

AKTUELL AVHANDLING



Jeanette Andersson¹ OMSORGSPLIKT OCH GOD SED I AVTAL OM SHIPMANAGEMENT

Inledning

I svensk rätt genomsyras en uppdragstagares prestation av omsorgsplikt. I avhandlingen ”*Omsorgsplikt och god sed i avtal om shipmanagement*” undersöks omsorgspliktens närmare innebörd och betydelse, vad omsorgsplikt syftar till och hur den kan förklaras. Syftet med undersökningen har varit att analysera och systematisera uppdragstagarens (shipmanagerns) omsorgsplikt i ett specifikt uppdragsavtal inom sjöfarten, det så kallade *shipmanagementavtalet*. Med omsorgsplikt avses:

”En allmän obligationsrättslig princip att en part i ett avtal är skyldig att visa omsorg vid uppfyllande av en förpliktelse som han har åtagit sig och att därvid i tillbörlig grad ta till vara även motpartens intressen.”²

Utgångspunkten för analysen är den allmänna bestämmelsen om shipmanagerns ansvar som återfinns i artikel 8 (a) i standardavtalet SHIPMAN 2009 (Standard Ship Management Agreement, 2009):

”The Managers undertake to use their best endeavours to provide the Management Services as agents for and on behalf of the Owners in accordance with sound ship management practice and to protect and promote the interests of the Owners in all matters relating to the provision of services hereunder.”

¹ Jeanette Andersson är juris doktor och verksam som forskare och lärare vid institutionen för juridik, psykologi och socialt arbete vid Örebro universitet.

² Prop. 1984/85:110 s. 39.

Standardavtalet är flitigt förekommande inom shipmanagement-verksamhet i den internationella sjöfarten och utgivet av Baltic and International Maritime Council (BIMCO). Shipmanagers omsorgsplikt undersöks dock i relation till en uppdragstagares allmänna omsorgsplikt i långvariga kommersiella uppdragsavtal.

Avtal om shipmanagement

Ett avtal om shipmanagement är ett uppdragsavtal i vilket en fartygsägare överlåter och uppdrar åt en shipmanager att i fartygsägarens namn och för dennes räkning sköta driften av en eller flera olika fartygsfunktioner på ett eller flera fartyg, såsom till exempel bemanningsfunktionen, den tekniska driften, den kommersiella driften (sysselsättandet av fartyget) eller försäkringsfunktionen. För detta ersätts shipmanagen av fartygsägaren vanligtvis förskottsvis med en årlig så kallad managementavgift. Det finns flera kommersiella behov och bakomliggande syften och drivkrafter för en fartygsägare att överlåta driften till en shipmanager. Bland dessa kan nämnas kostnadsreducering, behov av expertis, flexibilitet och behov av arbetskraft. Den kommersiella utgångspunkten för fartygsägaren är att driften ska skötas på ett sätt som förhindrar skada (på fartyget, annan egendom, personer, miljö) och som bidrar till effektivitet som kan möjliggöra skapande av mervärde och vinst för ägaren av fartyget. Shipmanagement har bland annat definierats som:

”The professional supply of a single or range of services by a management company separate from the vessel’s ownership in support of the primary objectives of the shipowner”.³

Uppdraget om shipmanagement är förenat med en rad risker. Fartygsdrift i sig är en riskfylld verksamhet. Shipmanagement innebär en organisatorisk strukturförändring i vilken ägar- och driftsfunktionen separeras genom att fartygsägaren genom avtal överlåter driften av fartyget eller fartygen till en shipmanager för att uppnå kostnadsreducering. Denna strukturförändring är inte okomplice-

³ Willingale, Malcolm. Ship Management, s. 13. 3 uppl., London 1998.

rad utan innebär att en rad kommersiella risker aktualiseras, i huvudsak för fartygsägaren. De risker som uppstår vid separation av ägar- och driftsfunktionen avser bland annat felaktigt val av shipmanager (som presterar med lägre standard och kvalitet än förväntat), förlust av kontroll över shipmanagern och dennes hantering av fartyget, förlust av eller otillfredsställande kontroll över kostnaderna, samt överlåtande av fel funktioner. För att hantera de nämnda riskerna finns det centrala arbetsprocesser inom shipmanagement-verksamhet som tar sikte på att säkerställa avtalets syften. Dessa är shipmanagementavtalet, budgeten, driftsrapporten och säkerhetslednings- och kvalitetssäkringssystem. Shipmanagementavtalet kan ses som en övergripande process som rättsligt ska säkerställa de övriga processerna. Processernas fokus ligger främst på shipmanagers prestation i ekonomiskt och kvalitetshänseende och syftar till att möjliggöra kontroll och styrning av verksamheten och avtalsförhållandet. De centrala arbetsprocesserna och avtalsregleringen med shipmanagers allmänna omsorgsförpliktelse och kravet på god shipmanagementsed (sound ship management practice) är centrala riskhanteringsverktyg för att hantera de kommersiella riskerna i syfte att åstadkomma effektivare fartygsdrift.

Teorier om omsorgsplikt i uppdragsavtal

I avhandlingen kartläggs och analyseras i kapitel 3 ett flertal olika teorier om en uppdragstagares omsorgsplikt. Dessa tar sikte på att förklara varför omsorg används som förpliktelse, vad en omsorgsförpliktelse kan syfta till och vad som kan uppnås genom att förplikta någon att agera med omsorg. De söker också besvara frågan om vad omsorg har för relevans, egenskaper och funktion att fylla. De teorier som behandlas är den historiska förklaringsgrunden om moral- och etikhänsyn, relationsavtalsteorin, teorin om undvikande av moralisk risk och ogynnsamt urval, Conaglen teori om en profylaktisk och subsidiär skyddsfunktion samt teorin om processinriktad interaktivitet. Därutöver undersöks hållbarhet som en alternativ förklaringsgrund till kravet på omsorg i uppdragsavtal.

Undersökningen visar att vissa teorier om omsorgsplikt, såsom den relationsavtalssteoretiska förklaringsgrunden och den om moral- och etikhänsyn, utgår från vänskap som norm för kontraktet som beskrivs som det goda avtalet där omsorgen riktas mot avtalsrelationen. Teorin om undvikande av moralisk risk och ogynnsamt urval, profylaxteorin och teorin om processinriktad interaktivitet däremot utgår snarare från avtalslöftet som norm för kontraktet som beskrivs som det kommersiella avtalet där omsorgen riktas mot avtalsresultatet. Omsorgsplikten, med dess förpliktelser, kan i dessa hänseenden således fylla en funktion som ett styrmedel mot avtalslöftet respektive avtalsrelationen.

Därutöver visar undersökningen att intresset av hållbarhet kan ses som en förklaringsgrund till omsorgsplikt och god sed i ett avtal om shipmanagement. Hållbarhetsintresset avser ekologisk och social hållbarhet med sina hänsyn till och preventiva skydd för miljön och drägliga arbetsvillkor för besättningen bland annat. Men även ekonomisk hållbarhet beaktas i det avseende att krav styr mot en ekonomisk utveckling som inte medför negativa konsekvenser för den ekologiska och sociala hållbarheten. Om fartygsdriften inte kan säkerställas i tekniskt, kvalitetsmässigt, säkerhetsmässigt, eller miljömässigt hänseende riskerar de kommersiella värdena med fartygsdriften att gå om intet. Hållbarhet utgör en förutsättning för tillförlitlig, problemfri, långsiktig och lönsam drift och är därmed högst relevant ur ett kommersiellt perspektiv. I ett avtal om shipmanagement ligger möjligen detta intresse av hållbarhet utanför parternas omedelbara ekonomiska intressen men stämmer väl överens med parternas långsiktiga gemensamma intresse av en sund och förtroendeingivande sjöfartsverksamhet. Ett stort kommersiellt värde ligger också i att uppfattas som en ansvarstagande aktör i hållbarhetens intresse. Omsorgsplikt och god shipmanagementsed kan därmed ses som ett styrmedel mot hållbarhet i det som beskrivs som det hållbara avtalet.

Omsorgsplikt

När det gäller innebörden och omfattningen av en shipmanagers omsorgsplikt undersöks följande frågor i avhandlingen: Vilken relevans och innebörd har en uppdragstagares förpliktelser att agera i enlighet med uppdraget och i uppdragsgivarens intresse, att följa uppdragsgivarens anvisningar, att utföra uppdraget med fackmässighet, att agera aktsamt vid val av kontrahent, att vårda uppdragsgivarens egendom, samt att redovisa för uppdraget?

Undersökningen visar att shipmanagers omsorgsplikt, med omsorgsnivån ”best endeavours”, är mycket sträng. Shipmanagern måste i sina ansträngningar med att planera, organisera, leda, kontrollera och koordinera tjänsterna vända på varje sten för att uppnå de avtalade budgetvärdena och resultatet. Den överordnade normen att agera i fartygsägarens intresse är kärnan i ett avtal om shipmanagements rättsliga struktur och bidrar till att avtalstypen kan förklaras vara dynamisk. Dess yttersta ramar utgörs inte av parternas överenskommelse utan av vad som kan anses utgöra och ligga inom ramen för fartygsägarens intresse. Härav följer en anpassningsskyldighet för shipmanagern och vissa skyldigheter som följer av den överordnade normen aktualiseras även efter uppdragets egentliga utförande, såsom viss vårdplikt och skyldighet att avlämna slutredovisning. Förpliktelsen att agera i fartygsägarens intresse är central och fokus bör därför riktas mot innebörden av att agera i fartygsägarens intresse. Shipmanagern har i detta avseende en skyldighet att sätta sig in i fartygsägarens behov, önskemål och prioriteringar för att kunna beakta dennes intressen och därutöver en skyldighet att informera, varna och begära anvisningar från fartygsägaren vid otydlighet, osäkerhet eller tvetydighet om vad som utgör fartygsägarens intresse. Höga krav kan också ställas på shipmanagern avseende fackmässighet vid uppdragets utförande. Detta gäller bland annat avseende shipmanagers kunskaper och skicklighet, dennes noggrannhet vid avtalsförhandlingar och upprättande av avtal, samt angivande av sakuppgifter. Fackmässighetskravet kan också innefatta en undersöknings- och kontrollplikt avseende osäkra eller tvetydiga upp-

gifter som ska ligga till grund för beslut. En omsorgsförpliktelse som är central för säkerställandet av de avtalade budgetvärdena är shipmanagens redovisningsskyldighet. I detta avseende får den tillfälliga redovisningsskyldigheten, som innebär att shipmanagen har att kontinuerligt under uppdragets utförande lämna fartygsägaren information om hur uppdraget fortlöper, störst betydelse eftersom den möjliggör korrigeringsåtgärder. Shipmanagen har att redovisa uppdraget på ett sätt som gör att fartygsägaren kan dra rimliga och korrekta slutsatser av redovisningen och tillgodogöra sig detsamma. En sådan förpliktelse har bland annat stor betydelse vid avvikelser från budgeten.

Undersökningen visar att de flesta av omsorgsförpliktelseerna kan motiveras av skyddet för avtalslöftet och fungerar som styrmedel mot de avtalade budgetvärdena. Vissa omsorgsförpliktelser, såsom vårdplikt, kravet på fackmässighet och samverkansskyldighet, kan motiveras av intresset för avtalsrelationen. Därutöver kan t.ex. vårdplikten och förpliktelsen att undvika orsakande av skada på annans egendom, person och miljö ses som ett styrmedel mot intresset för hållbarhet.

God sed

När det gäller frågan om god shipmanagementsed undersöks följande frågor i avhandlingen: hur skiljer sig shipmanagens omsorgsplikt från kravet på att iaktta god shipmanagementsed och vilka krav på omsorgsplikt och god shipmanagementsed kan ställas på shipmanagen avseende särskilda arbetsprocesser inom shipmanagementverksamhet, såsom budget-, driftsrapport- samt säkerhetslednings- och kvalitetssäkringsprocesser?

Kravet på att en uppdragstagare ska utföra uppdraget i enlighet med god sed utgör ett utflöde av uppdragstagarens omsorgsplikt. God sed är därmed en särskild omsorgsförpliktelse som emanerar från den allmänna omsorgsplikten. Den omsorg som följer av god sed riktas dock inte egentligen mot motpartens direkta intressen eller mot avtalsrelationen. Undersökningen visar istället att god sed tar sikte på omsorg om sund och förtroendeingivande affärsdrift det

vill säga ett intresse av hållbarhet. Förpliktelsen har sin förankring i branschpraxis och bestäms med utgångspunkt i affärlivets normsystem. Det innebär att vad som följer av god sed kan hämtas ur sedvana, handelsbruk eller i självreglering inom en specifik bransch. God sed är dock ett dynamiskt begrepp vilket gör att innehållet ändras över tid för att följa utvecklingen. Inom shipmanagement baseras god shipmanagementsed på säkerhetslednings- och kvalitetssäkringssystem i internationella konventioner och koder. Bland dessa kan nämnas ISM-koden⁴, ISPS-koden⁵, STCW-konventionen⁶ och Sjöarbetskonventionen. Kraven i regleringarna syftar till att åstadkomma tillförlitlig och säker fartygsdrift. Sjösäkerhetsrättsliga krav om sjövärdighetsansvar och iakttagande av gott sjömanskap kan därutöver ses som utflöden av god shipmanagementsed. Andra slutsatser i undersökningen är att god shipmanagementsed är en objektiv norm och shipmanagern behöver inte inse att ett agerande står i strid med god sed för avtalsbrott. God shipmanagementsed fyller en framåtriktad drivfunktion för utveckling av kvalitet och säkerhet och därutöver en förtroendeskapande funktion för seriös och kvalitativ fartygsdrift. Avslutningsvis fyller god shipmanagementsed en styrfunktion för hållbarhetsintresset genom krav på kvalitet och säkerhet.

Disputationen ägde rum den 4 oktober 2018 vid institutionen för juridik, psykologi och socialt arbete, Örebro universitet.

Handledare: Marie Karlsson Tuula

Opponent: Ann-Sofie Henrikson

Betygsnämnd: Johan Bärlund, Eva Lindell Frantz och Herbert Jacobsson

⁴ Internationella säkerhetsorganisationskoden för säker drift av fartyg och förhindrande av förorening.

⁵ IMO:s internationella kod för sjöfartsskydd på fartyg och i hamnanläggningar.

⁶ Standards of training, certifications and watchkeeping for seafarers.