

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
2	TERMINOLOGI OG REDEGJØRELSE FOR KOBLINGEN MELLOM NATURALOPPFYLLELSE, KOLLISJONSVERN OG ERSTATNINGSRETT ..	3
2.1	Befrakter, bortfrakter, certeparti	3
2.2	Naturaloppfyllelse og kollisjonsvern/rechtsvern	3
2.3	Koblingen mellom kollisjonsvern/rechtsvern, naturaloppfyllelse og erstatningsrett	4
3	SJØLOVEN § 20 – LOVGIVNINGSHISTORIE, BEGRUNNELSE OG FORTOLKNING	5
3.1	Innhold og lovgivningshistorie	5
3.2	Bakgrunnen for rettsoppfatningen om forbud mot naturaloppfyllelse og manglende tingsrettslig rettsvern for certepartier	6
3.3	Tolkningen i senere litteratur og rettspraksis	11
3.4	Behovet for en ny debatt om tolkningen av sjøloven § 20 og utredning av opphevelse av registreringsforbudet	13
4	ER HOVEDREGLENE I NORSK FORMUERETT EGNET TIL Å LØSE CERTEPARTIERS SÆRUTFORDRINGER?	13
4.1	Certepartiets særtrekk og tilhørende reguleringsutfordringer.....	13
4.2	Registreringsforbudets forhold til grunnprinsippene i norsk privatrett	14
4.3	Reguleringen av sammenlignbare avtaler og løsningen på tilsvarende tredjepartsspørsmål	15
4.4	Rettsutviklingen og samfunnsutviklingen.....	17
4.5	Andre lands regulering av certepartiets tredjepartsvern	18
5	KONKLUSJON OG REFLEKSJON	22

Certepartiets tredjepartsbeskyttelse

Sjørettslig særregulering i unødig utakt med formuerettslige grunnprinsipper?

Av doktorgradsstipendiat Beate Fiskerstrand

Artikkelen illustrerer at det finnes rettslige spørsmål tilknyttet tredjepartssituasjoner som befinner seg i en gråsoner mellom tingsrett, erstatningsrett og kontraktsrett. Problemstillingene i denne gråsonen løses forskjellig fra land til land, avhengig av hvilke svar landene har på formuerettslige grunnlagsproblemer. I denne artikkelen trekkes frem et eksempel på hvordan en særregulering kan vokse frem i en slik gråsoner, i utakt med både systeminterne grunnprinsipper og fremmed rett. Eksemplet er registreringsforbudet for certepartier i sjøloven § 20 (1), andre setning. Et tilsvarende registreringsforbud finnes ikke i andre rettighetsregistre. Bestemmelsen har dessuten blitt fortolket dithen at den også innebærer et kontraktuelt naturaloppfyllelsesforbud for certepartier. I stedet for registreringsvern og krav på naturaloppfyllelse, ble det i forarbeidene lagt til grunn at befrakter ville måtte nøye seg med et erstatningskrav mot bortfrakter, samt under omstendighetene et erstatningskrav mot tredjeparter som har kontrahert med bortfrakter og har utvist «grov skyld». I denne artikkelen skal den regulatoriske løsningen i sjøloven problematiseres både fra et systeminternt og et komparativt perspektiv. Det skal drøftes hvorvidt det fremdeles er behov for en slik særregulering. Debatten er dagsaktuell som følge av den kommende revisjonen av skipsregistreringsreglene i forbindelse med lovarbeidet med å åpne opp for bareboat-registrering i NIS og NOR.

Nøkkelord:

allmenn formuerett, sjøloven § 20, skipsregistrering, befraktning, naturaloppfyllelse, dobbeltsuksjonskonflikter, medvirkning til kontraktsbrudd

Forfatteromtale: Beate Fiskerstrand har sin juridiske utdannelse fra Universitetet i Bergen og LMU München. Hun har i tillegg LL.M-graden European Master in Law and Economics fra Universität Hamburg og Erasmus Universiteit Rotterdam. Fiskerstrand har jobbet tre år som advokatfullmektig hos Wikborg Rein og har i denne tiden også deltatt på Norges Rederiforbunds tverrfaglige management-program «Maritime Trainee». Siden 2015 har Fiskerstrand vært doktorgradsstipendiat ved Nordisk institutt for sjørett (UiO) hvor hun skriver en avhandling med arbeidstitelen «Om det såkalte erstatningsansvar for medvirkning til kontraktsbrudd».

1 Innledning

Mange rettssystemer, herunder det norske, bygger på en hovedregel om at en kontraktspart i en misligholdssituasjon kan gjennomtvinge motpartens kontraktlytelse ved å kreve tvangsfullbyrdsdom på såkalt *naturaloppfyllelse*.¹ Om kontraktoppfyllelse derimot er blitt umulig, uforholdsmessig byrdefull, eller det av andre årsaker ikke gis adgang til tvangsfullbyrdelse, er konsekvensen at man som regel må nøye seg med erstatningskrav mot egen avtalepart, og krysse fingrene for at kontraktsparten både er søkegod og betalingsvillig.² I noen tilfeller kan tvangsfullbyrdelse imidlertid også være *prinsipielt* utelukket som en følge av *kontraktstypen*. Et velkjent unntak er at man ikke kan kreve tvangsfullbyrdelse av arbeidsforpliktelser eller strengt personlige tjenesteytelser. For arbeidsforpliktelser følger dette av tvangsl. § 13-14 (4), mens unntaket for strengt personlige ytelser er ulovfestet.³ De mest brukte eksemplene er at kunstnere, sangere, advokater og arkitekter ikke kan tvinges til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser.⁴ Disse unntakene henger sammen med tanken om den individuelle handlefrihet, og reiser i dagens samfunn ikke store motforestillinger, selv om dette ikke var en opplagt regel lenger tilbake i rettshistorien. Langt mer overraskende er det at enkelte forfattere i norsk juridisk litteratur går ut fra at et lignende prinsipielt unntak skal gjelde for leie- og befraktningsavtaler av skip.⁵ Denne oppfatningen, som ser ut å være herskende lære, går ut på at befrakter⁶ er avskåret fra å kreve naturaloppfyllelse av denne typen avtaler. Dette betyr at bortfrakter⁷ ikke kan tvinges til å oppfylle avtalen etter sitt innhold, og bare er forpliktet til å betale erstatning ved mislighold.⁸ Ved å utelukke et materielt krav på naturaloppfyllelse avskjæres samtidig befrakters krav på midlertidig sikring i form av midlertidig forføyning.⁹ Konsekvensen av dette unntaket blir med andre ord at de alminnelige beskyttelsesmekanismene for sikring av selve oppfyllelsen av kontrakter utelukkes.

Det antatte naturaloppfyllelsesforbudet for certepartier blir innfortolket i sjøloven § 20 (1), som inneholder et *registreringsforbud* for leie- eller befraktningsavtaler for skip.¹⁰ Registreringsforbudet ble innført i 1972 og har som konsekvens at certepartier ikke kan oppnå «tradisjonelt» kollisjonsvern gjennom registrering.¹¹ Det ble samtidig antatt i forarbeidene at konsekvensen av registreringsforbudet måtte bli at også andre former for «tingsrettslig» kollisjonsvern utelukkes. For å veie opp for de urimelige sidene ved denne løsningen, ble det antydnet at befrakter skulle kunne rette et erstatningskrav mot tredjepart som ved grov skyld deltar i bortfrakters mislighold etter såkalte regler om «obligatoriske

¹ Se definisjon i pkt. 2.2

² Slike omstendigheter kan i noen situasjoner være ansvarsbefriende for debitor, men vil i andre situasjoner utgjøre mislighold som likevel innebærer at misligholdsbeføyelsen som går ut på å fastholde kontrakten, er avskåret. Dette er avhengig av risikofordelingen i kontrakten. Eksempler på *ansvarsbefriende* omstendigheter er brisende forutsetninger eller «force majeure»-situasjoner. Dersom det derimot oppstår uventede hindringer eller kostnader som debitor har risikoen for, vil det likevel inntre mislighold, men debitor kan være friatt for plikten til å *oppfylle* kontrakten etter sitt innhold, se eksempelvis kjøpsloven § 23. Slike unntak er i dag regnet som ulovfestede unntak, se eksempelvis Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo 2011 s. 384–387.

³ Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse.

⁴ Se eksempelvis Hagstrøm (2011) s. 382; Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utg. Oslo 2017 s. 179–180; Kåre Lilleholt, *Kontraksrett og Obligasjonsrett*, Oslo 2017 s. 275; Erlend Haaskjold, *Obligasjonsrett. En innføring*. Oslo 2017 s. 141.

⁵ Hagstrøm (2011) s. 383; Haaskjold (2017) s. 141; Thor Falkanger og Hans Jacob Bull, *Sjørett*, 8. utg. Oslo 2016 s. 45. Se også omtale av læren i Marius Emberland, «Tungløftbransjens kjerneproblem», *MarLus* 1997 nr. 227 s. 1–63, på side 46–48 og dom fra Gulating lagmannsrett publisert i Nordiske Dommer i Sjøfartsanliggender 1988 s. 197, som begge omtales nedenfor i pkt. 3.3.

⁶ Befrakter betegner leietaker i en avtale om leie av skip eller realkreditor i en befraktningsavtale. Se nærmere omtale av befrakterrollen og ulike befraktningsavtaler i pkt. 2.1.

⁷ Bortfrakter betegner utleier i en avtale om leie av skip eller realdebitor i en befraktningsavtale. Se nærmere omtale av bortfrakterrollen og ulike befraktningsavtaler i pkt. 2.1.

⁸ Sml. kjøpsloven § 23.

⁹ Se nærmere nedenfor i pkt. 4.2.

¹⁰ Lov 20. juli 1893 nr. 1 om sjøfarten. Bestemmelsen ble videreført med samme nummerering i lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten. Begge lover omtales i det videre som «sjøloven».

¹¹ Se definisjon på kollisjonsvern nedenfor i pkt. 2.

kravs rettsvern» eller «medvirkning til kontraktsbrudd».¹² På denne måten skulle også tredjeparter avskrekkes fra å delta i bevisste kontraktsbrudd fra bortfrakters side. Det eventuelle «erstatningskravet» mot tredjepart var dermed både tenkt å avbøte mangelen på *tingsrettslig* rettsvern og *kontraktsrettslige* misligholdsbeføyelser. Denne løsningen er særegen for skipsregistrering, og oppstår ikke ved andre rettinghetsregistre. Ved å løse problemet på denne måten havnet problemstillingen i et unaturlig spenn mellom alminnelig erstatningsrett og tingsrett. I realiteten ble det innført en rettsvernsregel som ser ut som en erstatningsregel.

I denne artikkelen vil det drøftes hvorvidt det er heldig at reguleringen av certepartiets tredjepartsbeskyttelse bryter med de løsningene som etter hvert er blitt hovedreglene i norsk formuerett. Særreguleringen av certepartiets tredjepartsbeskyttelse gir samtidig en god anledning til å reflektere over om de norske formuerettslige hovedreglene er gode og fleksible, eller om det fremdeles er *behov* for en særregulering på enkelte livsområder. Vi skal også se at problemstillingen om certepartiets tredjepartsbeskyttelse befinner seg i en gråsoner mellom tingsrett, erstatningsrett og kontraktsrett, hvor det også finnes forskjellige tilnærminger til problemstillingen i ulike land. Problemstillingen er derfor også egnet til å belyse noen systematiske forskjeller mellom norsk og utenlandsk rett. En sammenligning av beskyttelsesnivået certepartier har i forskjellige land vil også kunne være argument for å revurdere de norske løsningene.

I den videre fremstillingen vil jeg først i pkt. 2 definere noen sentrale termer, samt gjøre nærmere rede for hvilke innbyrdes koblinger det etter mitt syn finnes mellom naturaloppfyllelse, kollisjonsvern og erstatningsrett. Deretter vil jeg i pkt. 3 presentere lovgivningshistorien, begrunnelsen og fortolkningen av sjøl. § 20 (1), andre setning. I pkt. 4 følger en drøftelse av hensiktsmessigheten av særreguleringen. I pkt. 5 konkluderes det på hvorvidt hovedreglene i norsk formuerett er egnet til å løse certepartiets særutfordringer og på hvorvidt sjøloven bør endres. Avslutningsvis reflekteres det over hva eksistensen av slike særløsninger forteller oss om norsk formueretts forhold til fremmed rett.

2 Terminologi og redegjørelse for koblingen mellom naturaloppfyllelse, kollisjonsvern og erstatningsrett

2.1 Befrakter, bortfrakter, certeparti

Befrakter er i sjørettslig terminologi den som er realkreditor i en avtale om leie- eller befraktning av skip, mens realdebitor blir kalt *bortfrakter*. Termene realdebitor/realkreditor er likevel ikke alltid helt dekkende ved slike avtaler, ettersom befrakter vil ha en rekke medvirkningsforpliktelser utover å betale leie eller frakt. Avhengig av avtaletypen vil en befrakter være den av partene som *leier* et skip over en lengre tidsperiode (bareboat-befrakter), *har den kommersielle råderetten over et skip* i en gitt tidsperiode (tidsbefrakter), eller en person som *kjøper en transporttjeneste* fra A til B med hele skipets kapasitet (reisebefrakter). Innenfor denne siste gruppen av certepartier har man også noen kontrakter med spesielle karakteristikk, slik som kvantumkontrakter og certepartier for konsekutive reiser. Selv om betegnelsen certeparti er mest brukt på avtaler knyttet til bruk av et skip for transport av gods, kan også skip brukes på andre måter. Det finnes i dag en rekke skip som også kan utføre tjenester som har mer karakter av å være entreprisoppdrag, eller andre former for tjenesteytelser enn transport. Det kan være skip som foretar tunge løft i forbindelse med offshorekonstruksjoner, arbeid på havbunnen, skyting av seismikk, ankerhåndtering osv. Det kan også være tale om avtaler knyttet til flytende innretninger som man kanskje ikke tenker på som skip i dagligtalen, slik som borerigger. Det kan ofte være litt vanskelig å plassere slike oppdrag innenfor det juridiske rammeverket, men man anser også ofte kontrakter om leie av slike skip for å *være* certepartier.¹³

2.2 Naturaloppfyllelse og kollisjonsvern/rettsvern

¹² Se nærmere nedenfor i pkt. 3.2 og 4.2 og for utenlandsk rett pkt. 4.5

¹³ For mer om leie og befrakningsavtaler generelt, og de ulike certepartitypene spesielt, se Falkanger og Bull (2016), s. 255–263 og Ivar Alvik, *Fartøytjenesteleie. Om bakgrunnsrett og risikofordeling ved tidsbaserte fartøytjenester*, Oslo 2014.

Naturaloppfyllelse forstås i denne artikkelen som en kontraktsrettslig *misligholdsbeføyelse* som kan rettes mot *egen* kontraktspart. Man sier gjerne at kreditor kan velge å «fastholde avtalen». Dette innebærer at kreditor i første omgang avviser å motta pengeerstatning som *substitutt* for den avtalte kontraktytelsen. Dette er den samme rettsvirkningen som i kjøpsloven § 23 blir omtalt som «rett til oppfyllelse» ved forsinkelse. I denne artikkelen vil ikke retten til omlevering eller retting inkluderes i begrepet, selv om dette i andre sammenhenger kan være naturlig. Bortfrakters rett til å fastholde avtalen, altså retten til å opptjene vederlag, avgrenses det også mot. Jeg vil ikke sondre skarpt mellom den kontraktsrettslige misligholdsbeføyelsen og prosessreglene som gir adgang til tvangsfullbyrdelse.

Rettsvern/kollisjonsvern forstås i denne artikkelen som koblingsord som viser til den rettsvirkning at man kan kreve sin rett gjennomført overfor en tredjepart på grunn av den rettslige prioritetsrekkefølgen som regulerer konflikter i «samme» formuesgode. Jeg vil bruke ordene om hverandre. Reglene som omhandler slike tredjepartskonflikter, velger jeg å kalle for «kollisjonsregler».

Slike regler blir i Norge sagt å tilhøre den såkalte dynamiske tingsrett. De norske kollisjonsreglene består av dels lovfestede regler, dels ulovfestede prinsipper. Hovedelementene i dagens lære er prinsippet «først i tid, best i rett», også kalt tidsprioritetsprinsippet, samt konseptene godtroekstinksjon og kreditorekstinksjon, som utgjør unntak fra tidsprioritetsprinsippet. Et tilknyttet prinsipp er preferanseprinsippet, som etablerer en rangordning mellom registrerte rettigheter og uregistrerte rettigheter. Skillet mellom hvilke rettigheter som omfattes av kollisjonsreglene og hvilke som faller utenfor, blir i dag typisk ansett å gå ved «individuelle bestemte formuesgoder» på den ene side og generiske forpliktelser på den annen side, men det er ikke helt klart hvor yttergrensene går. Det blir også sagt at norsk rett ikke hviler på et *numerus clausus*-prinsipp og at partene derfor står fritt til å avtale om en rettighet er ment å skulle følge et formuesgode, eller kun er ment å gjelde overfor debitor.¹⁴ I sistnevnte tilfelle kaller man gjerne rettigheten for en «personlig» forpliktelse. På denne måten vil anvendelsesområdet til kollisjonsreglene også til dels være avhengig av partenes avtale og hvilken tilsiktede virkning en rettighet har. Utenfor virkeområdet for tidsprioritetsprinsippet og preferanseprinsippet gjelder konkurranseprinsippet, samt likedelingsprinsippet ved konkurs.

Kollisjonsreglene har som rettsvirkning at en bedre prioritert rettighetshaver kan kreve at en tredjepart gir ifra seg formuesgodet, at han overfører hjemmelen til formuesgodet eller at han erstatte verdien av formuesgodet dersom fysisk tilbakeføring er umulig. Ofte blir en slik virkning omtalt som «vindikasjon». Man kan alternativt velge å kalle denne virkningen for restitusjon eller tilbakeføring.

2.3 Koblingen mellom kollisjonsvern/rettsvern, naturaloppfyllelse og erstatningsrett

Til tross for at rettsvern og naturaloppfyllelse normalt viser til forskjellige fenomener, kan det tenkes flere koblinger mellom begrepene. «Rettsvern» brukes ofte i en vid betydning, som betegnende for *typer rettsbeskyttelse* som rettigheter kan ha. I en slik vid forståelse er det også mulig å tale om et krav om naturaloppfyllelse som en *form for rettsvern*. Fordi en dom på tilbakeføring etter kollisjonsreglene også nødvendigvis vil gå ut på at det slås fast en handleplikt for tredjepart, er det også mulig å kalle dette kravet «naturaloppfyllelse», selv om det da skjer mellom parter som ikke er i kontrakt med hverandre. En slik begrepsbruk ser ikke ut til å ha vært vanlig i norsk rett.¹⁵

Ved siden av slike begrepsmessige sammenfall finnes det også *rettslige* koblinger mellom begrepene. Kreditors materielle krav på naturaloppfyllelse overfor debitor kan *avhenge* av tredjeparts *prioritet* i en kollisjonskonflikt. Dersom tredjepart har en *bedre* prioritert rett til formuesgodet i henhold til kollisjonsreglene, og han krever avtalen gjennomført, så vil debitorens naturaloppfyllelse overfor den dårligste prioriterte kreditor ansees å ha blitt (rettslig sett) *umulig*. I slike tilfeller må den dårligst prioriterte kreditor nøye seg med erstatning fra debitor. Dette følger av det alminnelig aksepterte unntaket for umulighet, som også omfatter den situasjon hvor man har faktisk, men ikke *juridisk* råderett over formuesgodet.¹⁶

Det finnes også et visst sammenfall i *formålet* med disse beførelsene. Både kreditors krav på naturaloppfyllelse og kreditors krav på kollisjonsvern har som funksjon å beskytte tilliten til inngåtte kon-

¹⁴ Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemer. Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, Oslo 2016 s. 41. I denne retning også Kåre Lilleholt, *Allmenn Formuerett*, 2. utg., Oslo 2018 s. 38–39.

¹⁵ Thor Falkanger, *Leie av Skib. Rettslige studier i bare-boat certepartiets problemer*, Oslo 1969 s. 577 kan likevel kanskje forstås dithen.

¹⁶ Hagstrøm (2011) s. 384. I denne retning også Erling Selvig, «Om dom på naturaloppfyllelse, særlig i befraktningsforhold», *Arkiv for Sjørett* 1962 s. 585. For dansk rett se Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, *Lærebog i Obligationsret I*, 2. utg., København 2005 s. 201. For svensk rett se Jan Ramberg og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrett*, 10. utg., Wolters Kluwer 2016 s. 226.

trakter. I en situasjon hvor debitor har inngått to kolliderende kontrakter kan man si at et naturaloppfyllelseskrav har en beskyttelsesfunksjon på stadiet *før* oppfyllelse er skjedd til noen av partene, mens rettsvernsvirkningene sørger for korrigerende i den situasjonen hvor *oppfyllelse er skjedd i strid med prioritetsrekkefølgen*. Begge beføyelsene vil således kunne sikre kreditor faktisk «oppfyllelse» av kontrakten, men på ulike måter.

Beføyelsene har også en side til erstatningsretten. Dersom debitor oppfyller i strid med prioritetsrekkefølgen og kontraktsgjenstanden ikke lar seg fysisk restituere, oppnår kreditor i stedet pengeerstatning for sin oppfyllelsesinteresse. Denne erstatningen vil imidlertid ha mer karakter av å være et «vindikasjonssubstitut» enn erstatning i tradisjonell forstand. Dette viser seg særlig ved at *begrunnelsen* for erstatningskravet er at debitor har forføyret over en gjenstand eller et krav som ikke lenger tilhører ham, og ikke at han etter en konkret helhetsvurdering har handlet «uaktsomt» ut fra en risikovurdering. Rettes kravet mot tredjepart, er på samme måte *begrunnelsen* for erstatning at tredjepart har mottatt en ytelse «i ond tro», og ikke at han har handlet klanderverdig av andre grunner. Samtidig ville man også trolig etter en «vanlig» vurdering under den ulovfestede culpanormen komme til samme resultat, ettersom det ikke er aktsomt å bryte slike prioritetsregler dersom noen kan komme til å lide tap. Poenget er at tredjeparts kunnskap om en uforenelig rettighet i slike situasjoner etter mitt syn vil være *tilstrekkelig* for å utløse erstatningsplikt. Man behøver ikke å påvise at de sedvanlige erstatningsvilkår er oppfylte for å etablere ansvarsgrunnlag. Høyesterett har også antydnet at det *skal* skilles mellom slike situasjoner.¹⁷ Av denne grunn får man ved tredjepartskonflikter en overlapp mellom tingsrett og erstatningsrett som reiser særegne spørsmål. Man kan nesten tale om et «kvasi-erstatningsrettslig krav».¹⁸

Vi har nå sett på hvilke innbyrdes koblinger og overlapp som kan tenkes mellom tingsrettslige, kontraktrettslige og erstatningsrettslige beføyelser. Diskusjonen viser med tydelighet at tredjepartskonfliktene ligger i en «gråson» mellom tingsrett, erstatningsrett og kontraktsrett. I lys av dette skal det nå gjøres rede for særløsningen i sjøloven § 20 og hvilke vanskelige prinsipielle spørsmål som oppstår når man utelukker de tradisjonelle rettsmidlene for sikring av selve kontraktoppfyllelsen.

3 Sjøloven § 20 – lovgivningshistorie, begrunnelse og fortolkning

3.1 Innhold og lovgivningshistorie

Sjøloven § 20 (1), andre setning, inneholder et klart forbud mot registrering av dokumenter vedrørende leie eller befraktning av skip:

I skipsregisteret kan anmerkes dokument som går ut på å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har et registrert skip til gjenstand. Unntatt er dokument vedrørende sjøpanterrett i eller leie eller befraktning av skip

Registreringsforbudet for leie- og befrakningsavtaler kom inn i sjøloven i forbindelse med at reglene om registrering av skip ble flyttet fra den tidligere skipsregisterloven til sjøloven i 1972.¹⁹ Sjøl. § 20 innebar en endring av rettsstilstanden etter den tidligere skipsregisterloven. Skipsregisterloven tillot registrering av leieavtaler (bareboat-certepartier) og tidsbestemte befrakningsavtaler (tidscertepartier).²⁰

¹⁷ Se Rt.1996 s. 783. Her legger Høyesterett i en prioritetskonflikt etter panteloven § 4–10 (2) til grunn at lagmannsretten har lagt til grunn et uriktig rettslig utgangspunkt for sin vurdering når de vurderer spørsmålet fra en erstatningsrettslig synsvinkel. Høyesterett uttaler: «Lagmannsretten ser dette under en erstatningsrettslig synsvinkel – om [kreditor] har lidt noe tap ved [tredjeparts] rettsstridige forhold. Som påpekt er imidlertid spørsmålet om [kreditors] panterett er krenket.» [Mine innskudd]

¹⁸ Tysk rett gir også et eksempel på et motsatt resonnement. Her er det erstatningsretten som brukes som grunnlag for et fysisk restitusjonskrav. Se nærmere nedenfor i pkt. 4.5.

¹⁹ Lov 4. mai 1901 om registrering af skibe og Lov nr. 13/1972.

²⁰ Innstilling VI fra Sjølovkomitéen (1966) s. 55; Oscar Platou, *Forelæsninger over Norsk Sjøret*, 2. utg. ved Jakob Aars, Bind I, Oslo 1929 s. 79, Selvig (1962) s. 553–600, se s. 587–588 og s. 590.

Reisecertepartier har imidlertid aldri hatt registreringsadgang.²¹ Ved innføringen av sjøloven § 20 (1), andre setning, ble registreringsadgangen for samtlige avtaletyper som innebærer leie eller befraktning av skip, stengt. Dette skjedde til tross for at det var et uttrykt formål at sjølovens registersystem skulle legges nært opp til reglene i tinglysingsloven, og at denne loven ikke kjenner slike kategoriske unntak.²² På grunn av harmoniseringen med tinglysingsloven ble det samtidig adgang til registrering av kjøpsavtaler. Dette hadde vært utelukket etter den gamle skipsregisterloven, fordi en kjøpsavtale i 1901 ble ansett å være en «obligatorisk rettighet», og skipsregisterloven hadde bygget på den tanke at kun såkalte «tinglige» rettigheter kunne registreres.²³ Endringen i 1972 innebar dermed en styrking av rettsbeskyttelsen av kjøpsavtaler for skip og en motsvarende svekkelse av rettsbeskyttelsen som leieavtaler og tidscertepartier nyter overfor registrerbare rettigheter. Registrerte kjøpsavtaler ville heretter ha beskyttelse mot alle senere erverv, til tross for at det er tale om en fremtidig forpliktelse som ikke er oppfylt enda. Leieavtaler og tidscertepartier havnet derimot i en uavklart posisjon. Det ble et åpent spørsmål om slike rettigheter falt helt utenfor området for kollisjonsreglene, eller om det kun innebar at slike rettigheter hadde rettsvern eller andre former for tredjepartsbeskyttelse etter *ulovfestet* rett. Hvorvidt man kunne anvende unntaket i sjøloven § 24 (1) som sier at en erverver i ond tro må vike for en rettighet han har *positiv kunnskap* om, ble også uklart. Dette reguleringsgrepet utløste dermed en lang rekke prinsipielle spørsmål som ikke oppstår i andre rettighetsregistre.

Uklarheten som registreringsforbudet i sjøloven § 20 (1), andre setning brakte med seg, er ikke bare problematisk på grunn av de vanskelige prinsipielle spørsmålene som oppstår med hensyn til tredjepartsbeskyttelse, men også på grunn av *virkeområdet* registreringsforbudet har fått i kraft av utviklingen i næringen. I 1972, da registreringsforbudet ble vedtatt, så den norske maritime næringen annerledes ut enn i dag. Registreringsforbudet fikk hovedsakelig betydning for skip i tradisjonell forstand og ville typisk rette seg mot den klassiske certepartifart, som til syvende og sist dreier seg om transport. På grunn av systemet i *dagens* sjølov vil registreringsforbudet også gjelde spesialskip og flytende innretninger i offshorevirksomhet. Sjøloven § 20 (1) gjelder nemlig for alt som kan betegnes «skip» i henhold til sjøl. § 11 (2). Disse reglene skal gjelde tilsvarende for rigger og andre flytende offshoreinstallasjoner som skal «anses som skip» jf. sjøl § 507 (2). Dette innebærer eksempelvis at avtaler om spesialtjenester som skal utføres ved hjelp av flytende innretninger også omfattes, såfremt avtalen kan karakteriseres som «leie eller befraktning». Nøyaktig hvor denne grensen skal trekkes, kan nok diskuteres. Men det er på det rene at sjøloven § 20 (1) omfatter langt flere avtaler enn det man normalt forbinder med sjøtransport, og at den også kan gjelde avtaler av svært stor økonomisk verdi, for eksempel tilknyttet petroleum- eller offshorevirksomhet. Usikkerheten tilknyttet slike avtalers tredjepartsbeskyttelse er derfor etter hvert også blitt et tema for den norske offshoreindustrien.

3.2 Bakgrunnen for rettsoppfatningen om forbud mot naturaloppfyllelse og manglende tingsrettslig rettsvern for certepartier

²¹ Dette skyldes trolig at det *som oftest* ikke er naturlig å si at slike avtaler etablerer en rett som har et *bestemt* skip til gjenstand, men at det er først og fremst selve *ytelsen* som er kontraktsgjenstanden.

²² Ot.prp. nr. 32 (1970–1971) s. 39.

²³ Dette fulgte eksplisitt av § 20, tredje setning i Skipsregisterloven. Etter denne bestemmelsen var registreringsadgangen stengt for *fremtidige* forpliktelser: «Fra registrering skal dog være udelukket retshandler, der alene gaar ud paa forpligtelse for eieren til ved senere retshandel at overdrage eller behefte vedkommende skib eller part – retshandler om forkjøbsret og løsningsret herunder ikke indbefattede.» Ifølge Oscar Platous Sjørett betydde dette at også *fremtidige* leie eller befrakningsavtaler ikke kunne registreres. Boken beskriver imidlertid ikke nærmere hvordan en slik begrensning var tenkt praktisert. Se Platou (1929) s. 79 note 3. Se motsetningvis Selvig (1962) s. 590 som antok at slike avtaler kunne registreres til tross for at de var «obligatoriske».

Diskusjonen rundt naturaloppfyllelse av certepartier kan spores helt tilbake til Hallagers sjørett fra 1867.²⁴ Også Ragnar Knoph og Johs. Jantzen har omtalt temaet.²⁵ Disse forfatterne uttalte seg alle i retning av at en befrakter ikke kunne kreve naturaloppfyllelse av certepartier. I forarbeidene til en endringslov fra 1936 hadde det blitt holdt åpent om man etter «særlige omstendigheter» kunne tvinge gjennom certepartiet.²⁶ Før lovreformen i 1972 hadde spørsmålet så vidt kjent ikke vært oppe i norsk rettspraksis, og det er ikke et tema som har fått mye oppmerksomhet i juridisk teori heller.²⁷ Erling Selvig foretok en grundig analyse av temaet i sin prøveforelesning for licentiatgraden i 1962. Selvig var uenig i at rettstilstanden var klar vedrørende dette spørsmålet. Særlig påpekte han at begrunnelsen sprikte blant de eldre forfatterne, og at rettsoppfatningen var knapt begrunnet.²⁸ Han påpekte dessuten at det var forskjell på certepartitypene når det gjaldt adgangen til å kreve naturaloppfyllelse. For bareboat-certepartier måtte det være nokså sikkert at man kunne få dom på naturaloppfyllelse og kreve avtalen tvangsfullbyrdet.²⁹ Usikkerheten knyttet seg til reise- og tidsbefraktning og de retts tekniske problemene tvangsfullbyrdelse av så sammensatte ytelser medfører. Etter en sammenligning med både engelsk, tysk, fransk og skandinavisk rett og en drøftelse av behovet for en tvangsfullbyrdsesadgang, kom han til at befrakter både *burde* og *kunne* kreve dom på naturaloppfyllelse, og at det ikke var grunnlag for å fastholde tidligere teoris standpunkt.³⁰ Et av hovedargumentene til Selvig var at et erstatningskrav mot bortfrakter ikke i alle tilfeller ville gi befrakter tilstrekkelig beskyttelse. Dette gjaldt særlig i tilfeller hvor det ikke ville være mulig å skaffe til veie et alternativt skip for å oppfylle kontrakten.³¹ De legislative betraktningene ville ifølge Selvig variere fra sak til sak, men han kom til at man trolig kom nærmest norsk retts tankegang ved å anerkjenne en rett for befrakteren til å kreve naturaloppfyllelse med mindre avgjørende grunner talte imot.³² Når det gjaldt spørsmålet om hva et krav på naturaloppfyllelse nærmere ville innebære, fremhevet Selvig at det ikke skulle bety at avtalen skulle oppfylles av tredjepart, eller at tvangsmyndighetene skulle overvåke at avtalen var *riktig* oppfylt. Et krav på naturaloppfyllelse ville kun innebære tvangsfullbyrdelse gjennom tvangsmulkt eller ved nedleggelse av forbud mot konkrete handlinger som vil stride mot certepartiet, herunder ved midlertidig forføyning.³³ Det å handle mot et slikt forbud vil være både straffesanksjonert og erstatningsbetingende. På denne måten vil man *indirekte* gi bortfrakter incentiver til å oppfylle avtalen som avtalt. Selvig åpnet imidlertid for at partene kan *avtale* seg bort fra retten til naturaloppfyllelse.³⁴

Det er med denne diskusjonen i mente at Sjølovkomiteen, ledet av professor Sjur Brækhus, tok stilling til spørsmålet om naturaloppfyllelse i forbindelse med reformen som flyttet registreringsreglene

²⁴ Frederik Hallager, *Den norske Søret*, P.T. Malling 1867. Hallagers standpunkt til naturaloppfyllelse er ubegrunnet og fremkommer kun av følgende setning: «Imidlertid vil vel ikke lettelig opstaa noget Spørgsmaal om at anvende 5-3-42, og det af den grund, at enhver Befragter, med hvem Skipperen negter at opfylde den afsluttede Befragtningskontrakt, overalt og uden Hensyn til, af hvilken Aarsag Skipperen vil træde tilbage, saavidt skjønnes, alene har Ret til at fordre Erstatning for Kontraktens Misligholdelse, men ikke kan paastaa, at Skipperen under daglig Mulkt skal stille Skibet til hans Disposition.» Uttalelsene ser ut til å være myntet på reisecertepartier, som var den vanlige avtaletypen på denne tiden, se Hallager (1867) s. 114.

²⁵ Se Selvig (1962) s. 570 og s. 579–580 for en nærmere fremstilling av synspunktene. Knoph hadde ifølge Selvig lagt vekt på at et krav om naturaloppfyllelse kunne medføre at bortfrakter måtte oppfylle til en annen tid enn den avtalte. Jantzen hadde lagt vekt på vanskelighetene som kunne oppstå ved prioritetskonflikter.

²⁶ Innstilling fra den Kgl. Kommisjon til revisjon av Sjøfartsloven 1936 s. 53. Inn tatt i Ot. prp. nr. 23 (1937): «Rett for befrakteren til å kreve dom for oppfyllelse av avtalen fra bortfrakterens side er ikke hjemlet i utkastet, som for så vidt stemmer både med sjøfartsloven og med fremmed rett. Det er dog ikke utelukket at et krav på oppfyllelse under særlige omstendigheter kan settes igjennem, om det enn ikke vites å ha forekommet hos oss.» Se Selvig (1962) s. 570 og 594, som stiller seg kritisk til påstanden om at dette synspunktet er i tråd med fremmed rett.

²⁷ Selvig (1962) s. 570.

²⁸ Selvig (1962) s. 559.

²⁹ Selvig (1962) s. 557.

³⁰ Selvig (1962) s. 593.

³¹ Selvig (1962) s. 580–582.

³² Selvig (1962) s. 594.

³³ Selvig (1962) s. 559 og s. 594–599.

³⁴ Selvig (1962) s. 594.

over i sjøloven.³⁵ Sjølovkomiteen påpekte i 1966 at adgangen til å kreve naturaloppfyllelse var et uavklart tema, og unnlot å ta stilling til hva som faktisk var gjeldende rett. I stedet nøyde komiteen seg med å uttale at det ikke *burde* være en adgang til naturaloppfyllelse av certepartier.

Når komitéen foreslår at ingen befraktnings- eller leieavtaler skal kunne registreres, henger det sammen med spørsmålet om adgangen til naturaloppfyllelse. Mens det ellers i norsk rett er det alminnelige – bortsett fra arbeidsforhold – at kreditor har rett til å få dom på naturaloppfyllelse, har dette spørsmål vært ansett ytterst tvilsomt når det gjelder befraktningsavtaler. [...]

Komiteen finner spørsmålet meget tvilsomt, men er for sitt vedkommende tilbøyelig til å anta, uansett hvorledes spørsmålet må besvares de lege lata, at de beste grunner de lege ferenda taler for at naturaloppfyllelse ikke kan kreves.³⁶

Dette synet ble hovedsakelig begrunnet i tre forhold: (1) omsetningslivets sikkerhet, (2) at det ville være upraktisk for en befrakter å tvangsfullbyrde certepartiet (3) at det ledet til vanskelige tredjeparts-spørsmål.³⁷ Disse argumentene ble samlet ansett å veie tyngre enn argumentet om at erstatning ikke alltid vil være en tilfredsstillende beskyttelse av befrakters interesser.³⁸ Man fant også at det var bedre at befrakter bar risikoen for bortfrakters mislighold enn at tredjepart skulle gjøre det.³⁹ Sjølovkomiteen mente i tillegg at spørsmålet om adgangen til naturaloppfyllelse hadde betydning for spørsmålet om man burde tillate *registrering* av certepartier, samt for adgangen til å kreve erstatning fra tredjeparter som har kontrahert med bortfrakter:

Ut fra sitt syn på spørsmålet om naturaloppfyllelse finner komitéen ikke grunn til å gi adgang til å registrere befraktningsavtaler og derved muliggjøre rettsvern mot godtroende tredjemann. Kreditor (befrakteren) bør være henvist til å kreve erstatning bare av sin medkontrahent (bortfrakteren), hvis denne charterer eller selger skipet til andre eller på lignende måte misligholder avtalen. Noen grunn til å gjøre den nye kontrahent solidarisk ansvarlig for erstatningskravet ved siden av bortfrakteren, synes det ikke å være. De som kontraherer, bør ikke pålegges undersøkelsesplikt (...)⁴⁰

Med dette hadde Sjølovkomiteen lagt grunnlag for en rettsoppfatning som fratok befraktnings- og leieavtaler de alminnelige formene for tredjepartsbeskyttelse: Kollisjonsvern gjennom rettighetsregistrering, kontraktsrettslig krav på å kreve avtalen oppfylt og rett til å kreve midlertidig forføyning. Komiteen påpekte samtidig at de samme hensynene ikke gjorde seg gjeldende for bareboat-certepartiene. Den oppgitte årsaken til at man likevel valgte å avskjære registreringsadgangen også for slike avtaler, var at det kunne være vanskelig å *skille* slike avtaler fra langvarige tidscertepartier.⁴¹ Begrunnelsen var med andre ord retts teknisk.

Særlig to spørsmål ble hengende i luften ved dette lovforslaget. Det første var om befrakter likevel skulle være beskyttet mot *ondtroende* tredjeparter – med andre ord tredjeparter som kjente til certepartiet idet de inngikk en motstridende avtale med bortfrakter. Dette gjaldt særlig kjøpere eller panthavere som hadde registrert sin rett, men kunne også dreie seg om befraktere under et kolliderende certeparti. Det andre spørsmålet var om leieavtaler uavhengig av registreringsadgang skulle ha beskyttelse mot registrerte rettigheter dersom bruken var tiltrådt, slik som i tinglysingsloven § 21 (1) og § 22 (1) nr.

³⁵ Forarbeidene til reformen er Innstilling VI fra Sjølovkomiteen (1966). Utkast med motiver til lov om endring av skipsregisterlovgivningen m.m.; Innstilling VIII fra Sjølovkomiteen (1969). Utkast med motiver til lov om endring av reglene om registrering av skip, partrederi, sjøpant m.m. og Ot.prp. nr. 32 (1970–1971) om lov om endringer i lov 20. juli 1893 om sjøfarten og i visse andre lover.

³⁶ Innstilling VI fra Sjølovkomiteen (1966) s. 55–56.

³⁷ Innstilling VI fra Sjølovkomiteen (1966) s. 55. Argumentene utdypes i Sjur Brækhus, «Sikkerhet i certepartier og certepartifrakter», *Studier i kredittrett og associationsrett. Festskrift til Knut Rodhe*, Stockholm 1976 s. 33–84.

³⁸ Innstilling VI fra Sjølovkomiteen (1966) s. 55.

³⁹ Innstilling VI fra Sjølovkomiteen (1966) s. 55.

⁴⁰ Innstilling VI fra Sjølovkomiteen (1966) s. 55–56.

⁴¹ Innstilling VI fra Sjølovkomiteen (1966) s. 56.

3.⁴² Disse spørsmålene tok Thor Falkanger opp i sin doktoravhandling «Leie av skib», som omhandlet ulike aspekter ved bareboat-befraktning.⁴³ Til spørsmålet om certepartier kunne ha rettsvern mot registrerte rettigheter dersom bruken er tiltrådt, sa Falkanger at det for tidscerteparti og reisecerteparti var «tålelig klart at dette ikke er tilfellet», og viste til Sjølovkomiteens syn på naturaloppfyllelsspørsmålet.⁴⁴ Et bareboat-certeparti kunne derimot tenkes å få rettsvern etter de ulovfestede reglene om løsøre, og dermed oppnå vern selv overfor en kjøper som hadde registrert sin eiendomsrett, dersom leietaker oppnådde besittelse først, eller dersom kjøper var i ond tro.⁴⁵ Til støtte for et slikt syn nevnte Falkanger at man kanskje kunne forstå lovtkastet dithen at det kun regulerte konflikter mellom *registrerbare* rettigheter, og ikke sa noe om konflikter mellom registrerbare og ikke-registrerbare rettigheter.⁴⁶ Han innvendte likevel at man da ville få en dobbeltsporet rettsvernsordning, som var uønskelig. Det ville stride mot registreringsordningens sikkerhet og oversiktighet – dens «*raison d'être*» – dersom man tillot at eldre leieavtaler ble gitt forrang foran registrerte rettigheter etter reglene om løsøres kollisjonsvern. Dette gjaldt særlig fordi det ville kunne være vanskelig å bringe en konkret avtales karakter på det rene.⁴⁷ Han konkluderte:

Man tvinges derfor til å anta at utkastets regler innebærer at en leieavtale (og andre rettigheter som ikke lar seg registrere) ikke under noen omstendighet skal ha rettsvern overfor en senere kjøper – i hvert fall ikke vern i den forstand at leietageren har krav på naturaloppfyllelse. Dette må gjelde, ikke bare hvor kjøperen er uvitende om leieavtalen, men også hvor han har fullt kjennskap til den.⁴⁸

Dermed hadde Falkanger også delvis tatt stilling til det andre hovedspørsmålet, nemlig om certepartier har beskyttelse mot ondetroende tredjeparter. Dette koblet Falkanger til Sjølovkomiteens standpunkt til spørsmålet om naturaloppfyllelse. Falkanger ser ut til å ha resonnert slik at dersom bortfrakter ikke har en plikt til å oppfylle certepartiet, kan heller ikke hans etterfølger bli forpliktet til å oppfylle. Er tredjepart en kjøper, ville han etter Falkangers syn ikke ha en plikt til å respektere certepartiet. Dette begrunnet han på følgende måte:

Hvis befrakteren ikke kan få dom på naturaloppfyllelse overfor bortfrakteren, er realiteten at bortfrakteren kan unnlate å oppfylle mot å betale erstatning. Mot denne bakgrunn synes det klart at kjøperen heller ikke kan være bundet til naturaloppfyllelse: Det er ingen grunn til at befrakteren skal stå sterkere i så henseende fordi en kjøper kommer inn i bildet.⁴⁹

Falkanger konkluderte videre med at lovtkastet formodentlig ville måtte ha som konsekvens at leieavtalen ikke har «tingsrettslig» rettsvern overfor *noen former* for konkurrerende rettsstiftelser fra eierens side.⁵⁰ På samme tid åpnet han for at en tredjepart som har inngått en kolliderende avtale med bortfrakter kunne bli *erstatningsansvarlig* overfor leietaker. Tankegangen var blant annet at mens man ved den gamle registreringsordningen kunne bebreide en leietaker som ikke benyttet seg av registreringsadgangen, ville dette ikke lenger være tilfellet under den nye ordningen. Dette var et hensyn som

⁴² Reglene i tinglysningsloven hadde vært antatt å gjelde etter den gamle skipsregisterloven § 24 som viste til tinglysningsloven, mens det nye forslaget ikke hadde en tilsvarende henvisning.

⁴³ Falkanger (1969). Arbeidet forelå i endelig sensilert utgave allerede i 1967. Se særlig side 571–595.

⁴⁴ Falkanger (1969) s. 581: «Forslaget til ny Sjøl § 19, 2. punktum er nemlig prinsipielt basert på en forstilling om at naturaloppfyllelse av eksempelvis et tidscerteparti ikke bør komme på tale; og dette rammer ikke bare et eventuelt rettsvern gjennom registrering, men også andre tenkelige former for rettsvernforanstaltninger.» Selvig (1962) s. 586 hadde også antatt at virkningen av et potensielt registreringsforbud for *fraktavtaler* er at de ikke har eller kan oppnå rettsvern overfor rettigheter som kan registreres.

⁴⁵ Falkanger (1969) s. 575 og s. 581.

⁴⁶ Falkanger (1969) s. 581.

⁴⁷ Falkanger (1969) s. 582.

⁴⁸ Falkanger (1969) s. 582.

⁴⁹ Falkanger (1969) s. 582.

⁵⁰ Falkanger (1969) s. 577 og s. 582.

Falkanger tillia vekt i vurderingen av om leietakeren har «erstatningsrettslig» vern overfor tredjepart.⁵¹ Falkanger la med andre ord til grunn at erstatningsretten ville kunne avbøte manglende kollisjonsregler i slike tilfeller.

Falkanger presiserte at forutsetningen for et tredjepartsansvar måtte være at tredjepart hadde utvist skyld. Dette formulerte Falkanger som «at han visste eller burde ha visst at hans avtale med eieren vil lede til tap for leietageren».⁵² Han sa samtidig at det antageligvis måtte kreves enda mer enn vanlig uaktsomhet. Hva de nærmere betingelsene ville være var uklart, siden kravene kanskje måtte stilles ulikt alt etter hvilket kontraktsforhold man stod overfor.⁵³ Falkanger viste blant annet til siste utgave av Henry Ussings danske Obligasjonsrett, utgitt av Anders Vinding Kruse, og en teori om at dersom debitor bryter sin kontrakt og handler i forståelse med tredjepart, så kan dette være grunnlag for å pålegge tredjepart ansvar.⁵⁴ Falkanger sa også at «For norsk retts vedkommende har teorien fortrinnsvis oppstillet som betingelse for ansvar at det har foreligget en forledelse (eller tilskyndelse eller medvirkning) til kontraktsbrudd, men dette kvalifiseres slik at det må foreligge en utilbørlig forledelse.» Til forankring av denne teorien viste Falkanger blant annet til Per Augdahl og Carl Jacob Arnholms standardverk i norsk obligasjonsrett, og påberopte seg tre Høyesterettsdommer: Rt. 1930 s. 761 og Rt. 1957 s. 426 og Rt. 1959 s. 1080.⁵⁵ Avslutningsvis kommenterte han at «Antagelig bør man utforme erstatningsbetingelsene slik at tredjemann bare blir ansvarlig hvor han på kvalifisert vis har medvirket til kontraktsbruddet overfor leietageren. Har tredjemann hatt full kunnskap om situasjonen, men ikke tatt noe initiativ til avtalen mellom ham selv og eieren – han har kun akseptert et fremsatt tilbud – kan ansvar neppe komme på tale. For at det skal bli ansvar, må det kreves en viss aktivitet fra hans side – og det nærmere krav til denne kan neppe formuleres mer presist enn at han på utilbørlig måte må ha forledet eller tilskyndet eieren til kontraktsbruddet».⁵⁶ Jeg vil ikke kommentere grunnlaget for denne teorien om erstatningsansvar for forledelse, tilskyndelse eller medvirkning til kontraktsbrudd her. Dette er temaet for et pågående forskningsprosjekt i regi av forfatteren. Jeg vil nøye meg med å påpeke at denne teorien er høyst omstridt. Min forskning viser at man har hatt et slikt ansvarsgrunnlag på 1800-tallet. I løpet av 1900-tallet har imidlertid norsk rett beveget seg mer og mer bort fra en slik tanke og erstattet den med andre ansvarsmodeller, herunder et langt sterkere tingsrettslig tredjepartsvern og et videre erstatningsrettslig tredjepartsansvar enn det som er vanlig i mange andre land. Problemstillingen om certepartiets tredjepartsbeskyttelse er et av svært få temaer hvor teorien fortsatt har en viss aktualitet, noe som nettopp skyldes at de tradisjonelle formene for tredjepartsbeskyttelse er utelukket.

Etter at innstillingen fra 1966 hadde vært på høring, behandlet Sjølovkomiteen på ny temaet i Innstilling VIII, som ble publisert i 1969. I Sjølovkomiteens Innstilling VIII sluttet komiteen seg til Falkangers konklusjoner:

Konsekvensen av registreringsforbud vil være – som Falkanger kommer til – at de omhandlede kontrakter overhodet ikke (altså heller ikke ved besittelsesovergang etter reglene for løsøre) kan få tinglig rettsvern overfor konkurrerende rettsstiftelser. Derimot kan vel et erstatningsrettslig vern i visse tilfelle komme på tale, slik at en leietager får erstatningskrav ikke bare mot skipets eier, men også mot tredjemann som eieren har kontrahert med, f.eks. solgt skipet til, jfr. Falkanger § 44.24. Dette kan imidlertid etter komitéens mening bare bli aktuelt i sjeldne tilfeller hvor tredjemann har utvist grov skyld; som nevnt i Innst. VI s. 55-56 bør man ikke pålegge tredjemann noen undersøkelsesplikt. Også i forhold til utlegg og konkurs hos skipets eier, må konsekvensen av forbudet mot

⁵¹ Falkanger (1969) s. 583–586. Se også Selvig s. 590 som sier: «Selv om man ikke gir fraktavtalene rett til å oppnå rettsvern ved registrering, bør de ikke fratras ethvert vern overfor andre rettigheter enn fraktavtaler. En så vidt rigorøs regel er da heller ikke anerkjent i fremmed rett [...] I norsk rett gir reglene om obligatoriske krav erstatningsrettslige vern støtte for en tilsvarende mellomløsning. Et ansvar i h.t. disse regler forutsetter subjektiv skyld, og godtroende avtaleerverters interesser skulle dermed være tilgodesett.»

⁵² Falkanger (1969) s. 583.

⁵³ Falkanger (1969) s. 584.

⁵⁴ Henry Ussing, (ved Anders Vinding Kruse) *Obligationsretten Almindelig del*, 4. utg. Juristforbundets Forlag 1961 s. 448–450: «Uden for de nævnte tilfælde kan man vistnok gennemføre den regel, at erstatningsansvar over for fordringshaveren kan pålægges den trediemand, som på utilbørlig måde fremmer skyldnerens kontraktbrud Udrykket utilbørlig indeholder et lignende krav som ordet retstridig hos Jul. Lassen, men skal ikke som dette ord hos Lassen opfattes rent objektivt. I øvrigt må der tages hensyn til alle foreliggende kendsgerninger.» Se likevel vesentlig mer nyansert Ussings egen fremstilling i 3. utg. s. 550, 2. utg. s. 550–551 og 1. utg. s. 394–395.

⁵⁵ Per Augdahl, *Den norske Obligationsrets almindelige del*, 3. utg., Aschehoug 1963 s. 428; Carl Jacob Arnholm, *Almindelig Obligasjonsrett III*, Oslo 1966 s. 320. Falkanger viser også til Fleischer, «Obligatoriske kravts rettsvern», *LoR* 1964 s. 449–463, s. 452 og 461 og Jørgen Øvergaard, *Norsk erstatningsrett*, 2. utg., Oslo 1951 s. 375. Det bør nevnes at både Augdahl, Arnholm og Fleischer viser til Ussing som kilde. De to sistnevnte til utgaven fra Vinding Kruse. Augdahl viser også til denne utgaven i 3. utg., men viser opprinnelig til Ussings tekst, sml. Augdahl, *Den norske Obligationsrets almindelige del*, 2. utg., København 1958 s. 477. Augdahls uttalelser må derfor antageligvis leses som en henvisning til Ussings opprinnelige og langt mer moderate synspunkt. I dommene som Falkanger viser til (Rt. 1930 s. 761, Rt. 1957 s. 426 og Rt. 1959 s. 1080) er ikke medvirkning til kontraktsbrudd et eksplisitt tema. Høyesterett har aldri tatt stilling til om dette er et ansvarsgrunnlag i norsk rett.

⁵⁶ Falkanger (1969) s. 585.

registrering av kontrakter om leie og befraktning bli at disse kontrakter ikke kan få rettsvern, jfr. Falkanger § 45.5.⁵⁷

Konsekvensen av disse uttalelsene var altså at Sjølovkomiteen gikk inn for å avskjære registreringsvern og krav på naturaloppfyllelse for certepartier. I tillegg utelukket man at de ulovfestede reglene om rettsvern for løsøre kunne komme til anvendelse og at certepartiene nøt noen annen form for tingsrettslig beskyttelse. Komiteen åpnet samtidig for at befrakter kan rette et erstatningskrav mot tredjepart i tilfeller av «grov skyld».⁵⁸ Løsningen innebar med andre ord at man under «uklare vilkår» etter omstendighetene *har* en plikt til å ikke inngå en kolliderende befraktningsavtale eller kjøpsavtale med bortfrakter, men at denne plikten nå ikke fremgår av noe register, og ikke vil ha som konsekvens at tredjepart må gi fra seg disposisjonsretten til skipet eller oppfylle avtalen.

3.3 Tolkningen i senere litteratur og rettspraksis

Uttalelsene i forarbeidene til sjøloven har resultert i at sjøloven § 20, i tillegg til å være et registreringsforbud, også er blitt *tolket* til å innebære et absolutt forbud mot å kunne kreve naturaloppfyllelse av bortfrakter. Sjur Brækhus bekreftet synspunktet i en artikkel fra 1976⁵⁹ og det ser fremdeles ut til å være herskende lære, også i obligasjonsrettslig litteratur.⁶⁰

Som sitatet fra Sjølovkomiteen viser, ble spørsmålet om rettsvern og naturoppfyllelse knyttet uløselig til hverandre i en *bestemt retning*: Adgangen til naturaloppfyllelse var bestemmende for hensiktsmessigheten av registreringsadgangen. Dette er fremdeles måten resonnementet blir presentert i sjørettslig litteratur. Eksempelvis heter det hos Falkanger og Bull:

Skal registrering ha noen mening, må det kunne gis dom for naturaloppfyllelse av et certeparti – hvilket vil ha den konsekvens at f.eks. kjøperen av et skip tvinges til å oppfylle et tidscerteparti under trussel om løpende dagmulkt (jf. tvangsl. § 13-14). Og det er en ordning man ikke har villet ha for reise- og tidscertepartier. For et rent bare boat-certeparti er betenkelighetene ikke de samme, men ettersom grensen mellom bare boat-befraktning og tidsbefraktning i mange tilfeller kan være vanskelig å trekke, omfatter unntaket også bare boat-avtalene (leieavtalene).⁶¹

Dette resonnementet gjentas i Norsk Lovkommentar til sjøloven⁶² og Erlend Haaskjolds obligasjonsrettslige fremstilling:

Et eksempel på at hensynet til tredjemann begrenser adgangen til å kreve naturaloppfyllelse, er bestemmelsen i sjøloven (lov nr. 39/1994) § 20 første ledd. Etter denne bestemmelsen kan et dokument vedrørende 'leie eller befraktning av skip' ikke anmerkes i skipsregisteret. Registrering gir bare mening dersom det kan gis dom for naturaloppfyllelse av certepartiet. Konsekvensene av dette ville være at en kjøper av et skip kunne tvinges til å oppfylle et certeparti under trussel om løpende tvangsmulkt. En slik løsning har man ikke ønsket.⁶³

I Viggo Hagstrøms obligasjonsrett ser man imidlertid et eksempel på at resonnementet er blitt snudd på hodet:

⁵⁷ Innst. VIII fra Sjølovkomiteen (1969) s. 54.

⁵⁸ Brækhus argumenterer imidlertid imot dette standpunktet i Brækhus (1976) s. 82. Her forutsetter han at det finnes slike «regler» i norsk rett, og viser til Augdahl, Arnholm og Falkanger. Han sier samtidig at man bør utelukke disse rettsvirkningene for på denne måten å gjøre reglene klare og enkle.

⁵⁹ Brækhus (1976) s. 75–77.

⁶⁰ Se note 5 ovenfor.

⁶¹ Falkanger og Bull (2016) s. 45.

⁶² Thor Falkanger, *Norsk Lovkommentar: Sjøloven*, note 22, Rettsdata.no (lest 20. oktober 2019): «[Sjøloven § 20] adskiller seg fra tingl. § 12 ved at leieavtale (bare boat-certeparti) og befraktningsavtale (reisecerteparti og tidscerteparti) ikke kan registreres – hvilket henger sammen med problemene med naturaloppfyllelse av reise- og tidscertepartier, og for bare boat-certepartiets vedkommende med de grensedragnings spørsmål som kan melde seg hvis det skal sondres mellom bare boat- og tidscertepartier.»

⁶³ Erlend Haaskjold, *Obligasjonsrett. En innføring*, Oslo 2017 s. 141.

Undertiden kan som nevnt hensynet til tredjemann utelukke dom for naturaloppfyllelse. Avtaler om leie eller befraktning av skip kan ikke registreres som rettsstiftelser i skipet (jf. sjøloven § 20 første ledd) av hensyn til kreditorene og kollisjoner mellom flere pretendenter. Som en konsekvens har man heller ikke villet åpne adgang til å få dom på naturaloppfyllelse. En motsatt løsning ville innebære at en kjøper av et skip eksempelvis måtte oppfylle et tidscerteparti under trussel om løpende dagmulkt, jf. tvangsfullbyrdsloven § 13-14.⁶⁴

I dette sitatet er det registreringsadgangen som legger føringer for kravet på naturaloppfyllelse, og ikke omvendt.⁶⁵ Diskusjonen som man finner hos Falkanger/Bull, Hagstrøm og Haaskjold nevnes ikke av andre obligasjonsrettslige forfattere.⁶⁶ Vi ser spor av en kritikk av naturaloppfyllelsesforbudet i en lagmannsrettsavgjørelse og i en publisert studentavhandling. I ND 1988-197 anså lagmannsretten seg ikke bundet av premisset i forarbeidene når det gjelder bareboat-certepartier. I kjennelsen hadde namsretten tolket sjøloven § 20 (1) andre setning dithen at den inneholdt et forbud mot naturaloppfyllelse, men fant etter en konkret behovsprøving at man likevel hadde adgang til å gjøre unntak, i tråd med konklusjonen i Selvigs artikkel. Lagmannsretten kom, i en prejudisiell vurdering av spørsmålet, til at det var riktig av namsretten.

Dette er en sak fra Gulating Lagmannsrett inntatt i ND 1988-197. Saken gjaldt et krav om midlertidig forføyning fra en befrakter under et bareboat-certeparti (ifølge premissene med islett av tids/reisecerteparti) for et offshorefartøy. Fartøyet skulle brukes for å oppfylle en kontrakt i Sør-Amerika, og hadde en varighet på 5 år. Leietiden var enda ikke påbegynt, men bortfrakter hadde tilkjennegitt at han hadde inngått salgssavtale for skipet, og hadde ikke intensjon om å oppfylle avtalen, som han mente ikke var bindende. Spørsmålet var om befrakter kunne få midlertidig forføyning for sitt krav på å fastholde avtalen. Dette kom namsretten til måtte bero på hvorvidt befrakter samtidig hadde et krav på dom for naturaloppfyllelse av certepartiet. I vurderingen av dette spørsmålet hadde namsretten lagt vekt på uttalelsene i forarbeidene til sjøloven § 20. Namsretten hadde samtidig lagt stor vekt på Erling Selvigs artikkel fra 1962 og argumentet om at naturaloppfyllelse burde være mulig ved særlig behov. Namsretten la også vekt på at Falkanger i sin avhandling fant rettsstilstanden for bareboat-certepartier klar i tiden før lovreformen. Til sist fant namsretten Selvigs artikkel avgjørende ettersom Sjølovkomiteen hadde vært i tvil med hensyn til spørsmålet *de lege lata*. Det ble derfor gitt en midlertidig forføyning.⁶⁷ For lagmannsretten stod saken annerledes, ettersom det underliggende certepartiet i mellomtiden hadde blitt hevet av befrakter, og kravet om midlertidig forføyning hadde blitt frafalt fra befrakters side. Selve kjøremålet ble derfor avvist. Lagmannsretten foretok likevel en prejudisiell overprøving av sakens materielle side ettersom det var av betydning for saksomkostningsspørsmålet. Her kom lagmannsretten til at de er enige i namsrettens begrunnelse, og at avgjørelsen om å gi midlertidig forføyning ikke var uhjemlet.

Kjennelsen fra 1988 har ikke stor rettskildemessig vekt, ettersom det kun ble tatt prejudisiell stilling til saken, og det er en underrettskjennelse. Premissene underbygger likevel at det finnes en rettsoppfatning om at sjøloven § 20 inneholder et forbud mot naturaloppfyllelse, men at unntak kan tenkes. Et tilsvarende resonnement finnes i Marius Emberlands publiserte studentavhandling «Tungløftbransjens kjerneproblem» fra 1997. Emberland legger i sin avhandling til grunn at det finnes et slikt unntak for naturaloppfyllelse, men at dette ikke bør gjelde for tungløftindustrien fordi behovet for å kunne kreve kontrakten oppfylt er langt større i slike kontrakter enn i tradisjonelle befraktningsforhold.⁶⁸ Hverken

⁶⁴ Hagstrøm (2011) s. 383. Selvig (1962) s. 584–585 har også et lignende resonnement. Selvig sier at kravet på naturaloppfyllelse «i praksis» vil være betinget av at fraktavtalen har rettsvern. Selvig viser blant annet til at dersom bortfrakter ikke oppfyller certepartiet, så vil han typisk bortfrakte eller selge det til noen andre. Slike tredjepartskonflikter vil da måtte tas stilling til før man kan dømme bortfrakter til å oppfylle. Se nærmere nedenfor i pkt. 4.2 om denne sammenhengen. Selvig viser også til at Jantzen mente at vanskelighetene ved å løse slike konflikter burde medføre at befrakter ikke gis rett til naturaloppfyllelse.

⁶⁵ En tredje tolkning finner man hos Emberland (1997) s. 47: «Synspunktet er at fordi befraktere i etterfølgende certepartier ikke har mulighet for å få informasjon om andre certepartiforpliktelser bortfrakteren har påtatt seg, bør ikke disse befrakterne bli skadelidende som følge av en naturaloppfyllelse i et tidligere certeparti.»

⁶⁶ Se Kåre Lilleholt (2017) s. 271–275; Jo Hov og Alf Petter Høgberg (2017) s. 176–180.

⁶⁷ Se ND 1988 s. 198, side 199–201. Se særlig konklusjonen på side 200–201: «Retten finner på grunnlag av de syn som er kommet frem innen saksfeltet at det er rom for å avgjøre spørsmålet om naturaloppfyllelse (og midlertidig forføyning om de nærmere vilkår for dette er tilstede) etter en samlet vurdering hvor ikke bare Selvigs, Falkanger og Sjølovkomitéens syn vurderes, men også hvor valget av løsning vil avhenge av de konkrete forhold i nærværende sak. (...) Selvig knytter spørsmålet om naturaloppfyllelse til om det foreligger *behov* for naturaloppfyllelse i den konkrete sak. Selv om forfatteren relaterer dette til tids- og reisecertepartier, finner retten at vurderingstemaet er meget sentralt også her hvor det er tale om et bare-boat certeparti. Retten er etter en samlet vurdering kommet til at det i et avtaleforhold av den karakter som denne saken gjelder generelt [...] må ses å foreligge et så vidt betydelig behov for naturaloppfyllelse at dette må kunne oppnås på grunnlag av leieavtalen.»

⁶⁸ Emberland (1997) s. 1–63, s. 46–47.

dommen fra 1988 eller avhandlingen fra 1997 blir nevnt hos Hagstrøm, Haaskjold eller Falkanger/Bull.

3.4 Behovet for en ny debatt om tolkningen av sjøloven § 20 og utredning av opphevelse av registreringsforbudet

Rettskildene som er gjennomgått foran, viser at forarbeidsuttalelsene til sjøloven § 20, i alle fall av enkelte, blir oppfattet som et hinder for naturaloppfyllelse av certepartier. Samtidig er ikke det erstatningsrettslige grunnlaget, som forarbeidene peker på, blitt påberopt i en eneste dom i sjøfartsforhold. Dette kan enten skyldes den generelle usikkerheten som er knyttet til eksistensen av et slikt erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag i norsk rett, eller fordi det ikke oppfattes som et stort problem i praksis at befrakter mangler beføyelser mot bortfrakter for å oppnå oppfyllelse av certepartier. Det kan likevel ikke utelukkes at manglende debatt skyldes manglende bevissthet om temaet. En mulig forklaring er at certepartivister normalt blir løst ved voldgift, slik at denne type spørsmål heller ikke nødvendigvis blir offentlig kjent. Mye kan også tyde på at dette er en diskusjon som er blitt glemt, eller som man på et tidspunkt har sett seg lei på. Siden 1976 ser det i alle fall ut til å ha vært ganske stille rundt problemsstillingen. Etter min mening fortjener temaet å bli tatt stilling til på nytt. Det er særlig den senere samfunnsutviklingen, rettsutviklingen og rettstilstanden i andre land som gjør at det er behov for en ny debatt. I det følgende punktet drøftes om reglene for certepartier bør endres slik at de kommer på linje med hovedreglene i norsk formuerett.

4 Er hovedreglene i norsk formuerett egnet til å løse certepartiets særutfordringer?

4.1 Certepartiets særtrekk og tilhørende reguleringsutfordringer

Som antydnet innledningsvis, er sjørettslige leie- og befrakningsavtaler en svært uensartet gruppe avtaler. Det er tale om avtaler som kan være både sammensatte og komplekse. Spekteret går helt fra de enkle avtalene om transport av gods fra et bestemmelsessted til et annet, til kompliserte og sammensatte tjenester som inngår som et ledd i store prosjekter. Av og til har en avtale store innslag av tjenesteforpliktelser, mens andre avtaler har mer til felles med klassisk tingsleie. Enkelte avtaler slutes hurtig ved bruk av skipsmevlere. Andre typer avtaler tar det lang tid å fremforhandle og avtalemotpart velges med omhu. I sistnevnte tilfeller er skipets egenskaper og rederiets kompetanse essensielt, mens dette blir mindre viktig i førstnevnte avtaletype. For enkelte avtaler kan det være svært enkelt å finne alternativ tonnasje, mens for andre typer spesialskip kan det være tilnærmet umulig. Det er derfor ganske ulike typer interesser knyttet til ulike typer certepartier. Det er derfor ikke så enkelt å skulle lage felles regler for hele dette spekteret av avtaler. Etersom kjøp, salg og pantssettelse av skip foregår hyppig *må* man likevel ha et rettighetsregister for skip. Man får da opp det krevende og prinsipielle spørsmålet om hvordan avtaler som knytter seg til *bruken* av registrerte skip skal forholde seg til registrerte rettigheter. Det kan være krevende å plassere avtalene i en klar rettslig kategori med tilhørende regelsett. Eksempelvis vil det være helt naturlig å anse en *ren* leieavtale for et skip som en rettighet i et *individuellt bestemt formuesgode*. Ved såkalte tidscertepartier og andre certepartityper som knytter seg til spesialskip kan det være mer uklart om man står overfor rettigheter som rammes av kollisjonsreglene. For de klassiske transportavtalene, som gjerne inneholder substitusjonsklausuler, er det derimot temmelig klart at man *ikke* står overfor en rettighetskonflikt i *samme* individuellt bestemte formuesgode. Certepartiene slutes som regel på standardvilkår som gir et signal om hvilken avtaletype man står overfor. Avtalene inneholder likevel ofte såkalte «riders», som er klausuler som modererer standardkontrakten. Man kan derfor ende opp med individuelt tilpassede avtaler som ikke alltid er enkle å plassere i en rettslig kategori. På grunn av disse karaktertrekkene får man retts tekniske vanskeligheter knyttet til reguleringen. Dersom man lar samme regler gjelde for alle avtaletypene blir reglene oversiktlige og enkle. Man risikerer likevel at man får regler som ikke passer for enkelte typer avtaler. Velger man å lage enkeltregler for hver avtaletype, får man vanskelige grensdragningsspørsmål som også kan være vanskelige både for registreringsmyndigheter og for kontrahentene å overskue. Sjø-

lovkomiteen valgte å innføre regler som var oversiktlige og enkle, fremfor regler som var spesialtilpasset enkelte certepartityper. De valgte å oppnå dette målet ved å *utelukke* registreringsvern for samtlige av avtaletypene, samt å komme med *de lege ferenda* uttalelser om retten til naturaloppfyllelse. En tilsvarende *enkel* og *oversiktig* regulering ville man også kunne ha fått dersom man anla motsatt utgangspunkt og tillot registreringsadgang for samtlige avtaletyper, samt lot hovedreglene om naturaloppfyllelse også gjelde slike avtaler. I det følgende vil jeg derfor drøfte om særløsningen i sjøloven er heldig sett i forhold til grunnprinsippene i norsk privatrett, reguleringen av sammenlignbare avtaler og problemer, samfunnsutviklingen og rettsutviklingen, samt den grad av tredjepartsbeskyttelse som certepartier nyter i fremmed rett.

4.2 Registreringsforbudets forhold til grunnprinsippene i norsk privatrett

I sjølovens forarbeider og litteratur vedkjennes det at den valgte løsningen ville gi bortfrakter en *de facto* kanselleringsrett mot erstatningsplikt. Dette strider etter mitt syn mot de alminnelige grunnprinsippene i norsk privatrett. Dette gjelder særlig prinsippet om at «avtaler skal holdes», men også kollisjonsprinsippet «først i tid, best i rett». Som nevnt innledningsvis må en avtale kunne naturaloppfylles for å kunne kreve midlertidig sikring i form av en midlertidig forføyning, jf. tvl. 32–1 (3). Dette skyldes at man etter tvisteloven må ha et krav som går ut på noe annet enn penger.⁶⁹ Dette vilkåret er blitt tolket slik at man må kunne få kravet tvangsfullbyrdet ved dom.⁷⁰ Ved å utelukke naturaloppfyllelse fratas befrakter en viktig og effektiv beskyttelse mot antasert mislighold dersom debitor har inngått en kolliderende avtale med en tredjepart om bruken av skipet.⁷¹ Dette vil i noen tilfeller ikke innebære annet enn at partene ikke har mulighet til å få midlertidig avklart en tvist rundt konkrete avtaleforpliktelser, men heller må innstille seg på en kostbar rettsforhandling i etterkant. Mer problematisk er at manglende virkemidler for tvangsfullbyrdelse av kontraktytelsen også potensielt gir bortfrakter incentiver til bevisst å bryte avtalen mot å betale erstatning til befrakter. I et så konjunkturavhengig marked som shippingmarkedet vil dette fort kunne lønne seg. Slike incentiver kunne ha blitt eliminert ved at man fulgte hovedregelen om naturaloppfyllelse og derved ga adgang til midlertidig forføyning. Brudd på en midlertidig forføyning er nemlig straffesanksjonert, og straffebudene retter seg både mot debitor

⁶⁹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

⁷⁰ Bestemmelsen svarer til den gamle bestemmelsen i tvangsfullbyrdelsesloven § 15–1. Se Falkanger m.fl., *Tvangsfullbyrdelsesloven*, Bind II, 2. utg., Oslo 1995 s. 882 og ND 1988–197 som begge slår fast at et krav på naturaloppfyllelse er en forutsetning for å kunne kreve midlertidig forføyning.

Det vanlige rettsmidlet for å sikre sjørettslige krav – skipsarrest, er heller ikke tilgjengelig med mindre befrakter har et krav mot skipets *eier*, etter norsk rett. Se sjøl. §§ 91, 92 (2) d) og e) 93 (1) a-c. Det er slett ikke alltid at bortfrakter samtidig er eier av skipet. Bortfrakter kan selv ha befraktet skipet fra eier. Riktignok kan man sikre kravet ved å ta arrest i andre eiendeler, men dette er langt ifra like effektivt som den tilbakeholdsretten man har ved skipsarrest.

⁷¹ En midlertidig forføyning kan pålegge noen å foreta, unnlate eller tåle en handling, eller på at et formuesgode skal settes ut av saksøktes besittelse og tas under forvaring eller bestyrelse jf. tvisteloven § 34–3 (1). Reglene er særlig nyttige for å hindre at debitor forføyer over kontraktsgjenstanden på en måte som gjør senere oppfyllelse umulig, f.eks. dersom debitor foretar en dobbeltdisposisjon som leder til ekstinkt godtroerverv fra tredjeparts side. Hadde reglene vært anvendbare på certepartier, så kunne f.eks. en bortfrakter blitt pålagt å gi en bareboat-befrakter besittelse over skipet, eller en tidsbefrakter den kommersielle disposisjonsrett over skipet. Den ville også kunne gå ut på et forbud, slik som at bortfrakter forbyr å disponere rettslig eller fysisk over skipet i strid med certepartiet. En midlertidig forføyning vil også kunne rettes mot en konkurrerende befrakter eller kjøper, forutsatt at befrakter faktisk har et slikt underliggende krav på noe annet enn penger fra vedkommende. Hvilke «tingsrettslige» løsninger man har, kan derfor bli avgjørende. En konkurrerende befrakter ville da eksempelvis kunne bli pålagt å ikke ta over besittelsen eller disposisjonsretten av skipet. Se Hans Flock, *Midlertidig sikring. Arrest og midlertidig forføyning*, Oslo 2011 s. 133 med eksempler fra rettspraksis på tilsvarende problemstillinger i leieforhold. Se også ND-1988-197. I denne saken hadde kjennelsen gått ut på at «[saksøkte] forbyr å utøve faktisk eller rettslig råderett over [skipet] i strid med Deed of Charter datert (...)» Midlertidig sikring er med andre ord et effektivt virkemiddel mot dobbeltbefraktning eller dobbeltsuksesjon, men er selvsagt ingen garanti for *riktig* kontraktoppfyllelse av hele avtalen. Midlertidig sikring innebærer kun en foreløpig prøving av kravet, og kommer med en risiko for å bli objektivt erstatningsansvarlig for motpartens tap, dersom det ved en senere dom blir slått fast at det underliggende kravet ikke eksisterte.

og eventuelle tredjeparter som forsettlig eller grovt uaktsomt medvirker til debitors brudd på forbudet ved å ta imot oppfyllelse fra debitor.⁷²

Dette resonnementet kan til en viss grad underbygges ved hjelp av rettsøkonomisk teori. Her finnes det en lære som kalles «efficient breach of contract».⁷³ Egentlig er det en teori myntet på topartsforhold, og som gjelder spørsmålet om når det er fornuftig å ha regler som gir debitor en rett til å slippe å oppfylle kontrakten in natura, men i stedet gi kreditor full erstatning. Svaret er naturlig nok at dette vil gi mening dersom kostnadene ved oppfyllelse langt overstiger den nytte som kreditor har ved avtalen, og kreditor vil være like godt tjent med erstatning. Man sier da at løsningen er Pareto-effektiv, som innebærer at alle parter enten er like godt eller bedre stilt enn den opprinnelige situasjonen.⁷⁴ Slik brukes kontraktsretten på en måte som ikke fører til unødig ressursforspillelse. Denne løsningen stemmer overens med de unntaksregler man typisk har for naturaloppfyllelse. Teorien om *efficient breach of contract* har likevel, særlig i USA, også blitt brukt som et argument mot et naturaloppfyllelseskrav og tredjepartsansvar i tredjepartskonflikter. Noen forfattere har argumentert med at debitor bør slippe å oppfylle en kontrakt *in natura* dersom han kan oppnå et langt høyere vederlag ved å inngå kontrakt med en tredjepart. Det har også blitt argumentert mot regler om tredjeparts erstatningsansvar, ettersom det vil være å innføre sanksjoner mot den antatte effektive løsning.⁷⁵ En slik løsning følger et annet mål for effektivitet enn Pareto optimalitet, ofte kalt Kaldor-Hicks-kriteriet.⁷⁶ Dette effektivitetsmålet innebærer at en løsning er optimal dersom den samlede nytten overstiger kostnadene, selv om det også betyr at én av partene stilles i en dårligere økonomisk situasjon enn før. Valget mellom disse to effektivitetsmålene bringer med seg visse verdimesse valg, og fra et juridisk ståsted kan man innvende at særlig Kaldor-Hicks-effektivitet ikke tar i betraktning at bevisst kontraktsbrudd blir regnet som rettsstridig dersom kontraktsbrudd skjer utelukkende for egen vinning. Det strider mot det mest grunnleggende kontraktsrettslige prinsippet av dem alle, nemlig *pacta sunt servanda*. Av denne grunn har heller ikke de økonomiske teoriene fått gjennomslag i regelverket. På samme måte som England, har også USA erstatningsregler rettet mot tredjeparter som forstyrrer oppfyllelsen av fremmede kontraktsforhold. Flere forfattere av rettsøkonomisk teori har også kritisert bruken av teorien om *efficient breach of contract* på tredjepartssituasjonene. Man kan innvende at en slik regel slett ikke vil være «effektiv» dersom man tar i betraktning andre parametre enn prisen som partene tillegger kontrakten. Det å åpne for «efficient breach» ville nemlig innebære at man ikke kan stole på inngåtte kontrakter. Dette vil på sin side ha virkninger for investeringsvilje, innovasjon og andre viktige mål på samfunnsmessig effektivitet. Etter mitt syn vil mye av den samme kritikken som er blitt fremført mot teorien om *efficient breach of contract* kunne fremføres mot løsningen i sjøloven.

Som vi har sett, uttalte Sjølovkomiteen at befrakter skulle kunne oppnå et erstatningskrav mot tredjeparter som hadde handlet med grov skyld. Falkanger antydde at reglens innhold trolig måtte være at tredjepart ble ansvarlig for utilbørlig å forlede eller tilskynde bortfrakter til kontraktsbrudd. Slike «erstatningsregler» har, i motsetning til i England og Tyskland, en høyst uavklart stilling i norsk rett.⁷⁷ Løsningen har aldri vært prøvd av de alminnelige domstolene, og det finnes ikke klare og praktikable vilkår for hvor de nærmere grensene går for en slik «erstatningsplikt». Dessuten kan nøyaktig de samme innvendinger gjøres mot en slik form for tredjepartsbeskyttelse som ved risikoen for å måtte respektere avtalen på andre måter. Ved å la et uavklart erstatningsansvar mot tredjepart være løsningen, har man med andre ord ikke gitt aktørene større forutberegnelighet, men har introdusert et *nytt* usikkerhetsmoment.

4.3 Reguleringen av sammenlignbare avtaler og løsningen på tilsvarende tredjepartsspørsmål

En god pekepinn på hvorvidt det er gode grunner for en særregulering for certepartiers tredjepartsbeskyttelse fås ved å sammenligne reglene som gjelder for andre tilsvarende avtaler. Leieavtaler for *ting eller fast eiendom* er avtaler som normalt alltid kan tvangsfullbyrdes ved at utleier dømmes til å gi leietaker besittelsen. Leieavtaler som kan registreres, slik som for fast eiendom, får rettsvern overfor senere kjøpere dersom avtalen er registrert. Også dersom avtalen *ikke* er registrert, oppnår man en begrenset tredjepartsbeskyttelse dersom leieobjektet er tiltrådt, jf. tinglysningsloven § 22 (1) nr. 3. En uregistrert leieavtale har også beskyttelse mot tredjeparter med *kunnskap* om avtalen, eller som burde ha kunnskap om avtalen, jf. § 21 (1).

Også for *tjenestekontrakter* er hovedregelen at man kan kreve naturaloppfyllelse. Det ser eksempelvis ut til å være herskende lære at entreprisekontrakter kan kreves gjennomført in natura, til tross for at

⁷² Se lov 20. mai 2005 om straff §§ 403 og 410 (2). En forutsetning for straffeansvar for tredjepart er likevel at han har brukt «utilbørlige midler» for å oppnå oppfyllelse av skyldneren.

⁷³ Se eksempelvis Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8 utg., New York, NY 2011 s. 151. Daniel Friedmann, «The Efficient Breach Fallacy», *The Journal of Legal Studies*, 1989 vol. 18, nr. 1 s. 1–24. DOI: <https://doi.org/10.1086/468138>

⁷⁴ Robert Cooter og Thomas Ulen, *Law & Economics*, 6. utg., Boston, Mass. 2012 s. 14.

⁷⁵ For en oversikt over de ulike standpunktene, se Avery Katz, «Virtue Ethics and Efficient Breach», *Suffolk University Law Review*, 2011–2012 s. 777–798. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1845703>

⁷⁶ Cooter og Ulen (2012) s. 42; Katz (2011–2012) s. 780 note 11.

⁷⁷ Se pkt. 4.5 nedenfor.

disse inneholder betydelige elementer av tjenesteytelser.⁷⁸ Også f.eks. håndverkertjenester kan i prinsippet kreves oppfylt *in natura*, jf. håndverkertjenesteloven § 14.⁷⁹ Det er kun overfor «strengt personlige» tjenesteytelser det finnes unntak. Jeg finner det kunstig å sammenligne oppfyllelsen av certepartier med de unntakene man har for kunstneroppdrag, advokatoppdrag eller lignende, ettersom hensynet til den individuelle handlefrihet ikke spiller inn for spørsmålet om certepartier skal kunne naturaloppfylles.

På grunn av innslag av tjenesteforpliktelse hefter det likevel en usikkerhet ved certepartiens stilling i forhold til reglene om kollisjonsvern. Det er kun ved enkelte certepartier det kan oppstå rettighetskollisjoner i én og samme «gjenstand». Andre certepartier vil etter sitt innhold og natur kun være en tjenesteforpliktelse for bortfrakter, og ikke en avtale som skal «hefte ved» skipet.⁸⁰ Etter herskende lære ser det ut til at man har slått seg til ro med at norsk rett ikke følger et prinsipp om *numerus clausus*.⁸¹ Det må vel bety at det blir opp til partene å bestemme om avtalen de inngår faktisk er av en slik natur at den skal følge kontraktsgjenstanden også dersom den selges, eller om det kun er en forpliktelse som påhviler debitor. Den samme problematikken har man også ved fast eiendom, og formuleringen i tinglysningsloven § 12 er ment å løse nettopp denne problemstillingen: For å kunne registreres må avtalen ha den faste eiendommen «som gjenstand».⁸² Et tilsvarende kategorisk unntak som i sjøloven § 20 (1), andre setning finnes ikke for fast eiendom. Et slikt unntak finnes heller ikke i andre sammenlignbare regelverk. Det er eksempelvis ikke et tilsvarende registreringsforbud for charteravtaler vedrørende luftfartøy etter luftfartsloven § 3-22.⁸³ I forarbeidene til luftfartsloven fremgår det at man ikke fant grunn til å lage et tilsvarende unntak for luftfartøy, til tross for at man også her blir stilt overfor lignende tredjepartsproblematikk.⁸⁴ I forarbeidene viste man til diskusjonen i sjøloven, men uttalte:

Nærværende utvalg bemerker at det som er mest praktisk, er registrering av leieavtaler; det forekommer hyppig. Man kan imidlertid ikke se noen grunn til å utelukke frakt- eller charteravtaler fra registrering, og peker i den forbindelse på at det er en flytende overgang mellom leie og charter og også mellom de forskjellige slags frakt- eller charteravtaler.⁸⁵

En charteravtale eller en fraktavtale for luftfartøy vil på samme måte som for skip reise vanskelige tredjepartsproblemer, og det vil være uklart om slike avtaler nyter «tingsrettslig» vern. Likevel kan slike avtaler oppnå registreringsvern. I obligasjonsrettslig litteratur har man ikke argumentert med at man ikke kan tvangsfullbyrde *slike* avtaler, og det er vanskelig å se hvorfor disse rettighetstypene skal behandles ulikt. Det er også verdt å merke seg at Luftfartslovutvalget kom til motsatt slutning angående vanskelighetene ved å skille leieavtaler fra frakt- eller charteravtaler i luftfartsloven: Luftfartslovutvalget åpnet for at *alle* avtaletypene kan registreres. Det vil da bli opp til partene å avgjøre om det er hensiktsmessig å tinglyse avtalen.

Det finnes også eksempler på andre typer rettigheter tilknyttet skip som skaper en lignende uforutsigbarhet på grunn av kollisjonsvern. Et eksempel er kjøpsopsjoner for skip. Det vil alltid knytte seg usikkerhet til hvorvidt en slik opsjon vil bli utøvd. Likevel kan opsjoner registreres og derved oppnå beskyttelse overfor senere kjøpere av skipet, som vil måtte risikere å måtte innfri denne forpliktelsen. Slike opsjoner er til og med ofte å finne i bareboat-certepartier.⁸⁶

Lignende problematikk oppstår også for registrerte kjøpsavtaler. Før lovendringen i 1972 var det ikke adgang til å registrere slike avtaler for skip overhodet, mens det motsatte var antatt for leieavtaler

⁷⁸ Hagstrøm (2011) s. 380 med videre henvisninger til rettspraksis.

⁷⁹ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere.

⁸⁰ Se note 5 om de ulike certepartiformene.

⁸¹ Se ovenfor i pkt. 2.2.

⁸² Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing.

⁸³ Lov 11. juni 1935 nr. 101 om luftfart.

⁸⁴ NOU 1991:18 Revisjon av luftfartsloven s. 26 (kommentar til § 3–22).

⁸⁵ NOU 1991:18 Revisjon av luftfartsloven s. 26. Luftfartslovutvalget viste riktignok til at Peter Lødrup i sin bok *Luftrett* fra 1962 hadde antatt at fraktavtaler eller charteravtaler ikke kunne registreres i medhold av luftfartsloven, men at det var adgang til å registrere leieavtaler.

⁸⁶ Slike kontrakter inngår ofte som et ledd i en finansieringsstruktur hvor skipet i sin tid har blitt solgt og deretter leies tilbake fra kjøperen («sale-leaseback»). Tanken er ofte at bareboat-befrakter skal bli eier igjen på sikt.

og langtidscertepartier for skip. Dette vil vel si at før 1972 ville løsningen på tredjepartskonflikten være helt motsatt, ved at et registrert certeparti vant frem overfor en kjøpsavtale. Det er vanskelig å se hvorfor situasjonen plutselig skal bli motsatt, uten en grundig debatt rundt hvorfor fremtidige kjøpsavtaler fortjener sterkere vern enn leieavtalene. Når et av formålene med revisjonen i 1972 var å bringe skipsregistreringsreglene i tråd med tinglysingsreglene, burde det etter min mening gjelde *samlige* aspekter ved tinglysingsreglene.

Etter mitt syn ville det ikke være forbundet med store vanskeligheter å la grunnprinsippene fra andre rettighetsregistre også gjelde for certepartier. Dersom man sløyfet registreringsforbudet i § 20 (1) andre setning, vil konsekvensen, så langt jeg kan forstå, bli at samtlige tredjepartskonflikter løses i tråd med registreringssystemet. Registreringstidspunktet vil da løse rettighetskonflikten mellom registrerte rettigheter, jf. sjøloven § 23 (2), og preferanseprinsippet vil gjelde for konflikter mellom registrerte og ikke registrerte rettigheter, jf. sjøloven § 23 (1). Ond tro-unntaket i sjøloven § 24 (1) vil gjelde for alle *registrerbare* rettigheter. Sjøloven § 20 (1) første setning inneholder allerede et tilsvarende vilkår som i tinglysingsloven § 12 om at rettigheten må ha skipet til gjenstand for å kunne registreres. På denne måten fanger man opp de tilfellene hvor en faktisk rettighetskollisjon om bruken av skipet kan tenkes å oppstå. Argumentet om at det blir vanskelig å løse tredjepartskonflikter og at man av denne grunn ikke burde kunne kreve naturaloppfyllelse faller da samtidig bort, og man eliminerer de vanskelige tredjepartsspørsmålene som er oppstått i kjølvannet av sjøloven § 20 (1) andre setning. En konkurrerende befrakter, potensiell kjøper eller panthaver kan da slå seg til ro med at han kun må respektere avtaler som er registrert, eller som han allerede kjenner til er uforenelig med egen avtale. Sjøloven § 24 (1) slår riktignok fast at tredjepart også skal respektere rettigheter han «burde kjenne til». Ønsker man, som antatt i forarbeidene, å eliminere tredjeparters undersøkelsesplikt, er det mulig å få til ved å legge til grunn en strengere tolkning av sjøloven § 24 (1) slik at bestemmelsen praktiseres slik at det ikke pålegges markedsaktørene en aktiv undersøkelsesplikt når det gjelder certepartiavtaler. Det er etter mitt syn langt bedre at diskusjonen om hvilke avtaler tredjepart må respektere utformes i praksis rundt et slikt kjent lovvilkår, enn at det overlates til alminnelig erstatningsrett. *Slik* oppnås etter mitt syn den nødvendige forutberegnelighet.

4.4 Rettsutviklingen og samfunnsutviklingen

Før reformen i 1972 var det utvilsomt adgang til å få dom på naturaloppfyllelse for bareboat-certepartier. Begrunnelsen for å la registreringsforbudet og det antatte naturaloppfyllelsesforbudet også omfatte bareboat-certepartier var først og fremst at det ville være en retsteknisk enkel regel, fordi det i enkelte tilfeller kan være vanskelig å avgjøre om en avtale er et bareboat-certeparti eller et tidscerteparti. Vi har allerede sett at man har fraveket naturaloppfyllelsesforbudet i en lagmannsrettskjennelse fra 1988.⁸⁷ Den retstekniske innvendingen taper etter mitt syn enda mer vekt når man nå vurderer å åpne for bareboat-registrering i de norske skipsregistrene. Et slikt forslag hviler jo på den presumsjon at det er *mulig* for registermyndighetene å skille mellom bareboat-certepartier og andre former for certepartier, og man vil vel måtte utarbeide nærmere kriterier for dette. I dag er standardkontrakter, slik som BIMCOs standardkontrakt «Barecon» blitt vanlig, og det er opplagt at vi i dag har registermyndigheter med en helt annen kompetanse på sjørettskontrakter enn det som var tilfellet på 1970-tallet, hvor skipsregisteret ble ført ved samme kontor som tinglysingsregisteret, og ikke var sentralisert.⁸⁸ Vanskelighetene med å skille bareboat-certepartier fra andre certepartier er heller ikke identifisert som en utfordring hverken i høringsnotatet eller proposisjonen som ligger til grunn for forslaget om å åpne for bareboat-registrering inn og ut av NOR og NIS.⁸⁹

I 1962 var også registrering av certepartier tema på den internasjonale konferansen til Comité Maritime International (CMI) i Athen. Det fremgår av protokollen for konferansen at generalforsamlingen drøftet en rapport fra en arbeidsgruppe ledet av den svenske sjørettsjuristen

⁸⁷ Se pkt. 3.3.

⁸⁸ Thor Falkanger, *Norsk Lovkommentar: Sjøloven*, note 12, Rettsdata.no (lest 8. november 2019).

⁸⁹ Høringsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet om forslag om endring av lov av 24. juni 1994 nr. 39 om Sjøfarten (Sjøloven) og Lov av 12. juni 1987 nr. 48 om norsk internasjonalt skipsregister (NIS-loven), datert 5. desember 2017; Prop. 32 L (2019-2020). Endringer i sjøloven og NIS-loven (bareboat-registrering og overtredelsesgebyr). Tilråding fra Nærings- og fiskeridepartementet 6. desember 2019, godkjent i statsråd samme dag.

Kaj Pineus og President i CMI, Francesco Berlingieri.⁹⁰ Arbeidsgruppen var nedsatt med sikte på forslag om en mulig fremtidig konvensjon om registrering av certepartier. Komiteen hadde foreslått at *alle* typer certepartier burde kunne registreres. Begrunnelsen var også her at det var vanskelig å skille leieavtaler fra andre typer certepartier.⁹¹ Komiteen foreslo at virkningen av registrering burde være at certepartiet var ansett brakt til tredjeparts kunnskap, samt at certepartiet ville overleve både frivillig salg og tvangssalg dersom det var registrert først.⁹² Uregistrerte certepartier hadde derimot ikke tredjepartsbeskyttelse mot registrerte rettigheter. Når det gjaldt certepartiets stilling i konkurs, kom man derimot til at det ikke var et spørsmål som var modent for internasjonal harmonisering. Ifølge Sjur Brækhus, som var en av deltakerne på konferansen, vant forslaget liten tilslutning, og det ble aldri utformet noe forslag til konvensjon.⁹³ Komiteforslaget viser likevel at registreringsforbudet i sjøloven § 20 var alt annet enn selvsagt selv da det ble vedtatt, og at den mest nærliggende løsningen på de rettsstekniske utfordringene ble ansett å være å *ikke* oppstille et registreringsforbud.

Et av argumentene Sjølovkomiteen trakk frem til støtte for naturaloppfyllelsesforbudet var at motsatt løsning ville innebære en betydelig usikkerhet for alle som er interessert i å befrakte eller kjøpe skip. Det ville være vanskelig for aktørene å avgjøre om et certeparti de hadde kunnskap om kunne påstås bortfalt eller kansellert. Dette ville være særlig uheldig i shippingforhold fordi kontrahering skjer meget hurtig.⁹⁴ Etter mitt syn kan man ikke lenger med samme tyngde argumentere med at det vil være et hinder for omsetningen av skip å tillate registrering av certepartier.⁹⁵ Det er først og fremst de tradisjonelle befrakningsavtalene som slutes hurtig og ved bruk av skipsmeglere. For spesialskip i offshore-industrien og for langvarige slutninger vil det finne sted en alminnelig forhandlingsprosess som kan gå over lang tid, mye tilsvarende en entreprisekontrakt. Det er heller ikke lenger forbundet med tidsintensive undersøkelser å få på det rene hvilke heftelser som finnes på skip. De to norske skipsregistrene er digitalt tilgjengelige og søkbare uten kostnader. Det tar ikke mer enn et halvt minutt å få svar på hvilke heftelser som finnes på et norsk skip. Innvendingen om at det vil være vanskelig å få på det rene om en registrert avtale faktisk er en avtale som må respekteres, gjelder dessuten i like stor grad for *samtlige* kontrakter som kan tinglyses i rettighetsregistre. Den beste måten å bli kvitt slik usikkerhet på, er etter min mening nettopp en registreringsadgang, ettersom man da i alle fall vil få beskjed om at det er tale om en kontrakt som må respekteres, og ellers kan ses bort ifra. Dessuten kan usikkerhetsargumentet likeså godt snus på hodet: Manglende adgang til naturaloppfyllelse og registrering vil medføre betydelig usikkerhet for alle som *har* befraktet skip. I dagens maritime industri kan certepartier spille en nøkkelrolle som ledd i større utbygnings- eller vedlikeholdsprosjekter med så store økonomiske ringvirkninger at et erstatningskrav mot et rederi vil være en fattig trøst. Det er da opplagt at det vil være av langt større verdi å faktisk kunne fastholde avtalen og fremtvinge oppfyllelse, særlig ved midlertidig forføyning. Dette kan gjøres ved at det nedlegges forbud mot at det handles i strid med certepartiet, men det forutsetter at kreditor gis et materielt krav på naturaloppfyllelse. Er de praktiske betenkelighetene for store, vil igjen de anerkjente unntakene fra naturaloppfyllelsesplikten kunne komme til unnsetning. Dette gjelder både unntaket for fysisk eller juridisk umulighet og uforholdsmessighet.

4.5 Andre lands regulering av certepartiets tredjepartsvern

En siste vesentlige faktor i vurderingen av den norske legislative løsningen vil være hvorvidt løsningen i sjøloven stiller befraktere i en svakere rettslig posisjon enn i sammenlignbare land. Denne faktoren er av særlig betydning fordi shippingbransjen er internasjonal, og det er ønskelig at reglene i ulike land skal være så like som mulig. De nordiske sjølovene er også utformet på grunnlag av nordisk lovsamarbeid. I det følgende vil jeg nøye meg med en sammenligning med engelsk, tysk, dansk og svensk rett.

I *engelsk* rett er det kontraktsrettslige utgangspunktet motsatt av det norske. Man har i utgangspunktet *ikke* et kontraktsrettslig krav på «specific performance» (naturaloppfyllelse) av en avtale.⁹⁶ Erstatningsansvaret er til gjengjeld *objektivt* ved kontraktsbrudd, og ikke avhengig av skyld, slik som i norsk

⁹⁰ CMI 1962 Conference of Athens s. 250–253, tilgjengelig elektronisk: <https://comitemaritime.org/publications-documents/documents-of-interest/> (lest 19.januar 2020)

⁹¹ Conference of Athens (1962) s. 251.

⁹² Conference of Athens (1962) s. 251.

⁹³ Brækhus (1976) s. 37, fotnote 4 .

⁹⁴ Innstilling VI (1966) s. 55.

⁹⁵ Dette var et av hovedargumentene i forarbeidene og i Sjur Brækhus' artikkel fra 1976. Se pkt. 3.2 og 3.3.

⁹⁶ Se Lawson og Rudden, *The Law of Property*, 3. utg. Oxford 2002 s. 84–85 som nevner tre vilkår for «specific performance»: (1) erstatning er ikke en «adequate remedy», noe som først og fremst vil være tilfellet ved unike gjenstander; (2) det er ikke tale om en kontrakt som gjelder «personal services» (3) avtalen må være «for value».

rett.⁹⁷ Man har heller ikke noen registreringsadgang for certepartier. Men det finnes flere dommer hvor både reisecertepartier og tidscertepartier har oppnådd tredjepartsbeskyttelse i «equity» mot en tredje-part som kjente til kontrakten.⁹⁸ Det har dreid seg både om kjøpere og panthavere. Konkret har man oppnådd beskyttelse gjennom et forbud som forplikter bortfrakter og/eller tredjepart til ikke å handle i strid med certepartiet.

Hovedprejudikatet er dommen *De Mattos v. Gibson*.⁹⁹ Saken gjaldt et skip som var sluttet på reisecerteparti av eier, og som senere ble pantsatt. Etter at skipet ble skadet på reisen, ønsket panthaver å selge skipet i henhold til en «power of sale» som han hadde i kraft av panteavtalen, i stedet for å oppfylle den avtalte reisen. Befrakter søkte om en midlertidig «injunction» mot panthaver for å hindre salg av skipet. Underretten ga befrakter en injunction med følgende begrunnelse: «Reason and justice seem to prescribe that, at least as a general rule, where a man, by gift or purchase, acquires property from another, with knowledge of a previous contract, lawfully and for valuable consideration made by him with a third person, to use and employ the property for a particular purpose in a specified manner, the acquirer shall not, to the material damage of the third person, in opposition to the contract and inconsistently with it, use and employ the property in a manner not allowable to the giver or seller.» Avgjørelsen ble anket, og anken ble tatt til følge. Lord Chancellor uttalte at som panthaver med kunnskap om certepartiet var panthaver forpliktet til å «abstain from any act which would have the immediate effect of preventing its performance». Men ettersom skipet ikke var i en fysisk stand som tillot oppfyllelse av avtalen, hadde ikke panthaver aktivt grepet inn i oppfyllelsen av avtalen. Det var derfor ikke grunnlag for en injunction i dette konkrete tilfellet. I et obiter dictum fremgår det likevel at situasjonen ville være en annen dersom panthaver hadde forsøkt å selge skipet uten å nevne certepartiet, eller hadde instruert skipet til å foreta en annen reise. *De Mattos v. Gibson* har blitt fulgt opp i en rekke senere dommer. Et annet eksempel er *Lord Strathcona Steamship Co Ltd. v. Dominion Coal Co Ltd*¹⁰⁰ som gjaldt et tidscerteparti og en konflikt med ny kjøper av skipet. Kjøper nektet å fortsette å oppfylle certepartiet. Domstolen kom til at kjøper ikke hadde rett til å ignorere et certeparti om bruken av skipet som han hadde kunnskap om. Dette til tross for at domstolen ikke hadde anledning til å idømme «specific performance».

Det er også i nyere tid kommet flere dommer hvor det er blitt ilagt midlertidig forføyning eller forbud mot bortfrakter etter tidscertepartier og andre typer certepartier.¹⁰¹ Slike forbud eller midlertidige forføyninger gis likevel kun dersom erstatning ikke ville være en tilfredsstillende beføyelse.¹⁰² I tillegg til en slik tredjepartsbeskyttelse i *equity*, beskyttes kontrakter også av en godt etablert *common law*-regel som kalles *tort of inducing breach of contract*, rettet mot tredjeparter som på nærmere vilkår påvirker debitor til å bryte en inngått kontrakt, typisk gjennom selv å inngå en kolliderende kontrakt med debitor.¹⁰³ Samlet sett gis derved befrakter en god beskyttelse både mot bortfrakters bevisste kontraktsbrudd og mot tredjeparters forstyrrelse av kontraktoppfyllelsen.

Tysk rett har valgt en annen tilnærming. Det tyske skipsregisteret tillater ikke at man registrerer leieavtaler eller befrakningsavtaler. Det finnes likevel en særregel for bareboat-certepartier vedrørende registrerte skip, idet det alminnelige tyske prinsippet «Kauf bricht nicht Miete» (kjøp bryter ikke leie) i

Naturaloppfyllelse har vært gitt for certepartier med den begrunnelse at et erstatningskrav vil kunne være utilstrekkelig, og et certeparti ser ikke ut til å ha blitt betraktet som «personal services». Sml. Selvig (1962) s. 571–579.

⁹⁷ Hagstrøm (2011) s. 378.

⁹⁸ Se eksempelvis David Osborne m.fl., *The Law of Ship Mortgages*, 2. utg, London 2016 s. 309, DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315766430> med videre henvisninger; Se Coghlin, Terence og Michael Wilford. *Time Charters*, 6. utg., London 2008 avsnitt 2.77–2.78 og 4.95–4.97. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315793191>

⁹⁹ *De Mattos v. Gibson*, [1858] 4 De G. & J. 276.

¹⁰⁰ *Lord Strathcona Steamship Co Ltd. v. Dominion Coal Co Ltd* [1926] AC 108. I motsatt retning *Port Line v. Ben Line Steamers* [1958] 2 QB. Se også *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd.* [1979] Ch 548 som bekrefter *De Mattos v. Gibson*. Se også Coghlin, Terence, Wilford (2008) avsnitt 2.77. Se for øvrig omtale hos Selvig (1962) s. 576 og Falkanger (1969) s. 586–589 om de eldste dommene.

¹⁰¹ *LauritzenCool AB v. Lady Navigation Inc* [2005] EWCA Civ 579, *Associated Portland Cement Manufacturers v. Teigland Shipping A/S (The Oakworth)*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 581; *Empresa Cubana de Fletes v. Lagonisi Shipping Co. Ltd. (The Georgios C)* [1971] Lloyd's Rep 7. Man skal dessuten merke seg at det ikke er antatt at det er adgang til å kreve avtalen tvangsfullbyrdet på noen annen måte. Se *Scandinavian Trading Tanker Co AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana (The Scaptrade)* [1983] 2 A.C. 694, jf. også Coghlin, Terence, Wilford (2008) avsnitt 4.96.

¹⁰² Coghlin, Terence, Wilford (2008) avsnitt 4.97.

¹⁰³ Dette grunnlaget ble slått fast i den kjente dommen *Lumley v. Gye* [1853] 2 E & B 216, og har siden utviklet seg til en generell og mye brukt regel. Se eksempelvis Hazel Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford 2010 s. 31. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199546749.001.0001>; J. F. Clerk og W. H. B. Lindsell, *On Torts*, Thomson Reuters 2014 s. 1699. Dette grunnlaget leder likevel kun til pengeerstatning, og supplerer således equitydoktrinene.

BGB § 566 også gjøres gjeldende for registrerte havgående skip, jf. BGB § 578a.¹⁰⁴ Dette innebærer at en kjøper må tre inn i leieforholdet såfremt skipet er overtatt av befrakter under certepartiet.¹⁰⁵ Slik oppnår denne typen avtaler en begrenset rettsbeskyttelse uten registrering. Bareboat-certepartier har også en egen tvangsfullbyrdsesadgang i ZPO § 885.¹⁰⁶ Selv om tidscertepartier og reise-certepartier ikke har en tilsvarende beskyttelse, gjøres det så vidt jeg kan se ikke unntak i retten til *naturaloppfyllelse* for slike kontrakter i tysk rett. Tidscertepartier og reise-certepartier følger i utgangspunktet de alminnelige reglene i BGB om «Leistungsstörungsrecht», slik at befrakter har et materielt krav på naturaloppfyllelse etter BGB § 249. Hovedoppfatningen ser ut til å være at disse avtaletypene kan tvangsfullbyrdes etter reglene i ZPO § 888 under trussel om løpende tvangsmulkt.¹⁰⁷

I tillegg til en begrenset tredjepartsvirkning for leieavtaler og et krav på naturaloppfyllelse for certepartier generelt, har man etter tysk rett i prinsippet beskyttelse mot konkurrerende tredjeparter etter BGB § 826 og doktrinen om «Verleitung zum Vertragsbruch» som på en del punkter minner om den engelske *tort of inducing breach of contract*.¹⁰⁸ Det kan være litt kronglete å se denne sammenhengen i tysk rett, siden tysk rett bygger på ganske andre systematiske utgangspunkter enn norsk rett. Etter tysk rett er det tingsrettslige utgangspunktet at på stadiet før avtalen er oppfylt, er det et *konkurransesprinsipp* som gjelder.¹⁰⁹ Man har ikke tilsvarende kollisjonsprinsipper for dobbeltsuksesjonskonflikter som i norsk rett. Dette er en konsekvens av det såkalte abstraksjons- og deleprinsippet som ligger til grunn for tysk privatrettssystematikk. Dette betyr at en *ynge* befrakter eller kjøper i utgangspunktet kan kreve avtalen tvangsgjennomført uhindret av at de kjenner til en eldre uforenlig kontrakt. Utgangspunktet blir at den første til å *sikre* seg retten vinner frem. Den første avtalen anses ikke som en juridisk hindring på samme måte som i norsk rett, eller i engelsk rett. På dette kontraktstadiet er det enda ikke blitt juridisk *umulig* å oppfylle kontrakt nr. 2. Velger debitor å oppfylle kontrakt nr. 2, så er den eldste kreditor likevel beskyttet av erstatningsreglene i BGB § 826. Man må da bevise at tredjepart har begått en handling som er «sittenwidrig» og som er forsettlig. I praksis har man antatt at såkalt «Verleitung zum Vertragsbruch» (tilskyndelse til kontraktsbrudd) oppfyller vilkåret. Hovedpoenget er at dette «erstatningskravet» består i *naturalrestitusjon*, jf. BGB § 249.¹¹⁰ Det vil si at skadevolder som hovedregel skal sette skadelidte i samme posisjon som om skaden ikke ville ha inntrådt. I tysk rett fingerer man i slike situasjoner at det alternative hendelsesforløpet ville ha vært at kontrakt nr. 1 ble oppfylt. Av denne grunn blir kreditor nr. 2 direkte forpliktet overfor kreditor nr. 1. Det er med andre

¹⁰⁴ Bürgerliches Gesetzbuch 18.8.1896 som revidert ved lov av 2. januar 2002.

¹⁰⁵ MüKoHGB/Sager, 3. utg. 2014, HGB § 553 Rn. 1-2 og Rolf Herber, *Seehandelsrecht: Systematische Darstellung*, 2. utg., Berlin 2016 s. 380. Om eldre tysk rett, se Falkanger (1969) s. 593–595.

¹⁰⁶ Zivilprozessordnung. In der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005.

¹⁰⁷ MüKoBGB/Busche, 8. utg. 2020, BGB § 631 Rn. 136,137; MüKoZPO/Gruber, 5. utg. 2016, ZPO § 888, Rn. 20-22. Det følger likevel av ZPO § 888 (1) at mulkten ikke kan overstige 25 000 euro. ZPO § 888 gjelder «unvertretbare Handlungen», noe som betyr at handlingen kun kan oppfylles av debitor, og ikke av en tredjepart. En forutsetning er at det ikke er likegyldig for kreditor hvem som utfører handlingen. Dreier det seg om naturaloppfyllelse av certepartier hvor det finnes dekningsstønasje, så er trolig ZPO § 887 i stedet anvendelig. Etter denne bestemmelsen får befrakter dekket kostnadene som påløper ved tredjeparts oppfyllelse. Se for øvrig omtale av tysk rett hos Selvig (1962) s. 566–568.

¹⁰⁸ Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 73 utg. 2014, BGB § 826 Rn 23; MüKoBGB/Wagner 7. utg. 2017, BGB § 826 Rn. 71–77. Om denne læren er det skrevet mange tyske doktoravhandlinger, se noen eksempler fra nyere tid: Volker Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung?* München 2010; Adrian Schopf, *Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB*, München 2013; Amelie Rauser, *Schadensersatz für vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen*, Tübingen 2017.

¹⁰⁹ Se Schopf (2013) s. 33 som siterer motivene til BGB fra 1896: «Der allgemeine, für Forderungsrechte jeden Inhalts maßgebende Grundsatz kann nur sein, dass die Entscheidung lediglich von der Erfüllung des Anspruchs abhängig gemacht wird. Ein Wettbewerb um die Erfüllung steht frei, und kein Berechtigter braucht dabei auf den anderen Rücksicht zu nehmen.»

¹¹⁰ MüKoBGB/Wagner 7. utg. 2017, BGB § 826 Rn. 75. Her fremheves eksplisitt at § 826 fyller funksjonen som de engelske unntakene om specific performance. Merk at etter BGB § 285 kan også kreditor forlange vederlaget i kontrakt nr. 2 overdratt som «subsittutt» for oppfyllelse forutsatt at det er tilstrekkelig identitet mellom kontraktsgjenstanden i begge kontrakter. Se MüKoBGB/Emmerich 8. utg. 2019, BGB § 285 Rn. 15 og 24–26. Dette kan være tvilsomt for tilfeller av dobbeltleie til forskjellige formål. Se NJW 2006, 2323.

ord godt mulig at man også i tysk rett *via erstatningsreglene* vil komme til å beskytte både tidsbefraktere og reisebefraktere mot ondetroende tredjeparter, og at konsekvensen under omstendighetene er at man må overlate disposisjonsretten til skipet. Men man må klare å påvise *mer* enn bare kunnskap om det eldre certepartiet hos tredjepart. I så måte er tysk rett strengere enn engelsk equitydoktrine. Så vidt jeg kjenner til, har ikke BGB § 826 vært anvendt på certepartitvister om kolliderende kontrakter.

I Danmark er det en registreringsordning for bruksretter til skip. Etter min forståelse omfatter dette både leieavtaler og tidscertepartier. Sjøloven § 29 oppstiller ikke en lignende begrensning som den norske sjøloven.¹¹¹ Begrunnelsen for å velge et annet system var at tidsbortfraktning forekom i stor utstrekning og ofte var av langvarig karakter. Av hensyn både til eventuelle panthavere og for å gi innehavere av slike bruksrettigheter rettsvern overfor senere erverv, fant man det riktig å åpne for slik registrering.¹¹² Registreringsadgangen blir visstnok også brukt i praksis og leder til at en kjøper blir nødt til å respektere et registrert certeparti.¹¹³ Salg av skipet kan imidlertid gi befrakter en hevingsadgang.¹¹⁴ Jeg kan ikke se at det har vært hevdet i dansk obligasjonsrettslig litteratur at certepartier ikke kan tvangsoppfylles, med mindre certepartiet faller inn under de sedvanlige unntakene for umulighet, personlige tjenesteytelser eller uforholdsmessig verdiforspillelse.¹¹⁵ Tvangsfullbyrdelse ved bruk av tvangsmulkt er imidlertid ikke vanlig i Danmark.¹¹⁶ Men unnlatesforpliktelser kan tvangsfullbyrdes ved nedleggelse av forbud. Dette, sammen med midlertidig forføyning, er formodentlig måten registreringsprioriteten håndheves på. Tredjeparts erstatningsansvar for medvirkning til kontraktsbrudd står i en noe uavklart stilling. Tendensen ser mest ut til å gå i retning av å se problemstillingen som et spørsmål om brudd på god forretningsskikk eller brudd på lojalitetsplikter.¹¹⁷

Den svenske sjøloven åpner ikke for registrering av certepartier.¹¹⁸ Loven inneholder imidlertid heller ikke et eksplisitt *forbud*, slik som i norsk rett, og det har ikke funnet sted en like omfattende prinsipiell debatt.¹¹⁹ Debtors forpliktelse til å gjøre noe, eller ikke gjøre noe, kan normalt fremtvinges ved «vite» i svensk rett, som er en type tvangsmulkt.¹²⁰ Jeg har ikke klart å finne uttalelser i svensk obligasjonsrettslig litteratur om et tilsvarende naturaloppfyllesesforbud for certepartier.¹²¹ Det ser likevel ut til å være omdiskutert i svensk rett om debitor på generelt grunnlag har adgang til å imøtekomme et naturaloppfylleseskrav med et tilbud om full erstatning.¹²² Det er samtidig antatt at certepartier ikke nyter tradisjonelt tingsrettslig vern. Det har nemlig vært antatt at det ikke er mulig å opprettholde et certeparti overfor en ny kjøper, etter prinsippet «köp bryter legostämman» (kjøp bryter leie).¹²³ Det ser

¹¹¹ Lovbekendtgørelse 2018–12–17 nr. 1505 Sjølov. Sjøloven § 29 (1) lyder: «For at et dokument skal kunne registreres, må det efter sit indhold gå ud på at fastslå, stifte, forandre eller ophæve en ejendomsret, en panteret, en brugsret eller en ret, der begrænser ejerens adgang til at råde i en eller flere nærmere angivne retninger.»

¹¹² Betænkning 1955 nr. 134 angående revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. s. 41.

¹¹³ Kristina Siig, «Danish rules on securities and other protective rights in the charterparty trade – an appraisal», *Marlus* nr. 473 Simply 2015 s. 53–75, på s. 69.

¹¹⁴ Siig (2015) s. 69.

¹¹⁵ Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky (2005) s. 196–203; Bernhard Gomard; *Obligationsret* 5. utg ved Torsten Iversen, København 2016 s. 266.

¹¹⁶ Andersen og Lookofsky (2005) s. 199.

¹¹⁷ Se eksempelvis Palle Bo Madsen og Lennart Lynge Andersen, *Aftaler og mellemmand*, 6. utg., København 2012 s. 422–423.

¹¹⁸ Sjölag (1994:1009) 2. kapittel.

¹¹⁹ Se likevel Hugo Tiber, *Kreditsäkerhet i fartyg*, Stockholm 1968 s. 106–113 og Kurt Grönfors, «Ågande och brukande som kreditunderlag» i Selmer (red) *Nordisk Gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm 18. desember 1969*, Oslo 1969 s. 417–443, s. 427 flg. som sier at eldre teori også i svensk rett har antatt at man ikke kan kreve naturaloppfyllelse, og viser til litteratur i luftfartsrett og til de svenske motivene til sjølovsreformen av 1936.

Grönfors stiller seg, i likhet med Selvig, skeptisk til denne rettsoppfatningen ut i fra det synspunkt at erstatning i kontrakt ikke vil være en fullgod beskyttelse av befrakters interesser.

¹²⁰ Knut Rodhe, *Lärbok i Obligationerätt*, 6. utg., Stockholm 1986 s. 174–175. Se også Lag (1985:206) om viten.

¹²¹ Hverken Rodhe, (1986) s. 172–175 eller Ramberg og Ramberg (2016) s. 225–227 nevner et slikt unntak.

¹²² Ramberg og Ramberg (2016) s. 226 med videre henvisninger.

¹²³ Christer Rune, *Rätt till skepp*, Göteborg 1991 s. 202; Tiber (1968) s. 102. Mer moderat Grönfors (1969) s. 430–421. Grönfors viser interessant nok til tre dommer (NJA 1924 s. 329, 1925 s. 80 og 1940 s. 297) som modifiserte svensk rett for kollisjoner mellom pant i løsøre og senere kjøpsavtaler dersom kjøper har kunnskap om panteavtalen. Grönfors sier det er uklart om denne løsningen er overførbar på langtidscertepartier som kommer i

likevel ut til å være åpnet for at dette muligens stiller seg annerledes dersom kjøper har *kunnskap* om certepartiet når han inngår avtalen.¹²⁴ Dette er motsatt utgangspunkt fra tysk rett, og er heller ikke slik norsk rett tradisjonelt har løst dette spørsmålet. For fullstendighetens skyld bør det også nevnes at den svenske Högsta Domstolen i en avgjørelse fra 2005 kom til at også Sverige har et ansvarsgrunnlag om «skadeståndsansvar för en tredje man som på ett kvalificerat otillbörligt sätt ingriper i andras avtalsförhållanden, så att den ena avtalsparten vidtar avtalsstridiga åtgärder till skada för den andra avtalsparten».¹²⁵ Så langt er dette den eneste dommen fra Högsta Domstolen hvor erstatning er ilagt på dette grunnlaget. Mye kan tale for at svensk rett på mange punkter er like uavklart som norsk rett, men mitt inntrykk er likevel at man ikke like bastant har avskåret befrakters adgang til å sikre seg oppfyllelse av kontrakten eller adgangen til å oppnå rettsbeskyttelse mot ondtroende tredjeparter.

For fullstendighetens skyld nevnes at hverken UNIDROIT Principles, Draft Common Frame of Reference eller Principles of European Contract Law inneholder kategoriske unntak for andre avtaletyper enn de strengt personlige.¹²⁶

Omtalen av fremmed rett viser at norsk rett gir befrakter klart *svakest* tredjepartsbeskyttelse. Sammenlignes den samlede tredjepartsbeskyttelse i disse fire landene, så blir det tydelig at man via ulike veier overalt gir befrakter en beskyttelse mot tredjeparter i ond tro – *enten* gjennom reglene om naturaloppfyllelse og tredjepartsansvar, som i tysk og trolig svensk rett, registreringsadgang (dansk rett) eller ulovfestet erstatningsrettslig og tingsrettslig doktrine (engelsk rett). Dette vernet er riktignok av ulik *styrke* og knyttet til ulike rettslige *vilkår*, men vil samlet sett gi certepartier en god beskyttelse mot bevisst kontraktsbrudd fra bortfrakters side og mot ondtroende tredjeparter som kontraherer med bortfrakter.

5 Konklusjon og refleksjon

Slik jeg ser det, har man ved forarbeidene til sjøloven § 20 (1) og i senere litteratur skapt en kuriositet i norsk rett, som hverken er i tråd med øvrig norsk rett eller utenlandsk rett. Jeg er derfor av den oppfatning at de beste argumenter taler imot å følge den gjengse tolkningen av bestemmelsen. I likhet med Selvig, mener jeg at hovedregelen om naturaloppfyllelse bør gjelde også for slike kontrakter. Man hadde ikke dagens spesialiserte og komplekse ytelser i tankene da man uttalte at befrakter var like godt tjent med et erstatningskrav, og ikke trengte ytterligere vern mot tredjeparter. Jeg mener også at de anerkjente unntakene for naturaloppfyllelse i form av juridisk eller fysisk umulighet og unntaket for uforholdsmessig bebyrdende oppfyllelse vil gi en tilstrekkelig fleksibilitet for å avbøte potensielle problemer både med hensyn til praktiske fullbyrdselsvansker og tredjepartskonflikter.

Rettspolitisk er det også best i tråd med skandinavisk rettstenking å løse tredjepartskonflikter gjennom kollisjonsregler, fremfor gjennom erstatningsretten. Ved å bygge på erstatningskrav mot tredjepart er det innført en form for tredjepartsvern som ikke fremkommer av realregisteret, noe som skaper en uforutsigbar situasjon for alle parter, og vil kunne være konflikt- og prosesskapende. Det beste vil være å anlegge det alminnelige utgangspunktet i norsk rett også her: Såfremt det faktisk foreligger en rettighetskollisjon i samme individuelt bestemte formuesgode, så har man rettsvern mot en yngre rettighetshaver i ond tro. Kontrakter hvor dette kan tenkes å forekomme bør helst kunne registreres. Jeg vil derfor anbefale at man utreder opphevelse av registreringsforbudet i sjøloven § 20 (1). Jeg ser ikke noen klar innvending mot å gjøre som Danmark og som i luftfartsloven å tillate registrering av alle

konflikt med en kjøpsavtale. Han argumenterer likevel for at det burde være tilfellet, og viser til engelsk retts equitydoktriner og tort of inducing breach of contract.

¹²⁴ Tibergh (1968) s. 102.

¹²⁵ NJA 2005 s. 608. For omtale av dommen, se Ulf Bernitz, «Skadeståndsansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande», *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet* (2005–06) s. 627–629. For eldre litteratur om temaet, se bl.a. Ulf Bernitz, *Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande*, Stockholm 1993 s. 199–224; Jan Kleineman, *Ren Förmögenhetsskada*, ak. avhandling, Stockholm 1987 s. 235–236 med videre henvisninger. Fra nyere tid også Jan Kleineman, «Om oppkomsten av allmänna skadeståndsprinciper – exemplet contra bonos mores som et dolusprincip i svensk rätt» i *Festskrift till Stefan Lindskog*, Stockholm 2018 s. 381–399. For en oversikt over et dolusprincip i svensk rätt» i *Marlus* 2017 nr. 484 s. 145–165.

¹²⁶ Se fremstilling hos Hagström (2011) s. 377–378.

certepartitypene på samme vilkår som i tinglysingsloven § 12. Det er urealistisk at dette vil føre til at certepartier som ikke er ment å «følge» skipet vil bli registrert. Det er heller ikke sannsynlig at registreringsadgangen vil bli mye brukt, men for de virkelig verdifulle kontraktene hvor man trenger forutsigbarhet ser jeg ingen grunn til at man skal frata partene *muligheten* til å skaffe forutsigbarhet rundt kontraktsforholdet. I dagens virkelighetsbilde kan dette gjelde vel så mye et reisecerteparti og et tids-certeparti som en leieavtale. Det blir opp til partene om man vil ta seg bryet med registrering, men hvorfor skulle man nekte dem muligheten?

Opprettholder man derimot både dagens rettsoppfatning om et naturaloppfyllelsesforbud og registreringsforbudet, er situasjonen at man paradoksalt nok har mye bedre sikkerhet for oppfyllelsesinteressen om man leier en gravemaskin med eller uten gravemaskinfører, leier en parkeringsplass, eller får en håndverker på besøk, enn om man inngår avtaler om bruken av et skip. Og i de førstnevnte avtalene kan man virkelig si at man ikke *trenger* et slikt vern. Dagens løsning er valgt fordi reglene er klare og enkle å forholde seg til. Slik forutsigbarhet er en stor verdi for markedsaktører. Om man ser på helheten av tilgjengelige beføyelser, så gir likevel norsk rett befrakter en svakere rettsstilling enn andre land. Resultatet blir at det å kontrahere med en norsk reder potensielt kan innebære et risikomoment som mange befraktere muligens ikke er klar over. Selv om denne risikoen til en viss grad kan tas høyde for gjennom oppfyllelsesgarantier og kontraktsvilkår, kan det likevel stilles spørsmål ved om det er naturlig å ha en bakgrunnsrett som innebærer en forskjellsbehandling av befrakningsavtaler og andre sammenlignbare avtaler.

På et mer prinsipielt plan illustrerer analysen av certepartiets tredjepartsvern et viktig poeng. Når man sammenligner egen rett med andre lands rett, så bør hele *systemet* tas i betraktning.

Analysen gir eksempel på at det finnes en uklar grense mellom tingsrett, kontraktsrett og erstatningsrett, som hittil kanskje ikke har fått den oppmerksomheten den fortjener, og hvor de dogmatiske løsningene er vesensforskjellige fra land til land. Ved tredjepartskonflikter er den disiplinære plasseringen av problemet med andre ord særdeles preget av systematiske betraktninger og rettstradisjon. I Norden har vi valgt å ikke avklare slike grunnspørsmål ved hjelp av en sivillovbok. Det kan i mange sammenhenger være en styrke, som gjør det enklere å tilpasse systemet både til samtidens behov og til den øvrige rettsutviklingen. Men stilt overfor tredjepartsproblematikken kan dette by på utfordringer. Kontraktslovgivningen er eksempelvis i stor grad utformet på bakgrunn av et fellesnordisk lovsamarbeid. Det foreligger imidlertid flere forskjeller i rettstradisjon og doktrinell tilnærming både på erstatningsrettens og tingsrettens område, som gjør at man ikke nødvendigvis får samme resultat, bare fordi man innfører samme regel innenfor en enkeltdisiplin. Også europeiske prosjekter som Draft Common Frame of Reference (DCFR) bygger på enkelte systematiske betraktninger som ikke nødvendigvis er forenlig med den måten man tenker i Norden i gråsonen mellom tingsrett, kontraktsrett og erstatningsrett. Før man ser hen til DCFRs modellregler på enkeltområder, må det tas stilling til om reglene passer inn i nordisk rettstradisjon. En slik øvelse forutsetter imidlertid en klar bevissthet rundt egen formuerettslig systematikk. Etter min mening har det ikke vært tilstrekkelig bevissthet rundt disse grunnlagsspørsmålene i Norden. I Norge er det diskutert mye hvor skillet går mellom kontraktsrett og erstatningsrett i nyere tid. Eksemplet om certepartiets rettsbeskyttelse viser at det er på høy tid å inkludere også tingsretten i denne debatten. Det ligger etter mitt syn mer i den klassiske diskusjonen om det såkalte skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter enn det man har tatt inn over seg de siste ti-årene. Slik jeg ser det, dreide den gamle debatten seg i sin essens nettopp om hvor de nærmere grensene bør gå mellom kontraktsrett, tingsrett og erstatningsrett. Selv ikke en pragmatisk rettstradisjon slipper unna denne systemdebatten.