. Managementavtaler brukes også gjerne i tilknytning til prosjektfinansiering, hvor investorer setter bort driften av skipet til profesjonelle aktører. Endelig finnes det en rekke kommersielle aktører, som tilbyr shipmanagement som en del av sin forretningsvirksomhet.

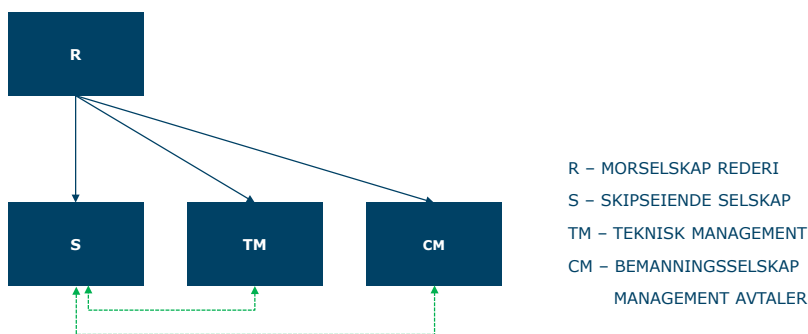
Ovennevnte kategorier er på ingen måte uttømmende, men fanger opp en del praktiske viktige tilfeller, hvor managementavtaler benyttes. Nedenfor har jeg valgt å belyse noen av disse typetilfellene nærmere.

2.2 Tilpassing til rederibeskatning i Norge

Inntil det ble vedtatt endringer i reglene om rederibeskatningen i 2006, kunne et selskap innenfor rederibeskatningsordningen kun direkte eller indirekte (gjennom visse typer selskaper) eie skip, og da med en minsteandel på 3 % (skatteloven § 8-11). Videre kunne selskapet i rederibeskatningsordningen ikke drive annen virksomhet enn utleie og drift av egne og innleide skip (skatteloven § 8-13). Dette innebar tidligere at det skipseieende selskapet ikke kunne ha egne ansatte, og heller ikke kunne eie aksjer direkte eller indirekte i managementselskap med ansatte. Reglene i § 8-13 er myket opp noe i 2006, men uten at det har ført til endringer i den måten de fleste i næringen har organisert rederivirksomheten på. De nevnte skatterettslige begrensningene har ført til at man i praksis har organisert rederivirksomheten slik at skipet gjerne er eid i et skips-eieende selskap (S), som igjen er eid av et morselskap i rederigruppen (R). Morselskapet kan så ha andre datterselskap som yter teknisk management

(TM) og bemanningstjenester med ansatte sjøfolk (CM). Grunnen til å ha eget bemanningsselskap, er ofte at sjøfolkene kommer fra andre land og at det da kan være hensiktsmessig med lokale selskaper, for eksempel på Filippinene, i Russland eller i India. En spesiell grunn til å ha eget bemanningsselskap også i Norge, er pensjonsreglene, fordi det må tilbys like pensjonsytelser til alle ansatte i samme selskap. Pensjonsytelsene for sjøfolk følger ikke de samme reglene som for landansatte.

I figuren nedenfor er dette illustrert, hvor de heltrukne linjene viser eierstrukturen (aksjeeie) og de stiplede strekene reflekterer managementavtaler, mellom på den ene siden S og henholdsvis TM og CM. Det kan også tenkes at CM er underleverandør til TM, men da vil avtalestrukturen bli litt annerledes enn tegnet opp her.



2.3 Rederiselskap med morselskap i «offshore» jurisdiksjon

I Norge finnes en rekke selskaper notert på Oslo Børs, som selskapsrettslig er etablert i offshore jurisdiksjoner, gjerne på Bermuda. Hvis majoriteten av aksjene i disse selskapene er eid av ikke-norske skattepliktige, vil selskapet ikke være et såkalt «NOKUS»-selskap, slik at aksjonærene ikke blir beskattet for sin forholdsmessige andel av inntektene (skatteloven § 10-60 flg).

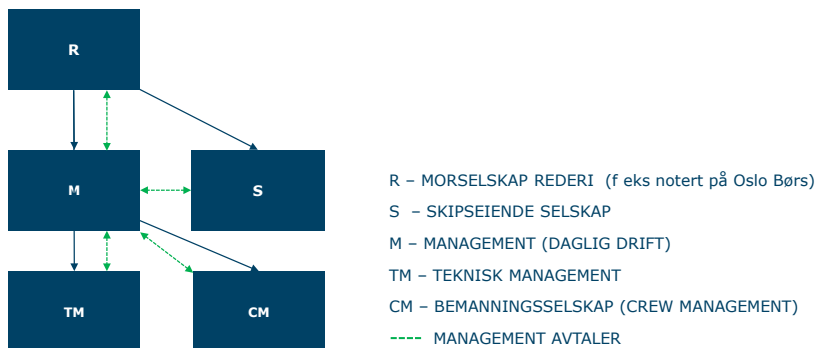
Det følger av den såkalte Bona-modellen (se Finansdepartementets uttalelse datert 15.10.1993 jfr Utv. 1993 side 1589) at virksomheten i

selskaper som driver med skip i internasjonal fart, ikke anses «bestyrt» i Norge, når visse vilkår er oppfylt.

For det første kreves at styret ikke utøver sin virksomhet fra Norge, det vil si at styremøtene holdes utenfor Norges grenser, at flertallet av styremedlemmene ikke er personlig norske skattepliktige som er bosatt i Norge, og at beslutninger i styret ikke fattes med et flertall av slike norske skattepliktige styremedlemmer. Videre må den manager som står for den daglige driften fra Norge, ha begrensede fullmakter, gjerne etter mønster fra aksjeloven § 6-14 som unntar saker som «*etter selskapets forhold er av uvanlig art eller av stor betydning*», og bestemmelsene om bestyrende reders fullmakt i et partrederi (sjøloven § 104). Fullmakten bør ikke omfatte kjøp, salg eller pantsettelse av skip eller inngåelse av fraktavtale eller annen avtale om leie av skip med mer enn ett års varighet.

Med utgangspunkt i disse reglene er det ikke uvanlig å organisere rederivirksomheten med et børsnotert morselskap i rederigruppen (R) som så eier ett eller flere skipseiende selskaper (S), alle selskaps- og skatterettslig hjemmehørende utenfor Norge. Morselskapet (R) for de skipseiende selskapene (S) inngår så en managementavtale med et norsk managementselskap (M) som står for den daglige drift. Dette omfatter i forhold til R også forretningsførervirksomhet, finansfunksjon og oppfølging i forhold til Oslo Børs. M kan i sin tur ha satt bort teknisk management til en teknisk manager (TM) og bemanningsfunksjonen til et bemanningsselskap eller crew manager (CM) i sub-kontrakter.

Dette er illustrert i følgende plansje. I alle plansjer nedenfor viser de heltrukne linjene eierstrukturen (aksjeeie) og de stiplede strekene reflekterer managementavtaler.



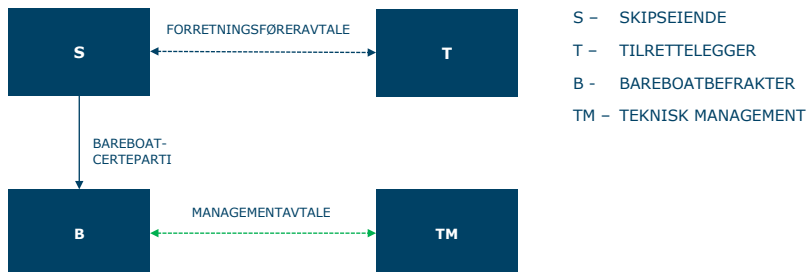
Det inngås da managementavtaler mellom på den ene side henholdsvis R og S, og på den annen side M. M kan så ha satt bort en del av funksjonene i sub-managementkontrakter med henholdsvis TM (teknisk drift) og CM (bemanning).

2.4 Prosjektfinansiering

Ved prosjektfinansiering vil det være en del investorer som sammen kjøper skipet i et skipseiende selskap (S). Skipet sluttes da gjerne ut til et selskap i en rederigruppe (B) på bareboat certeparti. S vil ha behov for oppfølging av prosjektet og inngår derfor gjerne en forretningsføreravtale med et prosjektfinansieringsselskap som gjerne også er tilrettelegger (T). Bareboat befrakter (B) inngår i sin tur en managementavtale med teknisk manager (TM).

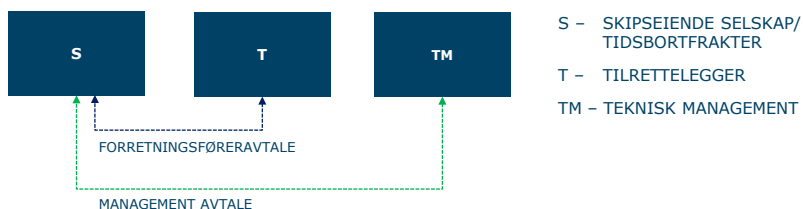
Prosjektfinansiering basert på bareboat certeparti har den fordel at det skipseiende selskapet S i liten grad har risiko for driftsavbrudd og annen «off hire».

Dette er illustrert som følger:



Prosjektfinansiering kan imidlertid også skje ved at det skipseieende selskapet S slutter ut skipet på et tidscerteparti til en rederigruppe. Da vil S selv måtte inngå avtale med en teknisk manager (TM) og forretningsføreravtale med tilrettelegger (T). Prosjektfinansiering basert på tidscerteparti er mindre vanlig i dag, men det kan tenkes å bli mer aktuelt ettersom det nylig er foreslått endringer i rederibeskatningsreglene, hvoretter bareboat certeparti for en lengre periode enn 5 år ikke lenger kvalifiserer bortfrakter til tonnasjebeskatning.

Dette er illustrert som følger:



2.5 NIS registrering

Etter NIS-loven § 1, annet ledd, er det et vilkår for registrering i NIS at et selskap som selv ikke tilfredsstillers nasjonalitetsvilkårene i sjøloven, lar driften av skipet forestås av et norsk rederi med hovedkontor i Norge. Dette innebærer at det vesentlige av enten teknisk eller kommersiell drift må foregå i slikt selskap. Denne bestemmelsen fører til at et utenlandsk skipseieende selskap (S) må inngå managementavtale med et norsk managementselskap (M).

Dette er illustrert som følger:



2.6 Kommersiell management

Som nevnt er det en rekke store kommersielle aktører som påtar seg ship management som en del av sin hovedvirksomhet. Avtaleforholdet blir da mellom det skipseiende selskapet (S) eller en bareboat befrakter på den ene siden, og managementselskapet (M) som er den kommersielle aktøren på den annen side.

Det finnes en rekke store profesjonelle aktører i verden innenfor ship management. Noen har hovedkontor i Norge og andre driver fra utlandet, men med norsk opprinnelse. Eksempler er følgende:

- OSM Maritime Group AS, Arendal
- Wilhelmsen Ship Management Sdn Bhd, Malaysia/Singapore
- V Group Limited (V-Ships), Monaco/London/Oslo
- Wallem Shipmanagement Ltd, Hongkong
- Thome Ship Management Pte Ltd, Singapore

Noen av disse selskapene har mer enn 500 skip på ship management og en omsetning på mer enn NOK 1 milliard.

Avtaleforholdet er illustrert som følger:



3 Rettslige Forhold som påvirker bruk av managementavtaler

Noen av de forhold som påvirker bruk av managementavtaler er allerede nevnt i punkt 2 ovenfor, men oppsummeres likevel her med referanse til relevante lovbestemmelser.

For det første er det begrensningene i den virksomhet som selskaper innenfor rederibeskatningsordningen kan drive. Etter skatteloven § 8-11 (1) (c) kan disse selskapene ikke eie aksjer i ikke-børsnoterte aksjeselskaper eller visse utenlandske selskaper. Videre følger det av skatteloven § 8-13 (1) og (2) at selskapene i ordningen bare i begrenset grad kan drive virksomhet, nemlig strategisk og kommersiell ledelse samt daglig teknisk drift og vedlikehold av fartøyer. Derfor må arbeidsinnsatsen i selskapene være begrenset til disse formål. Selv om det ble åpnet for noe mer virksomhet i disse selskapene etter lovendringen i 2016, er det fortsatt ikke praktisk å ha ansatte i et skipseiende selskap i tonnasjeskatteordningen.

Bona-modellen som beskrevet ovenfor i pkt 2.3 medfører at det inngås avtale mellom en utenlandsk registrert rederigruppe og en norsk manager (se Utv 1993 s 1589)

NIS-loven § 1 oppstiller krav om enten kommersiell eller teknisk drift av utenlandsk eide skip registrert i NIS.

Også reglene om bestyrende reder i partrederi vil kunne medføre behov for managementavtaler. Således følger det av sjøloven § 103 at ethvert partrederi skal ha en bestyrende reder. Videre følger det av sjøloven § 104 at bestyrende reder har begrensede fullmakter. Etter sjøloven § 105 kan bestyrende reder representere partrederiet i søksmål for domstolene.

4 Bruk av standardkontrakter

BIMCO har utarbeidet en rekke standard management kontrakter, og disse brukes i meget stor grad i praksis.

Første utgave av SHIPMAN kom i 1988, og den er senere blitt revidert. Den siste utgaven er SHIPMAN 2009. SHIPMAN dekker stort sett alle funksjoner ved drift av skip, men ikke forretningsførerfunksjonen for et skipseiende selskap.

CREWMAN 2009 gjelder kun avtale om utøvelse av bemanningsfunksjonen. Den kommer i to varianter; én hvor vederlaget er fastsatt som «lump sum», og én hvor tjenesten utføres etter regning basert på «cost plus»-prinsippet.

Det nyeste dokumentet er SUPERMAN 2016, som gjelder avtale mellom reder og manager om byggetilsyn ved verksted frem til levering av skipet.

Det kan være behov for tilleggsklausuler eller tilleggssavtaler hvor managerfunksjonen også skal omfatte forretningsførsel, for eksempel ved oppfølging av børsnotering av et morselskap i en rederigruppe, eller hvor administrasjon av morselskapet eller det skipseiende selskapet er satt bort til et datterselskap med ansatte som fungerer som CEO og CFO for hele gruppen.

BIMCO-dokumentene finnes på hjemmesiden www.bimco.org. Her kan man også finne såkalte «Explanatory notes» til dokumentene.

Den videre gjennomgang nedenfor er basert på SHIPMAN 2009.

5 Partene i managementavtalen

I SHIPMAN 2009 skal reder («Owners») identifiseres i Part I, Box 3. Managers skal identifiseres i Part I, Box 4.

Det må avklares i Part I, Box 5, hvem som er «Company» eller ansvarlig etter ISM-koden, som definerer dette som:

«Company means the owner of the ship or any other organization or person such as the manager, or the bareboat charterer, who has assumed the responsibility for operation of the ship from the shipowner and who, on assuming such responsibility, has agreed to take over all the duties and responsibility imposed by the Code.»

Hvor Managers ikke er Company, følger det visse forpliktelser etter Part II, klausul 9 e).

For Owners gjelder det plikt til å sørge for at mannskapet skal ha gjort seg kjent med skipet og dets Safety Management System i henhold til ISM-koden.

Det følger av klausul 8 b) at Managers som har påtatt seg teknisk management, må være forberedt på å overta forpliktelsene som Company etter ISM-koden.

Managers tilsvarende forpliktelser for opplæring av mannskapet, enten de er Company eller ikke, fremgår av klausul 5 (viii) og (ix).

Managers kan i sin tur bruke underleverandører (sub-managers) på hele eller deler av sine tjenester, for eksempel bare crewing. Rett til slik sub-contracting gjelder bare hvis det er uttrykkelig avtalt. Managers forblir imidlertid ansvarlig for riktig oppfyllelse av de avtalte tjenestene.

6 Fullmaktsspørsmål

Etter SHIPMAN 2009, klausul 3, har Managers visse fullmakter til å opptre på vegne av reder. Bestemmelsen fastslår i første setning at Managers opptrer som *«agents for and on behalf of the Owners»*, med andre ord som fullmektig. Managers har relativt vide fullmakter, blant annet til *«from time to time in their absolute discretion»* å gjøre det som

de «*consider to be necessary to enable them to perform the Management Services in accordance with sound ship management practice*».

Dette er til en viss grad gjentatt i klausul 8 som beskriver Managers forpliktelser til å «*use their best endeavours*» til å ivareta reders interesser, og at dette skjer som fullmektig for reder.

Oppdraget til Managers er begrenset til «*Management Services in respect of the Vessel*» som betyr at det er knyttet til ett eller flere bestemte skip (identifisert i Annex A). At Managers kan gjøre det som «*in their absolute discretion consider to be necessary*» må innebære at Managers har en såkalt stillingsfullmakt etter avtaleloven § 10, annet ledd.

I 1988 ble det stilt spørsmål ved om innholdet av en managementavtale «*efter lov eller sedvane*» medførte beføyelser til å handle på vegne av reder. Mimi K. Berdal (i «Funksjonsfordeling og Rederidrift», Marius 137 s 62) og Kurt Grønfors (Marius 155, side 122 flg) konkluderte den gang med at det ikke var fast nok innarbeidet praksis, mens Bjørn Kjos var mer tvilende (Marius 155, side 101). I dag må ordningen med management-avtaler anses å være så innarbeidet at den, etter min mening, gir en klar sedvanlig stillingsfullmakt til å opptre på vegne av reder. Uansett har dette spørsmålet liten praktisk betydning, når Managers rett til å opptre på vegne av reder er så vidt beskrevet som fremgår av klausul 3.

Managers kan selv bli bundet overfor tredjemann ved å opptre i eget navn, hvis det ikke klart nok opplyses overfor medkontrahent at Managers opptrer som fullmektig for reder. Dette er fastslått i to dommer i Høyesterett. I ND 1980.181 NH (Fekete dommen) ble manager holdt ansvarlig for å betale bunkers som var bestilt til et skipseiende selskap som senere gikk konkurs. I ND 1993.444 NH (Scan Power dommen) ble manager holdt ansvarlig for maskinistens krav på krigsrisikotillegg i henhold til arbeidsavtalen.

Man skal også være oppmerksom på bestemmelsene i Nordic Marine Insurance Plan (NSPL), klausul 6-1, hvoretter ansvaret for å betale premie ligger hos «*the person effecting the insurance*». I en dansk høyesterettsdom, ND 1983.79 DH, ble eieren av et skip som var medlem i en forening, ansett å være den som hadde tegnet forsikringen, selv om det var bareboat befrakter som etter det interne bareboat certepartiet skulle ha gjort dette.

Eier ble derfor holdt ansvarlig for betaling av forsikringspremien. Også etter P&I foreningenes regler kan en manager bli ansvarlig for premie ved at han er medforsikret. En medforsikret kan bli solidarisk ansvarlig for forsikringspremie og andre krav fra assurandøren, for eksempel etter Gard Rule 79, Skuld Rule 45.1 og Swedish Club Rule 30. I SHIPMAN 2009, klausul 10c) (linje 219–222), er det uttrykkelig bestemt at manager skal være medforsikret og det er her opplyst at det kan medføre solidaransvar for premiebetaling.

Også reder kan bli ansvarlig for utgifter som er pådratt av manager på grunn av avtale med tredjemann. Etter reglene om sjøpant (sjølovens kapittel 3, II) er det sjøpant for hyrekrav og havneavgifter m.v. Hvis manager ikke gjør opp med de parter som har slike krav (for eksempel ved at manager underslår mottatte penger og så går konkurs), vil reder pådra seg ansvar gjennom sjøpant.

I flere utenlandske jurisdiksjoner er det regler om sjøpant og arrest som kan medføre ansvar for ubetalt leverandørgjeld. I USA har lokale leverandører sjøpant for sine leveranser. I Belgia tolkes arrestkonvensjonen, slik at leverandørgjeld er et såkalt sjørettslig krav som kan medføre arrest av skipet, selv om det ikke er en underliggende personlig fordring mot reder. I Sør-Afrika er det regler om søsterskipsarrest, hvoretter et annet skip i rederigruppen kan arresteres for gjelden til andre selskaper i samme konsern.

7 Erstatningsansvar og begrensingsrett

7.1 Rederansvaret

Etter sjøloven § 151 hefter reder for ansvar som følge av feil og forsømmelser fra alle som har «*utført arbeid i skipets tjeneste*». Dette omfatter også feil begått av manager. Etter bakgrunnsretten vil reder ha regress mot skadevolder etter reglene i skadeserstatningslovens kapittel 2 med

en viss mulighet for lemping. Reder behøver ikke være identisk med den som er «Owners» i managementavtalen, for eksempel hvor det foreligger en sub-managementavtale. Vanligvis vil det imidlertid da foreligge en avtale mellom reder og Owners, som gir grunnlag for regress mot reder og det kan være bestemmelser som inneholder en ansvarsfraskrivelse eller skadesløsholdelse til fordel for manager.

7.2 Ansvar for manager

Manager kan få ansvar overfor tredjemann etter de vanlige reglene om arbeidsgiveransvar i skadeserstatningslovens kapittel 2. Dette betyr at feil begått av mannskap vil følge de vanlige reglene om arbeidsgiveransvar, dersom mannskapet er ansatt hos manager. Som nevnt ovenfor, kan manager også bli møtt med et regresskrav fra Owners, i slike tilfeller hvor manager har arbeidsgiveransvar for mannskapet, eller det er begått andre feil.

Høyesterett har i Server-saken (HR-2017-331A) fastslått at teknisk manager ikke er ansvarlig for opprydningskostnader etter forurensningsloven § 37, annet ledd. Høyesterett kom til at etter denne bestemmelsen omfatter vrakfjerningsansvaret bare eier. Situasjonen kan være annerledes dersom det foreligger plikt til opprydning etter forurensningsloven § 7, i den utstrekning den gir hjemmel for slike tiltak.

7.3 Lovfestet begrensingsrett

De vanlige reglene om globalbegrensning (London konvensjonen av 1976 med 1996 Protokoll), og de særnorske reglene om ansvar for opprydningstiltak med høyere begrensingsbeløp, finnes i sjølovens kapittel 9. Etter sjøloven § 171 er det «*reder og den han svarer for*» som har begrensingsrett. I sjøloven § 174 er det gjort unntak for den som har voldt tapet med forsett eller grov uaktsomhet og med forståelse av at slikt tap sannsynligvis vil oppstå.

Ansvar for oljesøl følger reglene i sjølovens kapittel 10 og er der begrenset.

Ansvar for oljesøl etter Ansvars- og Fondskonvensjonen fra 1992 for oljesøl fra tankskip, er begrenset etter sjøloven § 194 med mulighet til å få dekning av fondet for det overskytende (sjøloven § 201). Her gjelder det felles regler om kanalisering av ansvar til eier av skipet, jf. sjøloven §§ 191 og 193. Etter disse reglene vil manager ikke bli holdt ansvarlig med unntak for utvist forsett og grov uaktsomhet med forståelse av at slik skade sannsynligvis vil oppstå (sjøloven § 193 annet ledd).

Ansaret etter Bunkers-konvensjonen fra 2001 for oljesøl som stammer fra bunkers (fra annet enn tankskip), kanaliseres som et objektivt ansvar til skipets eier, som da som hovedregel ikke kan fremme krav mot manager. For slikt bunkerssøl gjelder de vanlige begrensingsreglene i kapittel 9. Det følger av sjøloven §§ 186 og 188 at det foreligger forsikringsplikt og at skadelidte har et direkte krav mot reders forsikringsgiver. Bestemmelsen i sjøloven § 193 annet ledd er etter §§ 184 og 185 gitt tilsvarende anvendelse, slik at manager også her hefter for utvist forsett og grov uaktsomhet med forståelse av at slik skade sannsynligvis vil oppstå.

7.4 Ansvarsregulering mellom partene i henhold til managementavtalen

Etter SHIPMAN 2009, Part II, klausul 17, er det et gjensidig unntak for ansvar, som både gjelder skadeforvoldelse og oppfyllelse av kontraktsforpliktelser som er knyttet til «force majeure». Det fremgår forutsetningsvis av bestemmelsen at det for øvrig kun er et uaktsomhetsansvar og ikke gjelder et objektivt ansvar mellom partene. Opplistingen av force majeure begivenheter slutter således i klausul 17 a)(ix) (linje 322) med «*any other similar cause beyond the reasonable control of either party*», og forutsetningen for å bli fritatt ansvar for force majeure er at partene «*have made all reasonable efforts to avoid, minimize or prevent the effect of such events and/or conditions*» (klausul 17 a), linje 309 og 310).

Videre inneholder bestemmelsen en ansvarsfraskrivelse fra Managers side overfor Owners. Managers blir kun ansvarlig for uaktsomhet, grov uaktsomhet eller forsett utvist av Managers eller noen av dennes ansatte

eller underleverandører. Ansvaret er da begrenset til 10 ganger årlig management fee og for øvrig fraskrevet.

Når det gjelder feil begått av mannskap, svarer Managers ikke for dette, men hvis Managers selv har begått feil, for eksempel ved brudd på sine forpliktelser etter klausul 5 a), skal ansvaret være begrenset på samme måte. Det er visstnok vanlig å begrense det til 5 ganger management fee i en tilleggsklausul.

Ansvarsklausulen inneholder også en skadesløsholdelse i klausul 17 c), hvor Owners forplikter seg til å holde Managers og deres ansatte og medhjelpere skadesløs utover det ansvar som ville følge av klausul 17 b). I klausul 17 d) er det en vanlig «Himalaya» klausul, hvoretter Owners fraskriver seg rett til å gå direkte på Managers ansatte eller medhjelpere, slik at disse nyter godt av og er beskyttet mot krav som er omfattet av ansvarsfraskrivelsen.

Dersom det oppstår krav mot Owners, følger det av klausul 18 at det er Managers som skal følge opp disse kravene. Håndtering og oppgjør av krav og tvister er en del Managers oppgaver etter klausul 18 b), men alle kostnadene skal bæres av Owners etter klausul 17 g). For øvrig kan Owners be Managers både å anlegge sak og forsvare seg mot krav i søksmål etter klausul 18 c), og skaffe både teknisk og juridisk assistanse etter klausul 17 d). Sikkerhet for eventuelle krav overfor kreditor må alltid stilles av Owners selv (klausul 17 f).

8 Managers oppgaver under kontrakten

SHIPMAN 2009 legger opp til at partene selv kan velge hvilke funksjoner og tjenester som skal utføres av Managers. De forskjellige funksjonene er beskrevet som følger:

- Technical management (Part I Box 6 – Part II klausul 4 og 8)
- Crew management (Part I Box 7 – Part II klausul 5, 14 og 15)

- Commercial management (Part I Box 8 – Part II klausul 6)
- Chartering services (Part I Box 9 – Part II klausul 6)
- Crew insurance arrangements (Part I Box 10 – Part II klausul 5)
- Insurance arrangements (Part I Box 11 – Part II klausul 7 og 10)
- Optional insurances (Part I Box 12 – Part II klausul 10a) (iv))

Når det gjelder standarden knyttet til utførelsen av tjenesten, skal dette skje «*in accordance with sound ship management practice*» (klausul 3, linje 41 og 42, og klausul 8 a), linje 145) og utøves slik at det «*protect and promote the interests of the Owners in all matters*».

Ved utøvelsen av sine arbeidsoppgaver kan imidlertid Managers også se hen til de øvrige oppgaver Managers har i forhold til andre skip og kunder (klausul 8 a), linje 147–152).

9 Reders forpliktelser og rettigheter

Owners oppgaver og forpliktelser er beskrevet nærmere i Part II, klausul 9, og består i hovedsak i å betale det vederlag og annet som er skyldig under managementavtalen i henhold til klausul 9 a). For øvrig er Owners forpliktelser beskrevet, både hvor henholdsvis technical management (klausul 9 b) og c)) og crew management (klausul 9 d) og e)) er gitt til Managers og hvor det ikke er tilfellet. Behovet for disse reglene er å sikre «interface», slik at ingen oppgaver faller mellom to stoler. Etter Part II klausul 19 har Owners rett til å inspisere skipet ved å gi rimelig varsel.

SHIPMAN 2009 har bestemmelser som gir Owners rett til å kreve mannskapet skiftet ut, hvis man er misfornøyd, se nærmere Part II, klausul 15..

10 Økonomisk mellomværende mellom Reder og manager

Bestemmelsene om vederlaget i form av management fee finnes i Part I, Box 14, og Part II, klausul 12. Management fee fastsettes som et årlig beløp, men betales i 12 like deler forskuddsvis hver måned (klausul 12a)).

Størrelsen på management fee kan reguleres i forbindelse med behandling av budsjett for det påfølgende år (Part II, klausul 12 b), jf. klausul 13 a)).

Managers har krav på dekning av utgifter utover det som er forutsatt i budsjettet m.v, se for eksempel Part II, klausul 12 c) og klausul 18 g).

Hvis skipet går i opplag, skal partene søke å bli enige om en reduksjon i management fee, og det er en spesialregulering av kostnader knyttet til besparelser med å redusere besetning, og eventuelt igjen å oppbemanne, når opplaget brytes.

Managers skal foreslå årlige budsjetter og har rett til forskudd for å dekke utgifter i neste måned (Part II, klausul 13 a)-c)). Managers skal også føre regnskap, og disse kan revideres av Owners (Part II, klausul 13 d)). Det følger av klausul 13 e) at Managers aldri har plikt til å legge ut utgifter. Plikt til å holde Owners midler atskilt på egen bankkonto, følger kun av klausul 11c) ved kommersielt management, slik at det vil være sikret separatistrett ved Managers insolvens for innkasserte hyrer og fraktbeløp. Ved forsinket betaling gjelder plikt til å svare renter, jf. Part I, Box 13, og Part II, klausul 9 a).

11 Varighet og terminering av managementavtalen

Managementoppdraget avtales normalt for en bestemt minimumsperiode, jf. Part I, Box 2 og 18, jf. Part II, klausul 21. Deretter gjelder det vanlig

oppsigelse med to måneders varsel om intet annet er avtalt. Etter klausul 22 a) har begge parter rett til å terminere avtalen ved den annen parts mislighold. Bestemmelsen baserer seg på at en part skal gis rimelig frist til å utbedre misligholdet, og dersom dette ikke gjøres innen den fristen som er satt, er det rett til terminering.

Visse hendelser er å anse som vesentlig mislighold, for eksempel gir betalingsmislighold, bruk av skip i ulovlig fart og mangler ved forsikringsdekning, rett til umiddelbar terminering (Part II, klausul 22 b)). Ekstraordinære hendelser slik som rekvisisjon, at skipet går tapt, kondemnering, salg av skipet og partenes konkurs, gir rett til terminering etter bestemmelsene i klausul 22 c), d) og f). Også mangel på enighet om årlig budsjett eller om endring av flagg eller manglende enighet om reduksjon i management fee ved opplag, kan føre til terminering etter klausul 22 e).

12 Voldgift

SHIPMAN 2009, Part II, klausul 23, inneholder tre alternative voldgiftsklausuler: voldgift i London, voldgift i New York eller et annet voldgiftssted. Part I, Box 21, gir valgmulighetene. Etter Part II, klausul 23 c) vil det være mulig med nordisk voldgift. Klausul 23 d) inneholder også anvisning om «mediation».

13 Lojalitetsplikt, korrupsjon og hvitvasking

I praksis oppstår ofte spørsmål om rabatter og kommisjoner som mottas av Managers, skal godskrives Owners eller kan beholdes av Managers selv. Det følger av Part II, klausul 12 e) at den typen betalinger fra medkontrahent skal godskrives Owners. Denne problemstilling kan være praktisk

ved befraktning hvor det mottas returkommisjon, eller ved tegning av forsikring hvor det også er vanlig med meglerkommisjon, også til intern megler med tilknytning til en shipmanager.

Dersom Managers i strid med denne bestemmelsen beholder rabatter eller kommisjoner, kan det være underslag eller utroskap, eventuelt kan forholdet rammes av korrupsjonsbestemmelser. Dersom medkontra-henten er rapporteringspliktig etter anti-hvitvaskingsregler, slik som forsikringselskap, banker og advokater er, kan slike betalinger medføre rapporteringsplikt i henhold til disse reglene som en mistenkelig transaksjon (jfr hvitvaskingslovens § 18).

Ansvarssubjektet i søsikkerhedslovgivningen

– nordisk retsenhed eller ej?

*Anders Møllmann¹ og
Vibe Ulfbeck²*

¹ Lektor, ph.d., Center for Virksomhedsansvar, Københavns Universitet.

² Professor, dr.jur., Center for Virksomhedsansvar, Københavns Universitet, professor II, Universitetet i Oslo.

Indhold

ANSVARSSUBJEKTET I DET NORDISKE SØRETSSAMARBEJDE.....	99
SØSIKKERHEDSLOVGIVNINGEN	100
KONSEKVENSERNE AF AT VÆRE ANSVARSSUBJEKT	101
OUTSOURCING AF DRIFTEN	102
REDERBEGREBET I SØLOVEN.....	103
ANSVARSSUBJEKTET I SØSIKKERHEDSLOVGIVNINGEN.....	107
Danmark.....	107
Sverige	111
Finland	113
Norge	116
KONKLUSION OG VIDERE OVERVEJELSER.....	117

Ansvarssubjektet i det nordiske søretssamarbejde

Det nordiske søretssamarbejde blev for alvor grundlagt ved det arbejde der ledte til gennemførelsen af næsten identiske sølove i Sverige, Norge og Danmark i 1890-erne. Samarbejdet – der vel i det hele må siges at have aftaget noget i intensitet – er fortsat stærkest vedrørende forholdene reguleret i søloven.

Hvilke forhold, der er reguleret i søloven, har også udviklet sig over tid. I forhold til denne artikels emne er det særligt værd at notere sig, at søloven tidligere i langt højere grad har reguleret ansvaret for sikringen af søsikkerhedsmæssige aspekter, end tilfældet er nu.

Det centrale ansvarssubjekt i søloven har altid været “rederen”. Begrebet er ikke defineret i loven, men i praksis og doktrin er indholdet af begrebet blevet nærmere fastlagt. I forbindelse med at reguleringen af søsikkerhedsforholdene i stigende grad blev flyttet ud af søloven og gjort til genstand for egen lovregulering opstod spørgsmålet, om rederen også skulle være det centrale ansvarssubjekt her. Dette blev tilfældet i Sverige, Finland og Danmark, mens Norge valgte betegnelsen “rederiet”. Dette rejser videre spørgsmål om samspillet mellem rederbegrebet i søloven og søsikkerhedslovgivningen.

Spørgsmålet om, hvem der er ansvarssubjekt i forhold til søsikkerhedslovgivningen bliver særligt kompliceret i situationer, hvor flere aktører har indflydelse på den sikkerhedsmæssige drift. Dette er i praksis særligt tilfældet, når den tekniske drift er outsourcet til en technical manager.

Formålet med denne artikel er at undersøge, hvem ansvarssubjektet i søsikkerhedslovgivningen i Danmark, Sverige, Norge og Finland er, når den tekniske drift er outsourcet til en technical manager. Herigennem vil det blive påvist, om der kan siges at eksistere nordisk retsenhed også på dette område af sølovgivningen. Afslutningsvis vil det blive drøftet, om det er problematisk, hvis sådan retsenhed ikke består.

I det følgende vil søsikkerhedslovgivningen, konsekvenserne af at være ansvarssubjekt og outsourcing af den tekniske drift først blive

kort introduceret. Derefter vil rederbegrebet i søloven blive behandlet, hvorefter ansvarssubjektet i lovgivningen i Danmark, Sverige, Norge og Finland analyseres. Dette afrundes med nogle konklusioner og videre overvejelser.

Søikkerhedslovgivningen

Den retlige regulering af de sikkerhedsmæssige aspekter af søfart er vokset kraftigt siden midten af det 20. århundrede. Selve udtrykket søikkerhed er ikke et defineret begreb og kan tillægges både mere udvidende og indsnævrende betydning. Hugo Tiberg opdeler begrebet i *fartygssäkerhet*, *sjöfartsskydd* og *miljöskydd*.³ I denne artikel vil fokus især være på *fartygssäkerhet*, altså skibes tekniske og operative sikkerhed, inklusive sikkerhedsstyringssystem.

Indledningsvis skal det bemærkes, at søloven pålægger skibsføreren en række forpligtelser af søikkerhedsmæssig karakter, hovedsagelig pligten i § 131 (6 kap 1 §) til at sørge for, at skibet er i sødygtig stand. I en offentligretlig sammenhæng må betydningen af denne bestemmelse imidlertid anses for i vidt omfang at være blevet erstattet af reglerne i den mere tekniske søikkerhedslovgivning, der – i hvert fald i Danmark – også nu indeholder straffehjemlen for manglende overholdelse.⁴ Bestemmelsen vil derfor ikke blive behandlet yderligere her.

Søikkerhedslovgivningen bygger i vidt omfang på internationale konventioner. Centralt for spørgsmål om *fartygssäkerhet* står SOLAS. SOLAS er møntet på de kontraherende stater – hovedsagelig i deres egenskab af flagstat – og angiver ikke ansvarssubjekter for opfyldelsen af konventionens krav til skibe og deres drift. Dette er således overladt til staterne ved implementeringen af konventionen i national ret.

³ Tiberg, Hugo; Schelin, Johan; og Widlund, Mattias: *Svensk sjörätt*, Jure Förlag AB, Stockholm 2016, s. 93f.

⁴ Søikkerhedsloven § 10, jf. § 28.

En væsentlig undtagelse er imidlertid ISM-koden, der er gjort obligatorisk i medfør af SOLAS kapitel IX.⁵ ISM-koden udpeger som hovedansvarssubjekt “the company”, der i den danske sprogversion af ISM-forordningen oversættes til “rederi”, mens den svenske version anvender den mere direkte oversættelse “företag”.⁶ Definitionen heraf er:

“ejerer af skibet eller en hvilken som helst anden organisation eller person som f.eks. operatøren eller bareboat-befragteren, som har overtaget ansvaret for skibets drift fra ejeren af skibet, og som ved denne ansvarsoverdragelse har erklæret sig indforstået med hensyn til overtagelsen af alle pligter og ansvarsområder, som ISM-koden pålægger.”⁷

ISM-reglerne udpeger således selv et offentligretligt ansvarssubjekt for overholdelsen af disse regler. Ansvarssubjektet er imidlertid ikke nødvendigvis sammenfaldende med ansvarssubjektet for overholdelse af søsikkerhedslovgivningen i øvrigt.

Konsekvenserne af at være ansvarssubjekt

Før identifikationen af ansvarssubjektet analyseres nøjere vil der i det følgende blive givet en kort beskrivelse af konsekvenserne af at være ansvarssubjekt. Der er ikke tale om en udtømmende opregning, og denne baseres hovedsagelig på dansk ret.

At blive udpeget som ansvarssubjekt i søsikkerhedslovgivningen medfører en række konsekvenser af både offentligretlig og privatretlig karakter. Sidstnævnte består hovedsagelig i, at statussen af ansvarssubjekt vil kunne have indflydelse på et eventuelt erstatningsansvar over for tredjemand ved manglende overholdelse af søsikkerhedslovgivningen.

⁵ ISM-koden er i EU's medlemsstater gennemført ved forordning 336/2006.

⁶ Forordning 336/2006, artikel 2, nr. 3.

⁷ Ibid. Dette er en oversættelse af definitionen i SOLAS kapitel IX, regulation 1(2).

Dette vil ikke blive behandlet nærmere i denne artikel. De offentligretlige konsekvenser kan deles op i egentlige offentligretlige konsekvenser, altså forvaltningsmæssige konsekvenser, og strafferetlige konsekvenser.

At blive anset for ansvarssubjekt medfører (naturligvis) som hovedkonsekvens en forpligtelse til at opfylde de krav, lovgivningen opstiller. Efterledes disse ikke, kan det, som allerede nævnt, være strafbelagt, ligesom det kan medføre et erstatningsansvar efter de almindelige erstatningsregler. Som ansvarssubjekt kan man derudover blive adressat for påbud fra myndighederne, jf. søsikkerhedsloven § 18. Det vil sige, at myndighederne kan påbyde modtageren at foretage specifikke handlinger eller undladelser. Efterledes påbuddet ikke, er dette i sig selv strafbart, jf. § 22, nr. 3.

Efterledes påbuddet ikke, vil myndighederne desuden kunne lade de påbudte handlinger udføre for ansvarssubjektets regning.

Separat herfra vil det være strafbart ikke at efterleve forpligtelserne i søsikkerhedslovgivningen. Strafbarheden kan udformes på forskellig vis, bl.a. ved at strafbarheden alene påhviler det udpegede ansvarssubjekt, eller at der vælges en bredere tilgang, hvor alle, der indgår i søsikkerhedsarbejdet, kan straffes. Som det vil blive vist, er der valgt forskellige tilgange i de nordiske lande.

Der er således væsentlige konsekvenser af at blive anset for ansvarssubjekt i søsikkerhedslovgivningen.

Outsourcing af driften

Rederibranchen har som så mange andre brancher udviklet sig i retning af en højere og højere grad af specialisering. Dette giver sig blandt andet udslag i en udbredt tendens til at outsource dele af driften. I forhold til emnet for denne artikel er det mest interessante eksempel, når den tekniske drift af skibet lægges ud til en tredjemand; det, der normalt omtales som technical management.

Ved technical management indgås der en aftale mellem ejeren og et managementfirma (en manager), hvorved manageren som tjenesteyder påtager sig de opgaver, der er forbundet med den tekniske drift af skibet. Manageren handler som udgangspunkt som fuldmægtig for ejeren, men har normalt et vidt spillerum for at vurdere, hvad der er nødvendige tiltag i forbindelse med den tekniske drift af skibet. Aftalen indgås ofte ved anvendelse af en standardkontrakt, hvor BIMCO's Shipman 2009 anvendes i vidt omfang.

Der opstår derved en situation, hvor ejeren har den økonomiske interesse/risiko i skibets drift, men manageren rent faktisk forestår driften og træffer beslutningerne i forbindelse hermed, herunder beslutninger af sikkerhedsmæssig karakter. Det kan derfor tænkes, at manageren har overtaget driften i et sådant omfang, at manageren opfylder definitionen af "Company" i ISM-koden, og derved er ansvarssubjekt for disse regler. Shipman 2009 betemmer således også, at manageren (der leverer technical management) skal acceptere at lade sig udpege som "Company" i forhold til ISM-koden og fremgå som sådan på det Document of Compliance, der udstedes i henhold til konventionen.⁸ Det skal imidlertid aftales mellem parterne

Spørgsmålet er, hvilke konsekvenser overladelsen af driften til en manager har i forhold til hvem, der er ansvarssubjekt i søsikkerhedslovgivningen generelt, og herunder om manageren skal anses for at være reder efter disse regler. Inden dette analyseres, ses der i det følgende afsnit på, hvordan rederbegrebet anvendes i søloven.

Rederbegrebet i søloven

Rederbegrebet anvendes flere steder i søloven, og der knyttes en række forskellige retsvirkninger til begrebet. Således er rederen ansvarssubjekt efter sølovens § 151, retssubjekt med ret til globalbegrænsning efter

⁸ Clause 8(b).

sølovens kap. 9, ligesom rederbegrebet er relevant i relation til reglerne om søpant i § 51.

Søloven definerer imidlertid ikke begrebet.⁹ I litteraturen er rederen traditionelt blevet beskrevet som “skipsfartsnæringens driftsherre”.¹⁰ Rederen er således den, “som setter virksomheden i gang, leder den og bærer den økonomiske risiko”.¹¹ Det vil således typisk være rederen, der bemander skibet, sørger for dets udrustning og beslutter, hvordan det skal udnyttes.

Rederen vil ofte være ejeren af skibet. Særlig simpel er denne konstruktion, hvis der er tale om en enmandsvirksomhed. Et skib kan imidlertid også være ejet af flere med fuldt (proratarisk) ansvar i et partrederi. Partrederne er i så fald ejerne af skibet¹² og dermed ofte også rederne.¹³ Virksomheden kan også være organiseret i selskabsform og skibene ejet af eksempelvis et aktieselskab. Aktieselskabet er i så fald ejer af skibet og dermed ofte også rederen.

Rederen er imidlertid ikke nødvendigvis ejeren af skibet. Rederværdigheden kan gå over til en anden juridisk person, hvis rådigheden over skibet i videre omfang overlades til en anden. I en sådan overdragelsessituation har man ved identificering af rederen traditionelt lagt vægt på, hvem der har den nautiske ledelse af skibet.¹⁴

Et klart eksempel på dette er situationen, hvor skibet er bareboat-befragtet. Rederværdigheden overgår her til bareboatbefragteren, idet denne overtager opgaven med at bemane skibet og i det hele har både den nautiske og kommercielle ledelse af skibet. Bareboatbefragteren bærer dermed også den økonomiske risiko for skibets drift. Er der derimod tale

⁹ Se hertil også Wetterstein, Peter: *Redarens Miljöskadeansvar*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 2004, s. 33.

¹⁰ Falkanger, Thor og Bull, Hans Jacob: *Sjørett*, 7. udgave, Sjørettsfondet Akademisk, Oslo 2010, s. 124, Brækhus, Sjur: *Redarens husbondsansvar*, Handelshögskolans i Göteborg skriftserie nr. 2, Gumperts Förlag, Göteborg 1953, s. 33.

¹¹ Ibid.

¹² Kragelund, Gitte Vannus: *Partrederiers partssubjektivitet*, Erhvervsretligt Tidsskrift 2011.333, afsnit 3.2.1.

¹³ Partrederne skal udpege en bestyrende reder (der ikke behøver være partreder), jf. søloven § 103, stk. 1 (5 kap. 3 §).

¹⁴ Wetterstein, Peter: *Redarens Miljöskadeansvar*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 2004, s. 37.

om andre typer certepartier, som eksempelvis tidscertepartier, hvor den nautiske ledelse forbliver hos bortfragteren, vil rederværdigheden ikke gå over på befragteren.

Når der lægges vægt på den nautiske ledelse skyldes det især, at den, der har den nautiske ledelse, kan udøve kommandomyndighed over skibets besætning, og den, der på denne måde har instruktionsbeføjelse over skibets besætning, også bør være den, der bærer arbejdsgiveransvaret, som er en central del af rederansvaret. Hos Brækhus, *Rederens husbondsansvar*, 1953, s. 36 beskrives forholdene grundlæggende på denne måde. Således nævnes, at den omstændighed, at rederen er arbejdsgiver, normalt indebærer, at a) han har kommando- eller instruktionsbeføjelse over hjælperne, b) at han er part i arbejdsaftalerne, c) at han også endelig skal belastes med udgifterne til løn mv. Der peges dog samtidig på, at i “de atypiske tilfælde er disse forskellige sider ved arbejdsgiverstillingen ikke samlet hos en og samme person”.¹⁵ I tilfælde af en sådan opsplitning af rederværdigheden må man ifølge forfatteren lægge vægt på, hvem der har kommandomyndigheden,¹⁶ og hvis dette ikke giver noget klart svar som supplerende kriterium inddrage, hvem der bærer den økonomiske risiko ved ekspeditionen.¹⁷

I moderne rederidrift forekommer – som beskrevet ovenfor – i vidt omfang en opsplitning af rederens opgaver ved indgåelse af managementaftaler. Det kan herunder også tænkes, at forhiring af mandskab og den kommercielle drift af skibet uddelegeres. De retlige konsekvenser mellem parterne af et sådant arrangement afhænger selvfølgelig af aftalens indhold. Aftalen vil ofte have karakter af et fuldmagtsforhold, sådan at den, der har rollen som manager, optræder på vegne af rederen.¹⁸

¹⁵ Brækhus, Sjur: *Rederens husbondsansvar*, Handelshögskolans i Göteborg skriftserie nr. 2, Gumperts Förlag, Göteborg 1953, s. 36.

¹⁶ Brækhus, Sjur: *Rederens husbondsansvar*, Handelshögskolans i Göteborg skriftserie nr. 2, Gumperts Förlag, Göteborg 1953, s. 38. Det bemærkes her, at også dette kriterium kan være vanskeligt at anvende, da den økonomiske risiko kan være fordelt på flere.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Der har i praksis været eksempler på, at “manager” er blevet holdt ansvarlig for opfyldelsen af en indgået kontrakt, fordi det ikke har været gjort tilstrækkeligt klart for kontraktsparten, at manager alene optrådte som fuldmægtig, se eksempelvis den norske afgørelse ND 1980.181 NH (Fekete-dommen).

Fuldmagtskonstruktionen er indbygget i standardkontrakten for managementaftaler, Shipman 2009, klausul 3, som lyder:

“Subject to the terms and conditions herein provided, during the period of this Agreement, the Managers shall carry out management services in respect of the Vessel as agents for and on behalf of the owners...”

Det antages, at en sådan aftale normalt ikke indebærer rederstatus for managementselskabet i henhold til søloven.¹⁹

Managementselskabet kan derimod pådrage sig et almindeligt culpaansvar over for tredjemand, hvis han for eksempel har udvist forsømmelse i forbindelse med ansættelse af mandskab. Spørgsmålet om, hvorvidt et managementselskab kan få rederstatus i henhold til søloven, hvis det ikke – udtrykkeligt ifølge aftalen – optræder som fuldmægtig for rederen, har ikke været prøvet i praksis. Principielt kan det næppe udelukkes, at en managementaftale kan overlade en så stor del af rådigheden over skibet til managementselskabet, at dette kan få status af reder.

Et parallelt spørgsmål blev behandlet i den norske afgørelse HR-2017-331-A. Denne sag drejede sig om vragsjernelse, og spørgsmålet var, om et managementselskab kunne pålægges en sådan pligt. Efter den norske forurensningslovs § 37, andet led, kan pålæg rettes mod “skibets ejer”. Lagmannsretten var nået frem til, at managementselskabet i relation til denne bestemmelse måtte anses for ejer, da selskabet “var og er...i posisjon til å utøve en rekke av de beføyelser som normalt tilligger en eier”.²⁰ Høyesteret var ikke enig i denne vurdering, idet man fandt, at det ville have været naturligt at tydeliggøre det i forurensningsloven, hvis managementselskaber skulle kunne anses for at være “ejer” i denne sammenhæng. Høyesteret nåede frem til dette resultat til trods for, at der var tale om en “meget omfattende managementaftale”, idet man ikke fandt

¹⁹ Falkanger, Thor og Bull, Hans Jacob: *Sjørett*, 7. udgave, Sjørettsfondet Akademisk, Oslo 2010, s. 139, Wetterstein, Peter: *Redarens Miljöskadeansvar*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 2004, s. 40 med henvisninger.

²⁰ Refereret i dommen afsnit 114.

at aftalen i sig selv gik ud over, hvad som med rimelighed kan følge af en managementaftale.

Sammenfattende synes rederbegrebet i søloven oprindeligt især at være behandlet i relation til arbejdsgiveransvaret og dermed at have været knyttet til arbejdsgiverbegrebet og spørgsmålet om instruktionsbeføjelse, arbejdstagerkontrakt, og (subsidiært eller i forlængelse heraf) økonomisk risiko. Det har været anset for undtagelsen, at rederfunktionen har været så opsplittet, at disse kriterier ikke ville udpege den samme person som reder. Selv om managementaftaler indebærer, at en opsplittning af rederfunktionen i dag er langt mere sædvanlig, synes det at være den generelle opfattelse i teorien, at managementaftaler normalt ikke overfører rederværdigheden til managementselskabet. Rederbegrebet i søloven synes således (endnu) at have et relativt fast og fælles indhold i de nordiske lande.

Ansvarssubjektet i søsikkerhedslovgivningen

Efter disse indledende betragtninger vil det i det følgende blive undersøgt, hvordan ansvarssubjektet er defineret i søsikkerhedslovgivningen i Danmark, Sverige, Finland og Norge, herunder hvordan betegnelsen “reder” skal forstås.

Danmark

I Danmark er den centrale lov på dette område søsikkerhedsloven.²¹ Loven fastsætter i kapitel 4 (§§ 9-13) pligter for forskellige parter, nemlig rederen, skibsføreren, “den, der leder arbejdet om bord”, de ansatte om bord og enhver ombordværende. Det centrale ansvarssubjekt er rederen, der “skal sikre”, at loven og regler udstedt i medfør heraf, fx implementeringen af

²¹ Lovbekendtgørelse 72/2014 om sikkerhed til søs med senere ændringer.

SOLAS, overholdes, ligesom rederen skal sørge for, at skibsføreren har mulighed for at opfylde sine forpligtelser, jf. § 9.

Rederbegrebet er ikke defineret i loven. Derimod fastsætter loven visse bestemmelser for ansvarets omfang, der har betydning for forståelsen af ansvarssubjektet generelt og rederbegrebet. For det første angiver § 9, stk. 1, 4. pkt.:

“Forpligtelserne efter 1–3. pkt. påhviler rederen, uanset om andre organisationer, virksomheder eller personer opfylder visse af opgaverne eller pligterne på rederens vegne.”

Dernæst angiver stk. 2:

“Har rederen helt eller delvis overladt de pligter og ansvarsområder, som er omfattet af den kode om sikker skibsdrift, som er fastsat af FN’s Internationale Maritime Organisation, til en anden organisation eller person, finder stk. 1 tillige anvendelse for den pågældende, for så vidt angår de overtagne pligter og ansvarsområder.”

Af stk. 1, 4. pkt. kan det udledes, at en part fortsat kan være reder og dermed ansvarssubjekt, selvom en del af opgaverne uddelegeres. Ligeledes fremgår det, at opgaverne ikke kan uddelegeres med ansvarsfritagende virkning. Af stk. 2 kan det endvidere modsætningsvis udledes, at uddelegeringen også kan omfatte ISM-ansvaret, uden at dette nødvendigvis medfører, at den delegerende part ikke længere anses for reder i forhold til søsikkerhedsloven.

Indtil søsikkerhedslovens ikrafttræden i 1999 var rederens ansvar for søsikkerheden bl.a. reguleret i lov om skibes sikkerhed.²² Heri var rederbegrebet heller ikke defineret. Af forarbejderne fremgår det, at der ved fastlæggelsen af, hvem der var reder “i første række [måtte] lægges vægt på ejerforholdet”, men der kunne også i andre situationer være behov for at tillægge “andre forhold såsom dispositionsretten over skibet”

²² Senest lovbekendtgørelse 594/1996, der blev ophævet samtidig med søsikkerhedslovens ikrafttræden.

betydning.²³ Som eksempler nævntes en korresponderende reder og en bareboat befragter, der under visse omstændigheder kunne anses for reder.²⁴ Der lagdes altså her meget stor vægt på ejerforholdet.

Bestemmelsen om rederens pligter i søsikkerhedsloven blev væsentligt ændret og udvidet i 2010.²⁵ Det var i denne forbindelse stk. 1, 4. pkt., og stk. 2 blev indsat. Det var ligeledes i denne forbindelse, at rederen blev gjort til den primært ansvarlige for overholdelse af lovens pligter.

Som nævnt defineres rederbegrebet ikke, og forarbejderne fastslår, at fastlæggelsen fortsat skal ske ud fra en konkret vurdering.²⁶ Samtidig nedtones den primære betydning af det formelle ejerskab, hvorimod den økonomiske interesse i skibets drift tillægges større vægt.²⁷ Dette gør sig så meget desto mere gældende, når den, der har den økonomiske interesse i skibets drift tillige “deltager aktivt i rederifunktionerne eller på anden måde øver indflydelse på skibets drift”.²⁸

Vedrørende outsourcing af den sikkerhedsmæssige drift tillægges den økonomiske interesse i denne del af driften også væsentlig betydning i forarbejderne i forhold til, hvem der anses for at være reder og dermed primært ansvarssubjekt. I forhold til ISM-koden anføres det, at den, der har overtaget ISM-kodens forpligtelser fra ejeren af skibet, kan være reder i søsikkerhedslovens forstand, men at det ikke behøver være tilfældet. I situationer, hvor sikkerhedsstyringen outsources til en virksomhed, der ikke driver skibet for egen regning, vil det fortsat være ejeren (den delegerende part) der har den økonomiske interesse i driften af skibet, herunder den sikkerhedsmæssige drift. Det vil således også være denne part, der tjener ved, at der spares på den sikkerhedsmæssige drift.²⁹ Der opstår således med forarbejdernes ord et “samvirke omkring den sikkerhedsmæssige drift af skibet” mellem den delegerende part og den, der

²³ Folketingstidende A 1979-80, sp. 815.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ved lov 493/2010.

²⁶ Folketingstidende A 2009-10, lovforslag 100, s. 21.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Folketingstidende A 2009-10, lovforslag 100, s. 22.

er ansvarlig for sikkerhedsstyringen efter ISM-koden.³⁰ I disse situationer vil det være den, i hvis økonomiske interesse skibet drives, der skal anses for reder i søsikkerhedslovens forstand.³¹ Denne part vil herefter være det primære ansvarssubjekt, mens den ansvarlige for sikkerhedsstyringen efter ISM-koden kan holdes ansvarlig efter stk. 2.

Hvor den tekniske drift af et skib er outsourcet til en technical manager, vil det typisk være den technical manager, der står anført som rederi på skibets Document of Compliance under ISM-koden,³² og som derved har de pligter, der følger af koden. Hvor den technical manager er aflønnet for sine services og ikke tager andel i vinding og tab og heller ikke i øvrigt har andel i driften, må det på baggrund af forarbejderne antages, at der er en kraftig formodning for, at det fortsat er den delegerende part (typisk ejeren eller bareboat befragteren), der vil blive anset for reder i søsikkerhedslovens forstand og dermed primært ansvarssubjekt. Denne part vil heller ikke være fritaget for at opfylde de dele af lovens pligter, der er outsourcet til den technical manager, jf. stk. 1, 4. pkt. Den technical manager vil samtidig blive ansvarlig for de dele af driften, der er overtaget, og vil således også være ansvarssubjekt efter søsikkerhedsloven for disse dele.

En ejer eller bareboat befragter kan således ikke føle sig sikker på at have frigjort sig for sit rederansvar under søsikkerhedsloven ved at outsource den sikkerhedsmæssige drift til en technical manager. Den technical manager, der står anført som rederi på DOC i henhold til ISM-koden kan derimod føle sig sikker på at være ansvarssubjekt for de dele af driften, der er overtaget, og vil i nogle tilfælde kunne blive anset for reder og derved have det fulde ansvar i henhold til loven.

³⁰ Folketingstidende A 2009-10, lovforslag 100, s. 36.

³¹ Folketingstidende A 2009-10, lovforslag 100, s. 22.

³² Jf. ovenfor ved og i note 8.

Sverige

I Sverige er den centrale lov i denne sammenhæng fartygssikkerhetslagen.³³ Dette er en ganske omfattende lov, der dog fortsat har karakter af en rammelov, med hjemmel i hvilken et stort antal detailregler er udstedt.

I modsætning til i Norge og Danmark indeholder loven ikke mere generelle regler, om hvem der er pligtsubjekt(er) for lovens krav. Visse bestemmelser er rettet direkte til et pligtsubjekt, bl.a. reder og skibsfører, men de fleste regler opstiller krav, som fartøjet skal leve op til, uden at det specifikt er angivet, hvem der har pligt til at sørge herfor.

Lovens kapitel 8 indeholder "ansvarsbestemmelser", hvilket her vil sige straffebestemmelser. Det synes reelt at være herigennem, at pligtsubjekterne identificeres. Straffebuddene retter sig hovedsageligt til rederen og skibsføreren. Sammenlignet med Danmark synes der generelt at påhvile skibsføreren et større ansvar sammenlignet med rederen, end tilfældet er i Danmark, og reguleringen minder således mere om den danske inden 2010-lovændringen der.

Lovens 1 kapitel 2 § indeholder definitioner af forskellige begreber. Rederbegrebet defineres ikke. Af stykke 2 fremgår imidlertid:

“Vad som sägs i denna lag om redare skall gälla även den som i redarens ställe utöver ett avgörande inflytande över fartygets drift”³⁴

Modsætningsvis kan det konstateres, at man kan udøve en “afgørende indflydelse” på skibets drift uden at blive anset for reder, men man vil i så fald have de samme pligter som rederen. Dette er åbenlyst relevant i en situation, hvor technical management er outsourcet.

³³ 2003:364.

³⁴ I den tidligere fartygssikkerhetslag (1988:49) hed det, at bestemmelserne om rederen også gjaldt den “som i redarens ställe har befattning med fartyget”, 1 kap 2 §. Den nuværende formulering synes både at kunne ses som en udvidelse og en indskrænkning i forhold hertil. Således synes “avgörande inflytande över” umiddelbart at være et snævrere begreb end “befattning med”, mens “inflytande över” måske kan indbefatte handlinger og undladelser, der så at sige er længere fra selve skibet, end “befattning med” kan.

Det er interessant, at den svenske lovgiver har valgt fortsat ikke at definere rederbegrebet. Dette blev ellers foreslået af Sjösäkerhetskommitén i 1996 i dens Handlingsplan för ökad sjösäkerhet.³⁵ Kommitén foreslog da følgende definition:

“Med redare avses i denna lag den som äger eller hyr hela fartyget och som ensam eller tillsammans med andra personer utövar faktisk beslutanderätt i frågor rörande fartygets säkerhet. Med redaren jämställs en sådan person som enligt avtal eller på något annat sätt faktiskt har hand om frågor med anknytning till fartygets säkerhet.”³⁶

Af forarbejderne til (den nuværende) fartygssikkerhetslagen fremgår det, at lovgiver alligevel fravalgte den foreslåede definition, dels fordi definitionen i sig selv var kompliceret og åben for fortolkning, dels fordi man frygtede, at definitionen ville kunne medføre situationer, hvor den, som udøver afgørende indflydelse over driften, ikke ville blive omfattet af definitionen, hvilket i øvrigt ville kunne udnyttes af dubiøse aktører ved organiseringen af rederivirksomheden.³⁷ Bekymringen om, at definitionen ikke i alle tilfælde ville omfatte den rette kreds, blev yderligere underbygget med outsourcingtendensen i rederibranchen³⁸ – en tendens der kun er blevet stærkere, siden loven blev vedtaget.

Det er interessant, at beslutningen i forarbejderne desuden begrundes med, at rederbegrebet er “av sådan generell betydelse för sjörätten, att den enligt regeringens mening inte lämpligen bör tas upp i detta sammanhang” [in casu Lag om åtgärder mot förorening från fartyg].³⁹ Dette kunne opfattes som en angivelse af, at definitionen af rederbegrebet bør være det samme på tværs af søretten, men når betragtningen leder til, at begrebet ikke defineres, bl.a. fordi man er bekymret for, at en definition kan lede til situationer, hvor det rette subjekt ikke vil kunne holdes ansvarlig,

³⁵ SOU 1996:182.

³⁶ Ibid., s. 431.

³⁷ Prop 2002/03:109, s. 169, jf. SOU 2001:17, s. 100f, og Prop 2000/01:139, s. 137f.

³⁸ Prop 2000/01:139, s. 137f.

³⁹ Prop 2000/01:139, s. 137.

fordi det falder uden for definitionen, synes det snarere at underbygge et differentieret rederbegreb, eller i hvert fald ansvarssubjekt, i de forskellige dele af søretten.

Bedømmelsen af, hvem der er reder, skal altså ske konkret, og det er her formentlig afgørende, hvem der har udøvet faktisk indflydelse over driften af fartøjet, og ved denne vurdering vil det formentlig blive tillagt væsentlig betydning, hvem der står som rederi på Document of Compliance iht. ISM-koden.⁴⁰

Selv hvis den, der udøver indflydelse over driften, ikke bliver anset for reder, vil personen blive pålagt samme ansvar efter 1 kap 2 §, stk. 2. I en situation, hvor den tekniske drift er outsourcet til en technical manager, vil manageren således også kunne holdes ansvarlig, selvom denne ud fra en samlet vurdering ikke anses for at være reder. Anses den technical manager for at være reder, må bestemmelsen forstås således, at den, der har delegeret driftsansvaret til manageren, altså typisk ejeren, også kan holdes ansvarlig i det omfang, denne har øvet indflydelse på driften. Dette står i kontrast til den danske model, hvor "sikkerhedsventilen" i søsikkerhedslovens § 9, stk. 2, efter sin ordlyd kun kan anvendes til at holde den ISM-ansvarlige ansvarlig, når den ISM-ansvarlige ikke anses for at være reder, men ikke kan anvendes til at holde den delegerende ansvarlig, når den ISM-ansvarlige anses for at være reder.

Finland

I Finland er den væsentligste lovgivning om søsikkerhed Lag om fartygs säkerhet och säker drift av fartyg⁴¹ og Lag om tillsyn över fartygssäkerheten.⁴² Begge love indeholder en definition af rederbegrebet. Indtil implementeringen af EU's havnestatskontroldirektiv⁴³ var definitionerne enslydende, men ved gennemførelsen af direktivet blev definitionen

⁴⁰ Tiberg, Hugo; Schelin, Johan; og Widlund, Mattias: *Svensk sjö rätt*, Jure Förlag AB, Stockholm 2016, s. 173f.

⁴¹ 2009:1686.

⁴² 1995:370.

⁴³ Direktiv 2009/16 om havnestatskontrol.

ændret i Lag om tillsyn över fartygssäkerheten. Lag om fartygs säkerhet och säker drift av fartyg 1 kap 2 § nr. 43 innehåller följande definition:

“*redare* den som äger eller hyr hela fartyget och som ensam eller tillsammans med andra personer utövar faktisk beslutanderätt i fartygssäkerhetsfrågorna; i denna lag jämföras med redaren en sådan person som enligt avtal eller på något annat sätt faktiskt har hand om frågan med anknytning till fartygets fartygssäkerhet.”⁴⁴

Som det kan ses, er der tale om den samme definition, som den svenske Sjösäkerhetskommitté efterfølgende foreslog indført i Sverige, men som regeringen afviste af de grunde, der er omtalt i ovenstående afsnit.

Det fremgår direkte af ordlyden, at der er to betingelser for, at en part anses for reder. Dels skal parten være ejer eller (bareboat) befragter af hele fartøjet, dels skal parten have beslutningstagningsret vedrørende sikkerhedsspørgsmål.

Definitionen lægger således betydelig vægt på ejerskab eller fysisk besiddelse af skibet, hvilket umiddelbart taler imod, at en technical manager vil kunne klassificeres som reder, da denne netop ikke er hverken ejer eller bareboat befragter, selvom manageren typisk vil have fået delegeret væsentlige dele af beslutningstagningsretten vedrørende sikkerhedsspørgsmål fra ejeren eller befragteren og ofte står anført som “the company” på Document of Compliance i henhold til ISM-koden. Dette understøttes af forarbejderne til bestemmelsen. Heraf fremgår det, at beslutningsretten kan bestå i enten faktisk beslutningstagning i driftsmæssige spørgsmål eller i at træffe beslutning om uddelegering af driften.⁴⁵

⁴⁴ Samme definition fandtes således indtil 2010 også i Lag om tillsyn över fartygssäkerheten 1 kap 2 § nr. 3.

⁴⁵ RP 250/2009, s. 27, hvor det anføres, at bestemmelsen svarer til definitionen i 2 § 3 punkt i Lag om tillsyn över fartygssäkerheten. Det er i forarbejderne til denne bestemmelse, det ovenstående er anført, RP 1994:344, detaljmotiverne til 2 §. Teksten er baseret på Peter Wettersteins citat af motiverne, da disse ikke foreligger på svensk (online), Wetterstein, Peter: *Redarens Miljöskadeansvar*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 2004, s. 50f.

Ved outsourcing af den tekniske drift til en technical manager vil den delegerende ejer/bareboat befragter altså fortsat blive anset for reder.⁴⁶ Manageren vil imidlertid ligeledes være ansvarlig i medfør af bestemmelsens andet led. Outsourcingen medfører således ikke ansvarsfrihed for den delegerende ejer/bareboat befragter, idet denne stadig anses for at have rederværdigheden.

Wetterstein anfører, at definitionen i vidt omfang stemmer overens med sølovens rederbegreb og anfører, at det er ønskværdigt, at rederbegrebet gives det samme indhold i begge love.⁴⁷

Som nævnt indeholdt Lag om tillsyn över fartygssäkerheten samme definition indtil implementeringen af havnestatskontroldirektivet ved lov 2010/1138. Ved loven blev første led af definitionen i 1 kap 2 § nr. 3 ændret til følgende ordlyd:

“*redare* fartygets ägare eller ett bolag, någon annan organisation eller person eller den som hyr hela fartyget, som antingen ensam eller tillsammans med andra personer utövar faktisk beslutanderätt i fartygssäkerhetsfrågorna”.

Definitionen svarer til direktivets definition af “rederi”.⁴⁸ Af forarbejderne fremgår det blot, at rederdefinitionen udvides, så den “utöver fartygets ägare och den som hyr fartyget även täcker” parter, der har overtaget ansvaret for driften fra rederiet.⁴⁹ Det fremgår ikke klart, om dette betyder, at rederværdigheden i relevante tilfælde overgår til fx den technical manager, der ikke er ejer eller bareboat befragter, eller der bliver tale om en deling af rederværdigheden. Henset til bestemmelsens andet

⁴⁶ Se også Wetterstein, Peter: *Redarens Miljöskadeansvar*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 2004, s. 40.

⁴⁷ Wetterstein, Peter: *Redarens Miljöskadeansvar*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 2004, s. 51. Bemærk dog, at Åbo Hovrätt i Linda-sagen, ND 2000.169, anførte, at definitionen var “flexiblare” – vistnok i betydningen bredere – end det almindelige rederbegreb, og at denne “flexiblare” definition kun var gældende inden for lovens anvendelsesområde og altså ikke en udvidelse af rederbegrebet generelt, jf. dommens afsnit “Redaregenskapen”, pkt. 7.

⁴⁸ Direktiv 2009/16, artikel 2, nr. 18.

⁴⁹ RP 196/2010, s. 8.

led, må den praktiske betydning heraf dog formentlig antages at være stærkt begrænset – i hvert fald så længe udtrykket “faktisk har hand om frågor med anknytning till fartygets fartygssäkerhet” i andet led fortsat forstås som også at omfatte beslutning om delegation af driftsansvaret.

Norge

I Norge har man valgt en anden løsning end i de øvrige nordiske lande. I den centrale lov, Skipssikkerhetsloven,⁵⁰ har man ligesom i Danmark en bestemmelse, der på generelt plan udstikker pligten til at overholde loven, jf. § 6, men som ansvarssubjekt har man valgt betegnelsen “rederi” og altså ikke rederen, som i de øvrige lande. “Rederi” er defineret i § 4, 1. led:⁵¹

“Med rederiet menes den som i det sikkerhedsstyringscertifikatet som skipet skal ha etter bestemmelser gitt i eller i medhold av § 7, jf. § 5 i denne loven, er opplyst å være driftsansvarlig selskap.”

Definitionen medfører, at den, der står anført som the company på Document of Compliance efter ISM-koden, er “rederiet” og dermed hovedpligtsubjekt i skipssikkerhetsloven.

Skipssikkerhetslovutvalget havde oprindeligt foreslået en definition, der tog udgangspunkt i, at rederiet var den registrerede ejer, men at denne kunne have overladt ansvaret for skibets drift til en anden, der i så fald skulle være rederi.⁵² Denne definition lå meget tæt op ad ISM-kodens definition af the Company og ville derfor formentlig i langt de fleste tilfælde have ført til samme resultat i praksis som den endelige definition. Imidlertid blev bestemmelsen i løbet af lovforberedelsen ændret til den

⁵⁰ Lov af 16. februar 2007, nr. 9.

⁵¹ 2.-4. led indeholder regler for skibe, der ikke har pligt til at have sikkerhedsstyrings-system mv. Disse vil ikke blive behandlet nærmere her.

⁵² NOU 2005:14, lovudkastet § 2-1. Se også Pettersen, Terje Hernes og Bull, Hans Jacob: *Skipssikkerhetsloven – med kommentarer*, Fagbokforlaget, Bergen 2010, s. 121f.

nuværende formulering med henblik på at sikre en regel med en høj grad af forudsigelighed med hensyn til, hvem der er “rederiet”.⁵³

Loven indeholder ikke nogen regel om, at andre, der udøver indflydelse over driften af skibet, skal sidestilles med rederiet eller lignende. Står en part for (en del af) driften af skibet uden at være anført på sikkerhedsstyringscertifikatet bliver denne altså ikke til pligtsubjekt i henhold til loven af den grund. I en situation, hvor den tekniske drift er outsourcet til en technical manager afhænger identiteten af pligtsubjektet således af, om manageren er opført som driftsansvarlig (“company”) på ISM-certifikatet. Er manageren det, bliver manageren “rederiet” og dermed pligtsubjekt, mens ejeren er frigjort fra at være pligtsubjekt; er manageren det ikke, forbliver ejeren (eller en eventuel tredje part, der står anført på ISM-certifikatet) pligtsubjekt, og manageren bliver ikke pligtsubjekt.

Parter, der håndterer driften af skibet uden at være “rederiet”, kan imidlertid ifalde strafansvar for overtrædelse af reglerne i loven, jf. § 69, 2. led. Bestemmelsen retter sig mod enkeltpersoner.⁵⁴ Det vil sige, at personer, der er ansat i ejerselskabet eller managementselskabet, der ikke er pligtsubjekt, jf. netop ovenfor, eller i et helt tredje selskab, der udøver driftsopgaver, kan straffes for overtrædelser. Personer ansat i det selskab, som er pligtsubjekt, kan straffes direkte efter straffeбудene i kapitel 10.

Konklusion og videre overvejelser

Man behøver ikke kaste mange blikke på lovgivningen, før man kan konstatere, at de nordiske lande har valgt ganske forskellige lovtekniske tilgange til udpegelsen af ansvarssubjektet i søsikkerhedslovgivningen.

⁵³ Se gennemgangen af processen i Pettersen, Terje Hernes og Bull, Hans Jacob: *Skippsikkerhetsloven – med kommentarer*, Fagbokforlaget, Bergen 2010, s. 121ff.

⁵⁴ Pettersen, Terje Hernes og Bull, Hans Jacob: *Skippsikkerhetsloven – med kommentarer*, Fagbokforlaget, Bergen 2010, s. 870f.

Norge har valgt en løsning med et let konstaterbart ansvarssubjekt og uden anvendelse af det klassiske rederbegreb. Sverige, Finland og Danmark har alle valgt at benytte rederbegrebet, men på hver sin måde og alle tre med en udvidelse af ansvarssubjektet. I praksis vil reglerne i langt de fleste tilfælde formentlig lede til udpegelsen af den samme part som ansvarssubjekt, men ikke mindst i tilfælde, hvor den tekniske drift er outsourcet til en technical manager, vil reglerne kunne føre til forskellige resultater. Der kan således ikke være retsenhed i Norden, når det gælder ansvarssubjektet i søsikkerhedsspørgsmål.

Det giver anledning til (i hvert fald) to spørgsmål. For det første: Er det et problem, at der ikke er retsenhed på dette område? For det andet: Er det problematisk at benytte rederbegrebet som ansvarssubjekt? I det følgende vil der blive fremsat nogle (relativt frie) betragtninger herom.

Det nordiske samarbejde på sørettens område har bestået i over et århundrede og medfører den dag i dag, at vi har næsten identiske sølove. Dette medfører også en fælles forståelse af rederbegrebet som det centrale ansvarssubjekt i søloven. På søsikkerhedsområdet har landene ikke nødvendigvis helt sammenfaldende interesser, om end alle fire lande repræsenterer kvalitetsskibsfart og generelt er hurtige til at ratificere nye konventioner og protokoller på området. Således har der heller ikke været tradition for et lige så tæt samarbejde landene imellem, når det kommer til søsikkerhedsområdet.

Er det så et problem, at landene ikke har retsenhed i forhold til, hvem der er ansvarssubjekt? Formentlig ikke. De forhold, der reguleres, er hovedsagelig flagstatsforhold. Sikkerheden til søs opnås ved at skibet og dets drift lever op til en række krav, der hovedsagelig er baseret på internationale regler/standarder. Opfyldelsen heraf sikres i vidt omfang ved havnestatskontrol. Hvem der offentligt kan holdes ansvarlig for at bringe skibet i overensstemmelse med reglerne og eventuelt gøres strafferetligt ansvarlig for den manglende overholdelse er herefter et anliggende for flagstaten, uanset hvor i verden den manglende opfyldelse er konstateret.⁵⁵ I en sådan sammenhæng synes der ikke at være væsentlige fordele ved en nordisk retsenhed for så vidt angår ansvarssubjektet.

⁵⁵ Situationen kan være en anden, særligt i forbindelse med ulykker.

Med hensyn til anvendelsen af rederbegrebet som ansvarssubjekt i søsikkerhedslovgivningen, kan det først konstateres, at rederbegrebet i søloven ikke er defineret, men der findes en vis retspraksis og nogen teori herom. Ved "overførelsen" af begrebet til søsikkerhedslovgivningen har Finland valgt at indføre en definition af begrebet, mens Sverige og Danmark har indsat bemærkninger herom i forarbejderne. Dette medfører en risiko for, at rederbegrebet fortolkes på en anden måde efter søsikkerhedslovgivningen end efter søloven, og at begrebet på baggrund af de forskellige regler fortolkes forskelligt i de tre lande. Dette medfører videre i hvert fald en risiko for, at fortolkningen får en afsmittende effekt på fortolkningen af rederbegrebet i søloven, hvilket kan give en mere diffus forståelse af begrebet og i værste fald en forståelse, der ikke er fællesnordisk.

Samtidig kan det konstateres, dels at alle landene under alle omstændigheder har fundet det nødvendigt at udvide ansvarssubjektet udover "rederen", dels at flere af de nyere, internationale regelsæt selv definerer ansvarssubjektet. Derved kommer der under alle omstændigheder til at være et mere differentieret ansvarssubjekt end blot "rederen". Dette er heller ikke et nyt fænomen særligt i forhold til de regler, der vedrører forureningsforebyggelse og -bekæmpelse, hvor miljølovgivningen også har medført et bredere ansvarssubjekt.

Henset til risikoen for at udvande det fællesnordiske rederbegreb i søloven, bør lovgiverne i hvert fald overveje, om det er hensigtsmæssigt fortsat at anvende rederbegrebet som det centrale ansvarssubjekt også i søsikkerhedslovgivningen.

Ansvarsgjennombrudd –
kollisjon og samspill mellom
erstatningsrettslige og
aksjeselskapsrettslige prinsipper

*Margrethe Buskerud Christoffersen*¹

¹ Førsteamanuensis dr. juris, Institutt for Privatrett, UiO.

Innhold

1	INNLEDNING.....	123
2	ALMINNELIGE IDENTIFIKASJONSPRINSIPPER ANVENDT I AKSJESELSKAPSRETTE	
	I AKSJESELSKAPSRETTE.....	125
2.1	Alminnelige identifikasjonsprinsipper	125
2.2	Identifikasjon og aksjerettslige prinsipper.....	126
3	LOVGIVERS VURDERINGER AV LÆREN OM ANSVARSGJENNOMBRUDD	128
4	AKTUELLE OMRÅDER FOR ANSVARSGJENNOMBRUDD	130
4.1	Underkapitalisering.....	130
4.2	Forurensningstilfeller.....	135
4.3	Ansvarsgjennombrudd i konsern.....	137
4.4	Ansvar for selskapets motparts sakskostnader.....	138
5	NOEN REFLEKSJONER.....	140

1 Innledning

Aksjeselskapsretten hviler på et grunnleggende prinsipp om at aksjeeier ikke er ansvarlig for selskapets forpliktelser, nedfelt i aksjeloven § 1-2. Formålet med en slik ansvarsbegrensning er å redusere aksjeeiers risiko og dermed stimulere til investering i næringsvirksomhet. Prinsippet gjelder imidlertid ikke uten modifikasjoner.

For det første kan et ansvar for aksjeeier utledes av grunnlaget for selskapets forpliktelse. Det kan følge av en særskilt lovregulering at aksjeeier kan holdes ansvarlig, slik som aksjelovens tilordningsbestemmelse i § 2-20 som gjelder selskapets forpliktelser i stiftelsesfasen.² Aksjeeier kan også frivillig ha påtatt seg et kontraktuelt ansvar for selskapets forpliktelse, eksempelvis ved at han stiller garanti. Det kan også være grunnlag for å tolke selskapets kontraktsforpliktelse slik at aksjeeier omfattes.³

For det annet kan aksjeeier bli ansvarlig for selskapets forpliktelser på erstatningsgrunnlag. Aksjeeier kan bli erstatningsansvarlig ved utvist uaktsomhet i henhold til aksjeloven § 17-1 første ledd og ulovfestede prinsipper. Culpavurderingen inneholder et objektivt element, som innebærer at det må foreligge brudd på en aksjerettslig plikt, gjerne fra lov, vedtekter eller avtale. I tillegget må det foretas en subjektiv vurdering, og ansvar forutsetter at aksjeeier kan bebreides for pliktbruddet. Det vil foreligge presumsjon for uaktsomhet ved brudd på en objektiv plikt, noe som ble lagt til grunn i HR-2016-1440 (Håheller). Aksjeeier kan også bli erstatningsansvarlig etter reglene om medvirkeransvar i aksjeloven § 17-1 annet ledd. Dette er aktuelt hvor aksjeeier instruerer selskapets ledelse, men det kreves da en tilskyndelse fra aksjeeier, altså mer enn uformell påvirkning.⁴ Reglene er særlig praktiske i konsern, hvor morselskapet har

² Se nærmere Are Stenvik, Erstatning og rettssubjektivitet i Festskrift til Mads Henry Andenæs, Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder (2010) s. 287. Se også Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 40 flg.

³ Se til illustrasjon, HR-2017-1932-A (MAN) avsnitt 102, hvor en voldgiftsavtale morselskapet hadde inngått ble tolket slik at også datterselskapet var forpliktet.

⁴ Se Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper (2016) s. 663 med videre henvisninger.

stor innflytelse over dattelskapet. Erstatningsrettslig medvirkning kan foreligge hvis den reelle beslutning treffes i morselskapet og det kun skjer en summarisk behandling i datterselskapets organer.⁵ Det kan skje hvis morselskapet utpeker og instruerer styremedlemmer i datterselskapet.

Prinsippet om aksjeeiers begrensede ansvar kan komme i kollisjon med andre grunnleggende formuerettslige prinsipper og det oppstod tidlig en diskusjon om aksjeeier i særlige tilfeller kan holdes ansvarlig for selskapets forpliktelser uten et slikt særlig grunnlag som nevnt ovenfor. Det rettslige grunnlaget er basert på identifikasjon mellom aksjeeier og selskapet, gjerne kalt læren om ansvarsgjennombrudd eller selskapsrettslig gjennomskjæring.⁶ Slik selskapsrettslig identifikasjon er temaet for denne artikkelen. Det vil bli vurdert hvilke hensyn som gjør seg gjeldende og i hvilke situasjoner det kan være aktuelt med ansvarsgjennombrudd. Det vil i den forbindelse bli vurdert i hvilken utstrekning det er behov for læren om ansvarsgjennombrudd ved siden av erstatningsreglene. Viggo Hagstrøm skrev en grunnleggende artikkel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett i 1993, hvor han stiller seg tvilende til om det er behov for egne regler om ansvarsgjennombrudd.⁷ Det har imidlertid vært en utvikling både når det gjelder aksjeeiers forpliktelser generelt og reglene om aksjeeiers erstatningsansvar. Det er derfor grunn til å vurdere hvor læren om ansvarsgjennombrudd står i dag.

⁵ Se grundig analyse, Kristin Normann, Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven – særlig om medvirkeransvar i konsernforhold i Festskrift til Mads Henry Andenæs (2010) s. 245.

⁶ Se Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 38 flg. og Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 42 flg.

⁷ Hagstrøm TfR 1993 s. 250, Ansvarsgjennombrudd i norsk rett.

2 Alminnelige identifikasjonsprinsipper anvendt i aksjeselskapsretten

2.1 Alminnelige identifikasjonsprinsipper

Selskapsretten springer ut av, og er fortsatt en del av, den alminnelige obligasjonsretten. For å analysere identifikasjonsprinsippene i tilknytning til ansvarsgjennombrudd, er det derfor naturlig å ta utgangspunkt i alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om identifikasjon.

Identifikasjonsspørsmål oppstår i relasjon til ulike obligasjonsrettslige regler. En gruppe er mangelsgrunnlag med kunnskapskrav, slik som regler om opplysningsplikt. Det vil da oppstå spørsmål hvem debitor skal identifiseres med når det skal vurderes hva han kjente eller kan bebreides for ikke å ha kjent til. En annen gruppe obligasjonsrettslige regler hvor identifikasjon er aktuelt, er regler som inneholder krav om at en kontraktspart var i god tro.⁸ Eksempel på en slik regel er aksjeloven § 6-33 som fastslår at selskapet er bundet selv om noen har handlet utenfor sin kompetanse, hvis medkontrahenten verken forstod eller burde forstått at myndigheten ble overskredet. Det må da tas stilling til hvilke personer på medkontrahentens side sin kunnskap som er relevant.

De alminnelige obligasjonsrettslige identifikasjonsprinsippene er skjønsmessige, og basert på rettspraksis er det et overordnet spørsmål hvorvidt det er rimelig å identifisere.⁹ En illustrerende dom her er Rt. 2002 s. 696 (Nebb-tomta), som gjaldt spørsmålet om et aksjeselskap som solgte næringsseiendom «kjente til» et negativt forhold ved eiendommen i relasjon til avhendingsloven § 3-7. Førstvoterende viste eksplisitt til at det var et «rimelig resultat i forhold til omverdenen» som begrunnelse for

⁸ Seanalyse hos Aage Thor Falkanger, *God tro: en studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter* (1999), se. 361 flg.

⁹ Falkanger, *op.cit* s. 370–371. Se nærmere om alminnelige identifikasjonsprinsipper, Margrethe Buskerud Christoffersen, *Kjøp og salg av virksomhet – risiko og ansvar for mangler* (2008), s. 313 flg. med videre henvisninger.

selskapets identifikasjon med tidligere styremedlemmer og administrativ ledelse (s. 702).

Hvorvidt det er rimelig med identifikasjon, vil naturlig nok bero på konkrete omstendigheter i den enkelte sak. I tillegg vil grunnleggende hensyn på det aktuelle rettsområdet være relevante, og jeg skal se nærmere på hvilke hensyn som er relevante i relasjon til ansvarsgjennombrudd i aksjeselskapsretten.

2.2 Identifikasjon og aksjerettslige prinsipper

Identifikasjon mellom aksjeeier og selskapet, som leder til at aksjeeier blir ansvarlig for selskapets forpliktelser, berører flere grunnleggende aksjerettslige prinsipper.

Som nevnt innledningsvis, bryter ansvarsgjennombrudd med prinsippet om aksjeeiers ansvarsbegrensning, selve bærebjelken i aksjeselskapsretten. Definisjonen av et aksjeselskap er at aksjeeier ikke har personlig ansvar for selskapets forpliktelser jf. aksjeloven § 1-1 annet ledd og dette er utdypet i aksjeloven § 2-1 første ledd. Høyesterett har følgende karakteristikkk av ansvarsbegrensningen i Rt. 2010 s. 306 (Hempel) i avsnitt 69:

«et grunnleggende aksjerettslig prinsipp av stor samfunnsmessig betydning, blant annet for å stimulere til etablering av risikofylt virksomhet.»

Hensynet til aksjeeiernes forutberegnelighet og aksjelovens effektivitet taler således mot identifikasjon som leder til ansvarsgjennombrudd.¹⁰

Identifikasjon mellom aksjeeier og selskapet kommer også i konflikt med det grunnleggende prinsipp om at aksjeselskaper er egne rettssubjekter. Selskapene har rettsevne, rettslig handleevne og partsevne jf. tvisteloven § 2-1 første ledd c), og har egne organer som forvalter

¹⁰ Tilsvarende, Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber* (2017) s. 196.

selskapets rettigheter og forpliktelser jf. aksjeloven kapittel 6.¹¹ Også konsernselskaper er egne rettssubjekt, slik at hvert selskap skal oppfylle aksjelovens regler, som krav til aksjekapital og vilkår for utdeling samt regler om organisering og forvaltning av selskapet. Aksjeeierne har således ingen rettigheter i relasjon til selskapets eiendeler, og har bare mulighet for å påvirke selskapets beslutninger gjennom generalforsamlingen. Selskapenes rettssubjektivitet, og aksjeeiernes avledede rolle i selskapets forhold, taler også mot å tillate ansvarsgjennombrudd.

Det mest åpenbare aksjerettslige grunnprinsippet, som taler for at identifikasjon skal kunne skje, er hensynet til selskapets kreditorer.¹² Aksjeloven har et omfattende kreditorvern, først og fremst ved at det stilles krav til selskapets aksjekapital og egenkapital i §§ 3-1 og 3-4.¹³ Videre vil begrensninger i adgangen til utdelinger til aksjeeier jf. §§ 3-6 flg. og kapittel 8, beskytte kreditorenes interesser på bekostning av aksjeeiernes ønske om å realisere verdier i selskapet.¹⁴ Aksjeloven inneholder også regler om betryggende saksbehandling og revisorkontroll, som skal sikre kreditors interesser. Kreditor vil likevel være disponert for risiko, som følge av ansvarsbegrensningen og muligheten for at aksjeeier ikke sørger for at selskapet oppfyller lovens kapitalkrav. Hensynet til kreditorene kan således tale for identifikasjon for å sikre oppfyllelse av krav mot selskapet.

Spørsmålet om identifikasjon vil således bero på en interesseavveining, av hensynet til kreditorene opp mot hensynet til aksjeeiernes ansvarsbegrensning og prinsippet om selskapets rettssubjektivitet. I denne avveiningen kan det være grunn til å vektlegge en mer generell betraktning som kommer til uttrykk i forarbeidene, om forholdet mellom de ulike aktørene:

¹¹ Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* s. 35 og Stenvik, *Erstatning og rettssubjektivitet* s. 281 flg.

¹² Se nærmere Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven* s. 88–89

¹³ Se nærmere om disse reglene i Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* s. 401 flg.

¹⁴ Se monografi om utdelingsreglene, Hedvig Bugge Reiersen, *Aksjelovenes utdelingsbegrep* (2015).

*«Hensynet til kreditorene bør ikke drives så langt at andre grunnleggende hensyn blir skadelidende. Særlig er det behov for å foreta en avveining mellom hensynet til kreditorene og ønsket om å legge forholdene til rette for nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv».*¹⁵

Identifikasjon som leder til gjennomskjæring av aksjeselskapsformen krever således en begrunnelse utover at kreditor ellers påføres tap. Gjennomskjæring bryter med hele det aksjerettslige system, og det må være begrunnet med hensyn utover kreditors i og for seg rimelige ønske om å få dekning for sine krav. Rimelighetsvurderingen kan således ikke bare baseres på kreditors forhold, men også øvrige involverte interesser.

3 Lovgivers vurderinger av læren om ansvarsgjennombrudd

Læren om ansvarsgjennombrudd har blitt behandlet i de ulike forarbeidene til den någjeldende aksjeloven, herunder til endringene i 2006.

I det første settet med forarbeider uttales det at man ikke kan avvise et (indirekte eller direkte) gjennomskjæringsansvar etter norsk rett.¹⁶ Det presiseres at det ikke kan knyttes til enkle og klare kriterier og at det kreves et «særlig grunnlag». Det uttales videre at det må foretas en interesseavveining, hvor de særlige grunner som taler for gjennomskjæring må være sterke, mer enn overveiende. Utvalget fant imidlertid ikke grunn til å lovfeste noen regel. Utvalget oppsummerer sin analyse av norsk rett med at det må være ”utilbørlig eller klart urimelig” å opprettholde ansvarsbegrensningen for at ansvarsgjennombrudd skal være aktuelt.

Temaet ble tatt opp igjen i Ot.prp nr. 23 (1996–1997), basert på Selvigutvalgets utredning. Det legges til grunn at domstolene vil kunne godta

¹⁵ Se Innst.O.nr.80 (1996–1997) s. 4–5.

¹⁶ Se NOU 1992:29 s. 44.

en regel om ansvarsgjennombrudd uten hjemmel i lov.¹⁷ Departementet fremhever at dette kan tenkes dersom det ikke er mulig å skille virksomheten til aksjeeieren fra selskapets eller at aksjeeieren har godtatt at selskapet drives uten tilstrekkelig kapital. Det antas at dette vil være mest aktuelt i konsernforhold og i relasjon til kreditorer som har erstatningskrav utenfor kontrakt mot selskapet. Selskapets medkontrahtenter vil være mindre beskyttelsesverdige fordi de frivillig har valgt å inngå kontrakt med et selskapet hvor deltakerne har begrenset ansvar og således har tatt en risiko. Utvalget fremhever også at ansvarsgjennombrudd kan være aktuelt for å unngå at ansvar som følger av annen lovgivning mister sin realitet. Eksempler på dette kan være forurensning og annen miljølovgivning. Det understrekes imidlertid at ansvarsgjennombrudd har nær sammenheng med culpaansvaret, og det overlates til teori og praksis å avklare innholdet av regelen.

Ansvarsgjennombrudd kom opp på ny under endringsarbeidene i 2005–2006. Basert på utredningen til Magnus Aarbakke, la departementet til grunn at ansvarsgjennombrudd bør reserveres for tilfeller med skader på miljø og tredjepersoner og helseskader på ansatte.¹⁸ Dette er situasjoner hvor de selskapsrettslige prinsippene kommer i konflikt med andre regelsett, slik at det er eksterne forhold som begrunner identifikasjon. Det uttales videre at det er mindre aktuelt til fordel for dem som står i et vanlig kontraktsforhold med selskapet. Departementet antar imidlertid at unntak kan tenkes i tilfeller av underkapitalisering av selskapet, markant overstyring fra aksjeeiers side og ved andre særlige omstendigheter som tilsier at medkontrahtenten nærmest er ført bak lyset. Heller ikke i denne runden ble det lovfestet noen regel om ansvarsgjennombrudd.

Tilsvarende, har heller ikke de øvrige nordiske land noen regel om ansvarsgjennombrudd. Den svenske lovgiveren har på samme måte som den norske uttalt eksplisitt at det overlates til teori og praksis å utvikle læren.¹⁹ I Danmark ble spørsmålet behandlet av Udvalget til

¹⁷ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 117.

¹⁸ Legger departementet til grunn i Ot.prp nr. 55 (2005–2006) s. 125.

¹⁹ Prop. 2004/2005:85 s. 208 og SOU 2001:1 s. 284.

modernisering af selskabsretten, og også her ble det foreslått at det ikke skal lovfestes noen regel om ansvarsgjennombrudd.²⁰

Det er grunn til å spørre seg hvorfor lovgiver har slik skepsis til å lovfeste en regel som det legges til grunn at allerede finnes på ulovfestet grunnlag i norsk rett. En forklaring kan være at det er vanskelig å angi klare vilkår, siden så mange ulike hensyn berøres. Det er således behov for en bred vurdering av ulike interesser. Like viktig tror jeg det er at lovfesting kan ha en uheldig signaleffekt, ved at det gis inntrykk av at identifikasjon er kurant. Det er det ikke, og det kan som det fremgår av forarbeidene bare være aktuelt i unntakstilfeller.²¹ En konkretisering av vilkår i loven, kan åpne for at argumentasjonen overforenkles og dermed for ugrunnede søksmål knyttet til ansvarsgjennombrudd.

4 Aktuelle områder for ansvarsgjennombrudd

4.1 Underkapitalisering

Underkapitalisering ble fremhevet i forarbeidene som en mulig situasjon hvor aksjeeier kan holdes ansvarlig for selskapets forpliktelser.²² For å vurdere når det kan være tilfelle må utgangspunkt tas i aksjelovens krav til selskapets kapitalforhold. Aksjeloven § 3-1 inneholder et nominelt krav til aksjekapital på kr. 30.000, det tilsvarende kravet i allmennaksjeloven er kr. 1.000.000. Begge lover har i § 3-4 krav til at selskapet skal ha forsvarlig egenkapital og likviditet.²³ Både styret og aksjeeierne har roller i den forbindelse. Det følger av aksjelovene § 6-12 at styret er ansvarlig

²⁰ Schans Christensen, *Kapitalselskaber* s. 196, med henvisning til Betænkning 1498/2008 s. 45 flg.

²¹ Tilsvarende Erik Nerep, *Ansvarsgjenombrott i svensk rättspraxis – numera i s.k. processbolag*, NTS 2015:1 s. 40 for så vidt gjelder spørsmålet om behovet for å lovfeste en bestemmelse om ansvarsgjennombrudd i svensk rett.

²² Se grundig analyse, Hagstrøm, *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett*, s. 257 flg.

²³ Se nærmere om aksjelovene § 3-4 i Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven* s. 177 og 1005.

for selskapets forvaltning, herunder økonomiforhold og av § 3-5 at styret har en handleplikt ved brudd på kravet til forsvarlig egenkapital i § 3-4. Styret har således omfattende plikter knyttet til selskapets kapital, og erstatningsansvar for styrets medlemmer ved manglende kapitalisering er nærliggende.²⁴

Generalforsamlingen har også plikter knyttet til selskapets kapitalforhold, utover kompetansen til å endre aksjekapitalen og til å godkjenne årsregnskap. Generalforsamlingen vil også være adressat for kravet om at selskapet skal ha forsvarlig egenkapital.²⁵ Generalforsamlingen må videre følge opp styrets forslag i situasjoner med manglende forsvarlig egenkapital, fremsatt iht. aksjeloven § 3-5 første ledd, siste pkt.²⁶

Den sentrale dom når det gjelder ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering, er Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken). En kreditor hadde fremsatt krav om at aksjeeier, et morselskap, måtte holdes ansvarlig for selskapets forpliktelser, uten å få medhold. Høyesterett drøfter her hvilke argumenter som kan begrunne ansvarsgjennombrudd. Argumenter som fremheves (s. 678–679) er at det er utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, at det er en ubalanse mellom økonomien i selskapene og at det har vært en sammenblanding mellom selskapene som gjør at selskapsformen ikke fortjener vern. I den aktuelle saken hadde det formelle skillet mellom selskapene vært etterlevd, og det var ikke grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Det fremgår av dommen at det skal mye til før ansvarsgjennombrudd kan tillates, og at den klare hovedregel er at aksjeeierne ikke kan holdes ansvarlig for selskapets forpliktelser.

Kriteriene er fulgt opp i teori og praksis, som i Rt. 1996 s. 742 (Minnor), men heller ikke der ble vilkårene ansett oppfylt. Kriteriene synes fullt ut forenlige med uttalelsene i forarbeidene, som kom både før og etter dommen.

²⁴ Olav Perland, Styreansvar etter de nye aksjelovene – har ansvaret blitt skjerpet? Tff 1999 s. 125 flg (s. 136).

²⁵ Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 404 og forutsetningsvis Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 178.

²⁶ Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 184. De legger til grunn at generalforsamlingen kan ha en plikt til å stemme for oppløsning av selskapet (s. 185).

Etter innføringen av dagens aksjelov i 1997, vil utilbørighetsvurderingen måtte knyttes til lovens krav til aksjekapitalen og egenkapitalen referert ovenfor.²⁷ Det må være tale om en vedvarende underkapitalisering, og ikke forbigående for at det skal fremstå som utilbørlig overfor kreditorene.²⁸ Tilsvarende er det fremhevet av Erik Nerep i relasjon til svensk rett, at det er den planmessige underkapitaliseringen som fremstår som illojal, og som kan begrunne ansvarsgjennombrudd.²⁹

Vi har imidlertid ikke eksempler på at det har blitt statuert ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering. En mulig grunn er at aksjeeier i slike tilfeller normalt vil ha opptrådt uaktsomt, slik at det er mer nærliggende å benytte aksjelovens regler om erstatningsansvar enn ulovfestede prinsipper om ansvarsgjennombrudd som bryter med lovens ordening. Hvis ikke generalforsamlingen sørger for at selskapets kapitalkrav er oppfylt, foreligger det et objektivt pliktbrudd. I en slik situasjon vil nødvendigvis aksjeeierne ha opptrådt klanderverdig slik at det er grunnlag for å statuere erstatningsansvar.

Et eksempel på dette er HR-2016-1440-A (Håheller).³⁰ Saken gjaldt et ektepar som hadde inngått leiekontrakt for en stor eiendom, med plikt til å sette den i stand til turistformål. Leieperioden var 30 år, og budsjettet var i størrelsesordenen MNOK 30–50. Etter en periode hvor det ble klart at det var vanskeligere enn forutsatt å oppnå finansiering av prosjektet, overdro ekteparet sine rettigheter og forpliktelser etter leiekontrakten til et nystiftet selskap. Dette var en rett som fulgte av leiekontrakten. Hustruen var eier av 100 % av aksjene og var enestyre, og selskapet hadde kr. 100.000 i aksjekapital. Det ble raskt klart at selskapet ikke maktet å oppfylle forpliktelsene i leiekontrakten og det erklærte seg ubundet blant annet under henvisning til læren om bristende forutsetninger. Utleier

²⁷ Se Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* s. 39.

²⁸ Tilsvarende etter tidligere aksjelov, Hagstøm, *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett* s. 278.

²⁹ Erik Nerep, *Ansvarsgjenombrott i svensk rättspraxis – numera i s.k. processbolag*, NTS 2015:1 s. 30–31.

³⁰ Se nærmere om dommen, Margrethe Buskerud Christoffersen, *Nytt i Privatretten* 2016 nr. 3, *Erstatningsansvar for styreleder/aksjeeier i underkapitalisert selskap – Håheller-dommen (HR-2016-1440-A)*

krevde erstatning av ekteparet personlig, både på kontraktsrettslig og selskapsrettslig grunnlag, men tapte i underinstansene. Høyesterett tok opp de selskapsrettslige spørsmålene til behandling, ekteparet ble idømt erstatningsansvar overfor utleier, under dissens 3-2. Høyesteretts flertall fant at selskapet

«ikke oppfylte kravene til egenkapital etter aksjeloven § 3-4, og ... heller ikke kunne ha noen rimelig forventning om å oppnå dette innen overskuelig framtid»

Av den grunn ble hustruen holdt erstatningsansvarlig som styreleder. Flertallet valgte i tillegg å drøfte ansvar for hustruen som aksjeeier. Det ble i den anledning uttalt i avsnitt 81:

«Å overdra leieavtalen til et åpenbart underkapitalisert selskap, hvor [hustru og ektemann] burde ha skjont at selskapet ikke ville kunne oppfylle avtalen, og på den måten kvitte seg med det personlige ansvaret, innebærer et misbruk av aksjeselskapsformen.»

Ektemannen ble holdt ansvarlig som medvirker, både i relasjon til styreansvaret og ansvaret som aksjeeier, jf. aksjeloven § 17-1 annet ledd.³¹ Dommen er således et eksempel både på ansvar for underkapitalisering og sanksjonering av rettsmisbruk, to situasjoner hvor det ble antatt i aksjelovens forarbeider at ansvarsgjennombrudd kunne være aktuelt.

³¹ Høyesterett valgte å løse saken etter aksjerettslige regler, og opphevet lagmannsrettens frifinnende dom. Da lagmannsretten behandlet saken på ny i 2017, ble den løst etter kontraktsrettslige regler, med utgangspunktet i den opprinnelige kontrakten mellom aksjeeierne og medkontrahenten, se LG-16-114419 (rettskraftig). Ekteparet ble da dømt til å betale erstatning til grunneieren som følge av mislighold av sine kontraktsforpliktelsler. De selskapsrettslige vurderingene ble således ikke direkte avgjørende for det endelige resultatet i saken, men det kan ikke utelukkes at de fikk betydning for lagmannsrettens vurderinger, i og med at resultatet ble det motsatte av ved første gangs behandling i lagmannsretten. Under enhver omstendighet viser sakskomplekset at det er god sammenheng mellom de kontraktsrettslige reglene og de selskapsrettslige reglene om rettsmisbruk.

Underkapitalisering er også antatt å være aktuelt område for ansvarsgjennombrudd i våre naboland.³² I dansk teori er synet på ansvarsgjennombrudd splittet.³³ Av de som er positive, fremhever Werlauff underkapitalisering som et område hvor ”heftelsesgennembrud” kan statueres.³⁴ Det er flere eksempler fra på ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering i svensk rettspraksis.³⁵ NJA 1947:647 gjaldt erstatningskrav utenfor kontrakt, og Dotevall utleder fra dommen at ansvar forutsetter at selskapet ikke har hatt noen selvstendig virksomhet, ingen selvstendig ledelse og har vært underkapitalisert.³⁶ Han legger til grunn at regelen om ansvarsgjennombrudd har begrenset rekkevidde, og at det bare er aktuelt når ansvarsbegrensningen utnyttes på «ett uppenbart illojalt sätt».³⁷ I NJA 1975:45, var et aksjeselskap opprettet med for lav aksjekapital i forhold til risiko og hadde ingen selvstendig virksomhet. I realiteten var det aksjeeiernes virksomhet som fortsatte i selskapet og aksjeeierne ble holdt ansvarlig for selskapets forpliktelser.

HD 2015:17 anses av Mähönen og Villa å bekrefte at læren om ansvarsgjennombrudd finnes i finsk rett.³⁸ Saken gjaldt et finsk morselskap som drev datterselskap i Estland, og det synes å være bevist at grunnen var å unngå avgifter. Morselskapet ble identifisert med datterselskapet fordi det på klanderverdig vis hadde skadet selskapets kreditorer. Det legges her til grunn at ansvarsgjennombrudd er aktuelt i relasjon til selskapets forpliktelse til å betale erstatning utenfor kontrakt eller i relasjon til en lovpålagt forpliktelse. Videre trekkes det frem at det taler for ansvarsgjen-

³² Jeg går ikke inn på forholdet til erstatningsreglene i øvrige nordiske lands rett, da disse avviker fra norsk rett, blant annet når det gjelder skyldkrav.

³³ Werlauff, Selskabsmasken (1985) åpner for ansvarsgjennombrudd under henvisning til aksjeeiernes omfattende lojalitetsplikt. Schans Christensen, Kapitalselskaber (2017) s. 195–196 er mer restriktiv, både med hensyn til om læren eksisterer og bør eksistere i dansk rett utover tilfeller av misbruk av selskapskonstruksjonen og sammenblanding av aksjeeier og selskapets aktiva.

³⁴ Werlauff, Selskabsmasken, oppsummeringsvis på s. 514 og 520.

³⁵ Se analyse av behovet for å lovfeste en regel i slike tilfeller, Nerep, Ansvarsgjenombrott i svensk rättspraxis s. 25 flg.

³⁶ Rolf Dotevall, Aktiebologsrätt (2015) s. 108.

³⁷ Dotevall. Op.cit. s. 113.

³⁸ Se Jukka Mähönen og Seppo Villa, Aktiebolog I. Allmänna läror (2016) s. 324.

nombrudd hvis selskapet ikke har selvstendig forvaltning eller økonomi (morselskap driver rent faktisk virksomheten) og ikke minst når eier har handlet klanderverdig eller illojalt i forhold til utenforstående.³⁹ Ut fra begrunnelsen, synes det nærliggende at en tilsvarende sak etter norsk rett hadde blitt løst etter erstatningsreglene i aksjeloven § 17-1, fordi aksjeeier anses å ha opptrådt uaktsomt.

4.2 Forurensningstilfeller

En annen situasjon som ble fremhevet i forarbeidene som aktuell for ansvarsgjennombrudd, er miljø- og forurensningsaker. Typisk eksempel er at selskapet forurenser uten å kunne betale, og spørsmålet er om aksjeeier kan bli pålagt ansvaret. Som regel vil selskapet her stå overfor en ufrivillig kreditor, og han vil normalt være mer beskyttelsesverdig enn en kreditor som frivillig har inngått en kontrakt med et aksjeselskapet jf. gjennomgangen i punkt 3 ovenfor. Det taler for at det kan være rimelig med identifikasjon mellom selskapet og aksjeeier. Vurderingen av om det er grunnlag for å foreta ansvarsgjennombrudd, har således klare paralleller til den erstatningsrettslige vurderingen hvor kreditors aksept av risiko kan avskjære ansvar.⁴⁰

Problemstillingen i relasjon til ansvarsgjennombrudd i slike forurensningssaker, kan formuleres som et spørsmål om hensynet til å opprettholde ansvarsbegrensningen og rettssubjektiviteten, er mindre tungtveiende enn hensynene bak den kolliderende norm.⁴¹ Det vil si at hensynet til kreditor suppleres av andre hensyn enn de aksjerettslige. Det finnes ingen eksempler på anvendelse av regler om ansvarsgjennombrudd i slike tilfeller. Rt. 2010 s. 306 (Hempel) er imidlertid et eksempel på hvordan normkollisjonen ble håndtert i en sak som gjaldt tolkningen av grunnlaget for selskapets forpliktelse etter forurensningsloven. Som nevnt innledningsvis i artikkelen blir dette etter min vurdering et annet rettslig spørsmål enn anvendelse av læren om ansvarsgjennombrudd. Høyesteretts

³⁹ Se nærmere omtale av dommen, Mähönen og Villa, *op.cit.* s. 324 flg.

⁴⁰ Tilsvarende synspunkter, Hagstrøm, *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett*, s. 279.

⁴¹ Slik også Mähönen og Villa, *op.cit.* s. 320.

avveining av ulike hensyn kan etter mitt syn likevel være relevant også for spørsmålet om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd etter denne læren.

Hempel-saken gjaldt et konsern, hvor et datterselskap hadde forurenset, og ble ute av stand til å oppfylle forpliktelser knyttet til dekning av kostnader til undersøkelser, i henhold til forurensningsloven § 51. Spørsmålet var om morselskapet kunne holdes ansvarlig. Svaret berodde på om morselskapet kunne anses som pliktsubjekt etter den aktuelle lovbestemmelsen, som rettet seg mot «den som har ... noe». Høyesterett fremhevet i avsnitt 50, at det avgjørende måtte være hvilken rådighet man har over objektet, og ikke den formelle eierposisjonen. Deretter ble det uttalt i avsnitt 51:

«Hensett til den omfattende rådighet som et morselskap kan ha over et datterselskap, mener jeg at «ha noe» etter omstendighetene også kan omfatte et slikt morselskap.»

Høyesterett foretok deretter en miljørettslig vurdering, og viste til at formålet i forurensningsloven § 1 er å hindre forurensning. Det ble videre vist til det såkalte «Polluter pays»-prinsippet som er slått fast i lovens § 2 nr. 5. Prinsippets begrunnelse er et behov for å pålegge den som har økonomiske interesser i virksomheten å dekke kostnader med forurensning. Effektivitetshensyn tilsa således at morselskapet skulle anses som pliktsubjekt.

Høyesterett vurderte deretter aksjerettslige hensyn, og viste som referert i avsnitt 2.2 ovenfor til at ansvarsbegrensningen er et prinsipp med stor samfunnsmessig betydning. Det ble imidlertid presisert at ansvar her var aktuelt for «den aksjeeier som har faktisk styring og kontroll med datterselskap» noe som talte for ansvar. At et morselskap ble ansett å «ha noe» realiserte hensyn bak forurensningsloven, og aksjerettslige hensyn måtte vike.⁴²

⁴² Se tilsvarende synspunkter, Beate Sjøfjell, Miljørettslig ansvarsgjennombrudd i selskapsretten, NIP 2010 nr 2 s. 19-20, som dog anser Hempel-dommen som et eksempel på selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd.

Dommen illustrerer hvordan ulike hensyn og normer må balanseres mot hverandre. Etter mitt syn kan det ikke utelukkes at hensynet til effektiv miljølovgivning kan lede til ansvar for en aksjeeier også etter reglene om ansvarsgjennombrudd, slik det forutsettes i forarbeidene til aksjeloven. I slike tilfeller kan det også bli aktuelt med erstatningsansvar, fordi noen som representerer selskapet har opptrådt uaktsomt.

4.3 Ansvarsgjennombrudd i konsern

I forarbeidene fremheves konserntilknytning som en faktor som kan lede til ansvarsgjennombrudd.⁴³ Dette var som vist avgjørende i Rt. 2010 s. 306 Hempel, hvor Høyesterett trakk frem morselskapets styring og kontroll som argument for at det var grunnlag for å anse aksjeeier som pliktsubjekt. Det forelå konserntilknytning også i Kongeparken-dommen omtalt i punkt 4.1 ovenfor, uten at dette ledet til ansvarsgjennombrudd.

En grunn til at det kan være rimelig med identifikasjon mellom konsernselskaper, er at de har felles økonomiske interesser. Dessuten kan morselskapets bestemmende innflytelse lede til at det blir forenklede beslutningsprosesser i datterselskap, fordi beslutningene i realiteten treffes av morselskapet. På den annen side er det ikke er klanderverdig i seg selv å fordele risiko på konsernselskaper.⁴⁴ Lovgivningen forutsetter at dette er legitimt, forutsatt at hvert konsernselskap overholder lovens krav. Det kreves således åpenbart noe mer enn konserntilknytning for å statuere ansvarsgjennombrudd, men terskelen kan være lavere enn for andre aksjeeiere.

Mähönen og Villa har gjort et forsøk på konkretisere forhold av betydning for ansvarsgjennombrudd i konserntilfeller i finsk rett, dog slik at det må foretas en helhetsvurdering.⁴⁵ De legger til grunn at morselskapet må ha beslutningsrett, og at datterselskapet er uselvstendig,

⁴³ Schans Christensen, *Kapitalselskaper* (2017) s. 196 med henvisninger, viser at dette også gjelder utenlandsk rett.

⁴⁴ Se Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) s. 679, og Nerep, *Ansvarsgenombrott i svensk rättspraxis* s. 31.

⁴⁵ Mähönen og Villa, *Aktiebolag I. Allmänna läror* s. 438.

slik at morselskapets virksomhet de facto drives der. Det antas videre at formålet med å opprette datterselskapet i hvert fall delvis har vært å begrense ansvar og krenke kreditorene. Tilsvarende er uselvstendighet i datterselskap trukket frem som kriterium for ansvarsgjennombrudd i svensk rett.⁴⁶ Kriteriene er relevante også i norsk rett, slik det fremgår av gjennomgangen av forarbeidene i punkt 3 ovenfor. De subjektive forhold som fremheves, vil nødvendigvis innebære at det er utvist uaktsomhet hos noen morselskapet skal identifiseres med. Både direkte culpaansvar og medvirkeransvar kan derfor være alternative grunnlag for å holde morselskapet erstatningsansvarlig.⁴⁷

4.4 Ansvar for selskapets motparts sakskostnader

Det anses å være en ulovfestet regel at hvis et selskap ikke kan gjøre opp en forpliktelse til å betale idømte sakskostnader for motparten, kan aksjeeier på nærmere vilkår holdes ansvarlig.⁴⁸ Dette er aktuelt i en situasjon hvor selskapet anlegger sak, eller anker en avsagt dom, men taper og idømmes ansvar for motpartens sakskostnader i henhold til tvisteloven kapittel 20. Regelen er anvendt i flere avgjørelser fra Høyesterett, og en grunnforutsetning for ansvar er at søksmålet eller anken anses som ubegrunnet i den forstand at det var lite sannsynlig at det ville føre frem.⁴⁹

Det følger av tvisteloven § 20-7 annet ledd tredje pkt. at krav mot tredjepersoner som påstås ansvarlige for sakskostnader kan trekkes inn i saken, men vilkårene for selve ansvaret berøres ikke i loven. Basert på Høyesterettspraksis og juridisk teori, synes det å være et vilkår for ansvar for aksjeeier at han kjente eller burde ha kjent til at selskapets muligheter for å vinne frem var små, og at selskapet ikke ville kunne gjøre opp et eventuelt sakskostnadsansvar, se eksempelvis HR-2013-564-U. I prosesslitteraturen berøres ikke de selskapsrettslige sidene av en slik

⁴⁶ Se gjennomgang hos Nerep, Ansvarsgenombrott i svensk rettspraxis s. 28–29.

⁴⁷ Normann op.cit.

⁴⁸ Schei mfl., Tvisteloven bind I s. 737 og Andenæs, aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 655 med videre henvisninger.

⁴⁹ Se blant annet Rt. 1980 s. 1666 (HRKj.) samt Schei mfl. op.cit og Jens Edvin A. Skoghøy, Tvisteløsning (2017) s. 1329–1330, med videre henvisninger.

regel, og det er her ikke vanlig å tale om ansvarsgjennombrudd. Det er likevel lite tvilsomt at det foreligger ansvarsgjennombrudd, når ansvaret for aksjeeier bygger på en identifikasjon mellom aksjeeier og selskapet, som innebærer at ansvarsbegrensningen settes til side. Dette legges også til grunn i en avgjørelse fra lagmannsretten, i RG 2007 s. 411, hvor det ble tatt utgangspunkt i Høyesteretts argumentasjon i Kongeparken-dommen referert ovenfor. Retten uttalte:

«Samlet sett finner lagmannsretten det ikke tvilsomt at det har skjedd en bevisst sammenblanding mellom Giljes private interesser og selskapets interesser, og at dette er gjort for å unndra seg risikoen for saksomkostningsansvar i søksmålet»

Aksjeeier ble deretter holdt ansvarlig for saksomkostnadene som var idømt selskapet.

Det er grunn til å spørre seg hvorfor det er akkurat i disse sakene vi ser eksempler på selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd. En forklaring kan være at det her foreligger en slik normkollisjon som vi så i forurenningstilfellene. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1 stiller krav om rettferdig rettergang, og dette er et av grunnprinsippene i vår rettergangsordning. Kravet innebærer blant annet en rett til å få prøve sin sak for domstolene, og i relasjon til grunnloven § 95 er det lagt til grunn i forarbeidene at det også omfatter en rett til å kunne anke.⁵⁰ En naturlig konsekvens av at en part har rett til å få prøvd sin sak for domstolene, er at motparten kan bli påført tap, hvis idømte saksomkostnader ikke blir gjort opp. Kollisjonen mellom kravet til rettferdig rettergang og den aksjerettslige ansvarsbegrensningen kan således lede til urimelige resultater, og det kan være dette aspektet som forklarer hvorfor domstolene finner grunn til å skjære gjennom aksjeselskapsformen.

Slik kriteriene er formulert i teori og praksis, vil aksjeeier nødvendigvis ha opptrådt uaktsomt hvis det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Et ansvar kunne dermed også vært basert på erstatningsreglene. Siden

⁵⁰ Se Innst. 186 S (2013–2014) avsnitt 2.1.4. Se også Skoghøy op.cit. s. 541 om kravet til rettferdig rettergang, samt nærmere om ankesilingsmulighetene på s. 1154 flg.

spørsmålet om aksjeeiers ansvar for saks kostnader gjerne kommer opp i selskapets tvist, hvor aksjeeier faktisk ikke er part, fremstår det muligens som enklere å benytte den ulovfestede gjennomskjæringsregelen og enn å initiere et søksmål basert på uaktsomhet for aksjeeier.

I svensk rett har Högsta Domstolen nylig tatt stilling til ansvarsgjennombrudd i situasjon hvor et aksjeselskap ikke hadde evne til å betale idømte saks kostnader, HD T2133-14. Sakens bakgrunn var at to personer stiftet et aksjeselskap med det formål å erverver et krav fra konkursboet til et selskap de tidligere eide aksjer i. Det nye selskapet hadde lav aksjekapital, kr. 100.000 og anses som et såkalt «prosessbolag». Selskapet tok ut søksmål, tapte, og aksjonærene ble personlig ansvarlig for motpartens saks kostnader. Det er uenighet i svensk juridisk teori hvorvidt dommen bekrefter eller avkrefter læren om ansvarsgjennombrudd.⁵¹ Slik jeg leser dommen, anvendes ulovfestede prinsipper, som inneholder de samme vilkår som normalt fremholdes i relasjon til læren om ansvarsgjennombrudd. Dommen fremstår således som et eksempel på gjennomskjæring av aksjeselskapsformen basert på identifikasjon mellom selskapet og aksjeeier, det vi omtaler som ansvarsgjennombrudd. Det er eksempler også i dansk rett på at aksjeeier blir ansvarlig for selskapets saks kostnader, slik at selskapet er frakjent sin partsevne.⁵² Dette kan ses på som en omgåelse av rettspleiens regler om saks kostnader.⁵³

5 Noen refleksjoner

Det er grunn til å spørre om det er mulig å oppstille noen kriterier for ansvarsgjennombrudd basert på relevante rettskilder gjennomgått ovenfor. Etter min vurdering fremstår det som vanskelig. Det fremstår

⁵¹ Se Nerep op.cit. synes å legge til grunn at dommen er et eksempel på ansvarsgjennombrudd, mens motsatt Adestam, Johan. Ansvarsgjenombrott ock aktieägares personliga ansvarsfrihet – en analys mot bakgrunn av NJA 2014 s. 877, Ny Juridik 2:15 s. 7–25.

⁵² Schans Christensen, Kapitalselskaber s. 193 med videre henvisninger.

⁵³ Schans Christensen, op.cit.

mer fornuftig at en domstol må analysere de hensyn som taler for og mot ansvarsgjennombrudd i den enkelte sak. En overordnet forutsetning for å tillate ansvarsgjennombrudd må være at de grunnleggende hensynene som taler mot ansvarsgjennombrudd, i liten grad gjør seg gjeldende.

For det første kan ikke hensynet til å opprettholde aksjeeiers ansvarsbegrensning være tungtveiende. Dette vil være tilfelle i omgåelsestilfellene, som reelt sett utgjør misbruk av aksjeselskapsformen.⁵⁴ Det klare eksempelet er tilfeller hvor aksjeeier har opptrådt utilbørlig overfor kreditor, ved å drive bevisst og vedvarende underkapitalisering slik at selskapet ikke drives i samsvar med lovens krav. For det annet er det mindre problematisk med ansvarsgjennombrudd hvor forutsetningen for selskapets rettssubjektivitet svikter. Dette er tilfelle hvor det skjer en sammenblanding av aksjeeiers og selskapets interesser eller vi har en dominerende eier med styring og kontroll, typisk konsern.⁵⁵

Den annen overordnede forutsetning for ansvarsgjennombrudd er at hensyn som taler for ansvarsgjennombrudd er betydningsfulle. Dette vil først og fremst være tilfelle når det er tale om en kreditor som ikke frivillig har engasjert seg med selskapet, men som ufrivillig har fått et krav mot selskapet. I tillegg vil det være sentralt om det finnes normer som krever ansvarsgjennombrudd som er mer tungtveiende enn aksjerettslige prinsipper, slik det vil være innen miljøretten og i relasjon til rettergangsreglene som vist ovenfor.

Etter min vurdering vil det normalt være grunnlag for uaktsomhetsansvar for aksjeeier i de tilfellene hvor hensynene som gjør seg gjeldende taler for ansvarsgjennombrudd. Det er i den sammenheng relevant at

⁵⁴ Tilsvarende Mähönen og Villa, *Aktiebolag I. Allmänna läror* s. 442, som anfører at ansvar som følge av brudd på aksjeeiers lojalitetsplikt ofte vil lede til samme resultat som ansvarsgjennombrudd. Schans Christensen, *Kapitalselskaber* (2017) s. 193, er som vist ovenfor kritisk til en alminnelig lære om ansvarsgjennombrudd, men viser likevel at aksjeeier i dansk rett kan holdes ansvarlig for selskapets forpliktelser i tilfeller av misbruk av aksjeselskapsformen.

⁵⁵ Selvig-utvalget fremholdt i NOU 1996:3 s. 127 at ansvarsgjennombrudd kunne være aktuelt hvis generalforsamlingen instruerer styret i et omfang som innebærer at aksjeeierne i realiteten tar over forvaltningen av selskapet. Schans Christensen, *Kapitalselskaber* s. 194 viser eksempler fra dansk rett på identifikasjon hvor selskapets og aksjeeiers aktiva er blandet sammen.

aksjeeiers forpliktelser synes å øke, både etter nasjonale og internasjonale regler, og det skaper økt rom for erstatningsansvar for brudd på objektive plikter.⁵⁶ Det er ikke nødvendigvis et absolutt krav om klanderverdighet eller illojalitet for å tillate ansvarsgjennombrudd, men i praksis vil det normalt være grunn til å bebreide noen som representerer aksjeeier i de tilfeller det fremstår som rimelig å tillate ansvarsgjennombrudd. I Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) ble det som vist ovenfor uttalt at ”utilbørlighet” er et kriterium for ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering.⁵⁷

Et erstatningsansvar fordrer naturlig nok at de øvrige erstatningsvilkår er oppfylt, og utmålingen av kreditors krav kan avvike fra hva som følger av et ansvarsgjennombrudd. På den annen side vil normalt erstatningskravet minst dekke selskapets forpliktelse, og det er vanskelig å se at det er praktisk at kreditor vil kunne oppnå mer ved å anvende regler om ansvarsgjennombrudd. Erstatningsreglene kan også som Hagstrøm fremhever, fremstå som mer fleksible og med mer treffende vurderingstemaer, og således være et mer egnet regelsett.⁵⁸ Det må også være mer fristende for en domstol å anvende lovens regler, enn et ulovfestet prinsipp som bryter med aksjerettslige grunnprinsipper.

Ansvarsgjennombrudd synes etter dette mest aktuelt i normkollisjonstilfellene. Her er det eksterne forhold, ikke bare forhold relatert til aksjeeier, selskapet og kreditor som taler for ansvarsgjennombrudd, og da kan det enklere tenkes at det fremstår som tilstrekkelig velbegrunnet med identifikasjon uten at det kan påvises uaktsomhet. Etter min vurdering

⁵⁶ Se i denne forbindelse boken *Shareholders' duties* redaktør Hanne S. Birkmose, Wolters Kluwer (2017), som er resultat av et større forskningsprosjekt knyttet aksjeeieres forpliktelser ved juridisk institutt på universitetet i Aarhus. I boken behandles både selskapsrettslige og kapitalmarkedsrettslige temaer, og et gjennomgående trekk er at det legges til grunn at forpliktelsene for aksjeeiere øker. I forordet slås det fast at «the traditional perception in company law, where shareholders have no duties, is challenged».

⁵⁷ Nrep op.cit. s. 30–33 synes kritisk til å ha et vilkår om utilbørlighet for ansvarsgjennombrudd, til tross for at dette ofte er anført i svensk rett, se hans henvisninger. Tilsvarende vil Werlauff, *Selskabsmasken* s. 126 flg, ikke stille krav om uaktsomhet, men viser at det ofte vil foreligge culpøs handlemåte når det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd.

⁵⁸ Hagstrøm op.cit s. 279.

betyr dette at Viggo Hagstrøms teser fra 1993, om at det er lite behov for regler om ansvarsgjennombrudd ved siden av erstatningsreglene, holder stand. I de få tilfellene hvor domstolene skulle finne behov for å identifisere fordi det ikke er grunnlag for uaktsomhetsansvar, fremstår de alminnelige prinsippene om identifikasjon som tilstrekkelige for å finne gode løsninger. En lovfesting av regler om ansvarsgjennombrudd kunne dessuten gi inntrykk av at det er kulant å sette ansvarsbegrensningen til side. Det er det ikke.

Medverkan till kontraktsbrott – allmänna synpunkter

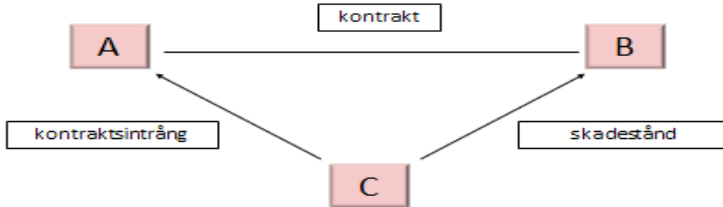
*Peter Wetterstein*¹

¹ Professor emeritus, Åbo Akademi, Åbo.

Innehåll

I.	INLEDNING	147
II.	RÄTTSPRAXIS ANGÅENDE MEDVERKAN TILL KONTRAKTSBROTT	150
III.	UTTALANDEN I LITTERATUREN (TEORIN).....	155
IV.	KRITERIER FÖR SKADESTÅNDSANSVAR	157

I. Inledning



Det möjliga skadeståndsansvaret för en tredje man (C) som avsiktligt gör intrång i ett existerande kontraktsförhållande (A – B) är intressant både ur en teoretisk och en mera praktisk synvinkel. Om t.ex. den utomstående C förmår A att bryta sitt kontrakt med B,² kan denne kräva ersättning av C för den ekonomiska förlust kontraktsintrånget orsakat?

Någon generell teori eller princip om ersättande av ekonomiska förluster vid kontraktsintrång synes saknas i nordisk rätt. En ”grå zon” av kontraktsrätt, sakrätt och skadeståndsrätt utgör den juridiska ramen för ersättningsfrågans bedömning.³ Utgående från principen om *fri konkurrens*⁴ och den allmänna avtalsrättsliga principen att ett avtal ådrar endast avtalsparterna skyldigheter och rättigheter (”privity of contract”), kunde svaret på den uppställda frågan bli nekande, dvs. C har ingen ersättnings-skyldighet gentemot B. Men vänder vi blickarna mot skadeståndsrättsliga regler och principer kan svaret bli att annat.⁵ C:s förfarande orsakar ju B

² Här avses givetvis inte avtalsenligt avbrytande av kontraktsförhållandet.

³ *Eva Tammi-Salminen*, ”Sopimus ja kolmas – velvoite- ja esineoikeutta yhdistävä vai erottava teema?”, *Sopimus, vastuu, velvoite. Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947 – 21/11 – 2007* (Turku: Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta, 2007), 369–392 presenterar en intressant översikt av samspelet mellan obligations- och sakrätten vid diskussionen om tredje mans rättsställning i kontraktsförhållanden.

⁴ Förutsatt att handlandet är lagenligt och överensstämmer med god affärssed har marknadsaktörerna rätt att tävla om kontrakt. See t.ex. *Petri Kuoppamäki*, *Markkina-voiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa* (Helsinki 2003), 118.

⁵ Det bör noteras att medan principen om ”privity of contract” väsentligen har relevans inom avtalsrätten, är infallsvinkeln för föreliggande presentation skadeståndsrättslig.

ekonomisk förlust som under vissa förutsättningar synes böra omfattas av det skadeståndsrättsliga ersättningssystemet. Härvid knyts intresset till karaktären av C:s intrång i den existerande kontraktsrelationen A – B. Vilken typ av handlande (övertalning, uppvigling, uppmaning, oppmuntran, rådgivning, osv) kunde utlösa ersättningsskyldighet för C? Och vidare, vilka ytterligare omständigheter *in casu* (t.ex. ett existerande kontraktsförhållande B – C eller ett specifikt föremål som avtalsobjekt i relationen A – B) kan få relevans vid den skadeståndsrättsliga bedömningen?

Culpaprincipen utgör grunden för ersättningsskyldigheten i alla nordiska länder, dvs. den skadelidande skall som utgångspunkt visa att skadan orsakats avsiktligt eller av vållande.⁶ I dessa länder finns som kriterier vid culpabedömningen bl.a. regler om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet och generella krav på god affärssed och lojalitet.⁷

Men när den ekonomiska förlust som B lider vid C:s kontraktsintrång till sin typ är sk. ren förmögenhetsskada, dvs. ekonomisk skada som inte står i samband med person- eller sakskada,⁸ föreligger i nordisk rätt vissa begränsningar beträffande ersättningen av sådan förlust. Ren förmögenhetsskada ersätts i utomkontraktuella förhållanden endast undantagsvis.⁹ Både i Finland och Sverige har lagstiftaren uppställt *spärregler* för ersättning av denna typ av skada.

⁶ Som exempel, se den finska Skadeståndsl (412/1974) 2 kap. 1 §.

⁷ För Finlands del, se L om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet (1061/1978).

⁸ En klar begreppslig distinktion görs i förhållande till ekonomisk följskada i samband med person- och sakskada. Beträffande ren förmögenhetsskada enligt finsk rätt, se t.ex. *Peter Wetterstein*, Redarens miljöskadeansvar (Åbo: Åbo Akademis förlag 2004), 129–135, *Lena Sisula-Tulokas*, ”Rena ekonomiska skador i skuggan av sakskador”, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (2007), 415–430, och *Björn Sandvik*, ”Puhdas varallisuusvahinko – mikä se on? Puhtaan varallisuusvahingon kahdesta käsiteltävistä”, *Defensor Legis* (2010), 25–36 med hänvisningar.

⁹ I kontraktuella förhållanden ersätts sådana förluster allmänt. Men distinktionen mellan inom- och utomkontraktuella förpliktelser är inte alltid klar. T.ex. Finlands Högsta domstol har i vissa fall utsträckt kontraktsrättsliga principer till att omfatta personer som inte direkt har varit kontraktsparter. Se hänvisningarna i *Peter Wetterstein*, ”Compensation for Interference with Contractual Rights – Liability in Tort”, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (2012), 161 fotnot 12.

Enligt den finska Skadeståndsl 5 kap. 1 § ersätts ren förmögenhetsskada endast om skadan förorsakats ”genom straffbelagd handling eller vid myndighetsutövning eller om det i andra fall föreligger synnerligen vägande skäl”.¹⁰ I Sverige ersätts ren förmögenhetsskada enligt den svenska skadeståndslagen (1972:207) 2 kap. 2 § vid brottsligt förfarande.¹¹ I tillägg innehåller lagen bestämmelser om ersättning av sådan skada vid vårdslös (”fel eller försummelse”) myndighetsutövning.¹² Fastän den svenska skadeståndslagen saknar en motsvarande prövningsnorm (”synnerligen vägande skäl”) som finns i den finska lagen, framgår av den svenska lagens förarbeten att tanken inte varit att utesluta en vidareutveckling av området för ersättning av ren förmögenhetsskada. Så har också skett genom Sveriges HD:s praxis.¹³

I Danmark och Norge saknas spärregler av ovan nämnt slag. Bedömningen av om ren förmögenhetsskada i ett givet fall skall ersättas är friare och sker på basen av allmänna skadeståndsrättsliga regler och principer. Härvid får rimlighets- och adekvansbedömningar en stor betydelse.

Denna presentation omfattar inte ersättning av ren förmögenhetsskada vid brottsligt förfarande eller myndighetsutövning, utan i enlighet med beskrivningen ovan ligger fokus på utomstående C:s möjliga ersättningsansvar vid medverkan till kontraktsbrott. Nedan genomgår nordisk rättspraxis och juridisk litteratur i avsikt att finna kriterier för ett sådant ansvar. Vilket är rättsläget idag? Kan man urskilja några mera allmänna principer och riktlinjer för ett sådant ansvar, eller blir bedömningen övervägande kasuistiskt inriktad?

¹⁰ Speciallagar finns likväl som innehåller normer om ersättning av ren förmögenhetsskada. Se *Peter Wetterstein*, ”Compensation for Pure Economic Loss in Finnish Tort Law”, i Peter Wahlgren (ed.), *Tort Liability and Insurance. Scandinavian Studies in Law. Volume 41* (Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law 2001), 574–580.

¹¹ Jfr 3 kap. 1 § 2 punkten om arbetsgivarens skyldighet att ersätta ren förmögenhetsskada som en arbetstagares brottsliga förfarande i tjänsten orsakat.

¹² Se skadeståndslagen 3 kap. 2-3 §§. Sistnämnda lagrum gäller myndigheters skadeståndsansvar för oriktig information. Utdömande av ersättning kräver dock ”särskilda skäl”. Se bl.a. *Mårten Schultz*, ”Det allmännas informationsansvar och privaträttslig verksamhet”, *Nordisk Försäkringstidskrift* (2008), 340–344.

¹³ Se hänvisningarna i *Wetterstein* (2012), 166.

II. Rättspraxis angående medverkan till kontraktsbrott

II.1. I finsk rättspraxis finns inget fall som uttryckligen skulle ha berört föreliggande frågeställning. Genomgången av HD:s rättspraxis visar dock att handlande mot god sed har relevans vid tillämpningen av Skadeståndsl 5 kap. 1 § ("synnerligen vägande skäl"):

HD 1983 II 187: Sedan en affärsidkare hade uppsagt en arbetstagares arbetsavtal, hade den fackliga lokalorganisationen genom annonser i en tidning verkställt inköpsbojkott mot arbetsgivarens affärer. Bojkotten hade stötts av en fackavdelning som hade delat ut meddelanden till familjer och vissa arbetsplatser. Avsikten med blockaden hade bl.a. varit att utöva påtryckning på arbetsgivaren att utge den ersättning som arbetstagaren krävde. Lokalorganisationen hade, genom att på detta sätt med kollektiva åtgärder blanda sig i en tvist mellan en arbetsgivare och en arbetstagare som haft till sitt förfogande i lag stadgade rättsliga medel, och genom att därmed försvåra arbetsgivarens näringsverksamhet, handlat i strid med god sed. *Emedan arbetsgivaren å sin sida förfarit klandervärt då han sade upp arbetstagaren* (min kursiv.), förelåg inte i 5 kap. 1 § skadeståndslagen avsedda synnerligen vägande skäl att ålägga organisationen att till arbetsgivaren utge skadestånd för den ekonomiska skada som inköpsblockaden hade orsakat.

HD 1991:79: Redaktören A hade utarbetat en artikel i en form som påminde om ett produkttest. I den hade han redogjort för sina och en annan persons åsikter om fem olika tillverkares barnvagnar. Artikeln hade bibringat läsaren den uppfattningen att den var en opartisk jämförelse av barnvagnar och varit ägnad att ge läsaren en vilseledande bild av egenskaperna hos den barnvagn som X importerade. Artikeln hade publicerats i en tidning med stor spridning och den hade utgjort en synlig del av den helhet i tidningen där frågor angående barnavård hade behandlats. Högsta domstolen ansåg att A och tidningens huvudredaktör B hade handlat i strid med god journalistisk sed och att det förelåg synnerligen vägande skäl att ålägga dem att ersätta den *klart förutsebara ekonomiska*

skadan (min kursiv.) som de genom sitt vållande hade förorsakat X:s näringsverksamhet.

HD 1992:44: En advokat ansågs av vållande ha förorsakat en arvinge skada då han på grund av ett testamente, som senare förklarades ogiltigt, hade biträtt vid försäljningen av egendom som hörde till boet utan att ta reda på om testamentet hade vunnit laga kraft. Högsta domstolen ansåg att synnerligen vägande skäl förelåg att ålägga advokaten ersättningskyldighet när advokater har en särskild skyldighet att handla omsorgsfullt och korrekt och att beakta den *tillit de väcker även hos andra arvingar* (min kursiv.) än hos sina egna klienter.

HD 1997:181: Näringsidkaren A hade genom avtal ingånga med bolagen X och Y till bolagen överlåtit rätten att ekonomiskt utnyttja ett utbildningsprogram avseende läskunnighet, till vars idé-givning och produktion han hade bidragit på ett avgörande sätt. I avtalet hade överenskommit bland annat om de ersättningar som skulle betalas åt A med anledning av utnyttjandet. Sedan bolagen X och Y, vari B innehade bestämmande ställning, försatts i konkurs hade bolaget Z, i vilket B likaså innehade bestämmande ställning, vederlagsfritt fortsatt utnyttjandet av ifrågavarande utbildningsprogram. Bolaget Z ansågs *under dessa omständigheter* (min kursiv.) ha förfarit otillbörligt i sin näringsverksamhet i förhållande till A. Det ansågs föreligga synnerligen vägande skäl till att den A åsamkade skadan skulle ersättas.

De av HD givna domskälen för ovan refererade avgöranden är obestämda och kortfattade. Genomgående finner man likväl att förfarande mot god sed haft betydelse vid bedömningen av om synnerligen vägande skäl förelegat till att utdöma ersättning. Men på grund av de varierande omständigheterna *in casu* (arbetsgivarens klandervärda förfarande i HD 1983 II 187, den klart förutsebara ekonomiska skadan i HD 1991:79, arvingarnas förtroende för advokat i HD 1992:44 och otillbörligt förfarande ”under dessa omständigheter” i HD 1997:181) är det svårt att bedöma vilken specifik vikt handlande mot god sed bör tillmätas i föreliggande sammanhang.

Emellertid erbjuder det senare rättsfallet HD 2005:105 mera klarhet i frågan:

En mönsterhavare hade genom brev som sänts till återförsäljare av en konkurrerande produkt hävdad att denna produkt gjorde intrång i mönsterrätten och förbjudit mottagarna sådan verksamhet som gjorde intrång i mönsterrätten. I en rättegång hade senare konstaterats att den konkurrerande produkten inte gjorde intrång i mönsterrätten. På de grunder som framgår av Högsta domstolens avgörande ansågs att mönsterhavaren förfarit på ett sätt som med hänsyn till omständigheterna varit otillbörligt och att det förelåg i Skadeståndsl 5 kap. 1 § avsedda synnerligen vägande skäl att döma ut skadestånd.

Det principiellt viktiga uttalandet lyder:

”Om någon i näringsverksamhet handlar avsiktligt och mot god affärssed eller annars otillbörligt och sålunda lagstridigt, och med vetskap om att hans handlande är ägnat att orsaka ekonomisk förlust i annans näringsverksamhet, föreligger som utgångsunkt i skadeståndslagen 5 kap. 1 § avsedda omständigheter som talar för skadeståndsansvar. Härvid borde förefinnas särskilda motskäl för att skadeståndsskyldighet inte skall uppkomma (min övers.)”

Sålunda har HD givit ett viktigt prejudikat som uppenbarligen har relevans även för bedömningen av skadeståndsansvar för kontraktsintrång: om en tredje person C, genom att avsiktligt och mot god affärssed eller annars otillbörligt göra intrång i ett existerande kontraktsförhållande mellan A och B, orsakar B förutsebar ekonomisk skada, bör han betala skadestånd – förutsatt att inte särskilda skäl utesluter skadeståndsansvar.¹⁴

II.2. I svensk rätt knyts intresset till det svenska HD-fallet NJA 2005 s. 608 som gällde frågan huruvida en tredje man som har handlat i samförstånd med ena parten i ett avtalsförhållande vid svek mot den andra parten skall anses skyldig att ersätta ren förmögenhetsskada som handlandet orsakat:

Max (M) träffade ett avtal med Lotsbåten (L) angående övertagande av M:s hyresrätt till en lokal. M hade bedrivit hamburgerrestaurang i lokalen. I avtalet överenskomms att L inte fick överlåta eller upplåta hyresrätten i

¹⁴ Jfr HD 1983 II 187.

andra hand utan att M dessförinnan beretts tillfälle att på vissa villkor återförvärva den. Vidare överenskomts i avtalet att om hyresrätten sades upp av L eller upphörde pga uppsägning från hyresvärdens sida så skulle Max på vissa villkor vara berättigad att återförvärva den.

Parternas gemensamma avsikt med avtalet var att hyresrätten till lokalen skulle överlätas till L vilket också skedde. M kunde under inga omständigheter tänka sig att avhända sig hyresrätten till lokalen till någon som avsåg att bedriva konkurrerande verksamhet däri och då särskilt under den tid som M avsåg att slussa över kunderna till sina nya utrymmen. L var medveten om detta och kontraktet uppgjordes mot denna bakgrund. En tredje person, Frasses (F), var intresserad att hyra lokalen redan innan avtalet träffades och anförde synpunkter på utformningen av kontraktet mellan M och L. Majoriteten av aktierna i L hade överförts – utan M:s vetande – till F innan avtalet ingicks.

Sålunda utövade F kontroll över L vid tiden för ingåendet av avtalet mellan M och L, och L:s intention var härvid att möjliggöra för F öppnandet av en konkurrerande verksamhet i lokalen. F handlade i samförstånd med L i avsikt att få tillgång till lokalen. L:s/F:s verksamhet i lokalen var lönsam för bägge bolagen, medan M som en följd härav vållats ren förmögenhetsskada i form av omsättningsbortfall. F måste ha varit medveten om att dess verksamhet i lokalen skulle orsaka M skada.

Sveriges HD anförde:

”De sakförhållanden som hovrätten har funnit utredda i målet innebär att Frasses har handlat i samförstånd med Lotsbåten när Max svikligen har föreletts till att ingå ett avtal som Max inte skulle ha ingått om Max känt till Lotsbåtens och Frasses avsikter. Sveket har fullföljts genom åtgärder i strid med villkoren i avtalet som har lett till att Frasses har kommit över Max lokal och kunnat driva en hamburgerrestaurang där till skada för Max. Det har inte kommit fram någonting i målet som talar för att konkurrensrättsliga hänsyn skulle göra Frasses agerande försvarligt. Tvärtom framstår detta som *kvalificerat otillbörligt* (min kursiv.); som hovrätten har uttalat utgör Frasses handlande ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör. Fallet är så allvarligt att

Frasses bör åläggas att ersätta Max för den skada som handlandet har orsakat Max”.¹⁵

Också Sveriges HD har därmed godkänt att en tredje man som under vissa omständigheter medverkar till ett kontraktsbrott kan dömas att ersätta ren förmögenhetsskada som handlandet orsakat. I föreliggande fall beskriver domstolen handlandet som ”kvalificerat otillbörligt” och som ”ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör”. Det kan tilläggas att liknande resonemang anförde Hjalmar Karlgren redan i samband med avgörandet NJA 1949 s. 645.

II.3. Vänder vi sedan blickarna mot norsk rätt kan konstateras att frågan också där behandlats sparsamt i rättspraxis. Men i en artikel från 2002 anför Viggo Hagstrøm att ”[f]lere dommer synes å støtte en alminnelig regel at den som *utilbørlig* forleder eller tilskynder en debitor til å begå kontraktsbrudd, blir erstatningspliktig” (s.105). Han nämner särskilt tre Høyesterettsdomar, dvs. Rt. 1930 s. 761 (Bankbokdommen), Rt. 1957 s. 426 (Los-streik) och Rt. 1997 s. 1322 (Advokatansvar).¹⁶ Domarna går dock inte närmare in på frågorna om förutsättningarna för ersättningsansvaret. Jfr Birgitte Hagland 2012: ”Dommene viser at mer kvalifiserte inngrep i kontraktsrelasjoner kan føre til et medvirkeransvar for kontraktsbruddet. Hva som ligger i kravet om *utilbørlig* forhold eller atferd, og hvordan rettsbruddsgrensen skal trekkes, er derimot mindre klart”.¹⁷

II.4. Som ett sammandrag av ovan nämnd nordisk domspraxis kan sägas att tredje persons medverkan till kontraktsbrott nog kan ge upphov till ersättningsskyldighet men det ansvarsgrundande handlandet anges på varierande sätt: ”avsiktligt och mot god affärssed eller annars otillbörligt” (HD 2005:105), ”kvalificerat otillbörligt” och ”ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör” (NJA 2005 s. 608) samt

¹⁵ Se NJA 2005 s. 608, 640–641.

¹⁶ Se närmare *Viggo Hagstrøm*, ”Fra erstatningsrettens grenseland: Ansvar for angrep på kontraktsforhold”, Utskrift fra Lovdata 16.06.2015, 3–5.

¹⁷ *Birgitte Hagland*, Erstatningsbetingende medvirkning (Gyldendal Juridisk 2012), 108, 110.

”utilbørlig forhold” i norsk rättspraxis. Intrycket blir att tröskeln för ersättningsansvar satts rätt högt men närmare specificeringar och diskussioner om ansvarets förutsättningar och omfattning under olika omständigheter saknas.

III. Uttalanden i litteraturen (teorin)

III.1. Frågan om skadeståndsansvar för medverkan till kontraktsbrott har i viss utsträckning berörts i den finska juridiska litteraturen. Samstämmighet synes råda om att sk. *kollusivt* kontraktsintrång kan leda till skadeståndsansvar: om den gemensamma avsikten hos A och tredje person C är att beröva B dennes kontraktuella rättigheter och därmed åsamka B ekonomisk förlust, kan C (i tillägg till A) bli skadeståndsansvarig gentemot B.¹⁸ Sådant kontraktsintrång har ansetts utgöra *otillbörligt* förfarande.¹⁹ Men när kollusivt kontraktsintrång främst diskuterats i sakrättsliga sammanhang,²⁰ är det oklart vilken vägledning nämnda rättsfigur ger för föreliggande frågeställningar.

I övrigt synes åsikterna och kommentarerna i den juridiska litteraturen (Hans Saxén 1975, Mika Hemmo 1998, Eva Tammi-Salminen 2001 och Marcus Norrgård 2006) angående skadestånd för medverkan till kontraktsbrott kunna sammanfattas sålunda:

- alla uttalanden synes acceptera behovet att skydda kontraktuell stabilitet – åtminstone i viss utsträckning

¹⁸ Se Mia Hoffrén, ”Vahingonkorvausvastuu sopimussuhteen häirinnästä – vertaileva katsaus”, *Lakimies* (2006), 990, 1002–1003.

¹⁹ Jfr Eva Tammi-Salminen, *Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuusoikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullisistovuudesta* (Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001), 253.

²⁰ Se Marcus Norrgård, *Avtalsingrepp. Om otillbörliga ingripanden i kommersiella avtalsförhållanden* (Helsinki: Swedish School of Economics and Business Administration, Research Reports 61, 2006), 8–9.

- skadeståndsansvar kunde knytas till avsiktligt handlande, exempelvis när någon avsiktligt förmår en kontraktspart att bryta sitt kontrakt eller förhindra uppfyllandet av kontraktuella förpliktelser
- ytterligare, handlande som är tillräckligt illojalt eller brytande mot god sed kunde utlösa en skadeståndsskyldighet
- i avsaknad av mera generella principer får omständigheterna *in casu* avsevärd betydelse
- tilläggas kan, att *rättsekonomiska* teorier om ”effektivt kontraktsbrott”, dvs. om kontraktsbrott leder till mera effektivt ekonomiskt resultat än kontraktets uppfyllande, bör det tillåtas, inte synes ha accepterats i litteraturen. Man har hänvisat till transaktionskostnadernas storlek, risken för underkompensasjon, behovet av kontraktsstabilitet, moralfilosofiska synpunkter, osv.²¹

III.2. Redan 1952 (och i samband med avgörandet NJA 1949 s. 645) förordade Hjalmar Karlgren i Sverige skadeståndsansvar för tredje mans avsiktliga medverkan till kontraktsbrott.²² Härefter var det rätt tyst i svensk litteratur tills Ulf Bernitz 1993²³ och sedan mera utförligt i kommentaren till NJA 2005 s. 608 uttalade sig i frågan. Han betonar avgörandets stora prejudiciella betydelse och anför att HD:s ställningstagande för ett ersättningsansvar för en tredje man som kvalificerat otillbörligt medverkar till kontraktsbrott skall ses som ett viktigt steg vid utvecklandet av svensk skadeståndsrätt. Fall med liknande omständigheter

²¹ Beträffande diskussionen i finsk juridisk doktrin, se nämare Wetterstein (2012), 168–171.

²² *Hjalmar Karlgren*, Kollegier i allmän obligationsrätt I (Lund 1952), 9. Se också NJA 1949 s. 645, 651.

²³ Bernitz anförde att det kunde vara möjligt enligt svensk rätt att påföra en tredje man ersättningsansvar för kollusivt förfarande, dvs. då en tredje man (C) antingen samarbetar med en avtalspart (A) för att skada en annan avtalspart (B) eller annars på ett kvalificerat otillbörligt sätt orsakar B ekonomisk skada. Se *Ulf Bernitz*, Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare (Stockholm 1993), 199. Se även en tidigare artikel av Bernitz från 1987, dvs. ”Otillbörligt ingripande i avtalsförhållanden”, i Festskrift till Lars Welamson (Stockholm: Norstedts Förlag 1987), 43–70.

kan uppkomma i framtiden och då ger avgörandet vägledning. Bernitz anför också att skadeståndsansvar för medverkan till kontraktsbrott förutsätter otillbörligt förfarande som klart kränker god affärsed (jfr även Lars Gorton – Erik Sjöman 2002–03²⁴).²⁵

III.3. I norsk obligationsrätt har det länge hävdats att ansvar för tredje man kan uppstå om denne ”utilbørlig forleder eller tilskynder debitor til å misligholde” (Viggo Hagström 2002²⁶). Enligt Birgitte Hagland (2012) är ”[f]orutsetning for at slikt medvirkningsansvar skal komme på tale, at det foreligger en gyldig avtale som medvirker er klar over, og at debitorens kontraktsforpliktelse er misligholdt”.²⁷ Uttalandena är i linje med övrig nordisk teori. För Danmarks del t.ex. Gomard (1958).

IV. Kriterier för skadeståndsansvar

IV.1. Mera allmänna synpunkter

Ovan har framgått att man både i nordisk rättspraxis och juridisk teori uppställt relativt obestämda och svårtillämpliga rekvisit för ersättnings-skyldigheten vid kontraktsintrång (”förfarande mot god affärsed”, ”kvalificerat otillbörligt förfarande”, ”utilbørlig forhold”, osv). Följaktligen är det betydelsefullt att försöka specificera de allmänt angivna rekvisiten *in concreto*. En mera detaljerad analys behövs. Vilket slags förfarande av tredje man (som gör intrång i ett existerande kontraktsförhållande) krävs

²⁴ Lars Gorton – Erik Sjöman, ”Negativa förpliktelser och tredje män – särskilt om överträdelse av negative pledges i finansiella avtal”, Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet (2002–03), 515–516.

²⁵ Se närmare Ulf Bernitz, ”Skadeståndsansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande och medverkan till kontraktsbrott; HD utvidgar ansvaret för ren förmögenhets-skada”, Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet (2005–06), 627–629.

²⁶ Se ovan fotnot 16.

²⁷ Se ovan fotnot 17.

för att utlösa ersättningsskyldighet? Vilka kriterier angående tredje mans avsikter och vetskap om relevanta omständigheter kan härvid uppställas?

Som utgångspunkt torde kunna sägas att endast ovarsamhet/försummelse hos tredje person C inte utlöser skadeståndsskyldighet. Detta skulle göra intrång på regler och principer om fri konkurrens och tillåten affärssed.²⁸ Vidare, vid bedömningen av om (i Finland ”synnerligen vägande”) skäl till skadestånd föreligger bör den kränkta kontraktspartens (B:s) möjligheter till fullt skadestånd från sin avtalspart (A) beaktas. Men det kan föreligga situationer där kontraktsrättsliga rättsmedel inte i tillräcklig grad skyddar den kränkta, t.ex. A:s insolvens eller kontraktuella ansvarsbegränsningar²⁹.³⁰ Följaktligen kan ett *kompletterande* skadeståndsansvar för tredje person C vara befogat. Men ”opening-the-floodgates” –argumentet är också betydelsefullt i detta sammanhang: ett för ”lättvindigt” skadeståndsansvar för tredje män kunde avsevärt öka såväl rättegångskostnaderna som osäkerheten om ansvarssubjekten och ansvarets utsträckning.³¹

IV.2 Balansering av intressen

Vid försöken att finna en *rimlig* balans mellan de motstridiga intressena i avsikt att uppställa kriterier för tredje person C:s skadeståndsansvar, synes följande grundkrav kunna identifieras:

Tredje person C bör vara *medveten* om det existerande kontraktet mellan A och B *avsiktligt* göra kontraktsintrång, dvs. genom sitt handlande orsaka/medverka till att A gör sig skyldig till kontraktsbrott gentemot B.³² Vidare bör C:s handlande orsaka B *ekonomisk förlust*. Krav

²⁸ Se även Norrgård (2006), 158 och Gorton – Sjöman (2002–03), 516.

²⁹ Observera emellertid den allmänna principen i finsk rättspraxis och doktrin (också i andra nordiska länder) att en avtalsparts avsiktliga och grovt vårdslösa handlingar begränsar ansvarsbegränsningsklausulernas verkningar. Se t.ex. *Mika Hemmo*, Vahingonkorvauksen määrytymisestä sopimussuhteissa (Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1994), 299–304 och från rättspraxis HD 1993:166.

³⁰ Se närmare Norrgård (2006), 118–120.

³¹ Jfr Norrgård (2006), 122–123 och Tammi-Salminen (2001), 317.

³² Norrgård anför att ”avsiktligt” kontraktsintrång även är förhanden när C eftersträvar att sluta ett kontrakt med A medveten om att det är högst antagligt att A härvid bryter sitt kontrakt med B. Se Norrgård (2006), 151–156.

på någon *uttrycklig avsikt att skada B* synes inte kunna uppställas, när det är allmänt känt att kontraktsbrott i regel leder till ekonomisk skada.³³ Det bör ytterligare föreligga *adekvat kausalitet* mellan C:s agerande och den ekonomiska förlustens uppkomst.³⁴

IV.3 Kasuistik

Följaktligen blir det betydelsefullt att utreda C:s *avsikter* ("state of mind") och *kausalsambanden* mellan dennes förfarande och A:s handlande som resulterar i B:s ekonomiska förlust. Bevisningen härför kan vara förbunden med avsevärda svårigheter men som utgångspunkt ligger bevisbördan hos skadelidande B. Jag har försökt närma mig problematiken med hjälp av följande kasuistik:

Om C *förmått/övertalat* A att bryta sitt kontrakt med B kunde skadeståndsansvar föreligga. Endast C:s *uppmaningar/råd* att bryta kontraktet synes inte uppfylla kravet på adekvat kausalitet, dvs. C:s förfarande har inte på ett *nödvändigt sätt*³⁵ påverkat A:s handlande.³⁶

Ifall A sänder ett anbud till C vars godkännande de facto innebär att A måste bryta sitt kontrakt med B, föreligger ingen skadeståndsskyldighet för C. Vi rör oss inom sfären för "fri konkurrens" och tillåten affärsed.³⁷

³³ Jfr Norrgård (2006), 152–153.

³⁴ En grundläggande förutsättning för att kunna kräva ersättning är att det anses bevisat att det föreligger ett orsakssamband mellan skadan och det skadegörande beteendet. Och även om sagda orsakssamband visas, kan rätten till ersättning vara utesluten på grund av bristande adekvans. Om kausalitet och adekvans, se t.ex. Wetterstein (2004), 231–252 jämte hänvisningar.

³⁵ C:s handlande måste i nödvändig utsträckning påverka A:s beslut att bryta kontraktet, t.ex. saknas ett kausalsamband då A redan före C:s kontraktsintrång beslutat att bryta kontraktet med B. Emellertid är det ibland tillräckligt att handlandet har *medverkat* till skadan utan att ha varit en nödvändig förutsättning. Man talar härvid om "tillräcklig betingelse". Den typiska skadeorsaken är en både nödvändig och tillräcklig betingelse, och prövningen av de båda förutsättningarna kan då ske enhetligt. Se hänvisningarna i Wetterstein (2012), fotnot 75. Det bör tilläggas, att i ett läge där C och A är involverade i ett mera långvarigt samarbete kan det i praktiken vara svårt att särskilja olika typer av C:s förfarande (förmående, övertalning, uppmaning, rådgivning) och bedömningen blir då beroende av alla visade omständigheter *in casu*.

³⁶ Se även Norrgård (2012) 127–128. Men t.ex. ett råd av en advokat till sin klient att bryta ett existerande kontrakt kan vara ganska "övertygande". Å andra sidan uppnår advokaten i regel inte egen ekonomisk vinning av klientens kontraktsbrott.

³⁷ Jfr Gorton – Sjöman (2002–03), 517.

Men om C tar initiativet og sender ett anbud till A med avsikt att ersätta B som A:s kontraktspart, kunde situationen beroende på visade omständigheter *in casu*³⁸ likställas med förmående/övertalning. Kravet på visad *adekvat kausalitet* mellan C:s avsiktliga handling att göra intrång i kontraktet A-B och B:s ekonomiska förlust innebär likväl att om C endast erbjuder bättre villkor än i kontraktet A-B uppkommer normalt ingen skadeståndsskyldighet för C.³⁹

Inledningsvis (avsnitt I.) ställdes frågan vilken relevans särskilda kontraktssituationer och kontraktstyper kunde ha i föreliggande sammanhang. Vissa observationer kan göras:

Ett *existerande* kontrakt mellan B och C i tillägg till kontraktsförhållandet A – B (t.ex. ”kedjeavtal”) synes kunna få betydelse. Som exempel: A har ingått ett långtidskontrakt för leverans av en viss produkt till B och B i sin tur har avtalat om vidareleverans av produkten till C. Sedan C blivit medveten om kontraktet A – B, förmår/övertalar han A att bryta sitt kontrakt med B samt bryter själv sitt kontrakt med B. Därefter avtalar C direkt med A om leverans av produkten. Som en följd härav är B ute ur bilden och lider ekonomisk förlust.

Enligt min bedömning kunde C:s agerande i en sådan situation karaktäriseras som starkt/kvalificerat otillbörligt och därmed sänka tröskeln för C:s skyldighet att ersätta ren förmögenhetsskada, särskilt då B:s möjligheter till full ersättning är begränsade.⁴⁰ Kontraktsparter (här C och B) har en lojalitetsplikt gentemot varandra, dvs. de skall inte driva endast sina egna intressen utan också (till en viss gräns) beakta sin

³⁸ Sådana relevanta omständigheter kunde vara t.ex. affärssed, handelspraxis och allmänt tillämplade affäretiska standarder. En domstol företar en helhetsavvägning av C:s förfarande med beaktande av kontraktsparternas intressen och rättigheter jämte visade relevanta omständigheter vid bedömningen av huruvida skäl (jfr ”synnerligen vägande skäl”) föreligger att påföra C ersättningsskyldighet.

³⁹ Norrgård (2006), 128 anför att enbart en offert från C till A inte kan utlösa skadeståndsskyldighet för C; en närmare kontakt krävs, dvs. C och A måste ha någotslags gemensam avsikt att bryta kontraktet A – B och ingå ett ersättande kontrakt dem emellan. Norrgård, 150 talar också om ”dubbel” kausalitet, dvs. både C:s och A:s avsikt har orsakat kontraktsbrottet med B.

⁴⁰ Som tidigare påtalades kan B:s möjligheter att erhålla full ersättning av A och C via kontraktsrättsliga rättsmedel vara begränsade. Vidare kan kontraktet mellan A – B vara tidsmässigt längre än det mellan C och B.

avtalsparts intressen och rättigheter.⁴¹ Lojalitetsplikten utgör ett centralt element i kontraktsrätten och även för god affärssed.⁴² Detta gäller särskilt i långtida kontraktuella förhållanden där parternas tillit till varandra och framtida samarbete får en accentuerad betydelse.⁴³ Men lojalitetsprincipen kan även få betydelse vid bedömningen av utomkontraktuellt skadeståndsansvar.⁴⁴ Som tidigare sades, bedömningen är beroende av alla visade omständigheter *in casu*.⁴⁵

Ändamålet med och *objektet* för kontraktet A – B kan också ha särskilt intresse i föreliggande sammang. Som exempel tas försäljning av ett bestämt objekt (”speciesköp”) och försäljning av generiska varor (”leveransavtal”) men med begränsad tillgång. C:s intrång i kontraktsförhållandet A – B kan de facto innebära att samma objekt säljes två gånger.⁴⁶ Handelsbalken (1734/3) 13 kap. 2 § innehåller en gammal skadeståndsrättslig norm som gäller än idag:

”Leger man tvem ett; behålle then, som först hyrde, ehvad then senare mera utlofvadt hafver, eller ej, och böte then, som utlegde, tijo daler, och skadan åter. Samma lag vare om *then, som hyrer thet han viste til annan uthyrdt vara* (mina kursiv).”

⁴¹ Allmänt kan också sägas att ju mer kvasikontraktuella drag förhållandet har (B:s kontraktspart C står ju utanför avtalsförhållandet A – B), desto lägre borde tröskeln för ersättning av ren förmögenhetsskada vara. Brott mot principer om lojalitetsplikt och god tro är betydelsefulla faktorer vid bedömningen.

⁴² Bl.a. den framstående finske professorn i avtalsrätt, Lars Erik Taxell, har poängterat att princpen om lojalitet ger uttryck för tanken att en avtalspart inte får driva enbart sina egna intressen till skada för den andra parten. En avtalspart är skyldig att inom vissa gränser beakta också den andra avtalspartens rätt och intressen. Och fastän lojalitetsprincipen inte generellt har normerats i lagstiftningen, är den fast rotad i finsk kontraktsrätt. Den utgör en kompletterande generell princip (standard) som kan tillämpas vidsträckt och särskilt då störningar inträder i avtalsrelationer. Det är också möjligt att icke-iakttagande av lojalitetsprincipen i sig själv utgör ett kontraktsbrott. Se *Lars Erik Taxell*, *Avtal och rättsskydd* (Åbo: Åbo Akademi 1972), 81–82.

⁴³ Se *Juha Häyhä*, ”Lojaliteettiperiaate ja sopimus”, *Defensor Legis* (1996), 317.

⁴⁴ Jfr fotnot 41. Se även *Sisula-Tulokas* (2009), 562 som anför att förfarande i strid med god tro och hederligt handlande, omfattande också lojalitetsplikt, kan få relevans vid bedömningen av utomkontraktuellt ansvar.

⁴⁵ Jfr *Saxén* (1975), 77 och *Sisula-Tulokas* (2009) 571–572.

⁴⁶ Utgångspunkten i exemplet ovan är att kontraktet A – B gäller en generisk vara vars hela bestånd har sålts till B.

Här finner vi alltså en gammal lagregel om kontraktsintrång: en tredje person (C) som hyr någonting som han *vet* har uthyrts till någon annan skall betala skadestånd. Denna skyldighet uppkommer oberoende av om C aktivt (genom förmående, övertalning eller annat sådant otillbörligt förfarande) påverkat hyresgivarens agerande, dvs. det räcker för skadeståndsansvar att C är medveten om den tidigare uthyrningen.⁴⁷

I fråga om köp saknas en motsvarande explicit norm.⁴⁸ Men om C genom otillbörligt förfarande förmår A att handla i strid med sitt kontrakt med B, blir C ersättningskyldig gentemot B i enlighet med de regler och principer som tidigare angivits.⁴⁹ Och den omständigheten att avtalsobjektet utgör ett specifikt objekt synes kunna nedsätta tröskeln för ersättande av ren förmögenhetsskada (jfr en analogi från Handelsbalken 13 kap. 2 §). Ett liknande synsätt kunde också vara befogat i fall A avtalat med B (kanske genom ett långtida kontrakt) att förse B med generiska varor med begränsad tillgång. C förmår A att bryta sitt kontrakt med B och avtalar med A om köp av samma produkter. De visade omständigheterna kan utvisa att B har stora svårigheter – eller att det inte alls är möjligt – att erhålla produkterna från någon annan än A.

V. Konklusioner

Ovan anförda genomgång av nordisk rätt visar att allvarliga former av otillbörligt förfarande, t.ex. handlande som klart kränker god affärsred, kan grunda skadeståndsansvar för medverkan till kontraktsbrott. Jag har också konkluderat att om tredje man förmått/övertalat en kontraktspart

⁴⁷ Se även Norrgård (2006), 15.

⁴⁸ Tammi-Salminen (2001), 316 anför emellertid att regeln i Handelsbalken 13 kap. 2 § kunde ge uttryck för en mera allmän princip om skadeståndsansvar för en person som medvetet gör intrång i en annan persons rättigheter. Även om goda argument kunde anges för en sådan ståndpunkt, synes existensen och innehållet av en sådan princip utanför ramen för Handelsbalken 13 kap. 2 § vara osäker. Jfr. även Norrgård (2006), 105.

⁴⁹ Även om B har rätt att få det specifika objektet i sin besittning (jfr reglerna om "tvesala" i Handelsbalken 1 kap. 5 §) kan ekonomisk förlust uppkomma. Hemmo (1998), 229 fotnot 79 nämner som exempel på sådana förluster kostnader som uppkommit vid utredningen av den oklara juridiska situation och förluster orsakade av försenad överlämning av köpeobjektet.

att bryta sitt kontrakt kunde skadeståndsansvar föreligga, medan endast uppmaningar/råd att bryta kontraktet inte synes uppfylla kravet på adekvat kausalitet. Vidare har jag anfört att ett existerande kontraktsförhållande mellan tredje man och den skadelidande samt ändamålet med respektive objektet för det kontrakt som intrånget gäller skall tillmätas betydelse vid bedömningen av tredje mans skadeståndsansvar.

Knock-for-knock: Hovedprinsipper og unntak¹

*Camilla Bråfelt,² Heidi Fredly³ og
Benedicte Haavik Urrang⁴*

¹ Artikkelen er i all hovedsak en gjengivelse av et manus fremført på Det 27. nordiske sjørettsseminar 19. til 22. april 2017. Kilder som ligger til grunn for manuset er: Dommer: ND-1988-263; ND-1991-180; ND-2013-201. Litteratur: Bull, TFR 1986 s. 86, Erstatningsansvar i petroleumsvirksomheten; Hagstrøm, TFR 1996 s. 421, Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold; Kaasen, Industribygging og rettsutvikling. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum 2005 side 233–258, Ansvarsbegrensning i fabrikkkontrakter; Jennings, Standard Bulletin, November 2008, Offshore Contracting (tilgjengelig på http://www.standard-club.com/media/23525/14292_SB_report_NOV_08_disclaimer.pdf, sist sjekket 31.05.2017); Wilhelmsen, SIMPLY 2012 s. 81–111, Liability and insurance clauses in contracts for vessel services in the Norwegian offshore sector – the knock for knock principle; Zak, MarIus 415, 2013, Ansvarsregulering i borekontrakter; Solvang, MarIus 473, 2016, s. 77–96, Meeting points between recourse (indemnity) rights in contract and tort – illustrated by knock-for-knock and ship collision both-to-blame clauses.

² Advokat dr juris, Nordisk Skibsrederforening, Singapore.

³ Advokatfullmektig, Nordisk Skibsrederforening, Oslo.

⁴ Advokat, Nordisk Skibsrederforening, Oslo.

Innhold

1	INNLEDNING OG OPPLÉGG FOR FREMSTILLINGEN.....	167
2	KNOCK-FOR-KNOCK I ET NØTTESKALL.....	168
2.1	Noen utgangspunkter.....	168
2.2	Nærmere om knock-for-knock-reguleringen og forholdet til assurandørene	170
3	KNOCK-FOR-KNOCK-KLAUSULENES TYPISKE ANVENDELSESOMRÅDE.....	171
3.1	Hvilke skadetyper omfattes?.....	171
3.2	Hvilke personer omfattes?.....	172
3.2.1	Noen utgangspunkter	172
3.2.2	Nærmere om utfordringer knyttet til gruppedefinisjonene....	173
3.2.3	«Njord B» / «Navion Hispania»: Eksempel på et ufullkomment knock-for-knock-regime	174
4	KONTRAKTSFESTEDE UNNTAK FRA KNOCK-FOR-KNOCK.....	177
4.1	Innledning	177
4.2	Standardkontraktene.....	177
4.3	Andre kontraktsfestede unntak fra og begrensninger i knock-for-knock-reguleringen	179
5	GYLDIGHETSENSUR – NOEN OVERORDNEDE BETRAKTNINGER UNDER NORSK, ENGELSK, AMERIKANSK OG TYSK RETT.....	181
5.1	Innledning	181
5.2	Norsk rett	181
5.3	Andre rettssystemer	183

1 Innledning og opplegg for fremstillingen

Temaet for denne artikkelen er knock-for-knock-regulering i kontrakter innenfor oljevirkksomhet og offshore-relatert shipping. Artikkelen vil behandle hovedprinsippene for knock-for-knock-regimet og vanlige unntak fra og begrensninger i knock-for-knock-reguleringen.

Formålet med å innta knock-for-knock-bestemmelser i kontrakter er å etablere en uttømmende og forutberegnelig regulering av risikoen for skade på personer og ting. I nyere kontraktspraksis er det imidlertid en tendens til at denne ansvarsfordelingen uthules på ulike måter, og særlig til ulempe for rederen.

Det finnes ikke én standard knock-for-knock-klausul eller et generelt kontraktsrettslig prinsipp om knock-for-knock. Derimot finnes det en rekke ulike knock-for-knock-klausuler, og det er disse som er gjenstand for drøftelse i det følgende. Innholdet i klausulene varierer fra kontrakt til kontrakt. Den konkrete ordlyden blir derfor styrende for hvordan knock-for-knock-regimet vil fungere i den enkelte kontrakten.

Innledningsvis presiseres det at formålet med artikkelen kun er å foreta en overordnet gjennomgang av temaet. Først behandles det som må antas å være kjernen i knock-for-knock-reguleringen. Deretter vil artikkelen gå nærmere inn på det typiske anvendelsesområdet til knock-for-knock-klausulene, før spørsmålet om begrensning/uthuling av knock-for-knock gjennom kontraktsfestede unntak diskuteres. Avslutningsvis vil artikkelen kort berøre spørsmålet om bakgrunnsrettslig gyldighetssensur under norsk rett, dog med noe komparativt innslag. Ettersom knock-for-knock-klausulene har en nær forbindelse til partenes forsikringer, er det naturlig å berøre forholdet til forsikring fortløpende gjennom artikkelen, i tillegg til at enkelte særskilte spørsmål om forholdet til assurandørene vil bli behandlet separat.

2 Knock-for-knock i et nøtteskall

2.1 Noen utgangspunkter

Innenfor tradisjonell shipping reguleres risikoen for skade på gjenstander og personer normalt av alminnelige erstatningsrettslige regler. Årsaks-spørsmålet blir da det sentrale i vurderingen av ansvar. Knock-for-knock-regimet innebærer derimot en avtalt ansvarsfordeling. Noe forenklet kan knock-for-knock-regulering beskrives som klausuler eller regimer om fordeling av risiko for skade på gjenstander og personer. Kjernen er at hver kontraktspart har risikoen for tap av og skade på egen eiendom og eget personell, uavhengig av om den aktuelle skaden er forårsaket av den andre kontraktsparten.

Ved anvendelse av rene knock-for-knock-klausuler blir årsaks-spørsmålet underordnet. Det er nettopp dette som kan gjøre klausulene problematiske når de vurderes opp mot bakgrunnsretten, da man etter norsk rett ikke kan fraskrive seg ansvar for tap oppstått som følge av visse forsettlige handlinger.⁵ Dette har gitt opphav til spørsmålet om gyldighetssensur.

Knock-for-knock-regimet har, som nevnt, en nær tilknytning til forsikringsreguleringen. Kontraktens forsikringsregulering bør reflektere ansvarsfordelingen, og kjernen er at partene har plikt til å ta ut nærmere angitte forsikringsdekninger som korresponderer med den avtalte ansvars- og tapsfordelingen.

Knock-for-knock-klausuler er særlig utbredt i offshore-relatert shipping, hvor skip ofte opererer inntil befrakters eiendom. Klausulene benyttes også i offshore vindkraftkontrakter. På begge disse områdene er det en rekke aktører som opererer tett på hverandre, og skadepotensialet er stort.

En slik avtalt risikofordeling som knock-for-knock innebærer – hvor skaden blir der den rammer – reduseres sannsynligheten for lange og kostbare (retts)prosesser for fordeling av ansvar, hvor det nettopp er

⁵ Muligens også grovt uaktksomme handlinger. Se nærmere om dette i avsnitt 9 nedenfor.

årsaken til skaden som må fastsettes. Samtidig gir det en rasjonell forsikringsdekning. Med en fordeling av skaderisikoen slik at hver part dekker skade på sin eiendom unngår man dobbeltforsikring, og de totale forsikringskostnadene blir dermed lavere.

Assurandørene vil av den grunn normalt oppmuntre til knock-for-knock-regulering. Det er likevel slik at det, i henhold til vilkårene til International Groups Pooling Agreement, stilles krav om at enkelte spesielle risiki og krav kun kan «pooles» hvis det forsikrede medlemmet har kontrahert på akseptable vilkår. Det vil typisk innebære at det er avtalt en vanntett og balansert knock-for-knock-klausul. I motsatt fall vil den aktuelle risikoen bli ekskludert fra poolen, og forsikring må da kjøpes separat. En vanntett knock-for-knock-klausul vil derfor være essensielt for rederen.

I en engelsk avgjørelse, *Smit International (Deutschland) GmbH v. Josef Mobius Bau-Gesellschaft GmbH & Co*,⁶ beskrev dommer Morison J. knock-for-knock-klausuler som «*a crude but workable allocation of risk and responsibility*». Sitatet gir for så vidt en treffende beskrivelse. Klausulene kan i utgangspunktet virke brutale, men er enkle å praktisere: Oppstår skade på min eiendom, betaler jeg. Oppstår skade på din eiendom, betaler du. I begge tilfeller, helt uavhengig av skyld.

Dessverre er det ikke så enkelt som beskrevet ovenfor. For å oppnå formålet med knock-for-knock-regulering – forutberegnelighet og en rasjonell forsikringsdekning – er det avgjørende at knock-for-knock-reguleringen er vanntett. I denne forbindelse finnes det en rekke fallgruver partene kan gå i. Utgangspunktet under knock-for-knock-klausulene begrenses ofte i kontraktene, og i stadig større utstrekning i kontrakter som inngås i dagens befraktervennlige marked, noe som skal drøftes nærmere i avsnitt 3.2. og 4.3.

⁶ [2001] CLC 1545 side 19.

2.2 Nærmere om knock-for-knock-reguleringen og forholdet til assurandørene

For å sikre at man oppnår hensikten med knock-for-knock-regulering – at skaden forblir der den rammer – må ansvarsreguleringen normalt inneholde enkelte hovedelementer, som kort skal beskrives nedenfor.

Partene må for det første gi avkall på å kreve erstatning fra hverandre. Partene må for det andre frafalle retten til å kreve regress der de ifølge avtalen skal dekke en tredjemannsskade eller en skade på egne ansatte, selv om det etter alminnelige regler foreligger grunnlag for å kreve regress. For det tredje må de påta seg å holde hverandre skadesløs dersom den ene har måttet dekke et krav fra en tredjemann for en skade som etter kontrakten ikke endelig skal bæres av vedkommende kontraktspart. Dette kan typisk være en personskade lidt av en ansatt av en kontraktspart, eller tingsskade lidt av en av kontraktspartenes underleverandører.

For at forsikringsdekningen ikke skal medføre uthuling av knock-for-knock-reguleringen, må kontrakten også stille krav om at partene innhenter en «waiver of subrogation» fra sine respektive assurandører og/eller krav om medforsikringsordninger.

Utgangspunktet er at forsikringsselskapet, når forsikringssummen utbetales, trer inn i sikredes sko, slik at eventuelle krav på sikredes hånd overføres til assurandøren. Assurandøren kan derfor fremme regresskrav mot den som i utgangspunktet ville være erstatningsansvarlig. Gjennom en «waiver of subrogation» fraskriver assurandøren seg imidlertid retten til å fremme slikt regresskrav.⁷ Tilnærmet samme virkning kan oppnås ved at part A oppføres som «medforsikret» under part Bs polise og vice versa. Dette vil hindre Bs assurandør i å kreve regress fra A for et beløp assurandøren har utbetalt til B, men som A ellers ville være ansvarlig for. Dette omtales gjerne som at medforsikringen gir den medforsikrede et «protective cover». Dette er normalløsningen i 2016-versjonen av NSPL.⁸

⁷ Dette følger indirekte av NSPL 2016 § 5-14. For forsikring av «MOU» (Mobile Offshore Unit) følger dette eksplisitt av NSPL § 18-1 (i) første ledd.

⁸ Se NSPL 2016 § 8-2. For forsikring av MOU, se NSPL 2016 § 18-1 (i) annet ledd.

Det er likevel visse forskjeller mellom «waiver of subrogation» og medforsikring, som gjør at det kan være hensiktsmessig å inkludere begge deler. På den ene siden kan medforsikring – i motsetning til «waiver of subrogation» – også gi beskyttelse mot krav fra tredjemenn. Hvis part A saksøkes av tredjemann C for personskade forårsaket av part B, vil «waiver of subrogation» ikke assistere A i å forsvare kravet overfor C. A må inkluderes som medforsikret for å få forsvar fra Bs forsikringsselskap.

På den andre siden vil «waiver of subrogation» i mange tilfeller være et sikrere alternativ. For det første kan A glemme å føre opp part B som medforsikret. For det andre kan det aktuelle tapet falle utenfor medforsikringens dekning. For det tredje kan det økonomiske tapet overskride forsikringssummen. I situasjonene her nevnt ville «waiver of subrogation» uansett ha gitt B beskyttelse.

3 Knock-for-knock-klausulenes typiske anvendelsesområde

3.1 Hvilke skadetyper omfattes?

Når det gjelder anvendelsesområdet, er det første spørsmålet hvilke skadetyper knock-for-knock-klausuler omfatter. Som nevnt innledningsvis, avhenger innholdet og rekkevidden av knock-for-knock-reguleringen av ordlyden i den enkelte kontrakt. Fremstillingen her baserer seg på det som oppfattes å være normalløsningen i knock-for-knock-klausuler generelt.

Det mest fundamentale er naturligvis tingsskade. Tingsskade er som utgangspunkt dekket av reders og befrakters respektive kaskoforsikring, eventuelt byggerisikoforsikring, avhengig av typen prosjekt.

Dernest omfattes også personskade. Begge parter vil selv ha forsikringsdekning for personskade på eget personell. Det er også vanlig å se at konsekvenstap omfattes av knock-for-knock-reguleringen. I Supplytime

2005 derimot, er dette regulert i en egen bestemmelse⁹, og ikke som en del av den generelle knock-for-knock-reguleringen av tingsskade og personskade.

3.2 Hvilke personer omfattes?

3.2.1 Noen utgangspunkter

Det neste spørsmålet er hvilke personer klausulene omfatter (eller bør omfatte), nemlig hvilke personer den ene kontraktsparten må bære risikoen for og hvilke personer den andre kontraktsparten har risikoen for. Dette løses ved å innta såkalte gruppedefinisjoner som klargjør hvilke personer og selskaper hver kontraktspart hefter for. Her behandles forholdet i kontrakten, for eksempel mellom reder og befrakter. Den parten som i forholdet mellom reder og befrakter har risikoen for en gitt skade, kan selvsagt igjen velte denne over på et av «familiemedlemmene» i sin gruppe.

Som et utgangspunkt kan man si at rederfamilien («Owners Group») normalt vil omfatte rederen selv, rederens underleverandører («contractors» og «sub-contractors»), samt alle ansatte hos rederen og rederens leverandører. Ofte inntas også datterselskaper som er involvert i utførelsen av den aktuelle kontrakten, samt øvrige «invitees».

Hvem som skal inngå i de to gruppene må imidlertid tilpasses ut fra det konkrete prosjektet. Befrakterfamilien («Charterers Group») vil være av stor betydning fra et rederperspektiv, men utforming av definisjonen vil gjerne by på større problemer. Utgangspunktet er at befrakterfamilien omfatter reders kontraktsmotpart. Hvor mange andre som i tillegg bør være med, vil variere fra prosjekt til prosjekt. Som regel er befrakters øvrige leverandører inkludert, samt deres underleverandører. Ansatte hos befrakter, leverandører og underleverandører er også gjerne med i befraktergruppen, i tillegg til befrakters «invitees». Avhengig av prosjektet, bør også befrakters «coventurers» (f.eks. de andre deltakerne

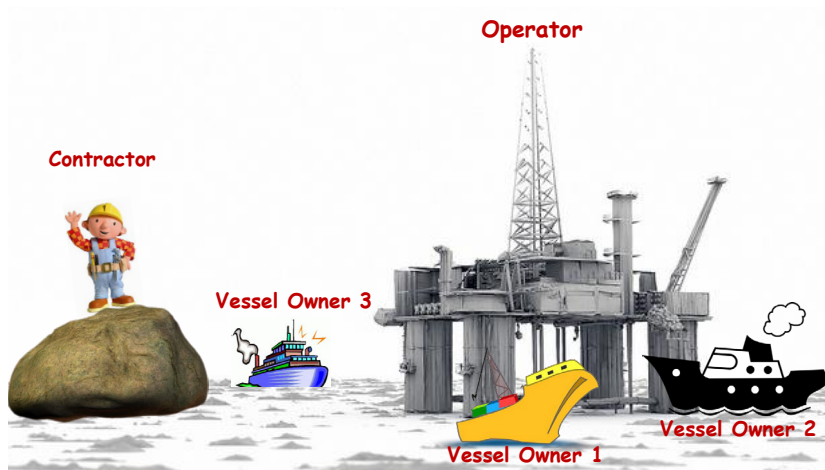
⁹ Se klausul 14 c).

i lisensen) inkluderes i gruppen, og eventuelt også befrakters kunde og eieren av installasjonen.

Som eksempelet nedenfor illustrerer, er det i praksis stor spredning i hvor balanserte kontraktene er når det gjelder definisjonene av henholdsvis befraktergruppen og redergruppen. Mens enkelte kontrakter opererer med en langt på vei likelydende definisjon av henholdsvis reder- og befrakterfamiliene, er det ikke uvanlig at kontrakter skrevet av store befraktere innlemmer flere deltakere i rederfamilien enn de gjør i befrakterfamilien. Dette gjør kontraktene ubalanserte og kan skape problemer i tilknytning til forsikringsadgangen og -dekningen.

3.2.2 Nærmere om utfordringer knyttet til gruppedefinisjonene

I et forsøk på å tydeliggjøre problemstillingen knyttet til utfordringene med gruppedefinisjonene, kan skissen nedenfor brukes som et hjelpemiddel:



I det første eksempelet forutsettes det at «Vessel Owner 1» inngår et tidscerteparti med «Operator» for supply-tjenester på et Supplytime 2005-certeparti. Befraktergruppen vil da bestå av (i) «Charterers», som

er «Operator», og (ii) «their contractors and sub-contractors», som vil omfatte både «Contractor» som utfører jobb på feltet, og «Vessel Owner 2 og 3».

I det andre eksempelet legges det derimot til grunn at «Vessel Owner 1» ikke kontraherer med «Operator», men med «Contractor». Befraktergruppen vil da bestå av (i) «Charterers» som vil være «Contractor», og normalt også (ii) «Operator» i form av å være «Charterers' Customer». Det er derimot mer tvilsomt om «Vessel Owner 2 og 3» vil være omfattet av befrakters gruppedefinisjon. Hvis sistnevnte ikke er tilfellet, må reder ha egen ansvarsforsikring som dekker skade på eiendommen til «Vessel Owner 2 og 3». Særlig i vindkraft-relaterte certepartier kan reder fort komme i en situasjon hvor eieren av vindkraftparken/installasjonene ikke er med i befraktergruppen.

Som et tredje eksempel legges det til grunn at «Vessel Owner 1» inngår et certeparti med en underleverandør på feltet. Denne underleverandøren har igjen kontrakt med en tjenesteleverandør, eventuelt den som drifter feltet, men som ikke direkte kontrollerer installasjonene. Da vil eieren av installasjonene hverken være «Charterers' Customer» eller «Contractor», og dermed falle utenfor befraktergruppen, med mindre partene har tatt høyde for dette ved utforming av klausulen.

Disse eksemplene illustrerer viktigheten av at den enkelte knock-for-knock-klausulen, og særlig gruppedefinisjonene, tilpasses det konkrete prosjektet. Når klausulene utformes, er det viktig at forfatteren forstår prosjektet og hvilken rolle de involverte partene har.

3.2.3 «Njord B» / «Navion Hispania»: Eksempel på et ufullkommet knock-for-knock-regime

Det er ikke mange avgjørelser som omhandler knock-for-knock-klausuler i norsk rett. Et eksempel på et ufullkommet knock-for-knock-regime finnes imidlertid i ND 2013 s. 201. Saken gjaldt en kollisjon mellom bøyelasteren «Navion Hispania» og det ubemannede lagerskipet for olje «Njord B» ute på Njord-feltet i november 2006. «Njord B» måtte slepes til land for reparasjon, og i denne perioden ble oljeproduksjonen

på Njord-feltet stengt ned. På det tidspunktet kollisjonen skjedde, var «Navion Hispania» på oppdrag for Statoil for å hente olje fra «Njord B», som Statoil hadde kjøpt fra fire av lisenshaverne på Njord-feltet. Statoil var på det tidspunktet ikke selv lisenshaver på feltet. Lagmannsretten konkluderte med at kollisjonen skyldtes grov uaktsomhet hos mannskapet på «Navion Hispania» og i driftsselskapet, blant annet fordi driftsselskapet hadde sviktet grovt i organiseringen av skipets drift og vedlikehold, samt i opplæringen av mannskapet.

Den første delen av tvisten (hovedsøksmålet) gjaldt erstatningskravet fra lisenshaverne og deres assurandører (lisensgruppen) mot reder, eier og manager (redergruppen) for tap som følge av kollisjonen. Denne delen reiser flere interessante spørsmål, blant annet spørsmål om tilsidesettelse av en ansvarsfraskrivelse, men disse drøftes ikke nærmere i denne sammenheng. Det bør imidlertid nevnes at lisensgruppen fikk medhold i sitt erstatningskrav i hovedsøksmålet.

Av særskilt interesse for denne artikkelen er derimot den andre delen av tvisten (det utvidede søksmålet). Det utvidede søksmålet gjaldt redergruppens krav mot Statoil om skadesløsholdelse for den erstatning de ble idømt overfor lisenshaverne i hovedsøksmålet. Det utvidede søksmålet illustrerer viktigheten av utformingen av gruppedefinisjonene.

Redergruppen viste i denne forbindelse til definisjonen av «Charterers Group» i punkt 1.1 bokstav e, som innlemmet «the Charterer ... its Licensees, ... its contractors and subcontractors», samt til en knock-for-knock-/skadesløsholdelsesklausul i fraktavtalen mellom dem, som lød:

«The Charterer [Statoil ASA] shall be responsible for and shall save, indemnify, defend and hold harmless the Owner [TNOL] and/or the Owners Group from and against any and all claims, losses, damages, costs (including legal costs), expenses and liabilities in respect of:

- a) loss of or damage to property of the Charterer and or the Charterer's Group, whether owned, hired leased or otherwise provided by the Charterer and or the Charterer's Group, arising from or related to the performance of this CoA.»

Statoil anførte for det første at begrepene «its Licensees», «its contractors» og «its sub-contractors» i art. 33.4 jf. artikkel 1.1 bokstav e, ikke omfattet lisenshaverne. Ifølge Statoil, siktet begrepet «its Licensees» til andre lisenshavere på felt hvor også Statoil var lisenshaver. Som nevnt over, var ikke Statoil lisenshaver på Njord-feltet da kollisjonen skjedde. Statoil anførte for det andre at lisenshaverne heller ikke var omfattet av begrepet «contractor». Statoil viste til at begrepet har en særlig betydning innen offshore-kontrakter, hvor begrepet kun omfatter leverandører som leverer varer eller tjenester som er nødvendige for utførelsen av avtalen. Lisenshaverne leverte ikke slike tjenester i tilknytning til Statoils forpliktelser under fraktavtalen med redergruppen. Tilsvarende gjaldt for begrepet «sub-contractor». I tillegg anførte Statoil at redergruppens grovt uaktsomme opptreden måtte medføre at ansvarsbegrensningen uansett måtte settes til side.

Tingretten konkluderte med at lisensgruppen falt innunder begrepet «its Licensees», og at det ikke var utvist slik grov uaktsomhet fra redergruppens side at bestemmelsen ikke kom til anvendelse. Lagmannsretten var imidlertid uenig i dette og ga Statoil medhold. Lagmannsretten viste til at det var uomstridt at Statoil ikke var lisenshaver på Njord-feltet da kollisjonen skjedde. I lys av dette var retten enig i at Statoil ikke var omfattet av begrepet «its Licencees». Retten uttalte i denne forbindelse at Statoil heller ikke ville ha hatt anledning til å viderefordre tap tilknyttet driftsstans til de øvrige lisenshaverne, og at skadesløsholdelsesklausulen derfor ville ha medført en betydelig risikoeksponering for Statoil, dersom den skulle forstås slik redergruppen anførte.

Videre konkluderte lagmannsretten med at lisenshaverne heller ikke kunne betraktes som «Contractors». Begrepet omfattet andre parter Statoil hadde engasjert til å bistå ved oppfyllelsen av kjøpsavtalen, men ikke selgeren (lisenshaverne). Oppsummert så avviste lagmannsretten redergruppens krav på skadesløsholdelse under henvisning til at lisensgruppen ikke var omfattet av Statoils «gruppe», slik denne var definert i art. 33.4, jf. art. 1.1 bokstav e.

I lys av lagmannsrettens konklusjon knyttet til definisjonsspørsmålet, tok retten ikke stilling til spørsmålet om ansvarsbegrensningen i art. 33.4

uansett måtte settes til side som følge av at skaden var forårsaket av grov uaktsomhet på redergruppens side.

Avgjørelsen illustrerer viktigheten av gruppedefinisjonenes utforming dersom man ønsker et vannrett ansvarsregime. Hvorvidt det ville ha vært kommersielt mulig å innlemme lisensgruppen i Statoils gruppedefinisjon, når Statoil selv ikke var lisenshaver på det aktuelle feltet, er derimot et annet spørsmål.

4 Kontraktsfestede unntak fra knock-for-knock

4.1 Innledning

I det foregående har artikkelen behandlet hvilke skadetyper og hvilke personer som typisk omfattes av knock-for-knock-regimet. I det følgende behandles unntak fra dette utgangspunktet, belyst gjennom en overordnet gjennomgang av typiske unntak i standardkontraktene og individuelt fremforhandlede kontrakter.

4.2 Standardkontraktene

Knock-for-knock-klausulene kan ha omfattende lister av skadetyper og -årsaker som ikke skal inngå i regimet. Vanligvis inneholder også standardkontraktene slike unntak. Et eksempel på dette er Supplytime 2005.¹⁰ Når det gjelder befrakters ansvar, unntas for det første skade på skipet forårsaket av befrakters manglende merking av eksplosiver.¹¹ Det betyr at befrakter blir ansvarlig for skade på skipet forårsaket av at han har tatt om bord eksplosiver som ikke er merket forskriftsmessig. I tillegg

¹⁰ Supplytime 2005 er BIMCOs tidscerteparti for forsyningskip i offshoreindustrien.

¹¹ Klausul 14 (b)(i), jf. klausul 6 (c)(iii)

er det flere unntak for skade som skyldes befrakters leveranser til og bruk av skipet. Eksempelvis vil ikke befrakter unngå forpliktelser nedfelt i «Charterers to provide»-bestemmelsen i klausul 9¹² eller ansvar for skade på skipet som følge av at befrakter har tatt om bord dårlig bunkers som skader maskineriet.¹³ Det er videre gjort unntak for skade som påføres skipet i forbindelse med bergingsoppdrag på befrakters eiendom.¹⁴

Når det gjelder reders ansvar, er blant annet forurensning unntatt fra knock-for-knock-regimet, og i stedet regulert særskilt i klausul 15. Hva gjelder forurensning, vil befrakters ansvar være mer omfattende under klausul 15 enn dersom forurensningsskader var inkludert i knock-for-knock-regimet. Her holder man seg til hvem sin eiendom forurensningen *stammer* fra, ikke hvem sin eiendom som *skades*. Tilsvarende er vrakfjerning unntatt fra befrakters potensielle ansvar under knock-for-knock-regimet. Vrakfjerning skal etter klausul 16 helt og holdent være reders ansvar. I praksis er det imidlertid sjeldent at det opereres med så omfattende unntak fra knock-for-knock-regimet som det Supplytime 2005 klausul 14 innebærer.

I lys av formålet med og hensynene bak knock-for-knock-regulering, kan man stille spørsmål ved om det er hensiktsmessig med så vidtgående unntak fra knock-for-knock-regimet som det man finner i Supplytime 2005. En tommelfingerregel er likevel at knock-for-knock-klausulene som finnes i standardkontraktene, normalt vil godkjennes av forsikrings-selskapene. Derimot foretar ofte partene endringer i nettopp disse klausulene som kan innebære unntak og uthulinger av ansvarsregimet som går lenger enn det assurandørene vil akseptere.

Supplytime 2005 er nå under revisjon. I utkastet til ny versjon, er unntakene fra knock-for-knock-regimet vesentlig redusert, og BIMCO har uttalt at bakgrunnen for endringene er et ønske om å styrke knock-for-knock-regimet i kontrakten. Unntakene for blant annet skade forårsaket av bunkers og befrakters anskaffelser/last er tatt ut. Unntakene

¹² Klausul 14 (b)(i), jf. klausul 9 (b), 9 (e) og 9 (f)

¹³ Klausul 14 (b)(i), jf. klausul 10 (d)

¹⁴ Klausul 14 (b)(i), jf. klausul 18 (c). Ifølge klausul 18 (c) vil ikke rederen ha krav på bergelønn for berging av befrakters eiendom.

for vrakfjerning, forurensning, samt ved berging av befrakters eiendom er derimot beholdt. Definisjonene av henholdsvis «Owners Group» og «Charterers Group» er derimot utvidet.

NF-kontrakten,¹⁵ på sin side, har et mye renere knock-for-knock-regime enn Supplytime 2005, hvor det kun er tap av eller skade på selve kontraktsgjenstanden som er unntatt fra regimet.¹⁶ Kontraktsgjenstanden er underlagt særskilt regulering i klausul 29. Knock-for-knock-reguleringen i NF 2015 er for øvrig langt på vei en konsekvens av hvordan forsikringen er organisert i fabrikkasjonskontraktene.

4.3 Andre kontraktsfestede unntak fra og begrensninger i knock-for-knock-reguleringen

Som avsnitt 6 kommer tilbake til, er det etter norsk rett antatt at det ikke er adgang til å fraskrive seg ansvar for skade forsettlig voldt av *selskapet selv*¹⁷ og muligens heller ikke skade voldt ved grov uaktsomhet av *selskapet selv*. Dette er et spørsmål om gyldighetssensur av denne typen ansvarsfraskrivelser.

Praksis viser at knock-for-knock-klausulene stadig oftere gjør eksplisitte unntak for skade voldt ved grov uaktsomhet og forsett. Slike reguleringer står i motsetning til for eksempel Supplytime 2005, som sier at knock-for-knock-regimet skal gjelde, uavhengig av om skaden er voldt ved uaktsomhet eller skyld fra parten som skal holdes skadesløs. I Supplytime 2005 gjøres det heller ikke eksplisitt unntak for skade voldt ved grov uaktsomhet eller forsett.

Slike begrensninger i anvendelsesområdet til knock-for-knock-regimet formuleres forskjellig. Noen klausuler er helt generelle og sier kun at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse dersom skaden er voldt ved grov uaktsomhet og forsett hos den parten som skal holdes skadesløs. Andre klausuler forsøker å definere *hva* som skal anses for å utgjøre grov

¹⁵ Norsk Fabrikasjonskontrakt 2015

¹⁶ Klausul 30.2

¹⁷ Det vil si en nærmere avgrenset krets av personer, typisk selskapets ledelse og andre ansatte med relevant beslutningsmyndighet, se nærmere om dette i avsnitt 6.2.

uaktsomhet og/eller forsett og *hvilke personer* hos den aktuelle parten det skal være relevant å vurdere opptredenen til. Slike beskrivelser kan raskt slå uheldig ut for reder. Når partene forsøker å formulere hvem som må ha utvist grov uaktsomhet og forsett, fører dette fort til at blant annet kapteinen om bord på skipet omfattes. Dette er noe helt annet enn grov uaktsomhet utvist av *selskapet* som sådan. Som nevnt over, er det som regel kun *selskapets* handlinger som er relevante dersom kontrakten kun viser til grov uaktsomhet eller forsett utvist av kontraktsparten.¹⁸

Det kan være uheldig med slike unntak fra knock-for-knock-reguleringen. Vidtgående unntak vil undergrave noe av formålet med knock-for-knock-regulering; en enkel og forutberegnelig fordeling av skaderisiko, som ikke krever fordeling av skyld og som derfor reduserer sannsynligheten for tvist, samt fører til lavere forsikringskostnader. Fra et forsikringsperspektiv vil det også kunne være problematisk om grov uaktsomhet og forsett ikke inkluderes i knock-for-knock-regimet. En part vil normalt ikke ha forsikringsdekning for skade eller ansvar voldt ved eget forsett, muligens heller ikke ved grov uaktsomhet.¹⁹ Dersom skade voldt ved forsett ikke er inkludert i knock-for-knock-regimet, kan dette føre til at en part blir sittende igjen med en uforsikret risiko for denne typen ansvar. Sistnevnte er forhåpentligvis ikke særlig praktisk, men det er verdt å være oppmerksom på når man forhandler knock-for-knock-klausuler.

En annen begrensning eller «carve out» som stadig dukker opp, er at reder påtar seg å dekke befrakters egenandel ved skade på befrakters personell eller eiendom. Denne begrensningen er ofte formulert slik at den kun kommer til anvendelse dersom skaden er voldt ved reders uaktsomhet, men den kan også være formulert helt generelt, eksempelvis ved «any act or omission». Igjen er det verdt å være oppmerksom på at slikt ansvar potensielt kan falle utenfor reders forsikringsdekning. Særlig vil dette kunne være tilfelle ved kontrakter for spesialistoperasjoner, hvor

¹⁸ Det er også verdt å være oppmerksom på, dersom kontrakten er underlagt engelsk rett, at engelsk rett ikke har en klar definisjon av «grov uaktsomhet». Dersom begrepet er inntatt, men ikke klart definert i kontrakten, vil fraværet av en slik definisjon være et kompliserende element som er med på å øke usikkerheten i kontrakten og dermed også øke sannsynligheten for tvist.

¹⁹ Forsikringsavtaleloven § 4-9.

potensiell dekning kan være begrenset til å gjelde annet enn skade på selve kontraktsgjenstanden. Partene bør derfor alltid sende kontrakten via assurandøren for godkjenning før signering.

Som tidligere nevnt, er det ofte utfordrende å lage en dekkende definisjon av befraktergruppen som gir reder tilstrekkelig beskyttelse. Praksis viser en klar tendens til at befraktere forsøker å begrense sitt ansvar ved å snevre inn «sin gruppe». I realiteten kan slike innsnevringer fungere som unntak fra eller begrensninger i knock-for-knock-regimet, som er med på å uthule ansvarsreguleringen. Under International Clubs Pooling Agreement er det, som tidligere fremhevet, en forutsetning at knock-for-knock-klausulen er vanntett og balansert. En usymmetrisk knock-for-knock-klausul kan derfor fort føre til at reder må ta ut separat forsikring.

5 Gyldighetssensur – noen overordnede betraktninger under norsk, engelsk, amerikansk og tysk rett

5.1 Innledning

Avslutningsvis skal bakgrunnsretten og hvorvidt denne oppstiller begrensninger i anvendelsen av knock-for-knock-klausulene kort behandles. Dette var tema for et annet foredrag på seminaret, men et par hovedpunkter skal likevel nevnes.

5.2 Norsk rett

Utgangspunktet i norsk rett er at knock-for-knock-klausuler i det alt vesentlige respekteres. Bakgrunnsretten oppstiller imidlertid én begrensning som det er verdt å nevne; det er antatt i både rettspraksis og

juridisk teori at det ikke er adgang til fraskrive seg ansvar for skade voldt ved forsett. Hjemmel for en slik begrensning finnes både i avtalelovens § 36 og i NL 5-1-2. Som nevnt i avsnitt 4.3., kommer denne begrensningen i utgangspunktet kun til anvendelse dersom skaden er voldt ved forsett utvist av *selskapet selv*, det vil si av selskapets styrende organer, typisk ledelsen eller andre ansatte med relevant beslutningsmyndighet.²⁰ At en matros om bord forsettlig skader befrakters eiendom er derfor normalt ikke tilstrekkelig til å tilsidesette ansvarsbegrensningen. I et slikt tilfelle vil reder fortsatt kunne påberope seg knock-for-knock-reguleringen.

Begrensningen for skade voldt ved forsett korresponderer med forsikringsavtalelovens § 4-9 og NSPL 2016 § 3-32 (om havari), som sier at assurandøren ikke er ansvarlig for forsikringstilfeller som er forsettlig framkalt av den sikrede. Ved forsettlig voldt skader vil den skadevoldende part følgelig verken kunne påberope seg ansvarsfrihet under knock-for-knock-klausulen eller ha forsikringsdekning for ansvaret.

Det er i norsk rett diskutert om det gjelder en tilsvarende skranke for skade voldt ved grov uaktsomhet. Hjemmelen for gyldighetssensur vil eventuelt være den samme som ved forsett.²¹ Svaret er ikke like klart som ved forsettlig skadeforvoldelse. For skade voldt ved grov uaktsomhet inneholder forsikringsavtaleloven § 4-9 og NSPL 2016 § 3-33 en bestemmelse om at selskapets ansvar *kan* falle bort eller settes ned dersom skadetilfellet er fremkalt av sikredes grove uaktsomhet. Hensynet til et helhetlig ansvars- og forsikringsregime, samt en effektiv håndtering av skadesituasjoner, taler imidlertid for at knock-for-knock-reguleringen respekteres også for skade voldt ved grov uaktsomhet. Spørsmålet er imidlertid på ingen måte avklart i norsk rett.

²⁰ Det er verdt å merke seg at identifikasjonsspørsmålet – hvorvidt handlingen er begått av *selskapet selv* – ikke avgjøres etter selskapsrettslige identifikasjonsregler, men ut fra mer funksjonelle betraktninger. Det vil derfor fort bli avgjørende om vedkommende har fått delegert avgjørelsesmyndighet, se f.eks. ND 1988-263 (Mørland) og også identifikasjonsreglene i NSPL 2016 § 3-36.

²¹ Avtaleloven § 36 eller NL 5-1-2.

5.3 Andre rettssystemer

Utgangspunktet i *engelsk rett* er at knock-for-knock-klausulene opprettholdes. Men her kreves imidlertid en klar ordlyd for at bestemmelsene skal anses å omfatte skade forårsaket av uaktsomhet eller forsett.

Når det gjelder *amerikansk rett*, så er rettstilstanden relativt uavklart. I Louisiana og Texas har lovgiver erklært at knock-for-knock-klausuler i enkelte kontrakter knyttet til olje og gassvirksomhet er «against public policy», særlig hva gjelder ansvar for skade voldt ved grov uaktsomhet og forsett.²² Bakgrunnen for denne lovgivningen er at enkelte entreprenører påtok seg å holde operatøren skadesløs til tross for at de ikke var i stand til å skaffe forsikring til en rimelig kostnad til dekning av ansvaret.

Tysk rett er et ikke uvanlig lovvalg i vindkraftkontrakter. Det er imidlertid ikke rett frem å avtale ansvarsbegrensninger under tysk rett, herunder knock-for-knock-klausuler. Noe forenklet kan det sies at tysk rett skiller mellom klausuler som er individuelt fremforhandlet og standardklausuler. Hvis klausulen er individuelt fremforhandlet vil den som hovedregel aksepteres, men likevel ikke ved forsett. For standardklausuler og -kontrakter vil derimot «German Unfair Terms Act» være av betydning. Etter loven vil klausuler potensielt kunne settes til side dersom de er til urimelig fordel for en part. For at en kontrakt eller klausul skal kunne anses for å være individuelt fremforhandlet må man kunne vise at bestemmelsen faktisk har vært diskutert, og den parten som påberoper seg skadesløsholdelsen må kunne dokumentere at han i kontraktsforhandlingene var forberedt på å vurdere en alternativ fordeling av ansvar om nødvendig.

²² Dette er regulert i de såkalte «Texas Oilfield Anti-Indemnity Statute» og «Louisiana Oilfield Anti-Indemnity Statute».

Finansiell restrukturering

*Aage Figenschou*¹

¹ Jurist og restruktureringsekspert, Oslo.

Innhold

1	INNLEDNING.....	187
2	OVERSIKT OVER DE ULIKE KREDITORTYPENE I PROSESSEN ..	188
2.1	Om betydningen av å vurdere hvem som er selskapets kreditorer.....	188
2.2	Forretningsbanker	188
2.2.1	Forretningsbankenes restruktureringserfaring.....	188
2.2.2	Strategiske dilemma for bankene.....	189
2.3	Sub-par långivere	190
2.4	Eiere av skip på langsiktige leieavtaler	191
2.5	Obligasjonsgjeld	191
3	FORHANDLINGSPROSESSEN	192
3.1	Hvordan oppnås en forhandlet løsning?	192
3.2	Betydningen av å være tidlig ute	193
3.3	Om å «drive for kreditorenes regning»	194
3.4	Det første møtet med kreditorene	195
3.5	Verdifastsettelse	195
3.6	Organisering.....	196
3.7	Forhandlingsperioden.....	197
3.8	Informasjonsstrategi	197
3.9	Non-Disclosure Agreements («NDA»).....	198
3.10	US Chapter 11	198
4	RÅDGIVERE	200
4.1	Historisk utvikling	200
4.2	Finansielle rådgivere.....	201
4.3	Juridiske rådgivere.....	202
5	RESTRUKTURERINGSPROSESSENS AVSLUTING.....	203
5.1	Annonsering og offentliggjøring.....	203
5.2	Finansiering etter kreditoravtalen	204
5.3	Veien videre.....	204

1 Innledning

Formålet med denne artikkelen er å gi en praktisk oversikt over noen av de aktørene, forhandlingsstegene og utfordringene man gjerne møter i en finansiell restrukturingsprosess. Finansiell restrukturering av rederier har endret seg mye det siste tiåret. Den finansielle verden er blitt langt mer komplisert med flere produkter og nye typer investorer og aktører. Når et rederi forstår at de er i ferd med å få finansielle problemer og kan komme til å bryte vilkår i låneavtalene må selskapet vurdere hvilke kreditorer man har, hvordan de kan ventes å agere og legge en plan.

I slike situasjoner må man først vurdere hva rederiet trenger. Hvis problemene er forårsaket av markedet og rederiet kun trenger å utsette noen avdrag eller justere andre betingelser, er dette som regel mulig å få til uten å sette i gang en restrukturingsprosess. Avtaler om slike endringer er derfor ikke tema for denne artikkelen.

Hvis rederiet har negativ kontantstrøm og dets eiendeler er verdt mindre enn gjelden, er problemet større. Da trengs det en restrukturering eller, slik det betegnes i engelsk- og amerikansk rettstradisjon, en «work out».

Farligst er det når verdien av rederiets eiendeler mest sannsynlig vil dekke alle sikrede långivere ved en likvidasjon. Da kan det være svært fristende for långiverne å erklære mislighold, selge skipene og få lånene tilbakebetalt. Det skjer imidlertid sjelden ettersom rederiets problemer ofte ikke blir et tema før långiverne er eksponert og må ta tap.

2 Oversikt over de ulike kreditortypene i prosessen

2.1 Om betydningen av å vurdere hvem som er selskapets kreditorer

Sammensetningen av rederiets kreditorer vil ha stor betydning for hvordan selskapet bør legge opp restruktureringsprosessen. Er det forretningsbankene selskapet har hatt et forhold til i årevis? Eller er det «sub-par» långivere? Den sistnevnte kategorien kan være ulike typer institusjoner som har kjøpt bankgjeld eller obligasjoner til en rabatt av pålydende, og er ofte kreditorer selskapet ikke kjenner. Hvis selskapet har mange skip innbefraktet på langsiktige certepartier, er skipets eiere også å anse som kreditorer, og potensielt av den vanskeligste typen å håndtere. Videre har det betydning om selskapet har obligasjonsgjeld. Og i så fall, om alle har samme sikkerhet eller om noen av obligasjonslånene er sikret mens andre er usikrede lån. Dersom selskapet har kreditorer av alle disse typene, vil selskapet ha en utfordrende tid foran seg.

2.2 Forretningsbanker

2.2.1 Forretningsbankenes restrukturerings erfaring

Forretningsbanker er vant til mislighold og å forholde seg til det. Vanligvis har banker ansatte som har gjort det til en livslang karriere å være «shipping bankers». Dagens krise har imidlertid få av dagens aktører sett maken til. Bankenes naturlige tilbøyelighet er å skyve på problemene ettersom markedene erfaringsmessig kommer tilbake og problemene dermed kan løses uten tap. I løpet av sin karriere har bankenes ansatte sett at markeder og verdier kommer og går. Det er lite å oppnå ved å opptre for brått, og dermed risikere å forårsake konkurs. Dessuten har bankene mange andre låntakere innenfor samme segment. Hvis de utløser en situasjon som forårsaker et rush av salg til lave priser, vil det utløse

flere mislighold hos andre kunder. Bankene vet at egenkapitalmarkedet er meget vanskelig når kriser står på som verst. Ny egenkapital er det nesten umulig å reise fra andre enn nærstående til selskapet, som den personlige reder.

2.2.2 Strategiske dilemma for bankene

Et krav fra bankene om at det må komme inn litt «symbolsk» ny egenkapital fra eierne (typisk den personlige reder), kan imidlertid vanskeliggjøre forhandlingene unødige i forhold til den verdien slik egenkapital tilfører i en langsiktig løsning for selskapet. Den personlige reder, som gjerne er dypt emosjonelt og økonomisk engasjert i selskapet, kan stille krav til aktørene som vanskeliggjør prosessen langt utover verdien av egenkapitalen. Om senior og junior gjeld kan forhandle seg imellom vil det ofte være lettere og mindre kostbart å finne en løsning enn om de som skal stille med ny egenkapital også skal hensyntas.

Det finnes eksempler på situasjoner der det kan synes som ikke alle banker har tatt dette inn over seg. Samtidig kan man, om kreditorene tar grep, med reders samtykke få gjennomført en ny struktur på selskapsgruppen som vil lette en senere dypere restrukturering dersom det måtte bli behov for det. Dette er vanskelig å få til om reder skal betale inn noen hundre millioner i ny egenkapital.

På dette tidspunktet i forhandlingsprosessen er egenkapitalen alltid tapt hvis man ser på verdiene i et likvideringsscenario, og bankene er «under vann», ofte mer enn de vil innrømme overfor omverden. All kortsiktig oppside vil gå til kreditorene. Verdier ut over det er ofte teoretiske da selskapet kanskje må gjennom en restrukturering nummer 2. I dag kan det være tilfelle for en rekke selskaper.

I noen situasjoner har et argument vært at man vil «binde reder til masten» ved at han betaler inn mer penger. Vanligvis er reders emosjonelle bånd til selskapet, med eller uten nye innbetalinger, mer enn nok binding. Videre bør bankene ofte tenke nøye igjennom at rederiet, og særlig ledelsen, egentlig er et management som er engasjert av bankene, siden det er bankenes «egenkapital», det urealiserte tapet, de forvalter.

Ut fra en slik synsvinkel blir dermed spørsmålet for bankene om dette er det management de selv ville valgt.

Noen ganger er det vanskelig å gjøre noe med management ettersom selskapet kan ha gamle inntektsbringende kontrakter som kan gå tapt om reder i desperasjon gjør oppbud fordi han skjønner at han er i ferd med å miste kontrollen over sitt selskap.

Disse spørsmålene har intet standard svar, men må vurderes i en totalitet når bankene legger sin strategi. Vanskelig er det også om de ulike bankene har ulike virkelighetsoppfatninger. Da kan også bankene trenge en felles rådgiver/megler.

2.3 Sub-par långivere

I 2013 og 2014 fikk banker med problemengasjement en mulighet til å selge sin gjeld til investorer, hovedsakelig amerikanske, som relativt sett betalte en svært god pris i forhold til utfallet ved konkurs. Disse ble de såkalte «sub-par långivere». Konfrontert med et slikt tilbud, benyttet mange banker seg av muligheten og solgte til en pris som ga dem tap, men sannsynligvis mye mindre enn tapene de allerede hadde avsatt i sine egne bøker.

Disse investorene brant i stor grad fingrene og slike kjøpere ser man lite av i Norge i dag. Noen av disse investorene hadde i utgangspunktet planlagt å kjøpe lån solgt av desperate banker til lave priser. Ettersom shipping-banker ikke har for vane å selge høns i regnvær var slike kjøp sjelden mulig. Som et alternativ begynte investorene å kjøpe gjeld fra banker til gode priser for bankene. Slike fond forvalter penger og de lever i første rekke av å sette penger i arbeid og ha mest mulig under forvaltning. Dette drev mange av dem til å gjennomføre transaksjoner selv om premissene strengt tatt var endret.

Fondene er ulike. Noen er private equity-midler som har studert fraktmarkedet og kjøpt gjeld i bestemte sektorer der de ønsker egenkapitaleksponering. De ønsker å konvertere gjeld til egenkapital og bli eier. I hvert fall for en stund. Andre er hedgefond, som har en fleksibel holdning til veien fremover. Noe av gjelden blir kjøpt av store bankers

obligasjonsbord. Hensikten er raskt å selge videre med en liten kursgevinst. Da markedet endret seg, opplevde de det gamle ordtaket, «en langsiktig investering er en kortsiktig investering som har gått galt.» Noen ganger kan man ha følelsen av at disse aktørene ikke ser forskjell på en obligasjon og et banklån.

Disse tre gruppene av sub-par långivere oppfører seg ganske ulikt i forhandlingene og øker kompleksiteten i restrukturingsprosessen.

2.4 Eiere av skip på langsiktige leieavtaler

Eiere (redere) av skip på langsiktige leieavtaler (certepartier) er de vanskeligste av alle å forhandle med. Det verste er når disse avtalene har en svært negativ innvirkning på kontantstrømmen. En del av betalingen representerer renter og en del avdrag/avskrivninger på eierens finansiering. Men hvor mye av charterhyren som er «renter og avdrag» vil variere fra fartøy til fartøy og gjøre forhandlinger basert på en «A4-standardløsning» nær sagt umulig. Det beste er å holde disse eierne utenfor restruktureringen, men noen ganger representerer de en så stor del av kontantstrømmen at de må inkluderes.

Eierne av slike skip er vanligvis ikke finansielle institusjoner, men kan for eksempel være en liten japansk skipsreder som selv vil gå konkurs hvis han gir for store innrømmelser. Skal man forhandle med skipseiere kan man neppe unngå en skreddersydd løsning for hver eier eller med grupper av eiere.

Siden «kreditor» her ofte er en eier med egne problemer, vil en viss kontantbetaling til ham med en gang, gjøre mye for å oppnå et resultat.

2.5 Obligasjonsgjeld

I løpet av det siste tiåret har obligasjonsmarkedet kommet inn i shipping. Noen eiere, hovedsakelig greske, plasserte obligasjoner i New York på 90-tallet, hvorav de fleste ble misligholdt innen 12 måneder. Deretter forsvant investorene.

På 2000-tallet begynte obligasjoner igjen å bli populært å utstede når bankene sa at nok er nok, men reder ønsket ytterligere gjeld å finansiere ekspansjon med. Noen ganger var obligasjonene sikret, men for det meste var de usikret. Det var såkalt «toppfinansiering» etter bankgjeld.

Hvordan disse långiverne oppfører seg når noe går galt varierer mye fra sak til sak. Hvis obligasjonseierne er skandinaviske vil de ofte være konstruktive mens utenlandske ofte kan engasjere rådgivere som opptrer aggressivt. På grunn av den dramatiske reduksjonen i skipsverdiene i senere år, vil disse långivere ofte få et tap på 100% ved konkurs. I en forhandlet løsning må de likevel ha noe for ikke å stoppe en frivillig avtale. Det er deres «nuisance verdi». Deres posisjon er verdt mer enn Excel-arket dikterer, og det faktum at obligasjonseierne som har «mistet alt» fortsatt vil bli gitt kontanter og / eller egenkapital er ofte vanskelig å forklare for amerikanske sikrede långivere.

3 Forhandlingsprosessen

3.1 Hvordan oppnås en forhandlet løsning?

Noen ganger blir prosessen drevet av kreditorene og selskapet blir satt på sidelinjen. Hvis mulig, bør selskapet lede prosessen. Selskapet, eller dets rådgiver, kan ideelt sett fungere som en ærlig megler mellom kreditorer med ulik interesse.

Noen ganger er rederiet i dype problemer på grunn av beslutninger tatt av reder eller administrerende direktør. Noen ganger, spesielt i tider hvor problemene øker, kan man ha inngått kortsiktige og ufornuftige transaksjoner for å kjøpe tid. I visse tilfeller kan den informasjonen selskapet har gitt sine kreditorer ha vært litt mindre enn helt realistisk og ærlig. Dette er en dårlig startposisjon for forhandlinger basert på gjensidig tillit og respekt.

Rederen, hvis det er et privat kontrollert selskap, kan av åpenbare grunner ikke bli sparket. Ikke desto mindre bør han være fornuftig nok til å tre til side og la andre uten ansvar for en problematisk historie, forhandle med kreditorene. Den som har skapt problemene er sjeldent den beste til å løse dem.

Selskapets styre kan rekruttere en restruktureringsansvarlig («Chief Restructuring Officer», forkortet «CRO»). I så fall er det avgjørende at han rapporterer direkte til styret og ikke via administrerende direktør eller reder, som kan ta utenforliggende hensyn eller ha en ubegrunnet optimisme som gir styret et feilaktig beslutningsgrunnlag.

Selskapets finansdirektør (CFO) vil bli hardt belastet. Hans kontor må styrkes. Hvis selskapet ansetter en ekstern finansiell rådgiver, kan denne lage mange av de økonomiske modellene, men vedkommende trenger fortsatt innspill fra selskapet, så det er mye arbeid å gjøre for CFO og hans medarbeidere.

Selskapet må alltid prøve å ta initiativet. Noen rederier undervurderer først problemenes omfang og prøver gjennom bilaterale forhandlinger å oppnå innrømmelser de håper skal være tilstrekkelig til at problemene blir løst. Dette er ikke å anbefale når selskapet egentlig trenger en global og langsiktig løsning. Selskapet bør i stedet innkalle kreditorene til et møte der selskapet gir kreditorene en sannferdig presentasjon av situasjonen. Selskapet må aldri forsøke å skjule problemer eller lure kreditorene. Når selskapet mister tilliten, blir alt mye vanskeligere.

3.2 Betydningen av å være tidlig ute

Man opplever ofte at ønsketenkning kan forlede selskaper til å ta tak i problemene for sent. De kan også bli hjulpet av meglere i dette som ikke raskt nok nedjusterer meglerverdier til hva skipene kan selges for, eller av analytikere som rygger tilbake for å si at fraktmarkedet vil falle som en sten, selv om de innerst inne skulle mene det.

Starter man prosessen tidlig, mens selskapet fremdeles har en akseptabel kontantbeholdning, kan man oppleve at noen, kanskje selskapets hovedbank, sier at man kommer for tidlig. Bankenes mål er gjerne å

bruke kontantbeholdningen til å nedregulere sine lån før kassen er tom. Dette må rederiet motsette seg da det kan bli forfordeling av kreditorer.

3.3 Om å «drive for kreditorenes regning»

Hvor lenge kan man «drive for kreditors regning»? Lærebokens svar er: Ikke i det hele tatt. Men teori er ikke praksis. I så fall ville ikke mange rederier blitt restrukturert.

Det avgjørende er å ha samtykke til videre drift fra de kreditorene som i realiteten betaler for den tiden det tar. Så lenge pantekreditorene ikke ser sine interesser tjent med en konkurs, vil disse ofte samtykke til videre drift.

Selskapet vil ha driftskreditorer og pådra seg nye driftsutgifter så lenge driften fortsetter. Disse må man kunne betale fullt ut. Siden dette dreier seg om styrets personlige ansvar, må selskapet stille krav til kreditorene. Ideelt sett bør de øvrige kreditorene garantere at driftskreditorene vil bli dekket i en konkurs. Det er ofte vanskelig å få til. Kreditorer vil ha vondt for å bidra med egne penger for å betale andre kreditorer. Da bør man få samtykke til å bruke selskapets kontantbeholdning til å betale driftskreditorer selv om disse da får full dekning og finanskreditorene mindre ved en senere konkurs. Man må da definere en minimum kontantbeholdning for å betale driftskreditorene før man gjør oppbud. Det kan her sikkert konstrueres juridiske innvendinger, men i denne fasen er det nesten kun et valg mellom flere sub-optimale løsninger.

For å begrense risikoen for et mulig styreansvar må de avveininger styret foretar når det gjelder realismen i å komme frem til at en frivillig avtale mellom alle parter, nedfelles i styreprotokollen. Slike avveininger bør gjøres fortløpende av styret og dokumenteres. Den dagen man blir tvunget til å innse at en frivillig løsning ikke lenger er en realistisk mulighet, har man intet annet valg enn oppbud.

La det i denne sammenheng også være nevnt at enkelte styreansvarsforsikringer ekskluderer krav som følge av insolvens. Styret bør derfor sjekke polisens tekst.

3.4 Det første møtet med kreditorene

På dette stadiet bør selskapet handle på en måte som viser kreditorene at selskapet innser at det nå er kreditorene som bærer egenkapitalrisikoen, og i realiteten er eierne av eiendelene. Hvis reder demonstrerer manglende realisme og virkelighetsforståelse, gjør dette prosessen vanskeligere. Rederiet må komme opp med konkrete forslag som er realistiske. Helst bør reder ha økonomiske ressurser til å bidra med en meningsfylt investering i prosessen. Da har han en forhandlingsplattform. Hvis alt han eier er i selskapet, inkludert sommerhus og innbo, kan han bare be om nåde. Det er en krevende strategi.

Fordelen med å legge fram egne realistiske forslag er at dette da danner grunnlag for den videre diskusjonen. Hvis selskapet overlater initiativet til kreditor, eller spør innledningsvis om de har forslag, vil selskapet miste momentum og vil kjempe i motbakke.

I den første kreditorpresentasjonen, som danner grunnlaget for et løsningsforslag, bør man også legge fram en likvidasjonsbalanse der det tas hensyn til kontantbeholdning, selskaps struktur og sikkerheter. Dette kalles gjerne et «waterfall» fordi det viser hvordan midlene i en tenkt konkurs vil flyte mellom selskapene i konsernet og hvordan de forskjellige kreditorene er dekket. De kan være kreditorer i ulike selskaper i strukturen. Her er verdsettelse av aktiva sentralt.

3.5 Verdifastsettelse

Som en del av restruktureringsforhandlingene må selskapet verdsettes. Det absolutt verste er konkursverdi. Alt som kjøpes på auksjon forventes kjøpt under markedsverdi.

Markedsverdi er hva man med rimelig forventning kan selge skipet for innen 3 til 4 måneder. I et dårlig marked er dette ofte kalt «willing buyer – unwilling seller».

Meglerverdi er noe mange tror er markedsverdi. Meglere er notorisk sene med å nedjustere verdier når markedet er i fritt fall. I det ekstreme

kan verdien ligge 100% over markedsverdi. Denne verdien omtales også som «willing seller – unwilling buyer».

Hvis reder og banker legger meglerverdi til grunn for en verdidiskusjon mellom kreditorene, vil ofte konflikten starte allerede her ettersom de som krever at «smerten skal fordeles rimelig» vil kreve at markedsverdi legges til grunn. Det kan ofte, merkelig nok, være obligasjonseiere som insisterer på at markedsverdien skal legges til grunn. De vil rett og slett ikke akseptere at de har tapt alt mens bankene sier de ikke er eksponert for tap.

Om man håper å kunne reise ny kapital i finansmarkedet, kan man være sikker på at disse investorene krever markedsverdi som verdsettelse. En reder som slåss for livet og en strategisk kjøper kan lykkes i å få verdien opp, men markedsverdi er et riktig utgangspunkt.

Har selskapet mange gode kontrakter som gir cash-flow eller en organisasjon med evne til å skaffe beskjefligelse over markedet, har selskapet en systemverdi som det også må legges vekt på i en fastsettelse av gruppens markedsverdi. Denne systemverdien kan imidlertid gå tapt i en konkurs.

3.6 Organisering

Det beste er om grupper av kreditorer kan organisere seg i mindre komiteer som kan forhandle basert på et tildelt mandat. Banker er ofte vant til å organisere seg slik, men dessverre ser man ofte også at den største kampen kan stå mellom sikrede kreditorer.

Banklån og obligasjoner kan også ha havnet hos utenlandske kreditorer som legger avgjørende vekt på å kunne selge seg ut når som helst. Disse har intet ønske om å sitte i en komité, ikke en gang om å få informasjon som ikke er offentlig. De representerer et problem ved ikke å delta i prosessen. Noen som sitter med samme type lån er forhåpentligvis villig til å bidra i prosessen, og så kan man håpe å tvinge resten inn helt mot slutten når alle alternativer er utforsket.

3.7 Forhandlingsperioden

I denne perioden er det viktig at selskapet har kontantbeholdning og kontantstrøm til å dekke sine løpende behov. Det første man må oppnå er at alle avdrag fryses for en forhandlingsperiode. Oppnår selskapet at bare drift og renter skal betales, har man vanligvis tid til å forhandle dersom man starter i tide. Men det viser samtidig betydningen av ikke å begynne for sent. Å ta opp nye lån på dette tidspunkt kan være ekstremt krevende.

Prøver selskapet å reise likviditet ved å selge skip, vil man ofte oppleve at det ikke eksisterer et kjøp- og salgsmarked. I hvert fall vil prisen være svært lav, ofte under pantegjelden, og da er man like langt.

3.8 Informasjonsstrategi

Når et selskap går inn i en langvarig prosess for å forhandle fram en frivillig avtale, bør selskapet være i stand til å gjøre det i det stille. Forhandlingsposisjoner bør være noe partene holder for seg selv eller holdes innad i gruppen man forhandler med. Spekulasjoner og lekkasjer i media skader selskapets kommersielle virksomhet under prosessen. Begynner leverandører å tvile på at selskapet vil overleve kan de endre betalingsbetingelser til kontant ved levering. Dette vil raskt trekke på en allerede anstrengt kontantbeholdning. På den annen side kan man ikke føre leverandører og andre bak lyset. Det kommer sjelden som en overraskelse når selskapet informerer sine forbindelser om at selskapet, som følge av et vanskelig marked, forhandler med kreditorene om tilpasninger av finansieringen.

Hvis debitor er et børsnotert selskap blir dette enda mer av en balansegang hvor selskapet trenger råd fra verdipapiradvokater. Selskapet må være i stand til å forhandle uten å offentliggjøre all informasjon om hva som skjer, men samtidig gi tilstrekkelig informasjon til at styret og ledelsen unngår personlig ansvar for krav rettet av misfornøyde aksjonærer.

3.9 Non-Disclosure Agreements («NDA»)

Selskapet må kunne dele informasjon med kreditorene som ikke skal spres til offentligheten. Da har man bruk for en NDA, eller konfidensialitetsavtale. Avtalen hindrer den som signerer å gi informasjonen videre.

Selskapet må også være bevisst forskjellen mellom informasjon man holder konfidensiell og innsideinformasjon. Det siste har man i utgangspunktet plikt til å offentliggjøre snarest. Det første må man kunne holde hemmelig. Men som vi skal se kan dette også være et problem.

Et annet problem er at enkelte av långiverne gjerne ikke vil signere en NDA. Oftest gjelder dette sub-par långivere. Hvis de signerer en NDA og får ikke-offentlig informasjon, kan de bli hindret fra å selge gjelden videre. De har ofte dette som et krav fra bankens juridiske avdeling. Dette kravet om alltid å kunne kjøpe og selge lånene, sperrer dem ute fra viktig informasjon og bringer dem sent inn i informasjons- og beslutningsprosessen. Da kan de stå overfor et ultimatum der de må akseptere det som ligger på bordet eller utløse konkurs.

Selv om disse långiverne går med på å signere en NDA, vil de ofte insistere på en rett til offentliggjøring av informasjon de har mottatt, slik at de er fristilt til å handle igjen. Og datoen for slik offentliggjøring vil de gjerne ha fastsatt den dagen de signerer. Selskapet bør ikke godta et slikt vilkår i NDA'en, med mindre selskapet føler seg 100% sikker på at prosessen er over på den aktuelle datoen. Nyheten om at en restruktureringsavtale er inngått må annonseres før man når datoen for den avtalte offentliggjøring av informasjon, hvis ikke kan det virke ødeleggende. Dette betyr at selv om disse långiverne er villige til å signere en NDA, vil de sannsynligvis bli en del av prosessen på et svært sent stadium.

3.10 US Chapter 11

Før 2008 var bruk av en amerikansk Chapter 11 prosess (CH 11) ganske ukjent innenfor shipping. Dette er en amerikansk konkursbehandling som har som målsetting at selskapet skal kunne fortsette sin virksomhet. Før 2008 var få av selskapene som kom i en restruktureringsposisjon

basert i USA. De siste 15 årene har innslaget av amerikanske selskaper og investorer øket dramatisk. USA er også et mye mer advokatdrevet samfunn enn det vi er vant til i Europa. Flere høyprofilerte CH 11 saker er gjennomført, noe som har ført til en tro, særlig hos utenlandske kreditorer, på at CH 11 er den foretrukne prosedyren for å løse en restruktureringstvist.

Mitt syn er at CH 11 som hovedregel er lite anvendelig for norske selskaper. CH 11 kan anvendes i de tilfeller der kreditorene er enige om en avtale – men en og annen vriene kreditor sier nesten alltid nei. Om man da har nok stemmer til å vedta planen, kan de som er vriene tvinges på plass. Uansett er CH11 svært dyrt med store regninger fra advokater og rådgivere, som i siste instans i realiteten betales av kreditorene selv. Denne type CH 11 kalles en «pre-voted pre-pack» der den avtalte løsningen vil gå gjennom, men må ha domstolens medvirkning til å tvinge på plass de vanskelige kreditorene.

Noen amerikanske långivere synes å tro at styret hos en norsk-basert debitor er forpliktet til å arbeide for interessene til de sikrede långivere, selv når det er til skade for usikrede kreditorer og aksjonærer; at styret for eksempel må søke om CH 11 dersom dette er et krav fra pantekreditorerne. En slik holdning skyldes ganske enkelt at de ikke har lest norsk lov (forståelig nok) eller fått norsk juridisk råd (mindre forståelig) eller nekter å godta det råd de mottar (uforståelig). Styrets forpliktelse etter norsk lov er rett og slett å gjøre oppbud ved en norsk domstol på et tidspunkt som ikke anses som «for sent», i henhold til loven. Hvis oppbudsbegjæringen kommer for sent, kan det bety både erstatningskrav fra kreditorer rettet mot styremedlemmene personlig, og strafferettsforfølgelse.

Dette betyr at en annen type CH 11, den såkalte «free fall», der ingen løsning foreligger, men man ber om rettens beskyttelse for å stoppe kreditorer fra å gå til tvangsskritt mens man forhandler, er lite egnet for et norsk selskap. Kun styret i et norsk selskap kan anmode om rettens beskyttelse i USA, men styret blir da underlagt en dommer i USA. Om denne dommeren så pålegger partene, inkludert styret, å gjøre ting eller vente med å gjøre noe, kan dette komme i strid med det norske styrets plikter under norsk lovgivning. Man kan måtte velge mellom å

vise ringeakt for en amerikansk rett, eller for norsk lovgivning. Styret bør ikke sette seg i en slik situasjon. Styret kan heller ikke bruke CH 11 for å oppnå en løsning som for noen kreditor er mindre gunstig enn en norsk konkurs.

4 Rådgivere

4.1 Historisk utvikling

I gamle dager, før 2000, ville selskap og kreditorer forhandle direkte og finne en løsning uten rådgivere. Det fantes ingen finansielle rådgivere, og advokatene spilte en mindre dominerende rolle. Partene utarbeidet en forretningsplan, de nødvendige endringene i låneavtalen, og videre sendte dette til selskapets advokat og bankenes juridiske avdeling for formalisering.

Et viktig unntak var at det ofte var en erfaren advokat med finansiell innsikt og forretningsmessig skjønn som fungerte som en slags meglingsmann, vanligvis bragt inn av selskapet, men hvor oppgaven var å finne en samlende løsning. Noen få advokater var gjengangere i slike situasjoner.

Dette har endret seg, i hovedsak på grunn av bankenes økte fokus på eierstyring og selskapsledelse i en verden preget av detaljert regelverk, og med bankenes tilhørende frykt for å pådra seg ansvar eller kritikk. Styret i en bank ønsker gjerne en tredjeparts «godkjent»-stempel på en løsning administrasjonen kommer med. For finansielle rådgivere kan dette være en av flere funksjoner. Banker i et syndikat kan også ha konflikter med andre banker i syndikatet, og en rådgiver kan fungere som mekler i forhandlingene.

4.2 Finansielle rådgivere

Kreditorer som har kjøpt lån med rabatt (sub-par långivere) mangler ofte den erfaringen ansatte i en shippingavdeling i en bank har opparbeidet seg. Da kan slike kreditorer være vanskelige å håndtere. Ofte har de også mange lån de arbeider med, som hver er en spekulativ forretning. Disse långiverne vil nesten alltid ha en finansiell rådgiver som i stor grad forhandler på prinsipalens vegne. Et positivt aspekt ved å ha finansielle rådgivere på kreditorsiden er at når en fornuftig avtale er blitt utarbeidet, vil rådgiveren «selge» resultatet til de kreditorene som valgte å holde seg utenfor prosessen. På den annen side vil for disse kreditorene «alt være nytt» når de til slutt besignere en NDA. Det kan skape uoverstigelige hindringer hvis noen av dem ønsker å starte på nytt, fordi de tror de har en bedre idé enn hva som er fremforhandlet.

Obligasjonseierne føler ofte at de trenger en rådgiver siden de gjerne har en krevende posisjon. Et problem for obligasjonseierne er at de ofte blir tatt sent med i prosessen. Årsaken kan være at selskapet ikke har klart å oppspore dem. Men det kan også være at selskapet eller bankene blir enige om en finansiell løsning for selskapet, for deretter å stille obligasjonseierne overfor et ultimatum. Denne strategien har ofte gått fryktelig galt og kan ikke anbefales.

Det er farlig for et selskap å legge frem et forslag på et obligasjonseiermøte uten å være sikker på at det blir vedtatt. Obligasjonseierne vil lett si nei og begynne å forhandle derfra. Man taper tid, og andre sider ved situasjonen kan endre seg som gjør at allerede oppnådde avtaler må reforhandles. Selskapet må derfor på en eller annen måte identifisere de viktigste obligasjonseierne og bringe dem inn i prosessen tidlig. Det bør sikres en enighet med disse som sannsynliggjør en aksept når obligasjonseiermøtet kommer.

Trenger selskapet en finansiell rådgiver? Egentlig burde ikke selskapet ha behov for en slik rådgiver. Ingen kjenner selskapet bedre enn ledelsen, og hvis den gamle ledelsen har blitt endret eller styrket med et restruktureringsteam (CRO), burde de kunne gjøre det alene. På den annen side, om forhandlingene føres av den ledelsen som skapte problemene, bør

de kanskje la andre forhandle på sine vegne. Dersom ukjente kreditorer, kanskje fra utlandet, har kjøpt gjeld kan selskapet være omgitt av aktører de har liten erfaring med. Disse aktørene kan det være nyttig å la noen snakke med som kjenner dem og deres måte å agere på.

Psykologisk er situasjonen også krevende for selskapet. Selskapets erfaring har typisk vært med banker og meglere som gjerne vil låne selskapet penger. Nå er bordet snudd og selskapet er den som har behov for innrømmelser det for kreditorene kan være vondt å gi. Ofte kan rådgivere bidra til å gjøre ledelsen mer realistisk i forhold til sin forhandlingsstyrke og mulighet til å stille krav.

En finansiell rådgiver har også mange medarbeidere som lager imponerende presentasjoner og kompliserte Excel-modeller. Personlig er jeg ikke sikker på at man tar bedre beslutninger fordi man får et 65-siders PowerPoint og en svært detaljert Excel-beregning i fanget. Feilen i forutsetningene om det fremtidige markedet og andre forutsetninger vil alltid tilsløres av presisjonen til et Excel-verktøy. En fare kan faktisk være at man blir villedet til å tro at analysen er riktig rett og slett fordi den er så detaljert og presis (men som alltid: «søppel inn – søppel ut»). Man kan aldri slå erfaring, markedskunnskap og sunn fornuft når det gjelder å ta den riktige avgjørelsen. Men i dag er alt dette papirarbeidet forventet av selskapet, for at selskapet skal bli tatt på alvor. Hvis det må gjøres, trenger selskapet ofte hjelp.

Dersom restruktureringen kreve en M&A-transaksjon eller ny egenkapital i finansmarkedet, trenger selskapet normalt en finansiell rådgiver.

4.3 Juridiske rådgivere

Alle partene trenger i dag juridiske rådgivere. Spesielt trenger de utenlandske långiverne lokal juridisk rådgivning i det landet debitor befinner seg i. Det er lett å anta at alle land har de samme rettsregler som en selv er vant til. Det er ikke alltid tilfelle.

Hvis senior-långiverne organiserer seg, ansetter de gjerne en felles juridisk rådgiver, betalt av låntager, særlig om mye av prosessen skjer i utlandet. Mot slutten av prosessen kan det da være en overraskende

irritasjon at samtlige senior-långivere sender det ferdige produkt til sine egne juridiske avdelinger. Disse føler da ofte et behov for å sette sine fingeravtrykk på dokumentet, og mange håpløse og irriterende innspill kan komme. Dette er spesielt vanskelig med de kreditorene som nektet å signere en NDA og å være en del av prosessen. I de tilfellene har selskapet ikke engang en kommersiell gruppe hos kreditor som har et eierskap til resultatet, for slik sett å kunne legge press på internadvokater til å akseptere avtalen med minst mulig endringer. Da vil den felles juridiske rådgiveren ofte være selskapets gode allierte i å få høvlet slike innspill ned til et minimum.

5 Restruktureringsprosessens avslutning

5.1 Annonsering og offentliggjøring

For å kunne sikre at kreditorer, som kanskje nå også er blitt aksjonærer, igjen kan handle, må innsideinformasjon og de viktige delene av avtalen og dens forutsetninger, offentliggjøres. Selskapet bør ha avtalt hva som utgjør «rensing» av slik informasjon, altså hva selskapet må offentliggjøre og hva som kan utelates. Hvis ikke kan det på tidspunkt for offentliggjøring av at selskapet har oppnådd en avtale, oppstå en trettende diskusjon, siden selskapet trodde de nå var i havn. Diskusjonen går på om hva som må offentligjøres av den ikke-offentlige informasjon kreditorene har fått tilgang til, for at enkelte kreditorer igjen skal kunne handle i lånene. Hvis selskapet er norsk, notert på Oslo Børs, er spørsmålet om det er tilstrekkelig å overholde norske regler eller ikke? «Åpenbart», sier selskapet. «Nei», sier ofte noen utenlandske långivere. Disse kan hevde at man må offentliggjøre informasjon i henhold til for eksempel amerikanske regler for at de skal kunne handle gjelden i det amerikanske markedet. Alle de interne advokatene vil typisk dykke ned i dette problemet. Selskapet ønsker kanskje ikke å offentliggjøre alle slags

beregninger og markedsforutsetninger for de neste 3 eller 5 årene som de under prosessen har gitt kreditorene. Det kan i slike tilfeller ta litt tid å forhandle fram en løsning.

5.2 Finansiering etter kreditoravtalen

For et selskap som har levd lenge under økonomisk press, er bare det å få en avtale som unngår konkurs en begivenhet. Likevel, etter å ha levd lenge under press ligger selskapet trolig langt etter i saker som flåtefornyelse eller strategiske investeringer. Hvis man kommer ut av restrukturering med tilstrekkelig kontantstrøm til å overleve, men uten ressurser til å gjøre nye ting, vil selskapet neppe generere interesse i kapitalmarkedet. Da er det vanskelig å tiltrekke seg ny egenkapital i finansmarkedet, eller slik kapital blir i hvert fall meget kostbar. Derfor er det viktig for selskapet å komme ut av restrukturering med en god finansiering med nye lån, eller i det minste en sterk balanse som åpner for ny gjeld. Dette gjelder selskaper som forventes å kunne ta aktive grep med hensyn til drift og nyinvesteringer. Dessverre har bankene i løpet av de siste 10 årene blitt mye mindre villige til å låne til annet enn de «beste» kandidatnavn. Bedrifter som har hatt et tvilsomt rykte i årevis, er ikke deres førstevalg. I så måte må avslutningsfinansiering vurderes tidlig i prosessen.

For de selskapene som kommer ut av restrukturering nærmest som en «parkeringsplass» for kreditorenes aktiva i påvente av at markedet bedrer seg, vil en slik finansiering være mindre aktuelt.

5.3 Veien videre

Gleden over å ha oppnådd en avtale som sikrer selskapet videre liv må ikke overskygge strategisk tenkning om veien videre. Selskapet kan ha en sterk balanse dersom kreditorene i stor grad har konvertert gjeld til egenkapital. Det gir ett sett med muligheter. Dersom kreditorene har beholdt så mye gjeld som mulig, men sikret at selskapet likviditetsmessig kan flyte noen år til, krever dét en helt annen form for tenking om hvilke muligheter man har. Veien videre må selskapets ledelse ha tenkt nøye gjennom.

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

