

Disposisjon

Til GCE Node v/ Anne Grete Ellingsen og Bjørn Saltermark
Fra Kyllingstad Kleveland Advokatfirma DA
Dato 29. september 2015
Vedrørende GCE Node Kontraktskurs

1. Kontraktens formål – dens oppgave og funksjon

1.1 Begrepsavklaring

1.2 Etablere rettigheter og forpliktelser

1.3 Allokering av risiko mellom kontraktspartene

1.4 Hvorfor kontraktsregulering?

- «Spilleregler» for samspill
- Skape forutsigbarhet – forhåndsregulere en del scenarier som kan inntreffe
- Forebygge konflikter. Konflikter er ressurskrevende og kan være ødeleggende for kundeforhold

1.5 Hva er det viktig å påse når man utarbeider kontrakter?

- Kontraktsarbeid omfatter flere disipliner
- Typisk ansvarsdelegering i kontraktsarbeid:
 - jurist-conditions of contract,
 - ingeniør – scope of work (arbeidsbeskrivelsen),
 - finans/økonomi – betalingsformat/-betingelsene,
 - prosjektstyring – leveringstidspunkt, fremdriftsplan
- Noen må ha ansvar for *helheten*. Henger reguleringene sammen på en logisk måte?
- Man må sørge for at noen med et helhetlig perspektiv forstår alle vesentlige rettigheter og forpliktelser
- Grundighet viktig med henblikk på konfliktforebygging;
 - Sørg for at *relevante scenarier* er regulert
 - Viktig at noen med god kunnskap om den ytelse som skal leveres setter seg inn i kontrakten – hva er de mest åpenbare utfordringer og er disse hensiktsmessig regulert?

- Sørg for at løsningene er *klare/entydige*
- Sørg for at løsningene er *fornuftige/rimelige* – hvis ikke kan etterlevelse likevel bli et problem
- Enhetlig terminologi gjennom hele kontrakten
- At samme tema reguleres kun én gang
- Systematikk/logikk – Skal kontrakten etterleves må den være brukervennlig

1.6 Vesentlige «rammebetingelser» for kontraktsinngåelse

1.6.1 Avtalefrihet – partene bindes av det de avtaler

- Kommersielle aktører kan i prinsippet avtale hva de vil – med noen begrensninger
 - Kontrakter er bindende, ref. Christian V Norske Lov 1687, 5-1-2 :

«Alle Contracter som frivilligen gjøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom indgange ere.»

- Svik («lureri»). Generelt redelighetsprinsipp, ref. avtalel. § 33:

Selv om en viljeserklæring ellers maatte ansees for gyldig, binder den ikke den, som har avgit den, hvis det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjældende.

- Åpenbar urimelighet. Høy terskel, ref. avtalel. § 36:

En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.

- Bristende forutsetninger

En avtale kan falle bort, eller pliktene omgjort dersom det foreligger en *relevant* *bristende forutsetning*

- Ulovligheter

En avtale, eller deler av den, kan helt eller delvis settes til side hvis den strider mot bindende lover og regler. Avtalebestemmelser som bidrar til ulovlig samarbeid er ett eksempel.

1.6.2 Bakgrunnsrett

- Hvis kontrakten ikke gir svar på et spørsmål som måtte oppstå, vil løsningen måtte søkes i bakgrunnsretten, dvs. lover, rettspraksis og derav utledede generelle rettslige prinsipper.
- Hvis løsning på en uenighet ikke finnes i lover slik som kjøpsloven, vil man måtte lete etter mer «abstrakte» rettskilder som rettspraksis (lignende saker/prinsipper) og juridiske læresetninger.
- Hvorfor avtaleregulere når det finnes omfattende bakgrunnsrett:
 - Man ønsker en *annen* regulering enn den bakgrunnsretten gir anvisning på
 - Mer praktisk/brukervennlig å samle «juridiske» avtalebestemmelser i et oversiktlig dokument, fremfor enn å falle tilbake på en mindre klart definert/meget omfattende bakgrunnsrett.

1.7 Typiske forhold som bør adresseres i en kontrakt

- Beskrivelse av arbeidet og leveransen
- Pris og betaling
- Leveringstid og leveringsmåte
- Endringshåndtering
- Rapportering og andre administrative krav
- Misligholdsbeføyelser og ansvarsbegrensninger
- Særskilte risikoallokeringer
- Eiendomsrett og bruksrett til leveransen og til immaterielle rettigheter
- Lovvalg og tvistehåndteringsmekanismer

2. Regler om avtaleslutning – stifte avtale

- Tilbud og aksept
 - Følger implisitt av avtalet. § 2:

Har den, som har tilbudt at slutte en avtale, forlangt svar inden en viss frist (akseptfrist), maa svar, som antar tilbudet (aksept), være kommet frem til ham, før fristen er ute.

- Dispositivt utsagn
 - Signatur på et dokument, muntlig bekreftelse, konkludent adferd, etc.
- Når er avtalen stiftet/inngått?
 - Avtale inngått når partene er enige om de mest sentrale forhold
 - Er avtalen signert?
 - Dilemma ved en kontraktsforhandling
 - Omforente betingelser i en forhandling medfører at kontrakten anses inngått
- Særlig om «battle of forms» - er det kundens eller leverandørens betingelser som er vedtatt og gjelder?

3. Hvem er bemyndiget til å inngå avtale på vegne av en part?

- Fullmaktsregler

- Styre, ref. aksjelovens § 6-30:

«Styret representerer selskapet utad og tegner dets firma.»

- Prokurist, jfr. Prokuralovens § 1:

«Har en næringsdrivende gitt noen en fullmakt som uttrykkelig er kalt prokura, eller på annen måte betegnet noen som sin prokurist, er denne bemyndiget til å opptre på vegne av foretaket i alt som hører til driften av dette. Prokuristen kan likevel ikke uten uttrykkelig fullmakt overdra eller behefte foretakets faste eiendom eller løsøre som kan registreres i skipsregisteret eller luftfartøyregisteret, eller opptre på dets vegne i søksmål.»

- Daglig leder, ref. aksjelovens § 6-32:

«Daglig leder representerer selskapet utad i saker som inngår i den daglige ledelse.»

- Særskilte fullmakter, ref. aksjelovens § 6-31 (1):

«Styret kan gi styremedlemmer, daglig leder eller navngitte ansatte rett til å tegne selskapets firma. Slik fullmakt kan fastsettes i vedtektene, som også kan begrense styrets myndighet til å gi rett til å tegne selskapets firma.»

- Stillingsfullmakt, ref. avtalelovens § 10, 2. ledd:

«Indtar nogen ifølge avtale med en anden en stilling, som efter lov eller sedvane medfører beføielse for ham til indenfor visse grænser at handle paa den andens vegne, ansees han at ha fuldmagt til at foreta retshandler, som falder indenfor disse grænser.»

- Betydning av at fullmakt er overskredet, jfr. aksjelovens § 6-33:

«Har noen som representerer selskapet utad etter reglene i §§ 6-30 til 6-32 ved disposisjon på selskapets vegne gått ut over sin myndighet, er disposisjonen ikke bindende for selskapet når selskapet godtgjør at medkontrahenten forsto eller burde ha forstått at myndigheten ble overskredet, og det ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldende.»

- Personkontroll – kjenner man identiteten til de som signerer?

- Utvis skjønn – forretningsrelasjon eller «inn fra gaten»

- Utvis skjønn om når formell fullmakt skal kreves:

- Kontrakter

- Kontraktsforhandlinger – omfattende apparat involvert
- Hva vil omgående kunne konstateres av konkludent adferd, ref. entreprisekontrakter

- Garantier

- Vær varsom - kan bli liggende lang tid «i skuffen» før den blir aktuell å påberope

- Høyt konfliktnivå når det blir aktuelt å påberope garanti – unngå grunnlag for formalinnsigelser
- Parent Company Guarantee er omfattende forpliktelse i store kontrakter. Daglig leders fullmakt er begrenset
- Utenlandske garantister: Notarius Publicus + legalisering/apostille

4. Tolkning av kontrakter

- Alt tolkes – ord og sammenhenger har den mening vi legger i det. Evnen til å forhåndsregulere alle tenkelige scenarioer er også begrenset. Det oppstår regelmessig situasjoner som ikke er klart regulert i kontrakten.
- Tre ulike situasjoner:
 - Kontrakten kan være tvetydig - motstridende bestemmelser.
 - Kontraktens ordlyd er uklar
 - Kontrakten er taus
- Partene – profesjonell aktør vs. forbruker
- Prinsipper for tolkning:
 - Avtalens ordlyd
 - Omstendigheter forut for avtalen
 - Partenes formål
 - Etterfølgende opptreden
 - Spesielle bestemmelser går foran generelle bestemmelser
 - Hvem burde ha uttrykt seg klarere
 - Rimelighet
 - Forholdet mellom partene
 - Forutberegnelighet
- Valg av jurisdiksjon
 - Vil kunne påvirke hvordan en avtale skal tolkes og forstås
 - Norsk rett vs. engelsk rett

5. Ansvarsregimer

5.1 Kontraktsoppfyllelse

- *Ubegrenset* ansvar for egen kontraktsoppfyllelse. Typisk levering av en gjenstand
- Irrelevant om kostnadene ved å oppfylle kontrakten blir vesentlig mye høyere enn leverandøren opprinnelig forutsatte. Høy terskel for å kunne påberope avtalelovens § 36
- Leverandøren bærer *risikoen* for kontraktsgjenstanden frem til *levering*.
- Vesentlig annet risikoregime etter levering. Kunden overtar den generelle risiko for kontraktsgjenstanden – leverandøren får et snevrere mangalsansvar.

5.2 Misligholdsansvar - ansvarsbegrensning

- Leverandøren er i utgangspunktet ansvarlig for alle påregnelige direkte tap som følger av manglende kontraktsoppfyllelse, ref. kjøpslovens § 27 for så vidt gjelder forsinkelse og § 40 for så vidt gjelder mangler:

§ 27. Erstatning.

(1) Kjøperen kan kreve erstatning for det tap han lider som følge av forsinkelse fra selgerens side. Dette gjelder likevel ikke så langt selgeren godtgjør at forsinkelsen skyldes hindring utenfor hans kontroll som han ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av.

...

(4) Reglene foran i paragrafen her omfatter ikke slikt indirekte tap som nevnt i § 67 (2). I internasjonalt kjøp omfatter reglene likevel også indirekte tap for så vidt annet ikke følger av § 70 (3).

§ 40. Erstatning.

(1) Kjøperen kan kreve erstatning for det tap han lider som følge av mangel ved tingen, for så vidt selgeren ikke godtgjør at det forhold at leveringingen er mangelfull, skyldes hindring som nevnt i § 27. Reglene ellers i §§ 27 og 28 gjelder tilsvarende.

(2) Reglene i første ledd omfatter ikke slikt indirekte tap som nevnt i § 67 (2). I internasjonalt kjøp omfatter reglene likevel også indirekte tap for så vidt annet ikke følger av § 70 (3).

§ 67. Alminnelig regel.

(1) Erstatning for kontraktbrudd fra en parts side skal svare til det tap, herunder utlegg, prisforskjell og tapt fortjeneste, som den annen part er påført ved kontraktbruddet. Dette gjelder likevel bare tap som en med rimelighet kunne ha forutsett som en mulig følge av kontraktbruddet.

(2) Som indirekte tap reknes: ...

- Det er vanlig å begrense leverandørens ansvar for, forsinkelse, mangler og indirekte tap i kontrakter.
- Forsinkelsesansvaret begrenses ofte ved at det settes en dagmulktsats og et maksimalt beløp, eksempelvis 10% av kontraktsverdien. Dagmulkter er en effektiv ansvarsbegrensning ved at det presiseres at leverandøren ikke skal ha ytterligere ansvar for forsinkelser.

5.3 Andre risikoforhold – forholdet til skadesløsholdelser

- Skadesløsholdelser kan være nødvendige for å gi effekt til avtalte ansvarsbegrensninger eller rene risikoallokeringer mellom to avtaleparter

5.4 Ansvarsbegrensning forutsetter at leverandøren gjør «så godt han kan»

- Ansvarsbegrensningen er ikke 100% ubetinget
- Hvis leverandøren holder igjen på ressursbruken for å spare penger, kan dette anses som forsettlig kontraktsbrudd. I så fall vil han ikke nyte godt av ansvarsbegrensningene – forutsetningen for disse gyldighet er at leverandøren gjør «så godt han kan»

6. Fasen etter oppfyllelse – garantiansvar, feil og mangler

- Mangler ved leveransen
- Garantier
- Krav til reklamasjon
- Beføyelser
 - Utbedring/repasasjon
 - Prisavslag
 - Erstatning
 - Suspensjon av motytelser – tilbakehold
 - Heving
- Ansvarsbegrensning
 - Beløpsbegrensninger
 - Typebegrensninger
 - «Eneste beføyelse»/«sole remedy» klausuler

7. Ulike typer avtaler

Intensjonsavtaler

- Benyttes gjerne i følgende situasjoner
- Leveranse startes uten at alle forhold i kontrakten ennå er endelig avklart
 - Andre tilfeller av delvis enighet stadfestes – intensjon om å forhandle videre
 - Prinsipielt betenkelig å starte leveranse uten at enighet er oppnådd om avtalens endelige innhold.
 - Hvis eneste utestående forbehold er sanksjonering av prosjektet, er det bedre å regulere dette gjennom en bestemmelse om avbestilling.
 - Virkningen av en intensjonsavtale, «letter of intent», «MoU» etc. kan ikke utledes av betegnelsen. Beror på en *tolkning* av innholdet.
 - Vær forsiktig med å tro at en slik avtale er «uforpliktende». Det motsatte kan fort være tilfelle.

Standardavtaler

- Standardiserte avtaler forhandlet mellom interessegrupper/partskonstellasjoner innenfor spesielle områder
 - Bruktbilkjøp

- Oppføring av eiendom/Entreprise
- Olje og gass-industrien
- Begrunnelse
 - Effektivitet/Ressursbesparende
 - Konkurransesituasjon
 - Etablert praksis skaper forutberegnelighet

Garantier (bankgarantier, morselskapsgarantier)

- En garanti er en avtale. Følger de samme prinsipper som nevnt ovenfor.
- Tolkning av garantier
 - Rettspraksis har lagt seg på en streng linje til klarhet i garantiens ordlyd.
 - Spesielt viktig dersom en tilsikter at garantier skal være en påkravsgaranti.
 - Vis eksempler fra rettspraksis.

8. Casegjennomgang

- Vi gjennomgår case/problemstillinger relevant for temaet, enten våre egne eller noen som er sendt inn av tilhørerne.
 - Gjennomgang og drøfting.

9. Oppsummering

- Allokering av risiko
- Skriftlighet
 - Ha orden i sysakene!
 - Muntlighet – i orden så lenge alt går bra
 - Telefon, møter, etc. – følg opp med e-post/brev.
 - Har kontraktsmotparten myndighet til å signere kontrakten?
 - Unngå innsigelser i fremtiden
- Avtale inngått når partene er enige om de mest sentrale forhold
 - Pris
 - Arbeidsbeskrivelse
 - Leveringssted/-tid
 - Bør en ta forbehold under kontraktsforhandlingene?
- Kontraktens ordlyd vil bli påberopt selv om man i møter / under gjennomføring var enige om å gjøre ting på en annen måte
 - Bevissituasjonen
- Dersom det oppstår en konflikt, vil de “hyggelige” menneskene du har forholdt deg til forsvinne og bli erstattet av historieløse motparter
- Klimaet mellom partene strammer seg til – posisjonering inn mot mulig tvist