



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Magnus Hermansson

Fullgörelse av naturaförpliktelser

-principer för fullgörelse i Sverige med ledning av förfarandet i
anglosaxiska länder

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Peter Westberg

Ämnesområde
Processrät

Termin
HT 1998

Innehåll

1	SAMMANFATTNING	5
1.1	ANGLOSAXISK RÄTT	5
1.2	SVENSK RÄTT	7
1.3	EN SYNPUNKT PÅ SVENSK RÄTT DE LEGE FERENDA	9
2	FÖRKORTNINGAR	11
3	INLEDNING	13
3.1	BAKGRUND	13
3.2	SYFTE	13
3.3	METOD OCH MATERIAL	14
3.4	AVGRÄNSNINGAR	15
3.5	DISPOSITION	15
4	ALLMÄNT OM SPECIFIC PERFORMANCE	18
4.1	INLEDNING	18
4.1.1	Law och equity	18
4.1.2	Equitable relief	19
4.1.3	Om den fortsatta framställningen	20
4.2	SKADESTÅNDETS ADEKVANS	20
4.2.1	Allmänt	20
4.2.2	Unik prestation	21
4.2.3	Kommersiellt unik prestation	22
4.2.4	Svårigheter bedöma skadeståndets storlek	23
4.3	ÖVERVAKNING AV DOMENS EFTERLEVAD	23
4.3.1	Allmänt	24
4.3.2	Oklara avtalsvillkor	25
4.3.3	Indirekt specific performance	26
4.3.4	Contempt	27
4.4	PERSONLIGA AVTALSINSLAG	28
4.4.1	Allmänt	28
4.4.2	Uppdragsgivare som svarande	29
4.4.3	Uppdragstagare som svarande	30
4.5	FÖRSVAR MOT SPECIFIC PERFORMANCE	31
4.5.1	Allmänt	31
4.5.2	Equity-maximer	32

4.5.2.1	Allmänt	32
4.5.2.2	He who comes to equity must come with clean hands	32
4.5.2.3	He who seeks equity must do equity	32
4.5.3	Unfairness	32
4.5.4	Hardship	33
4.5.5	Ömsesidighet	34
4.5.6	Mistake och misrepresentation	35
4.5.7	Omöjlighet och futilitet	35
5	AVVÄGNING	37
5.1	INLEDNING	37
5.1.1	Allmänt	37
5.1.2	Alternativa motiv	38
5.1.3	Om den fortsatta framställningen	39
5.2	PÅFÖLJDSSYSTEMETS HIERARKISKA UPPBYGGNAD	40
5.2.1	Allmänt	40
5.2.2	Tradition, hierarki och nytänkande	40
5.2.3	Närmare om adekvansbedömningen	42
5.2.3.1	Adekvanskravets berättigande	42
5.2.3.2	Det traditionella synsättet	42
5.2.3.3	Ett nytt synsätt	43
5.3	DOMINANTA PERSONLIGA AVTALSINSLAG	45
5.4	EFFICIENT BREACH	46
5.4.1	Allmänt	46
5.4.2	Antaganden	47
5.4.3	Värde-maximering	48
5.4.3.1	Värde och kostnad	48
5.4.3.2	Effektiv överenskommelse	50
5.4.3.3	Värde och kostnad sammanfaller	52
5.4.4	Kritik	52
5.4.5	Praxis	53
5.5	BALANCING THE EQUITIES	54
5.5.1	Allmänt	55
5.5.2	Om equity och moralteorier	56
5.5.3	Parternas etiska positioner	57
5.5.4	The balance of hardships	59
5.6	KOMPENSATION OCH ÖVERVAKNING	61
6	ALLMÄNNA REGLER OM FULLGÖRELSE	65
6.1	INLEDNING	65
6.1.1	Allmänt	65
6.1.2	Om den fortsatta framställningen	66
6.2	FÖRHÅLLANDE TILL ANDRA PÅFÖLJDER	66
6.2.1	Allmänt	66
6.2.2	Avhjälpan av fel och omleverans	66
6.2.3	Hävning	67
6.2.4	Skadestånd	68
6.2.4.1	Allmänt	68

6.2.4.2	Fullgörelsekravets inverkan på skadeståndsberäkningen	69
6.3	VERKSTÄLLIGHETENS INVERKAN PÅ DOMEN	70
6.4	VERKSTÄLLIGHETSFORMER	72
6.4.1	Allmänt	72
6.4.2	Föreläggande	73
6.4.2.1	Allmänt	73
6.4.2.2	Särskilt om vite	73
6.4.3	Åtgärd genom KFM:s försorg	74
6.4.4	Åtgärd genom sökandens försorg	75
6.4.5	Komparativa synpunkter	75
7	FULLGÖRELSE AV TVÅ AVTALSTYPER	77
7.1	INLEDNING	77
7.1.1	Allmänt	77
7.1.2	Om den fortsatta framställningen	78
7.2	KÖPAVTAL	79
7.2.1	Allmänt	79
7.2.2	Avtalsföremålen	81
7.2.2.1	Allmänt	81
7.2.2.2	Enskilda köpeobjekt – speciesköp	81
7.2.2.3	Leveransavtal – genusköp	82
7.2.2.4	Analogivis tillämpning	83
7.2.3	Omöjlighet	83
7.2.4	Offergränser	84
7.2.4.1	Köplagen	84
7.2.4.1.1	Allmänt	84
7.2.4.1.2	Offergränsen	85
7.2.4.2	Övriga processuella offergränser	87
7.2.5	Avtalsbrottets orsak och parternas inställningar	88
7.2.6	Efficient breach och köparens förhandlingsposition	89
7.2.7	Övervakning av domens efterlevnad	91
7.3	UPPDRAGSAVTAL	93
7.3.1	Allmänt	93
7.3.2	Tvångsmedel	94
7.3.3	Personliga och opersonliga avtal	94
7.3.4	Sakens natur – en avvägningsfråga	96
7.3.5	Övervakning av domens efterlevnad	97
7.3.6	Gränser för fullgörelse	99
7.3.6.1	Allmänt	99
7.3.6.2	Pactum turpe	100
7.3.7	Rättspraxis	100
7.3.7.1	Allmänt	100
7.3.7.2	Opersonliga avtal – NJA 1987 A 2	101
7.3.7.3	Personliga avtal	103
7.3.7.3.1	Intellektuell/konstnärlig prestation – SvJT 1957 rf s. 24	103
7.3.7.3.2	Förtroendekrävande prestation – NJA 1960 s. 63	105
7.3.7.3.3	Den fysiska integritetssfären – NJA 1975 s. 16	108
7.4	EN SVENSK PÅFÖLJD SHIERARKI?	109
7.4.1	Regel och påföljd	109
7.4.2	Primär påföljd	111
7.4.3	Kärandens valrätt	112

7.4.4	Modifierad valrätt	114
8	ABSTRACT	117
9	LITTERATURFÖRTECKNING	118
10	KÄLLFÖRTECKNING	121
10.1	Offentligt tryck	121
10.2	Annat tryck	121
10.3	Rättsfall	121

1 SAMMANFATTNING

1.1 ANGLOSAXISK RÄTT

I avsnitt 3.2 angavs att det första av två syften med detta arbete var att undersöka vilka allmänna regler som styr utfärdandet av SP i anglosaxiska rättssystem. Detta ämne var föremål för behandling i del A ovan.

Utgångspunkten i anglosaxiska länder är att utfärdandet av SP är ett undantag som är underkastat den enskilde domstolens diskretion. Inte desto mindre finns det en rikhaltig praxis i ämnet och både påföljden och dess tillämpning är relativt väldefinierade i praxis.

Den primära stötestenen som möter i ett mål om SP är *adekvanskravet*, d.v.s. frågan om skadestånd är en tillräcklig påföljd för att tillgodose kärandens behov av kompensation för svarandens avtalsbrott. Om skadestånd är tillräckligt så anses SP vara uteslutet. Adekvanskravet har blivit mycket omdebatterat i doktrinen på senare år och vissa författare hävdar att det inte längre fyller någon funktion annan än att dölja de verkliga överväganden som domstolarna gör när de väljer att neka käranden SP.

Även om skadestånd anses vara en inadekvat påföljd så är beviljandet av SP beroende av flera andra faktorer. Innehåller avtals prestationen *personliga inslag* så har det historiskt sett inneburit att domstolarna varit tveksamma till att bevilja SP. Vissa domar tyder dock på att även i sådana fall finns det en möjlighet till SP om kärandens behov av en sådan prestation är stort. Att prestationen på något sätt innehåller *svårövervakade element* kan vidare vara en orsak till att SP nekas. Praxis har dock genom åren preciserat problematiken genom att gradvis klargöra att det väsentliga är i vilken utsträckning förpliktelsen är preciserad i avtalet.

Vidare har det i praxis utvecklats vissa särskilda *försvar* som en svarande kan hävda mot kärandens krav på SP. Avgränsningen av försvarerna i särskilda grupper är doktrinens efterhandskonstruktion och i praxis är de inte särskilt klart preciserade. Två av de mest framträdande är unfairness och hardship, vilka också återfinns som komponenter i andra försvar.

Allt det ovanstående beaktas i den *avvägning* som domstolen utför för att avgöra om SP eller skadestånd är den mest riktiga påföljden i det enskilda fallet. Även om den diskretion som domarna har inom equity inte är bunden av någon särskild avvägningsmodell, så går det både i doktrin och praxis att hitta flera stycken. Gemensamt för de flesta är att det är kärandens behov av

kompensation som vägs mot svarandens typiska behov av att inte utföra en betungande prestation. Man kan även se adekvanstestet som en separat avvägningsmodell, men dess verkliga funktion är som sagt omtvistad.

Vissa faktorer väger särskilt tungt i en avvägning. Att en avtalsförpliktelse innehåller *personliga avtalsinslag* är som ovan nämnt en sådan faktor, då den ofta gör att kärandens behov av SP är irrelevant, avtalstypen genomdrivs enbart mycket sällan med hjälp av SP.

Efficient breach-modellen är mycket utvecklad i anglosaxisk doktrin som ett analysinstrument för att avgöra när SP är en önskvärd påföljd. Såsom en ekonomisk teori bygger den på ett flertal antaganden som gör den svår användbar i praktiken, utom i särskilda fall. Med hjälp av teorin kan man dock sluta sig till att det finns en motvilja att genomdriva avtal där käranden efter en dom på SP skulle erhålla en mycket stark förhandlingsposition gentemot svaranden och det därmed skulle bli mycket kostsamt för den senare att köpa sig loss från sin förpliktelse.

Balancing the equities är en annan avvägningsmodell som är en paraplybenämning för domstolens granskning av parterna ur en etisk synvinkel. Deras agerande och relativa fel till avtalsbrottet kan därvidlag få betydelse. De bördor som parterna drabbas av om SP beviljas eller ej har också betydelse genom the balance of hardships, vilket är en integrerad del av balancing the equities.

Slutligen utförs en avvägning av kärandens behov av SP gentemot de *övervakningssvårigheter* som kan uppstå. Det är typiskt sett inte svårigheter eller bördor som är hänförliga till svaranden som beaktas, utan samhällets önskan att typiskt sett minimera övervakningbehovet.

Övervakningsproblematiken är som ovan sagts idag avhängig graden av avtalsförpliktelsens precision. I de fall käranden har ett stort behov av SP skall avtalsförpliktelsen vara mycket vagt definierad för att detta skall hindra utfärdandet av SP.

1.2 SVENSK RÄTT

Det andra syftet med detta arbete var att med ledning av de principer som finns i anglosaxisk rätt undersöka i vilken utsträckning fullgörelse in natura är en tillämplig påföljd i svensk rätt. Detta ämne behandlades i del B ovan.

Fullgörelse är en påföljd som kan anses vara den mest naturliga valet efter en parts avtalsbrott. Trots det är den otillräckligt definierad i Sverige och den praxis som finns i ämnet är inte omfattande.

De *verkställighetsformer* som finns i Sverige är både direkta (verkställighet genom KFM:s eller sökandens försorg) och indirekta (föreläggande), vilket kan jämföras med anglosaxiska länder där enbart olika former av indirekt verkställighet finns att tillgå. De direkta verkställighetsformerna innebär en flexibilitet som saknas i anglosaxiska länder, men man löper i Sverige också risken att stå utan något effektivt påtryckningsmedel när indirekt verkställighet är den enda tänkbara verkställighetsformen, och föreläggande av vite inte är verkningfullt.

Den fortsatta framställningen koncentrerar sig på två avtalstyper, *köpavtal* och *uppdragsavtal*. *Köpavtalen* kan delas in i species- och genusavtal. Fullgörelse är en huvudregel för båda grupperna, men påföljden måste vid genusavtal sannolikt förses med flera undantag.

En begränsning framgår uttryckligen ur KL, den s.k. *offergränsen*. Enligt den skall köparens behov av varan vägas mot säljarens svårigheter att faktiskt leverera, och om säljarens uppoffringar anses vara orimliga så är han befriad från skyldigheten att fullgöra in natura. Likheten med det anglosaxiska *balance of hardships* är påfallande. Man kan samtidigt tänka sig att det finns liknande offergränser som är påkallade av det exekutiva tvånget i sig.

Den betydelse man i anglosaxiska länder tillmäter *parternas relativa fel* i avtalsbrottet och deras *agerande*, verkar inte tillmätas samma vikt i svensk rätt, men rättsläget är osäkert.

Den *förhandlingsposition* som en kärende kan erhålla efter en dom på fullgörelse kan anses som otillbörlig. Om det kan fastslås att en part begär fullgörelse med det enda syftet att efter domen utöva utpressning mot motparten så kan det tänkas inverka på möjligheten att erhålla fullgörelse. Exempel på detta finns i flera anglosaxiska fall.

Vidare inverkar sannolikt svårigheter att *övervaka efterlevnaden* av en dom även i svensk rätt, även om frågan ännu inte uttryckligen behandlats i något mål gällande fullgörelse.

Uppdragsavtalen kan klassificeras som personliga eller opersonliga. Distinktionen är mer framställningstekniskt än praktiskt användbar. Att ett avtal har ”personliga inslag” innebär dock att särskild aktsamhet är påkallad om dess fullgörande skall framtvingas på exekutiv väg.

Liksom är fallet vid köpavtal aktualiserar frågor om *övervakning* av avtalets efterlevnad vid uppdragsavtal. Även andra av de *begränsningar som angavs för köpavtal* kan i tillämpliga delar tänkas göra sig gällande vid uppdragsavtal.

De rättsfall som finns på området delas in enligt distinktionen personliga och personliga avtal. Samtliga fall går att analysera ur ett avvägningsperspektiv, utgången kan ses som en avvägning mellan parternas intressen, med beaktande av domstolens svårigheter att övervaka efterlevnaden av en fullgörelse.

NJA 1987 A 2 klassificeras som ett opersonligt fall. Med tanke på den säregna utformningen av domslutet är det osäkert vad rättsfallet innebär för en uppdragstagares skyldighet att utföra sina förpliktelser in natura.

De tre följande rättsfallen klassificeras som personliga av olika anledningar. *SvJT 1957 rf s. 24* behandlar en intellektuell/konstnärlig prestation. Uppdragstagaren förpliktades i detta fall att utföra sin förpliktelse, men fallet måste p.g.a. omständigheterna och uppdragsgivarens starka intresse betraktas som ett undantagsfall.

NJA 1960 s. 63 är ett exempel på en förtroendekrävande prestation, en arbetstagares krav på att arbetsgivaren skall förpliktas att behålla henne som anställd. HD ansåg inte detta vara lämpligt, men en annorlunda lösning diskuterades av dissidenterna, och i anglosaxisk rätt finns flera liknande fall där utgången blev den motsatta.

Slutligen behandlas *NJA 1975 s. 16*, ett fall gällande den fysiska integritetssfären, vilken sannolikt aldrig kan bli föremål för kränkningar genom det exekutiva framtvingandet av en avtalad prestation.

Avslutningsvis i del B tas frågan upp om det i Sverige finns en påföljdshierarki. Adekvanskravet har givit upphov till en sådan i anglosaxiska länder. I Sverige har adekvansresonemanget inte vunnit gehör, och avfärdas i ett rättsfall av HD. Istället är huvudregeln att kärandens val av påföljd skall vara styrande, en modell som förordats även i anglosaxisk doktrin. En sådan valrätt kan dock inte vara oinskränkt, utan måste förses med sådana inskränkningar som har behandlats i den föregående framställningen.

1.3 EN SYNPUNKT PÅ SVENSK RÄTT DE LEGE

FERENDA

Likheterna snarare än skillnaderna mellan svensk och anglosaxisk rätt gällande urformningen av fullgörelse in natura och SP är påtaglig. En av de största skillnaderna är förekomsten av adekvanskravet, vilken dock snarast kan beskrivas som en teoretisk skillnad istället för faktisk.

Det är mycket svårt att se någon trend i svenskt rättsliv gällande fullgörelse, HD:s praxis är alltför mager för att ge upphov till några bestämda slutsatser. Större delen är från första delen av 1900-talet och rör köprättsliga fall som i många fall knappast kan ses som kontroversiella. Det är samtidigt ett område som inte är särskilt rikligt behandlat i doktrinen.

Säkerligen ger detta upphov till en betydande osäkerhet hos en kärande som står inför alternativen att välja antingen fullgörelse eller skadestånd. Skadestånd är en väldefinierad påföljd, även om den saknar vissa av de

karaktäristiska fördelar som är förknippade med fullgörelse. Därför framstår det som ett säkrare val.

Det är dock svårt att tänka sig att det skulle finnas ett mindre behov av en påföljd som fullgörelse i Sverige än i anglosaxiska länder, ingenting tyder på det. Inget tyder heller på att det i svensk rätt principiellt sett skulle finnas fler begränsningar för påföljdens tillämpning än i anglosaxisk rätt. Tvärtom så har fullgörelse traditionellt i Sverige beskrivits som den primära och mest naturliga påföljden efter en avtalsparts kontraktsbrott. Idag är utgångspunkten att kärandens val av påföljd skall vara bestämmande i möjligaste mån, en konsekvens av att svensk rätt inte har ett adekvanskrav eller någon liknande begränsning av påföljdsvalet.

I takt med att påföljden blir mer definierad och beprövad så är det därför troligt att framtiden kommer medföra en rikhaltigare praxis gällande fullgörelse. Om påföljden framstår som ett funktionellt val, så finns det ingen anledning att inte utnyttja de fördelar den kan medföra. En fortsatt avtalsbundenhet, även om den är upprätthållen genom domstolsmakt, kan framstå som mer tilltalande för en avtalspart än att avtalsförhållandet upphör.

2 Förkortningar

A.2d	Atlantic Reporter, 2 nd series
All ER	All England Law Reports
All ER Rep	All England Law Reports Reprint
Ch	Chancery
De GM & G	De Gex, MacNaghten and Gordon's English Chancery Reports
DLR	Dominion Law Reports
Eq	Equity
ER	English Reports
F.2d	Federal Reporter, 2 nd series
F.Supp	Federal Supplement
FvRT	Förvaltningsrättslig tidskrift
HagL	Handelsagenturlagen
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICR	Industrial Cases Report
JT	Juridisk tidskrift
KFM	Kronofogdemyndigheten
KL	Köplagen
KommL	Kommissionslagen
KtjL	Konsumenttjänstlagen
LR	Law Reports
N.E.2d	North Eastern Reporter, 2 nd series
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NY	New York Court of Appeal Reports
Prop	Proposition
QB	Queen's Bench
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
SP	Specific performance
SvJT	Svensk juristtidning
UB	Utsökningsbalken
UL	Utsökningslagen
WLR	Weekly Law Reports
ÄKL	Äldre köplagen

3 INLEDNING

3.1 BAKGRUND

När en avtalspart inte utför den naturaprestation som åligger honom enligt avtalet så uppstår ett avtalsbrott. Den förfördelade parten har då möjlighet att göra flera påföljder gällande. Oftast kan man tänka sig att han väljer att häva avtalet och kräva skadestånd som ett substitut för den uteblivna prestationen. I särskilda fall kan han anse att prestationen i sig är förknippad med sådana fördelar att han istället vill hålla fast vid avtalet och påfordra att det skall utföras såsom överenskommet. Han vill att det *fullgörs*.

Fullgörelse av naturaprestation är en påföljd vars möjliga tillämpning är otillfredsställande definierad i Sverige, trots att det egentligen är det mest naturliga kravet efter en avtalsparts uteblivna prestation. I anglosaxiska rättssystem är det dock en vedertagen påföljd. Enligt reglerna för *equity* ligger beviljandet av fullgörelse (*specific performance*) inom varje enskild domares diskretion. Praxis och doktrin har relativt utförligt behandlat dess tillämpning och avgränsning.

3.2 SYFTE

Uppsatsen har två syften. Det första är att undersöka vilka allmänna regler som styr utfärdandet av *specific performance* i anglosaxiska rättssystem. Hur avgörs när påföljden är tillämplig och enligt vilka principer väljer domstolarna att istället ge käranden i ett tvist skadestånd? I praxis har flera metoder utarbetats för att rätt påföljd skall kunna fastställas i det enskilda fallet. Framställningen är generellt upplagd och koncentrerar sig inte på någon särskild avtalstyp.

Det andra syftet är att med ledning av dessa principer och inhemsk praxis och doktrin försöka avgöra i vilken utsträckning fullgörelse *in natura* är en tillämplig påföljd i svensk rätt. Gränsdragningen sker inom ramen för två avtalstyper, köpavtal och uppdragsavtal. De ansluter till större delen av den praxis och doktrin i ämnet som finns i Sverige.

3.3 METOD OCH MATERIAL

Framställningen behandlar materialet ur en *processrättslig* utgångspunkt. Det mesta av den litteratur som finns skriven i ämnet i Sverige behandlar det dock ur ett civilrättsligt perspektiv, och aspekter på dom och exekution berörs enbart ytligt. Två undantag är Rodhe och Ljungman som i sina framställningar är processrättsligt inriktade.

Den följande framställningen utgår ifrån att de civilrättsliga förutsättningarna för att den förfördelade kontraktsparten skall erhålla både skadestånd och fullgörelse av naturaprestationen är uppfyllda. Distinktionen är emellertid svår att upprätthålla i fall då reglernas karaktär varken är klart av det ena eller andra slaget.

I uppsatsen används en *intressentmodell*. Parterna antas ha vissa typiska intressen som de vill uppnå med en rättstvist. Även domstolen har i det perspektivet vissa typiska intressen som den vill tillvarata. Den tillämpliga påföljden i varje fall avgörs därefter genom att dessa intressen vägs mot varandra. Ett sådant tillvägagångssätt som vidare utvecklas i avsnitt 5.1.1 används uttryckligen i anglosaxiska rättssystem och har även i Sverige använts i doktrinen. Ur en framställningsteknisk synpunkt är det en bra modell för att analysera problemet.

Metoden är vidare till viss del *komparativ*. De principer som används i anglosaxiska rättssystem jämförs med motsvarande institut i Sverige. Anglosaxiska rättssystem är en hel rättsfamilj i vilken många enskilda länders rättssystem ingår. De länder som används i den här uppsatsen är främst USA och Storbritannien (England och Wales), men också i viss utsträckning Kanada. De sammanfattas i det följande i den oegentliga termen ”anglosaxisk rätt”. För de frågor som är aktuella i den här uppsatsen är det dock ett vedertaget tillvägagångssätt även hos enskilda författare i dessa länder. Likheterna mellan utformningen av specific performance är mycket stor, men om något land avviker i en relevant fråga så anges det i framställningen.

Skillnaden mellan svensk rätt och anglosaxisk rätt är dock påtaglig. Rättsreglerna hos oss är i mycket större utsträckning lagbaserade, medan de är prejudikatsstyrda i anglosaxisk rätt. Det gör att rättsfallen har en mycket mer framträdande ställning i den doktrin som i dessa länder behandlar specific performance. Det är i denna framställning omöjligt att återge alla de rättsfall varur rättsreglerna är hämtade, utan enbart de som anses särskilt intressanta behandlas. Återgivningen av anglosaxiska och svenska rättsfall skiljer sig av denna anledning också något åt.

Vid en jämförelse av olika rättsordningar är det ett grundläggande problem att avgöra om de verkligen är jämförbara. Olika länder har uppställt olika regler som verkar i olika sammanhang. Det är dock berättigat att utgå ifrån en *likhetspresumtion*.¹ Rättsreglerna i olika länder kan till sitt innehåll normalt presumeras vara lika. Den presumtionen kan med fördel användas även i den fortsatta framställningen.

3.4 AVGRÄNSNINGAR

Även en förpliktelse att betala pengar kan självklart bli föremål för fullgörelse. Uppsatsen handlar emellertid om fullgörelse av naturaprestationer. Dessa kan enligt en särskild systematik delas in i förpliktelser att överlämna egendom (*dare*), i övrigt göra något (*facere*) eller att underlåta något (*non facere*).² Underlåtenhetsförpliktelser inbegrips inte i uppsatsens innehåll, utan lämnas i stort därhän. Framställningen utgår istället ifrån att den förfördelade avtalsparten begär fullgörelse av en positiv förpliktelse som har uteblivit.

Flera faktorer som väsentligt har betydelse för när fullgörelse kan beviljas, kan av utrymmesskäl inte behandlas. Man kan t. ex. tänka sig att parterna i ett avtal har stipulerat en viss påföljd vid motpartens avtalsbrott. En sådan stipulation kan ha inverkan på bedömningen av lämplighet av fullgörelse. Avtalet förutsätts i den fortsatta framställningen inte innehålla en sådan avtalad påföljd.

Vidare kan man anta att en vag kategori benämnd ”samhällsintressen” har inverkan på möjligheten av att verkställa en dom på fullgörelse. Konstitutionella grundvärderingar är ett exempel. Westberg har t. ex. i en artikel framhållit Regeringsformens fri- och rättigheters inverkan på möjligheten att erhålla en fullgörelsedom.³ Liknande andra aspekter kan tänkas finnas, men behandlas inte av utrymmesskäl.

3.5 DISPOSITION

Uppsatsen delas in i tre delar, del A, B och C. Del A och B innehåller i sin tur två kapitel var. Del C innehåller en sammanfattning.

¹ Bogdan s. 100 ff.

² Rodhe s. 373 f. Distinktionen anses olämplig för en processrättsligt inriktad uppsats och används inte i det följande, a.a. s. 373 f.

³ Westberg s. 309 ff.

Del A behandlar anglosaxisk rätt. I kapitel 4 går några av de grundläggande distinktionerna för specific performance igenom. I kapitel 5 behandlas frågan om en påföljdshierarki mellan skadestånd och specific performance, samt de principer som används för att fastställa när specific performance är en lämplig påföljd eller om skadestånd bör utgå istället.

Del B behandlar svensk rätt. I kapitel 6 finns de grundläggande reglerna angående fullgörelse. Påföljden avgränsas gentemot andra påföljder, och möjliga verkställighetsformer behandlas. Därefter behandlas de två avtalstyperna köp och avtal. Inom dessa fastställs gränsen för tillämpning av fullgörelse med viss vägledning av de principer som återfinns i anglosaxisk rätt. Slutligen behandlas frågan om det finns en påföljdshierarki i Sverige.

DEL A – ANGLOSAXISK RÄTT

4 ALLMÄNT OM SPECIFIC PERFORMANCE

4.1 INLEDNING

4.1.1 Law och equity⁴

Det engelska rättssystemet har traditionellt varit uppdelat i law och equity. En talan enligt law har alltid enbart kunnat leda till skadestånd för den förfördelade parten i ett tvistemål. I vissa fall var inte det tillräckligt ur kärandens synvinkel eller ledde inte till ett rättvist resultat. Då var det kungens uppgift att avgöra målen såsom högst ansvarig för rättssystemet. Denna funktion överläts sedermera till The Lord Chancellor inom kungens kansli, som från början var en katolsk präst. Han fick representera kungens samvete, och avgjorde målen enligt etiska och moraliska principer, snarare än strikt legala som inom law. Rättskipningen var en fråga för den enskilde Lord Chancern och hans rättskänsla, varför den blev mycket influerad av kyrkans principer. Efter hand ersattes enmansrättskipningen med en särskild domstol för ändamålet, Court of Chancery, och domarämbetena anförtroddes åt jurister. Domstolen var dock fortfarande en rättvisedomstol, och de regler och principer som utarbetades benämndes equity (= rättvisa).

På så sätt skapades två separata rättssystem som båda kämpade om att få så stor jurisdiktion som möjligt. 1616 blev det fastställt att vid konflikter dem emellan så hade equity företräde. Det blev sålunda upp till equity-domstolarna att själva bestämma den jurisdiktionella gränsen beroende på vilka mål de valde att ta upp. Enbart de mål i vilka law inte erbjöd en tillfredsställande påföljd kom att behandlas, d.v.s. de mål då skadestånd inte var tillräckligt. Ur detta förfarande skapades en adekvansgräns (se avsn. 4.2), vilken alltid måste vara uppfylld om mål skulle behandlas inom equity. Equity erbjöd istället s.k. equitable remedies (ofta benämnt equitable relief), påföljder som både kunde påbjuda och förbjuda specifika handlingar.⁵

Sedan 1875 då the Judicature Acts trädde i kraft, behandlas både law och equity av samma domstolar i England. Regelsystemen är dock fortfarande till stor del skilda åt. Det anglosaxiska rättssystemet spreds till Englands kolonier utomlands. Även här har man efterhand nödgats att slå samman law

⁴ Bogdan s. 112 ff, 144 ff.

⁵ Yorio s. 16 f, 27 ff, Laycock (1991) s. 19 ff.

och equity. I ett fåtal delstater i USA utövas de emellertid alltså av olika domstolar.

4.1.2 Equitable relief

Påföljderna i equity för avtalsbrott kan delas upp enligt avtalsförpliktelsens karaktär. Om den är *negativ* till sin utformning, d.v.s. att en part har åtagit sig att inte utföra någonting, så blir en injunction aktuell för att åtgärda avtalsbrottet. En *prohibitive* injunction förbjuder att åtagandet inte efterlevs. En *mandatory* injunction påbjuder att den skada som har följt av avtalsbrottet skall åtgärdas, den innebär alltså att den avtalsbrytande parten skall utföra en positiv förpliktelse.⁶

Om avtalsförpliktelsen är *positiv*, d.v.s. en part har åtagit sig att utföra en faktisk prestation, så är *specific performance* (SP) den riktiga påföljden. Den beordrar utförandet av avtalsåtagandet, d.v.s. ett påbud till positiv handling.

Även om det är lätt att till ordalydelsen se om ett åtagande är positivt eller negativt, så kan det vara missledande. Man kan genom formuleringen få den att framstå på båda sätt. Om man exempelvis åtar sig att vara på en viss plats vid en viss tidpunkt, så är det detsamma som att åta sig att inte vara någon annanstans vid samma tidpunkt. Av den anledningen granskas istället förpliktelsens substans och verkan och inte bara dess form.⁷ På så sätt är framkommer dess verkliga identitet lättare.

Det förekommer ändå att *prohibitive injunctions* används även om avtalsåtagandet är övervägande positivt till sin karaktär, s.k. indirekt *specific performance* (indirekt SP). En sådan injunction innebär i praktiken många gånger detsamma som att den avtalsbrytande parten måste utföra sin avtalsprestation, men det är formulerat med negativa termer. Utfärdandet bör då ske enligt de principer som gäller för SP.⁸ En fördel med att framtinga positiva förpliktelser med negativa termer anses bl. a. vara att det är lättare att övervaka en sådan dom (se avsn. 4.3.3).

Bruket av indirekt SP har starkt kritiserats i doktrinen.⁹ Det har varit särskilt frekvent inom två områden, leveransavtal och avtal med starkt personliga inslag. I den fortsatta framställningen kommer det att beröras i samband med dessa avtal. Även i avsnitt 4.3 om övervakning tas *injunctions* kortfattat upp, eftersom kontrasten mot SP i övervakningsavseende i vissa fall är uppenbar.

⁶ Både *prohibitive* och *mandatory injunctions* kan utfärdas som *quia timet-injunctions*. I sådana fall har den faktiska skadan ännu inte inträffat. Om en *mandatory quia timet-injunction* utfärdas innebär det sålunda att svaranden därefter kommer att bli tvungen att åtgärda den skada som käranden åsamkas. *Quia timet-injunctions* är ovanliga vid avtalsbrott, Burrows s. 376.

⁷ Sharpe para. 673, Harris (1988) s. 167 f.

⁸ Burrows s. 360 f, Sharpe para. 679.

⁹ Sharpe para. 678, Harris (1988) s. 169 f.

I övrigt lämnas skillnaden därhän och framställningen behandlar främst SP såsom den huvudsakliga påföljden för brott av en positiv avtalsförpliktelse.

4.1.3 Om den fortsatta framställningen

När SP kan bli aktuellt uppstår vissa särskilda frågor som måste beaktas av domstolen. Parterna drar föga förvånande åt motsatta håll. Medan käranden i en process självklart är intresserad av att få den påföljd han har begärt, motsätter sig svaranden typiskt sett ett sådant anspråk. En dom på SP ger också upphov till praktiska frågor om dess efterlevnad. Alla sådana aspekter eller, om man så vill, för- och nackdelar med påföljdsvalet, måste beaktas innan ett ställningstagande kan göras till om SP enligt equity eller skadestånd enligt law är den bästa påföljden. De skall därför tas upp i detta kapitel enligt den systematik som används i anglosaxisk doktrin. Framställningen inleds i avsnitt 4.2 med en redogörelse för adekvansbegreppet. Därefter behandlas i avsnitt 4.3 övervakningssvårigheter och i avsnitt 4.4 avtal med personliga inslag. Slutligen behandlas de försvar en svarande typiskt sett kan göra gällande gentemot en kärandes krav på SP i avsnitt 4.5. De sista av dessa försvar, omöjlighet och futilitet, som behandlas i avsnitt 4.5.7 är därvidlag kanske snarast praktiska begränsningar.

4.2 SKADESTÅNDETS ADEKVANS

4.2.1 Allmänt

Det centrala syftet med avtalsrättsliga påföljder sägs ofta vara att ersätta den skadelidande parten för den skada han har åsamkats. Han skall erhålla det positiva kontraktsintresset, och därmed försättas i samma position som om avtalet hade genomförts. Grunden för ett sådant kompensationsmål är bl. a. utilitaristiskt, man vill ge avtalsparterna skäl att våga lita på avtalsrätten som affärsverktyg.¹⁰

Även ur kärandens perspektiv är det självklart ett centralt intresse att bli kompenserad för motpartens avtalsbrott. När en domstol behandlar ett yrkande på SP granskar den därför om svaranden genom att utge skadestånd kan tillgodose kärandens behov, och om skadestånd i sig är en påföljd som i sammanhanget är lämplig. Om skadestånd inte uppfyller

¹⁰ Farnsworth (vol. 3) s. 147, Restatement of Contracts § 344 kommentar a. Kompensationsmålet har dock kritiserats bl. a. på grunden att det inte stöds av någon utvecklad teoribildning, Schwartz s. 274, särskilt not 16. I vissa fall ersätts istället kärandens negativa kontraktsintresse, d.v.s. han försätts i samma position som om avtalet aldrig hade ingåtts.

kompensationsmålet, så kan det enbart tillgodoses genom att käranden erhåller den avtalade prestationen. De faktorer som innebär att skadestånd inte är fullt ut kompenserande blir sålunda ett mått på hur starkt kärandens behov är av SP. (Käranden kan dock ha andra intressen av att begära SP, se avsn. 5.1.2.)

Avgörandet om skadestånd är en lämplig påföljd eller ej utförs traditionellt genom det s.k. adekvanstestet, vilket har rötter i den traditionella uppdelningen mellan equity och law. Om skadestånd för käranden är en adekvat påföljd så är SP uteslutet som påföljd.

Även efter sammanslagningen mellan law och equity har adekvanskravet bestått och upprätthålls av domstolarna än idag. Det finns dock en tendens att bortse från den traditionella uppdelningen till förmån för en granskning av för- och nackdelar med påföljdsvalet i det individuella fallet (se kap. 7).¹¹

4.2.2 Unik prestation

Det faktum att den prestation som svaranden enligt ett avtal skall tillhandahålla är unik kan medföra att skadestånd inte anses som ett fullgott substitut. De faktorer som påvisar en prestations unika karaktär är till stor del sådana som inte skulle vara relevanta om frågan gällde en skadeståndstalan, bl. a. eftersom de inte alltid är förutsebara för svaranden.¹²

Bortsett från att prestationen kan vara unik enligt objektiva mått mätt genom att vara sällsynt eller ha särskilda karakteristika (t. ex. ett konstverk) så tillmäts också kärandens subjektiva inställning till prestationen värde. Arvegods har exempelvis ett särskilt värde för arvingarna, och på liknande sätt kan kärandens affektionsvärde för andra ting vara beaktansvärt.¹³ Det kan också tänkas att den som skall utföra prestationen är så starkt förknippad med densamma att käranden har ett särskilt starkt intresse av att det just är han som presterar p.g.a. hans kompetens, skicklighet eller kvaliteter i övrigt.

I doktrinen har den ekonomiska termen ”consumer surplus” använts för att beskriva alla de fördelar eller värden som käranden förknippar med en prestation, även om den i övrigt inte är unik.¹⁴ Oavsett terminologin är det ett faktum att en objektiv värdering av en prestations värde ofta understiger värdet för käranden. Vissa författare har hävdats att enbart det faktum att en

¹¹ Sharpe para. 543, 614.

¹² Harris (1979) s. 588 f, 599. Hade de beaktats i uppskattningen av skadeståndets storlek så hade behovet av SP minskat, Harris (1988) s. 134, särskilt not 1.

¹³ Åtminstone i USA tar domstolarna hänsyn till ”sentimentalt” intresse hos i övrigt ordinära varor. Engelska domstolar har sannolikt en annan inställning, Burrows s. 301.

¹⁴ Harris (1979) s. 582 ff. Se också avsn. 5.4.3.

kärande kräver SP indikerar att prestationen för honom är unik, och att skadestånd inte skulle vara ett godtagbart substitut.¹⁵

Bedömningen av unikheter hänger nära samman med frågan om tillgängliga substitut för den avtalade prestationen och kärändens skadeståndsrättsliga skyldighet att begränsa sina skador. Skyldigheten för käränden att begränsa sin skada genom att exempelvis försöka hitta ett substitut försvinner om han beviljas SP, och följden blir då istället att svaranden i eget intresse får försöka begränsa skadorna eller kostnaderna som han åsamkas genom sitt handlande. Intressekonflikten är uppenbar; å ena sidan har i många fall käränden lättare att begränsa sina skador, och det är tveksamt om han skall kunna undgå den skyldigheten genom SP. Å andra sidan så kan man fråga sig varför inte svaranden skall bära kostnaderna av den konflikt han är upphovsman till. Harris anser att domstolarna implicit har tagit ställning i frågan genom att generellt inte medge SP i de fall då skadebegränsning är möjlig.¹⁶

Bedömningen av när skadestånd är adekvat som påföljd har dragits mycket långt på vissa områden, t. ex. vid fastighetsförsäljning. Medan lös egendom som en utgångspunkt antas vara utbytbar och inte unik, presumeras fastigheter som regel vara unika.¹⁷ För den individuella köparen är den fastighet han tänkt köpa helt unik och något fullgott substitut skulle inte gå att finna för att ersätta de värden han tillmäter egendomen. Bedömningen av unikheter har vid fastighetsköp gått så långt att SP beviljas automatiskt även i de fall då skadestånd uppenbart skulle vara en adekvat påföljd, t. ex. när köparen enbart har ett spekulationssyfte med egendomen.¹⁸

4.2.3 Kommersiellt unik prestation

Trots att det finns substitut för en prestation och den därmed inte är unik, kan den ändå ha ett speciellt värde för en köpare som driver näringsverksamhet. Att införskaffa ett substitut kan vara så svårt eller tidskrävande att de faktiska skadorna i rörelsen överstiger vad som skulle kunna kompenseras med skadestånd. Prestationen är kommersiellt unik. Det kan vara specifika prestationer med särskilda kvaliteter som är av särskilt och unikt värde för käränden, t. ex. ett skepp vars utformning gör att det kan registreras särskilt fort eller en mängd timmer av särskild kvalitet.¹⁹

Men principen gäller också relativt vanliga varor om de finns i underskott på marknaden och käränden har ett särskilt behov av dem. Leveransavtal exemplifierar detta på ett bra sätt. Tekniken för att upprätthålla sådana avtal

¹⁵ Se t. ex. Schwartz s. 277.

¹⁶ Harris (1988) s. 133 ff, Sharpe para. 533 ff.

¹⁷ Sharpe para. 613 ff, 635.

¹⁸ Harris (1988) s. 134 f.

¹⁹ Se t. ex. *Behnke v. Bede Shipping Co Ltd* [1927] All ER 689.

har dock skiljt sig åt i olika länder.²⁰ Att leveransavtal kan bli föremål för SP har bekräftats t. ex. i ett fall gällande oljeleverans.²¹ Avtalets art gjorde det det affärsmässigt outhärligt för käranden trots att olja är en vanlig handelsvara. Driften av hans bensinstation var beroende av ett jämnt tillflöde av olja som skulle brytas vid en dom som enbart gav honom skadestånd.

Även t. ex. agentavtal, återförsäljaravtal och franchiseavtal har upprätthållits, med hänvisning till de särskilda värden de medfört för käranden.

4.2.4 Svårigheter bedöma skadeståndets storlek

Nära sammankopplad med frågan om en prestations unika karaktär är svårigheten att uppskatta skadeståndets storlek. När det inte finns något substitut att erhålla, så kan priset för den enda prestation som finns tillgänglig vara svårt att fastställa. Det kan bidra till att skadestånd inte anses vara ett fullgott alternativ. Särskilt gäller det för skador av unikt eller immateriellt slag som t. ex. försämrat handelsrykte mm.²² Skadan kan också vara sådan att det är mycket svårt att bevisa dess storlek. Typexemplet är framtida förlorade rörelsevinster för att prestationen har uteblivit.

Det har dock hävdats i olika engelska rättsfall att enbart svårigheten att beräkna skadestånd inte skall kunna leda till SP.²³ Ståndpunkten har beklagats i doktrinen då det har ansetts att i de fall där skadeståndet är mycket svårt för domstolen att fastställa och det finns en stor risk för att käranden blir över- eller underkompenserad så bör SP vara den riktiga påföljden.²⁴

4.3 ÖVERVAKNING AV DOMENS

EFTERLEVNAD

²⁰ I Storbritannien sker det ofta med hjälp av indirekt SP och svaranden har förbjudits bryta sitt löfte att leverera till käranden, förbjudits att leverera till annan o.s.v. I USA är det vanligare med direkt SP, Sharpe para. 660.

²¹ *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd* [1974] 1 All ER 954 gällande säkerhetsåtgärd. Jfr. Burrows som tvivlar på domstolarnas acceptans av principen, s. 300 f.

²² Yorio s. 36 f, Laycock (1991) s. 44 ff.

²³ Se t. ex. *Fothergill v. Rowland* (1873) LR 17 Eq 132.

²⁴ Burrows s. 304, Harris (1988) s. 133 f.

4.3.1 Allmänt

Jämfört med ett domslut på fullgörande av betalning av en viss summa pengar, så uppstår det flera frågor av praktisk karaktär vid förpliktelser att utföra icke-monetära prestationer. Framför allt kan man identifiera tre problem som kan ge upphov till bekymmer, särskilt om svarandens prestation är av en komplicerad natur eller består av flera sammankopplade åtaganden. För det första så kan det uppstå en tvist om huruvida svaranden har uppfyllt sina åligganden eller ej. Det är i så fall domstolen som måste ta ställning i frågan, och svårigheter uppstår om svarandens prestation har involverat särskild yrkesskicklighet eller andra egenskaper av personligt slag. Om resultatet är fullgott eller inte blir en *subjektiv värdering* från parternas sida, vilken domstolen kan ha mycket svårt att objektivt ta ställning till.

För det andra så kan *bedömningsunderlaget* variera. Om prestationen är oklart beskriven i domslutet så är det dels mycket svårt för svaranden att bedöma exakt vad han skall utföra, dels är det svårt för domstolen att veta om förpliktelserna har fullgjorts (se nästa avsn.)

För det tredje så uppstår problem i de fall när domen innebär att svaranden skall utföra något genom *upprejade prestationer eller under en längre tid*, vilket traditionellt har utslutit tvång till fullgörande av t. ex. anställnings- och byggnadsavtal.²⁵

Doktrinen har främst intresserat sig för praktiska överväganden och de samhällsintressen som aktualiseras i övervakningsfrågan. Historiskt sett har domstolarna varit ovilliga att döma ut SP med långtgående övervakningsbehov med motiveringen att risken för ohörsamhet från svaranden skulle kunna kompromettera rättens anseende och således underminera det judiciella systemet. I moderna termer innebär det en *omsorg om en generell effektiv efterlevnad* av domsluten.²⁶ Det är omstritt om argumentet har någon hållbarhet med tanke på att efterlevnaden av domar i praktiken är mycket god.²⁷

Samhället kan också ha andra intressen av att minimera användningen av SP, vilka kan vara särskilt starka i vissa fall. Den dispyt och domstolsprocess som kan uppstå angående svarandens efterlevnad av domen kan tänkas bli både svår att lösa och behandla svåra frågor. Processen skulle ta både tid och kraft i anspråk och därmed bli *kostbar för samhället*. Kostnaden är visserligen mycket svår att beräkna, men måste vägas mot kärandens berättigade krav på SP.²⁸ Som kritik mot ett sådant synsätt

²⁵ Harris (1988) s. 138. Undantag finns från regeln, se nästa avsnitt.

²⁶ Sharpe para. 568.

²⁷ Burrows s. 316. Schwartz är av samma åsikt, men anser att argumentet motiverar nekande av SP i individuella fall, s. 304.

²⁸ Sharpe para. 572, Burrows s. 316. Se avsn. 5.6.

framförs i doktrinen bl. a. att kändanden skulle vara den bästa bedömare av svarandens möjlighet att fullgöra sina åligganden, och närhelst kändanden begär SP, bör det beviljas. Frågan är då om kändanden verkligen har övervägt vilka kostnader han och samhället kan drabbas av vid bristande efterlevnad av domslutet.²⁹

4.3.2 Oklara avtalsvillkor

Den klassiska rättsfallet angående övervakning är *Ryan v. Mutual Tontine Westminster Chambers Association*³⁰. En hyresgäst nekades SP mot hyresvärden när han ville att denne skulle tvingas att tillhandahålla en vaktmästare som på plats ständigt skulle vaka över husets angelägenheter. Domstolen nekade SP på grunden att det skulle krävas ständig övervakning för att säkerställa domens efterlevande. Många andra fall har följt i vilka utgången har varit densamma.

Ett undantag från regeln har dock gjorts i de fall då kändanden redan har utfört sin del av avtalet, och SP har ansetts behövas som en adekvat påföljd.³¹ Typexemplet är att kändanden har överfört äganderätten på en fastighet mot att svaranden skall utföra byggnadsarbete därpå. Det har lett till att komplicerade byggnadsarbeten har beordrats, liksom i liknande fall även den långvariga driften av järnvägslinjer.³² Praxis har successivt lett till att kravet på att den ena partens prestation skall ha utförts har fallit bort, och tillgängligheten av SP har sålunda ökat. Det är enligt Burrows logiskt eftersom det faktum att svaranden har fått kändandens prestation till godo inte på något sätt påverkar de kriterier som gör att SP av svarandens prestation nekas av övervakningsskäl.³³

Senare avgöranden på området visar vad som egentligen är kärnan i övervakningsargumentet. I *Tito v. Waddell (No. 2)*³⁴ uttalade sig rätten att ”the real question is whether there is a sufficient definition of what has to be done in order to comply with the order of the court.” Vad som är verkligt betydelsefullt är om förpliktelsen som skall utföras är *väl definierad*. Det stöds av uttalanden i senare fall och praxis visar också att enbart det faktum att en förpliktelse skall utföras upprepade gånger eller över en längre tidsrymd inte längre är ett hinder för SP.³⁵

²⁹ Schwartz s. 292 ff, särskilt s. 295 f, Yorio s. 54 f.

³⁰ *Ryan v. Mutual Tontine Westminster Chambers Association* [1893] 1 Ch 116.

³¹ Sharpe para 560. Se avsn. 5.6.

³² *Wolverhampton & Walsall Rly. Co. v. London & North-Western Rly. Co.* (1873) LR 16 Eq 433, *Wolverhampton Co. v. Emmons* [1901] 1 QB 515.

³³ Burrows s. 314.

³⁴ *Tito v. Waddell (No. 2)* [1973] 3 All ER 129 s. 308.

³⁵ Se t. ex. *Beswick v. Beswick* [1967] 2 All ER 1197 i vilket ”tekniska svårigheter” inte fick hindra ett riktigt domslut.

Anledningarna till att man kräver ett visst mått av säkerhet i avtalsvillkoren har berörts ovan. Det är svårt för en domstol att bedöma om en svarande har uppfyllt sina åligganden om de är oklart formulerade. Processerna om uppfyllandet kan tänkas bli fler och svårare att lösa. Oklara villkor uppmuntrar dessutom svaranden till att tolka dem på för honom förmånligast möjligast sätt, något som kan leda till bristfällig efterlevnad. Men det kanske mest allvarliga med oklara villkor är att de påtvingar svaranden en börda för vilken han kan komma att straffas om han inte uppfyller de oklara kriterierna. Rättssäkerhetshänsyn gör att han inte skall riskera att drabbas av de allvarliga sanktioner som domstolen förfogar över utan att rimligen kunna förebygga det genom sitt agerande.³⁶

Kravet på avtalets precision var förr mycket starkt, alla detaljer rörande utförandet måste vara reglerade i avtalet. Idag har det lindrats på så sätt som framgick ovan av *Tito v. Waddell (No. 2)*. I USA:s Restatement of Contracts finns ett liknande krav, avtalet skall vara ”sufficiently certain to provide an appropriate basis for an appropriate order”³⁷. Osäkerheter i avtalet kan ibland åtgärdas genom ”sunt förnuft” enligt § 362 kommentar b. När avtalet är oklart eller lämnar någon fråga öppen är domstolarna numera villiga att klargöra villkoren eller till och med fylla ut avtalet med behövliga specifikationer.³⁸

Det är mycket tveksamt vilken hållbarhet övervakningsargumentet har idag. Även om det uppenbart inte längre har samma rigida kraft som i *Ryan v. Mutual Tontine Westminster Chambers Association* så kan man inte bortse från att det fortfarande används i rättspraxis, om än sporadiskt, och att det i doktrinen anses berättigat i vissa fall.

4.3.3 Indirekt specific performance

Som nämndes ovan i avsnitt 4.1.2, så förekommer det att prohibitive injunctions används för att framtvunga positiva avtalsförpliktelser, s.k. indirekt SP. De formuleras med negativa termer och förbjuder enligt sin ordalydelse svaranden att utföra en viss handling. I huvudsak bortses ifrån bruket av indirekt SP i denna uppsats, då det i stort skall följa samma regler som gäller för utfärdandet av SP. På en punkt skiljer de sig dock åt. Det anses generellt vara lättare att övervaka en dom formulerad som ett förbud än en dom formulerad som ett påbud.³⁹ Domstolen behöver i så fall inte bedöma prestationens kvalitet, utan enbart det faktum att en person gjort eller inte gjort något. I vissa fall blir skillnaden inte så stor. Om domen är oklar angående vad som inte får göras eller helt enkelt slår fast att svaranden inte får bryta avtalet så uppstår bedömningsproblem av samma slag som vid

³⁶ Dawson s. 537. Se avsn. 4.3.4.

³⁷ Restatement of Contracts § 362.

³⁸ Burrows s. 328, Yorio s. 68, 71 f.

³⁹ Sharpe para. 670, Yorio s. 66.

SP. I sådana fall kanske man inte skall se indirekt SP som ett sätt att förenkla övervakningsproblematiken, utan istället som ett sätt att gradvis utvidga tillämpningsområdet för SP.⁴⁰

4.3.4 Contempt

När en dom har avgivits som innebär att svaranden förpliktas att utföra SP, förväntas han utföra prestationen självmant. Om så inte blir fallet visar han *contempt of court*, och då finns flera påtryckningsmedel att tillgå. Contempt finns i två varianter, *civil* och *criminal*, men skillnaden är oftast inte stor och distinktionen håller på att överges.⁴¹ Civil contempt anses vara riktad mot motparten, käranden, och de åtgärder som kan följa därpå har enbart som syfte att utöva påtryckning. Criminal contempt anses vara riktad mot domstolen och åtgärder som följer därpå har som syfte att straffa svaranden för det domstolstrots han visar genom att inte åtlyda domen. Det antas i doktrinen ha straffets traditionella beståndsdelar; avskräckning, hämnd och vedergällning.

Vid både civil och criminal contempt kan främst tre åtgärder bli aktuella. Svaranden föreläggs en frist varefter han vid fortsatt olydnad får betala en bot, får sin egendom avskild (*sequestration*) eller fängslas. Boten fungerar då som ett vite. Att egendom avskiljs innebär att rätten till dess nyttjande tas ifrån svaranden tills dess han har uppfyllt sina åtaganden. Det får karaktären av en säkerhet till förmån för domstolen och käranden. All den egendom som svaranden innehar kan omfattas, bortsett från ett existensminimum.

Fängslande är den mest långtgående åtgärden. Svaranden låses in tills han presterar eller övertygar domstolen om sin avsikt att prestera. Vid criminal contempt är fängslandet tidsbegränsat p.g.a. sin karaktär av straff, medan det vid civil contempt åtminstone i teorin kan ske på obestämd tid.

Avskiljande av egendom och fängslande är två mycket långtgående åtgärder mot svarandens person. Att avskära honom från nyttjandet av sin egendom eller frihetsberöva honom är former av statlig tvångsutövning som det ligger i både svarandens och samhällets intresse att begränsa. Än mer är så fallet när åtgärderna vid criminal contempt i huvudsak har ett straffande syfte.

⁴⁰ Sharpe para. 680.

⁴¹ Miller s. 25 ff, 42 ff.

4.4 PERSONLIGA AVTALSINSLAG

4.4.1 Allmänt

Alla domar på SP inskränker svarandens frihet eftersom han därefter enbart har ett handlingsalternativ; att faktiskt prestera. Normalt tar domstolarna inte särskild hänsyn till detta, men i vissa fall har prestationen sådana personliga förtecken att framtvingandet skulle leda till en orimlig inskränkning av den personliga friheten.

Kontrakt med inslag av personlig prestation i motsats till kontrakt som innebär sakprestation är svåra att definiera i snäva begrepp. Bortsett från det personliga inslaget så brukar man peka på att prestationen inte kan delegeras, i motsats till sakprestationer där borgenären sällan har anledning att bry sig om vem som faktiskt presterar. Inte heller det avgränsar avtalstypen, utan man får falla tillbaka på de underliggande principer som karakteriserar SP, och därefter se om det personliga inslaget motiverar särbehandling.⁴²

I anställningsavtal och uppdragsavtal är det personliga inslaget i typfallet stort, och det är på dessa avtalstyper som doktrinen har fokuserat sin uppmärksamhet. Personliga inslag finns dock med varierande styrka i många andra avtalstyper, exempelvis i hyresavtal och samarbetsavtal gällande partnerskap, agentförhållande, franchising, återförsäljare m.m.

Traditionellt har det varit svårt att få domstolarna att beordra genomförandet av personliga avtal. Det finns främst tre argument som talar för en sådan restriktiv hållning. För det första är det tveksamt om man genom judiciellt tvång bör upprätthålla en relation mellan två parter mot den enas vilja, särskilt när den senare är en arbetstagare. Som ovan nämnts *inskränks friheten* på ett högst tvångsmässigt sätt, något som kan liknas vid livegenskap eller som i rättspraxis har jämförts med slaveri.⁴³ Överhuvudtaget är integriteten på så sätt allvarligt hotad, vilket kan leda till allvarliga konsekvenser i det fortsatta avtalsförhållandet. SP kan bli ett instrument för förtryck.⁴⁴ För det andra är det mycket svårt för domstolen att *övervaka efterlevnaden* av ett sådant avtal. Det är svårt att objektivt mäta de subjektiva prestationer som finns i ett personligt avtal (se avsn. 4.3.1), särskilt om de har artistiska inslag. Många moderna tjänster saknar dock alltför utpräglade subjektiva drag, de är relativt opersonliga och dessutom

⁴² Yorio s. 356 f.

⁴³ *De Francesco v. Barnum* [1886-90] All ER Rep 414 s. 418, rädsla för att ”turn contracts of service into contracts of slavery.”, Kronman (1983) s. 778 f.

⁴⁴ Kronman (1983) s. 783, Sharpe para. 575.

mycket väldefinierade, vilket innebär att svårigheterna med övervakning minskar.⁴⁵

För det tredje karakteriseras ett personligt förhållande mellan två parter av en *hög grad av förtroende*, och när det förtroendet har förstörts kan det knappast återskapas genom tvång.⁴⁶

Argumenten är tillämpliga med olika styrka oavsett vilken av avtalsparterna som är käre eller svarande och riskerar att utsättas för SP. I typfallet där avtalet är ett anställnings- eller uppdragsavtal är de oftast fullt ut tillämpliga när arbets- eller uppdragsgivaren (hädanefter båda innefattade i ”uppdragsgivaren”) med domstolens hjälp försöker tvinga fram arbets- eller uppdragstagarens (hädanefter båda innefattade i ”uppdragstagaren”) prestation.

4.4.2 Uppdragsgivare som svarande

När *uppdragsgivaren är svarande* och uppdragstagaren alltså försöker genomdriva avtalet väger hänsynen inte lika tungt. Frihetsargumentet har mindre styrka, särskilt i de fall uppdragsgivaren är ett större bolag med många anställda. Normalt sett så ger då inte heller övervakningsargumentet upphov till problem, såvida inte uppdragsgivarens skyldigheter är av det subjektiva och mer svårövervakade slaget.⁴⁷ Det faktum att det ömsesidiga förtroendet och tilliten har raserats är det enda argumentet som kvarstår med full tyngd. Frågan är dock om det ensamt rättfärdigar ett nekande av SP, bortsett från de fall då uppdragstagarens uppgifter tvingar parterna till en nära personlig kontakt.⁴⁸ Det bör noteras i sammanhanget att modern arbetsrätt i allmänhet ger domstolarna möjlighet att ogiltigförklara en uppsägning av en arbetstagare som skett formellt felaktigt. Det står dock fortfarande en arbetsgivare i princip fritt att bestämma vem som skall arbeta för honom, så länge de formella kraven vid uppsägning iaktas. Det bekräftas av rättspraxis på området med *Hill v. C A Parsons & Co.*⁴⁹ som det ledande fallet. En arbetsgivare avskedade en anställd då han utsattes för press från fackföreningen. Arbetsgivaren tvingades genom en säkerhetsåtgärd att behålla arbetstagaren tills dess ny arbetsrättslig lagstiftning trätt i kraft som skyddade arbetstagaren mot avsked p.g.a. att han inte var medlem i en fackförening. En avgörande faktor var att det ömsesidiga förtroendet mellan parterna kvarstod.

⁴⁵ Sharpe para. 579.

⁴⁶ Burrows s. 317.

⁴⁷ Yorio s. 381, Sharpe para. 582.

⁴⁸ Sharpe para. 583 f.

⁴⁹ *Hill v. C A Parsons & Co.* [1971] 3 All ER 1345.

Även om fallet är säreget har dess utgång upprätthållits i flera andra fall.⁵⁰ Man kan notera att domstolens mål inte har varit att arbetsgivaren skall tvingas att behålla arbetstagaren, utan endast att uppsägningstid m. fl. procedurkrav skall ha iakttagits. Gemensamt för fallen har också varit att de injunctions som givits inte tvingat arbetsgivaren att rent fysiskt tillåta att arbetstagaren vistats på arbetsplatsen. Skyldigheten har begränsats till att behålla käranden som anställd och att betala hans lön.

4.4.3 Uppdragstagare som svarande

Rättspraxis har dock främst fokuserat på fallet då en *uppdragstagare är svarande* och uppdragsgivaren har försökt genomdriva avtalet. Domarna har då i de mest långtgående fallen utformats med hjälp av indirekt SP, vilket inneburit att övervakningsfrågan har förenklats (se avsn. 4.3.3). I många av fallen har uppdragstagaren lovat inte bara att han skall utföra sina tjänster till förmån för uppdragsgivaren, utan även att han inte skall utföra sina tjänster för någon annan under samma tidsrymd. Domstolarna har annars varit villiga att tolka in ett sådant löfte i avtalet.⁵¹ Den klassiska auktoriteten är *Lumley v. Wagner*⁵², där en känd operasångerska förbjöds att bryta sitt löfte att inte sjunga för någon annan än käranden. I *Warner v. Nelson*⁵³ förbjöds på samma sätt en skådespelerska att agera för något annat filmbolag än det hon hade skrivit kontrakt med.⁵⁴ Något som förenar båda målen är att även om varken sångerskan eller skådespelerskan tvingades att prestera till förmån för käranden så undvek denne att drabbas av skada genom att någon konkurrent tog del av svarandens tjänster.

Även om domarna formulerats i negativa termer är det tveksamt om de därigenom är förenliga med de tre argument för en restriktiv hållning som lades fram ovan. I praktiken är frågan om de inte innebar ett tvång till faktisk prestation. I *Warner v. Nelson* försvarade domstolen sitt utslag med att det fortfarande fanns andra sätt för svaranden att försörja sig och valet alltså inte stod mellan att prestera och att svälta. Det är dock tveksamt om en känd skådespelerska för en så lång tid som förbudet gällde (tre år) verkligen skulle ägna sig åt något annat än att spela in filmer. I flera andra mål är det dessutom helt klart att käranden inte skulle lida av att svaranden jobbade för någon annan, och i så fall är det svårt att se att utgången i målen skulle ha något annat syfte än att indirekt tvinga svaranden till att utföra sin prestation.⁵⁵

⁵⁰ Se t. ex. *Irani v. Southampton and South West Hampshire Health Authority* [1985] ICR 590.

⁵¹ Burrows s. 362. Se avsn. 4.1.2.

⁵² *Lumley v. Wagner* [1843-60] All ER Rep 368.

⁵³ *Warner v. Nelson* [1936] 3 All ER 160.

⁵⁴ Liknande fall går att hitta i sportvärlden, Yorio s. 364 f.

⁵⁵ Sharpe para. 698. I USA går det som en utgångspunkt endast att utfärda injunctions för att förhindra att svaranden arbetar för en bestämd konkurrent, Restatement of Contracts § 367 illustration 4.

4.5 FÖRSVAR MOT SPECIFIC PERFORMANCE

4.5.1 Allmänt

Den ovan i avsnitt 4.1.1 beskrivna indelningen av rättssystemet i law och equity innebar att det utvecklades särskilda principer och försvar med en moralisk underton som enbart var tillämpliga när svaranden skulle försvara sig i equity-mål. Många av dessa försvar har motsvarigheter i law, där konsekvenserna av ett framgångsrikt användande av dem är att avtalet ogiltigförklaras. Följaktligen minskar utrymmet för ett självständigt användande av equity-försvaren eftersom det enligt law är möjligt för svaranden att frigöra sig från avtalet helt och hållet. Bedömningsgrunderna i equity och law är dock inte helt överensstämmande, vilket har gett upphov till fall där SP har nekats, men skadestånd har dömts ut eftersom avtalet inte har kunnat ogiltigförklaras. De argument som inte har befunnits tillräckliga för att påverka avtalets giltighet har istället använts för att påverka påföljdsvalet. Även om skillnaden mellan i övrigt identiska försvar i law och equity går att förklara historiskt, så är det svårförståeligt hur den har kunnat bestå trots sammanslagningen av law och equity.⁵⁶

Det har visat sig mycket svårt att snävt definiera exakt vilka faktorer som domstolarna använder sig av när de bedömer mål om SP. De har i varje fall velat göra en helhetsbedömning av situationen, vilket gör det mycket svårt att i efterhand peka på någon bestämmande faktor.⁵⁷ Uppdelningen i särskilda försvar är därför i mycket doktrinens efterhandskonstruktion, medan gränserna i praxis är mycket flytande. Nedan kommer framställningen att koncentrera sig på några equity-maximer som är gemensamma för alla equity-mål, och i övrigt inrikta sig på huvudpunkterna unfairness och hardship, två mycket generella begrepp som oftast utgör kärnan i svarandens försvar. De återfinns i och i samspel med många andra mer specifika försvar, vilket inte minst framgår i avsnitten om ömsesidighet och mistake/misrepresentation som följer. Unfairness och hardship är i sig mycket nära sammankopplade, men kan eventuellt skiljas åt genom att unfairness riktar in sig på kärandens beteende under avtalsslutandet, medan hardship är ett samlingsbegrepp för de bördor som skulle uppstå för svaranden om han tvingas utföra SP.⁵⁸

⁵⁶ Se t. ex. Chafee (I) s. 895, Chafee (II) s. 1096, Schwartz s. 299, 306.

⁵⁷ Halsbury's para. 436, Sharpe para. 716, 727.

⁵⁸ Sharpe para. 726.

4.5.2 Equity-maximer

4.5.2.1 Allmänt

Vissa alldeles särskilda equity-maximer med en mycket moralisk underton har historiskt utvecklats i fall då kärandens uppförande är eller kan tänkas bli särskilt klandervärt, vilket ansågs utesluta hans begagnande av equity-domstolarnas rättvisa. De två viktigaste equity-principerna, ”Clean hands”-doktrinen och ”He who seeks equity must do equity”-doktrinen, skall nämnas här. Kritiker mot deras användande hävdar att man ofta med framgång skulle kunna hävda mer precisa anledningar för nekandet av SP.⁵⁹

4.5.2.2 He who comes to equity must come with clean hands

”Clean hands”-doktrinen gäller de fall då kärandens uppförande tidigare har varit mycket klandervärt. Om beteendet har haft ett nära och direkt samband med målet så kan domstolen avslå hans ansökan om SP. Således har det inte någon betydelse hur kärandens uppförande och samvete ser ut i övrigt, det har ingen relevans i det föreliggande målet. Eventuellt kan ”Clean hands”-doktrinen inte åberopas av en svarande vars beteende också är starkt klandervärt, och principen fungerar i så fall som en vågskål mellan parternas dåliga uppföranden.⁶⁰

4.5.2.3 He who seeks equity must do equity

I de fall när käranden inte är villig att utföra sina förpliktelser enligt avtalet eller i övrigt inte göra vad som skulle vara rättvist gentemot svaranden kan domstolen neka SP. Principen är mycket svår att skilja från doktrinen om ömsesidighet som behandlas nedan i avsnitt 4.5.5. I den mån det finns någon skillnad består den i att domstolen här ser på en klar viljeyttring från käranden som indikerar att han inte tänker motprestera. Den faktiska följden av principen blir ofta att SP ges villkorat.⁶¹

4.5.3 Unfairness

Unfairness är ett samlingsbegrepp på otillbörliga beteenden från kärandens sida för att få svaranden att ingå avtalet ifråga. Det krävs att svaranden på något sätt har befunnit sig i en svagare position, och att käranden har utnyttjat svagheten. Avtalet blir därför ofördelaktigt för svaranden. Hans svagare ställning kan bestå av en mängd faktorer, t. ex. svår nöd, sjukdom,

⁵⁹ A.a. para. 103, se särskilt citat av Spry i not 206, Chafee (I) s. 878, 892, Chafee (II) s. 1092.

⁶⁰ Se *Palmer v. Chamberlain* i avsn. 5.5.3 nedan.

⁶¹ Burrows s. 333 f, Sharpe para 110.

mentala handikapp, bristfällig rådgivning o.s.v. Det har ingen betydelse om käranden har varit medveten om svagheten, så länge som han, om än oavsiktligt, har utnyttjat den för att få till stånd ett förmånligt avtal. Ofta leder svarandens svagare position till att han begår ett misstag avseende något faktum (se avsn. 4.5.6), vilket varit till kärandens fördel. Han kan också ha dragit fördel av sin överlägsna ställning på annat sätt, t. ex. genom att förtiga väsentliga fakta, vilket gränsar till misrepresentation (se avsn. 4.5.6).

Nackdelen för svaranden skall bestå i någon form av oproportion i utbytet av prestationer. Det faktum att han inte fått tillräcklig ersättning för sin prestation, d.v.s. att balansen i avtalet är starkt till kärandens fördel, är en ofta återkommande faktor i unfairness-försvaret mot kärandens krav på SP. I sig är inte bristande ersättning tillräckligt för att befria svaranden från SP. I kombination med andra faktorer är dock ofta detta den bestämmande faktorn när domstolen nekar SP, inte bara i fall gällande unfairness.

Det är avtalstidpunkten som normalt är utgångspunkten vid bestämmandet av om svaranden har fått tillräcklig ersättning. På så sätt skyddas inte svarande med spekulationssyften som har slagit fel.

Ett skolexempel på unfairness erbjuds i *Panco v. Rogers*⁶². Ett äldre par utan erfarenhet av fastighetsförsäljning sålde sitt hem i tron att de skulle få 12.500 \$. I själva verket var kontraktssumman endast 5.500 \$, hälften av marknadsvärdet. Avtalet skrevs på utan att misstaget uppdagades. Oavsiktligen drog köparen alltså nytta av motpartens misstag och detta resulterade i en stark obalans i utbytet av prestationer. Domstolen ansåg att det skulle vara "unjust, inequitable and unfair" att genomföra fastighetsförsäljningen.

4.5.4 Hardship

I de fall då avtalet har blivit kraftigt betungande för svaranden kan det medföra att han befrias från att utföra den avtalade prestationen. Ett avtal är dock ett ömsesidigt fördelande av risker mellan parterna, och det innebär att alla de händelser som faller inom denna riskfördelning och till sin natur kan betraktas som normala inte skall anses som tillräckliga anledningar för att frånga avtalet. Enbart det faktum att avtalet visar sig vara ofördelaktigt räcker inte, och på samma sätt undantas inte heller spekulationsavtal som har slagit helt fel. Avtalet kan dock vara så betungande att det inte är rimligt att tvinga fram svarandens prestation. Hardship skall normalt föreligga redan vid avtalsslutandet, men kan i vissa fall uppstå p.g.a. senare oväntade händelser.

⁶² *Panco v. Rogers* 87 A.2d 770.

När domstolarna skall bedöma svarandens hardship kan det finnas all anledning att även se på kärandens situation. Även om svaranden drabbas hårt av att behöva fullgöra avtalet, så kan käranden mycket väl drabbas av liknande hardship om han inte får åtnjuta svarandens prestation. Rättspraxis indikerar att hardship är en relativ fråga som skall avgöras genom en jämförelse mellan parternas potentiella bördor (se avsn. 5.5.4).

Rättspraxis ger exempel på hur gränsdragningen görs mellan normala nackdelar som följer av avtalet och verkligt betungande prestationer. Att svaranden har svårt att finna en alternativ bostad efter att ha sålt ett hus är exempelvis inte tillräckliga skäl, och allmänna ekonomiska problem är inte heller tillräckligt.⁶³ Ett klassiskt fall där svarandens hardship ansågs utesluta SP är *Denne v. Light*⁶⁴ i vilket svaranden enligt avtalet skulle köpa en fastighet som det visade sig att han inte skulle ha tillgång till eftersom den var omsluten av andra fastigheter som han inte hade rätt att passera. Ett modernare fall är *Patel v. Ali*⁶⁵ i vilket en pakistansk cancersjuk tvåbarnsmamma hade avtalat med käranden om att sälja sitt hus. Hon kunde mycket litet engelska, mannen satt i fängelse och hon fick förlita sig på nära boende vänner och släktingar för att klara vardagliga sysslor. Det var ett stöd hon skulle förlora om hon tvingades flytta och domstolen ansåg att det innebar ett tillräckligt hardship för att avtalet inte skulle genomföras med domstolens hjälp.

4.5.5 Ömsesidighet⁶⁶

Rättviseskäl har traditionellt medfört att SP inte har beviljats gentemot en svarande i de fall då han av någon anledning inte skulle kunna utverka SP mot käranden för att denne skulle uppfylla sina motsvarande avtalsförpliktelser. Att käranden kan framtvinga svarandens prestation medan det inte finns någon möjlighet för svaranden att med SP framtvinga kärandens avtalsprestation innebär en nackdel för svaranden. Således är ömsesidighetskravet en variation av hardshipargumentet. Risker för att käranden inte skall prestera är betydlig om parterna är så pass osams att de har vänt sig till en domstol. Det skall dock noteras att det även är en stor nackdel för käranden att han inte kan framtvinga en prestation av svaranden.

Problemet uppstår i de fall då svaranden skall prestera före käranden eller prestationerna skall utväxlas samtidigt. Det kan tänkas att kärandens prestation inte kan framtvingas eftersom den innehåller starkt personliga

⁶³ Se t. ex. *Mountford v. Scott* [1974] 1 All ER 248.

⁶⁴ *Denne v. Light* (1857) 8 De GM & G 774.

⁶⁵ *Patel v. Ali* [1984] 1 All ER 978.

⁶⁶ Ömsesidighet har två sidor, en positiv och en negativ. Den positiva kan formuleras "Om A skall beviljas SP skall också B beviljas". Den negativa kan formuleras "Om A inte skall beviljas SP skall inte heller B beviljas". De båda aspekterna är helt oförenliga, Corbin s. 788 f. Den positiva formen av ömsesidighet lever enbart kvar vid fastighetskontrakt, medan den negativa är den som behandlas här.

inslag eller av något annat skäl. I de flesta fall kan dock svaranden på ett adekvat sätt bli kompenserad genom skadestånd för kärandens uteblivna prestation. Doktrinen är enig om att ett tillräckligt kompenserande skadestånd borde vara tillräckligt för att anse ömsesidighetskravet som uppfyllt.⁶⁷

Istället för att neka SP är en lösning att villkora domslutet med att käranden först skall prestera, alternativt ställa säkerhet för sin egen prestation om svaranden med nödvändighet måste prestera först. Den senare lösningen vilar dock på antagandet att skadestånd skulle vara ett adekvat substitut för kärandens prestation.

4.5.6 Mistake och misrepresentation

Svaranden kan av någon anledning ha misstagit sig avseende någon relevant faktor i avtalet, varvid det skulle uppstå någon form av orättvisa eller hardship för honom om han tvingades att stå fast vid vad han åtagit sig. Normalt krävs det att käranden har bidragit till misstaget, om än oavsiktligt, eller dragit fördel av det på något sätt.

Ett ledande rättsfall är *Tamplin v. James*⁶⁸, i vilket svaranden hade misstagit sig på storleken av en fastighet han hade köpt. Även om domstolen inte tvivlade på att han verkligen hade misstagit sig, upprätthöll den ändå kontraktet. Misstaget räckte inte i sig för att neka SP. Då käranden inte bidragit till misstaget, så krävdes det att det uppstått hardship för svaranden i sådan utsträckning att det skulle vara orätt att tvinga honom att genomföra affären. Sådant hardship fanns i *Hope v. Walter*⁶⁹, ett annat fastighetsmål. Misstaget gjordes av båda parterna då ingen av dem visste att en hyresgäst drev en bordell på egendomen, men det ansågs orätt gentemot svaranden att upprätthålla avtalet.

Tamplin v. James visade att det var av betydelse om käranden hade bidragit till misstaget. Man kan tänka sig mer uppenbara fall av *misrepresentation* där käranden avsiktligt har förfarit på ett sätt som har givit svaranden en oriktig bild av omständigheterna i affären. Kärandens beteende kan ha bestått i att dölja viss information eller att oriktigt uppmuntra svarandens villfarelse genom sitt beteende.

4.5.7 Omöjlighet och futilitet

⁶⁷ Se t. ex. Sharpe para 755 och Burrows s. 327. Se också stöd för åsikten i *Price v. Strange* [1977] 3 All ER 371.

⁶⁸ *Tamplin v. James* [1874-80] All ER Rep 560.

⁶⁹ *Hope v. Walter* [1900] 1 Ch 257.

Svaranden kommer inte att åläggas att utföra något som är omöjligt att utföra. Exempelvis kan inte någon som avtalat om försäljning av ett föremål tvingas utge föremålet om det visar sig att han inte var dess riktiga ägare eller om han har sålt det vidare till en tredje man som var i god tro.

Detsamma gäller i de fall då prestationen framstår som futil eller onödig. Exempelvis finns det ingen anledning att genomdriva kontrakt vilka svaranden när som helst har rätt att säga upp eller har en mycket kort löptid. Den generella principen är att domstolen inte beviljar SP när det innebär ”futility and waste”, d.v.s. upptar domstolens tid och resurser i onödan.⁷⁰

⁷⁰ *Tito v. Waddell (No 2)* [1973] 3 All ER 129. Se också avsn. 4.3.1 om kostbar övervakning.

5 AVVÄGNING

5.1 INLEDNING

5.1.1 Allmänt

Traditionellt har Equity karakteriserats av att domstolen inte binds av generella regler, utan har istället framhåvt varje falls unika karaktär, och att varje fall måste bedömas för sig. Det har skett i ljuset av att equity har fungerat som ett rättvisekorrektiv med syftet att uppnå ett mer rättvisande resultat än vad som var möjligt enligt law. I ett klassiskt fall, *Wedgwood v. Adams*⁷¹, uttrycktes det på följande vis:

”...the Court exercises a discretion, in cases of specific performance, and directs a specific performance unless it should be what is called highly unreasonable to do so. What is more or less reasonable, is not a thing that you can define, it must depend on the circumstances of each particular case.”⁷²

Till en viss del har det sannolikt varit en fiktion. När domstolarna har tagit ställning till påföljdsvalet har historiska faktorer spelat en stor roll, och en traditionell indelning av målen i olika kategorier har flera gånger lett till att påföljden har valts utan att fallens särskilda karakteristika har beaktats.⁷³ En del av skulden till det har legat på den hierarki som adekvanskravet har skapat mellan skadestånd och SP, enligt vilken skadeståndet har intagit funktionen av primär påföljd.⁷⁴

I nutida rättsutveckling anar man dock framväxten av ett nytt synsätt på påföljdsvalet. Förhållandet mellan SP och skadestånd, som traditionellt har varit hierarkiskt, har ifrågasatts. Frågan är om själva grunden till hierarkitänkandet, d.v.s. adekvanskravet, verkligen är gällande rätt eller om det egentligen döljer andra hänsyn än det ger uttryck för (se nedan avsn. 5.2.3). Domstolarna har blivit allt mer lyhörda för de inblandade parternas intressen och de sätt på vilka de kan skyddas, vilket ett känt avsnitt ur *C. H. Giles & Co. v. Morris*⁷⁵ beskriver:

⁷¹ *Wedgwood v. Adams* 49 ER 958.

⁷² s. 605. Se även Restatement of Contracts § 358 kommentar a: ”complete justice to the extent that this is feasible.”

⁷³ Sharpe para. 525 ff, Schoenbrod s. 631 f.

⁷⁴ Dawson s. 537 f.

⁷⁵ *C. H. Giles & Co. v. Morris* [1972] 1 All ER 960.

”As is often the case in equity, the matter is one of the balance of advantage and disadvantage in relation to the particular obligations in question; and the fact that the balance will usually lie on one side does not turn this probability into a rule.”⁷⁶

Som ovan konstaterats i kapitel 4 så går det typiskt sett att identifiera vissa intressen och faktorer som utöver kärandens intresse av att erhålla full kompensation för avtalsbrottet påverkar domstolens val mellan skadestånd och SP. Valet kan sannolikt i varje enskilt fall på bästa sätt förklaras med att dessa intressen ställs mot varandra och att en kompromiss måste utarbetas i ljuset av deras relativa styrka. För att en sådan bedömning skall kunna göras krävs det dock att det finns metoder för det, funktionella avvägningsprinciper vilka kan avgöra intressekonflikterna enligt särskilda kriterier. Sådana principer har utvecklats i rättspraxis, och det går idag att identifiera flera stycken som används av domstolarna uttryckligen eller implicit.

Utvecklingen har fört med sig att även på områden där SP traditionellt har varit uteslutet, t. ex. vid personliga kontrakt (se avsn. 5.3), har domstolarna i flera fall företagit en individuell prövning för att inte kontraktstypen utan istället de faktiska omständigheterna skall vara avgörande. Sak samma inom de områden där SP har beviljats närmast reflexmässigt, t. ex. vid fastighetsförsäljning (se avsn. 4.2.2).

I detta kapitel behandlas de avvägningsprinciper som används i anglosaxiska rättssystem för att avgöra valet mellan SP och skadestånd. Det är ett svårt område att beskriva eftersom en stor del av doktrinen är normativ istället för deskriptiv, d.v.s. den beskriver det önskade rättsläget *de lege ferenda* istället för rättsläget *de lege lata*. I framställningen har synpunkter *de lege ferenda* i görligaste mån sorterats bort så att enbart de avvägningsprinciper som verkligen används i praxis är i fokus, de är funktionella då de faktiskt tillämpas.

5.1.2 Alternativa motiv

Innan domstolen till fullo kan beakta parternas intressen så måste den ta ställning till bevisfrågorna i målet. Vad parterna anför som stöd för sina ståndpunkter måste styrkas och även om bevis framförs kan det i vissa fall finnas anledning att utvärdera om inte andra starkare motiv har haft en avgörande roll för deras ställningstaganden.

⁷⁶ s. [318].

Eftersom flera av de omständigheter som framfördes i kapitel 4 är mycket subjektiva, så kan de vara mycket svårbevisade inför en domstol. Det gäller både deras förekomst och omfattning. Uppgiften för domstolen blir att på ett objektivt sätt försöka värdera vad parterna har anfört. Vid en sådan objektivisering måste alternativa motiv för parternas ståndpunkter undersökas. Bedömningen sker i varje enskilt fall, men rent generellt går det att peka på situationer i vilka aktsamhet är påkallad.

Avtalsparter är inte alltid rationella i sitt handlande utan kan drivas av andra än t. ex. moraliska och ekonomiska motiv. Leff har i en artikel påvisat att drivkrafterna kan vara både hämndlystnad och ren illvilja, särskilt om den rättsliga processen har föregåtts av en längre period av fruktlösa förhandlingar.⁷⁷ Käranden kan även tänkas ha syftet att avskräcka andra avtalsparter från att inte fullfölja sina åtaganden. Genom att driva processen visar han att han till varje pris tänker genomdriva ingångna avtal.⁷⁸ Särskilt i mål där käranden inte har anledning att förvänta sig en fullgod prestation finns det anledning att undersöka sådana alternativa drivkrafter, t. ex. när det föreligger starkt personliga inslag.⁷⁹

I andra fall kan parternas ståndpunkter ha föranletts av rena vinstmotiv. Som nämndes ovan i avsnitt 4.2.2 så är käranden skyldig att vid skadestånd försöka begränsa sina förluster av motpartens avtalsbrott. Det behöver han inte om han beviljas SP, och kostnaderna för detta placeras då istället på svaranden. Av samma anledning har svaranden anledning att försöka utverka skadestånd istället för SP.⁸⁰ Frågor av den karaktär som har behandlats här beaktas också inom ramen för ”the balance of equities”, se vidare avsnitt 5.5.3.

5.1.3 Om den fortsatta framställningen

Kapitlet inleds med avsnitt 5.2 som behandlar frågan i vilken utsträckning adekvanskravet fortfarande fyller en funktion i anglosaxisk rätt. I den mån det används bildar det rent faktiskt en hierarki mellan påföljderna skadestånd och SP. I avsnitten som följer beskrivs flera avvägningsprinciper som används för att avgöra när SP är en lämplig påföljd. Avsnitt 5.3 tar upp frågan om dominanta intressen, varav de personliga avtalen utmärker sig i anglosaxisk rätt. Avsnitt 5.4 behandlar efficient breach-teorin, medan avsnitt 5.5 tar upp the balance of equities, ett vedertaget förfarande för att avgöra frågor inom equity. Slutligen i avsnitt 5.6 behandlas frågan om

⁷⁷ Leff s. 20 f, Yorio s. 528.

⁷⁸ Leff s. 34 ff.

⁷⁹ Yorio s. 531

⁸⁰ I många fall kan det dessutom tänkas föreligga föreligga tredjemansintressen eller samhällsintressen som parterna medvetet eller omedvetet inte reflekterat över, men som i hög grad har relevans för fallets bedömning.

övervakningshänsyn och hur dessa vägs gentemot kärandens intresse av att erhålla SP.

5.2 PÅFÖLJDSSYSTEMETS HIERARKISKA

UPPBYGGNAD

5.2.1 Allmänt

Det är tänkbart att rättssystemet i anglosaxiska länder i sig uttrycker en preferens för en viss påföljd, en preferens som används när domstolarna tar ställning till valet mellan SP och skadestånd. En sådan uppdelning av påföljderna i primära och sekundära kan tänkas innebära allt från en mycket svag preferens till en presumtion för en viss påföljd. På samma sätt är det tänkbart antingen att den verkar som en generell utgångspunkt i ett stort antal mål, eller att dess funktion är begränsad till de fall då utgången i övrigt är osäker.

Att det finns en preferens för skadestånd i rättssystemet har sedan länge varit en vedertagen åsikt, och den har baserats främst på adekvanskravets existens. Adekvanskravets funktion och berättigande har dock på senare tid fått utstå allt hårdare kritik och frågan är idag om det verkligen finns något hierarkiskt förhållande mellan SP och skadestånd.

5.2.2 Tradition, hierarki och nytänkande

Påföljdssystemet har traditionellt betraktats som en hierarki där vissa påföljder föredras framför andra. De är graderade och de som har en lägre grad får enbart nyttjas om vissa särskilda villkor är uppfyllda.⁸¹ Särskilt är så fallet mellan de två påföljder som är relevanta i denna framställning, SP och skadestånd. Det beror främst på adekvansregeln⁸², vars ursprung kan spåras tillbaka till den tid då rättssystemet var delat mellan law och equity. Som nämndes ovan i avsnitt 4.1.1 utgjorde adekvanskravet den juridiskionella gränsen mellan law och equity. Det var dock inte oundvikligt att en hierarki därigenom skapades. The Lord Chancellor kunde i sin rättsskapande verksamhet ha valt att tolka adekvanskravet mycket snävt så att skadestånd

⁸¹ A.a. s. 1.

⁸² Flera andra doktriner bidrar i mindre utsträckning till ett hierarkiskt synsätt, men de utelämnas här, a.a. s. 39 ff.

aldrig ansågs som en adekvat påföljd. Att han inte gjorde det anses bero på att han ville begränsa användandet av de allvarliga sanktioner, bl. a. fängslande, som stod till equitys förfogande. Men samtidigt hade det i tidig engelsk rättsutveckling utvecklats en föreställning om att pengar var ekvivalent med allting. På så sätt var skadeståndet ett fullgott substitut för svarandens avtalsbrott och ansågs som karendens främsta och primära påföljd, medan SP betraktades som en exceptionell påföljd.⁸³

Anledningen till att adekvanskravet leder till ett hierarkiskt förhållande mellan SP och skadestånd är att det innefattar ett kvalifikationsarrangemang. Skadestånd måste visas vara en inadekvat påföljd innan karenden får SP, i annat fall kvarstår enbart möjligheten att utverka skadestånd. Förhållandet är dessutom inte reciprokt, det finns inget liknande krav som måste vara uppfyllt för att skadestånd skall vara tillgängligt. Därigenom är det den primära påföljden medan SP är sekundärt eftersom det enbart ges i de fall då kvalifikationsarrangemanget är tillfredsställt.

Motsatsen till varje sorts hierarki är att man utför en utvärdering av en påföljds för- och nackdelar i varje särskilt sammanhang. D.v.s. i varje enskilt fall skall dess särskilda karakteristika övervägas för att sedan den påföljd som i sammanhanget är lämpligast skall kunna väljas. Kritiska röster mot en hierarkisk uppfattning av påföljdssystemet har framfört en sådan kontext-beroende utvärdering som ett bättre alternativ än dagens adekvanskrav. Det finns ingen anledning till varför SP skall missgynnas av en hierarkisk uppfattning som inför begränsningar för dess användande främmande för andra påföljder.⁸⁴ Vad en kontext-beroende utvärdering egentligen består av lämnas i doktrinen osagt. Sannolikt innebär den användandet av sådana avvägningsprinciper som kan spåras i praxis och behandlas nedan i avsnitt 5.3-5.6. Användandet och resultatet av dessa principer är beroende av det individuella fallet och de är därför i högsta grad beroende av sin kontext.

Laycock har gått ännu längre i sin attack mot det traditionella hierarkiska tänkandet då han hävdar att någon hierarki faktiskt inte existerar i relationen mellan SP och skadestånd. Efter en genomgång av praxis har han funnit att även om adekvanstestet frekvent används i domstolarnas språkbruk, så döljer det oftast andra hänsyn än det traditionellt hierarkiska. Den svagast tänkbara versionen av en preferens för skadestånd är att domstolen balanserar alla i fallen motstående intressen *samt* denna preferens. Men inte ens ett sådant förfarande går att spåra i praxis, förutom i ett fåtal fall gällande fungibla varor och tjänster. För att man skall kunna säga att rättssystemet uttrycker en preferens så måste den användas i ett stort antal fall och på olika ämnesområden, annars får den snarast karaktären av undantagsfall. Men det är mycket tveksamt om det går att generalisera

⁸³ Yorio s. 27 ff.

⁸⁴ Fiss s. 6, 86. En sådan kontext-beroende utvärdering har dock kritiserats ur en rättsekonomisk synpunkt då det i varje fall skulle bli kostsamt att fastställa påföljden, Schwartz s. 284 och avsn. 5.2.3.1 nedan.

skadeståndet som en primär påföljd genom hela rättssystemet. Och om en preferens enbart går att finna i ett fåtal fall utförs istället generellt just en sådan kontext-beroende utvärdering av påföljdernas lämplighet i varje enskilt fall som är hierarkitänkandets motpol.⁸⁵

5.2.3 Närmare om adekvansbedömningen

5.2.3.1 Adekvanskravets berättigande

Distinktionen mellan hierarki och kontext-beroende utvärdering kommer särskilt till uttryck när man granskar de olika åsikter som i doktrinen har framförts om adekvanskravets berättigande. Det är främst adekvanskravet som ger upphov till det hierarkiska förhållandet mellan SP och skadestånd och olika åsikter om dess faktiska funktion medför också med nödvändighet olika åsikter om påföljdssystemets hierarkiska struktur.

Ur ett rättsekonomiskt perspektiv har adekvanskravets berättigande debatterats ingående. Det har analyserats med tanke på de kostnader som följer av parternas förhandlingar före och efter kontraktsbrottet, samt de judiciella kostnader som domstolsprocessen ger upphov till. Bland de främsta förespråkarna för att nuvarande reglering är effektiv märks särskilt Kronman och Yorio⁸⁶, som anser att adekvansgränsen reducerar kostnaden för parternas förhandlingar jämfört med om SP hade varit den normala och primära påföljden. Schwartz och Ulen⁸⁷ intar en motsatt ståndpunkt och anser att det hade varit rättsekonomiskt optimalt om SP rutinmässigt hade utdömts istället för skadestånd. Diskussionen har dock en stark karaktär av de lege ferenda, och faller därför utanför denna framställning.

I doktrinen finns det olika uppfattningar om adekvanskravets faktiska funktion i domstolarnas dömande verksamhet. Vissa hävdar i enlighet med ett traditionellt synsätt att adekvansbedömningen i sig utgör en avvägning av motstående intressen, en inledande spärr som måste forceras innan målet i övrigt kan bedömas. Andra anser att adekvanstestet är den del som representerar kärandens intressen i den enda avvägning som domstolen företar, eller att adekvansregeln inte ens existerar längre utan utgör en täckmantel för andra hänsyn och avvägningmodeller.

5.2.3.2 Det traditionella synsättet

Det ursprungliga sättet att se på adekvansbedömningen innebär att den i sig innehåller ett avvägningmoment som måste utfalla till kärandens favör för

⁸⁵ Laycock (1990) s. 695 ff, Fiss s. 86.

⁸⁶ Kronman (1978) s. 351 ff, Yorio s. 533 ff.

⁸⁷ Schwartz s. 271 ff, Ulen s. 341 ff.

att domstolen över huvudtaget skall fortsätta och bedöma målet i övrigt.⁸⁸ Kärandens bristande behov av ytterligare kompensation än skadestånd erbjuder är ett faktum som tillmäts *självständig* betydelse och hindrar utfärdandet av SP. Adekvansgränsen utgör i så fall en basgräns som inte får underskridas och hela processen får karaktären av ett tvåstegsförfarande.⁸⁹

Gränsen mellan SP och skadestånd anses baserad på skyddshänsyn till förmån för de inblandade parterna. Man har genom adekvansgränsen velat skapa en kompromiss mellan borgenärens legitima intresse av att få SP, d.v.s. det kompensationsmål som är grunden för påföljdssystemet, och de bördor som en påföljd typiskt sett innebär för svaranden. Delvis baseras regeln alltså på rättssäkerhetshänsyn då SP typiskt sett är en mycket ingripande påföljd. Då utförs en första bortsortering av de mål där bördorna för svaranden typiskt sett skulle bli oproportionerliga i jämförelse med kärandens behov av kompensation.⁹⁰ Dawson hävdar att just detta är adekvansregelns viktigaste funktion; att begränsa området inom vilket tvång kan användas, särskilt i ljuset av de ingripande tvångsmedel som står till rättens förfogande när svaranden inte efterkommer ett domslut. Den utgör en allmän begränsning av den makt som har anförtrotts domstolarna och som annars skulle kunna användas mot den enskilde.⁹¹

Om man på sådana grunder rättfärdigar adekvanstestet och argumenterar för dess fortsatta existens, så innebär det att man försvarar uppfattningen att förhållandet mellan SP och skadestånd är hierarkiskt. Adekvanskravet innebär då en allmän begränsning av SP p.g.a. dess typiskt sett ingripande natur och SP blir automatiskt en sekundär påföljd jämfört med skadestånd som är ett mindre ingripande alternativ.

5.2.3.3 Ett nytt synsätt

Ett nytt sätt att se på adekvanskravets funktion har vuxit fram på senare år. Det innebär ett steg bort från att det enbart skall ses som ett första test som skall tillfredsställas innan resten av fallet kan övervägas, och därmed också ett steg bort från det traditionella hierarkiska tänkandet. Som ovan sagts i avsnitt 5.1.1 så beskriver nutida doktrin alltmer processen om valet mellan SP och skadestånd som en avvägning mellan motstående intressen, och i avsnitt 5.2.2 beskrevs en kontext-beroende avvägning av alla målets faktorer som det hierarkiska tänkandets motpol.

I en sådan avvägning skulle adekvanstestet ha den primära funktionen av att förmedla förekomsten och storleken av kärandesidans intresse av att få SP.⁹² Att adekvanstestet förser domstolen med sådan information skiljer sig inte

⁸⁸ Jfr. Sharpe para. 525, "The adequacy of damages test remains the primary one in determining the availability of specific relief".

⁸⁹ Jfr. Linzer s. 131 som förordar ett strikt tvåstegsförfarande.

⁹⁰ Sharpe para. 532, jfr. Schwartz s. 296 ff.

⁹¹ Dawson s. 535 ff.

⁹² Se t. ex. Yorio s. 33, 41.

från det traditionella synsättet ovan, dock anses det att så sker i *en enda* intresseavvägning. Processen anses inte längre uppdelad i två delar där adekvanstestet är en spärr som måste forceras innan resten av målet kan bedömas. Istället är adekvansbegreppet en retorisk figur som fungerar som en måttstock på kärandens intresse och ingår som en integrerad del av domstolens sammanvägda bedömning.⁹³ En konsekvens av ett sådant synsätt är att det inte heller kan finnas någon ”basgräns” som måste överskridas. Kärandens behov av påföljden kan vara minimalt, men ändå ingå i en avvägning.

Modern doktrin tonar ned adekvansregelns funktion och anser att den t.o.m. är missledande.⁹⁴ Laycock är den som har gått längst då han såsom ovan sagts hävdar att någon adekvansregel inte längre existerar trots att domstolarna frekvent använder begreppet. Efter en genomgång av praxis har han funnit att när domstolarna nekar käranden SP med hänvisning till adekvansbegreppet så innebär språkbruket så gott som alltid andra skäl för detta. Att käranden enbart har ett ringa intresse av att erhålla SP har ingen självständig betydelse, utan det vägs mot sådana skäl som angavs ovan i avsnitt 4.3-4.5. Normalt hörsammas istället kärandens begäran att få SP⁹⁵. Kärandens bedömning att SP är den bästa påföljden kan i normalfallet anses vara den riktigaste bedömningen.⁹⁶

Enligt ett i doktrinen framväxande synsätt döljer alltså den retoriska användningen av adekvansbegreppet att det hierarkiska förhållande mellan SP och skadestånd är försvagat, varför beteckningen som en regel eller test är missvisande.⁹⁷ I den mån adekvansregeln har någon funktion så består den enbart i att förmedla kärandens relativa intresse av att erhålla SP som påföljd. Detta intresse ingår sedan i en avvägning – en sådan kontextberoende avvägning som anfördes ovan – och vägs mot andra faktorer hänförliga till käranden och rättssystemet (se ovan avsn. 5.1.1).

Kärandens val av påföljden beaktas i görligaste mån, men inte alltid fullt ut. När marginalnyttan för käranden av att erhålla SP understiger inverkan av andra faktorer som talar emot SP, så kan man räkna med att domstolarna nekar honom påföljden. På så sätt har kärandens intresse av påföljden betydelse, och det faktum att han istället kan bli tillräckligt kompenserad av skadestånd är av stor betydelse. Dock innebär det inte någon självständig grund för nekandet av SP.

⁹³ A.a. s. 33, 41, Laycock (1990) s. 695.

⁹⁴ Laycock (1991) s. 9 ff.

⁹⁵ A.a. s. 11.

⁹⁶ A.a. s. 16 f.

⁹⁷ Laycock (1990) s. 694.

5.3 DOMINANTA PERSONLIGA AVTALSINSLAG

De faktorer som verkar i ett mål kan ha olika styrka, d.v.s. graden eller förekomsten av ett visst intresse kan variera. I relation till varandra kan vissa vara mer betydelsefulla och kraftfulla än andra. Arten och komplexiteten av inblandade intressen i mål om SP gör att det är både svårt och missvisande att ordna dem i någon strikt hierarkisk ordning, även efter en genomgång av en stor mängd praxis. Det finns dock vissa faktorer vars förekomst innebär att domstolens utslag med mycket stor sannolikhet är förutsägbart. De kan benämnas dominanta, eftersom de i praktiken är utslagsgivande och i stort gör en närmare avvägning av övriga intressen överflödigt. Adekvanskravet såsom ett mått på kärandens behov av SP är då ofta irrelevant, eftersom det inte har någon betydelse vilket behov käranden har av svarandens prestation.

En dominant faktor kan urskiljas i mål om SP, åtminstone i teorin. Den utgörs av prestationer med starkt personliga inslag då domstolarna historiskt sett har värnat mycket starkt om individens personliga frihet.

Att en prestation innehåller starkt personliga inslag innebär traditionellt att den inte kan genomdrivas med hjälp av SP. I USA:s Restatement of Contracts står det att "A promise to render personal service will not be specifically enforced"⁹⁸ Det är en hållning som reflekterar praxis på området. Domstolarna har varit mycket försiktiga vid denna avtalstyp. Försiktigheten har sannolikt sin grund i de starka underliggande skäl som motiverar regeln, frihetsargumentet, övervakningsargumentet och förtroendeargumentet, vilka beskrevs ovan i avsnitt 4.4.1. De har en särskilt stor styrka i renodlade fall om anställning eller uppdragsavtal, och det är främst inom dessa avtalstyper det personliga avtalsinslaget har verkat som en spärr för SP⁹⁹, särskilt när svaranden har varit en uppdragstagare/arbetstagare. Det omvända förhållandet regleras ju normalt av arbetsrättslagstiftning.

I doktrinen framkommer ofta önskemål om att även fall inom det här området skall granskas på en individuell basis och att en verklig avvägning av motstående intressen skall utföras.¹⁰⁰ Det blir då möjligt att särskilja de fall, måhända ett fåtal, i vilka SP är berättigat trots prestationens starkt personliga karaktär. Domstolarna börjar bli något mer benägna att anlägga ett sådant synsätt¹⁰¹, och i praxis finns det exempel på att så har skett. Två av de mest uttryckliga exemplen utgörs av *Hill v. Parsons & Co.* som behandlades ovan i avsnitt 4.4.2, och *Bell v. Milner*¹⁰². I *Hill & Parsons &*

⁹⁸ § 367 (1).

⁹⁹ Laycock (1990) s. 765 f.

¹⁰⁰ Se t. ex. Sharpe para. 583, Yorio s. 385 f.

¹⁰¹ Laycock (1990) s. 748.

¹⁰² *Bell v. Milner* 3 DLR (2d) 202.

Co. var det fråga om ett anställningsförhållande, men trots att arbetstagaren hade blivit avskedad så kvarstod förtroendet mellan parterna. Fallet var säreget också såtillvida att avskedandet hade skett p.g.a. press från fackligt håll. Domstolen beaktade uppenbart dessa faktorer, och förbigick huvudregeln för att den inte skulle leda till ett felaktigt resultat när dess underliggande skäl inte förelåg. Arbetstagaren beviljades SP mot arbetsgivaren för att anställningsförhållandet skulle upprätthållas.

Bell v. Milner är ett annat udda fall som också utgör ett undantag från huvudregeln. En direktör blev uppsagd i strid med ett avtal som stadgade att han enbart skulle kunna sägas upp enligt vissa villkor. Han var personligen ansvarig för företagets skuldförbindelser och en skadeståndstalan mot företaget skulle sannolikt inte vara verkningsfull. I ljuset av dessa fakta bedömde domstolen att direktörens starka skäl för att få behålla sitt jobb vägde starkare än svarandens behov av skydd från att tvingas till en personlig förpliktelse.

Ovan i avsnitt 4.4.3 beskrevs också att domstolarna i flera fall i praktiken framtvingat personliga prestationer, men då inte genom SP utan med hjälp av indirekt SP då svaranden förbjudits prestera för annan än käranden. På så sätt har övervakningsproblematiken undvikits (se avsn. 4.3.3), och i flera fall framstår det som en kompromiss mellan svarandens och kärandens intressen¹⁰³, eftersom svaranden åtminstone i teorin i många fall fortfarande kan avstå från att fullfölja avtalet, medan käranden inte behöver lida skada av att svaranden presterar för någon annan. På så sätt har man kunnat undvika att direkt framtvinga personliga prestationer med hjälp av SP, men huvudregeln att starka personliga förpliktelser inte skall genomtvingas med domstolens hjälp har onekligen urholkats. Den skall nog idag snarast karakteriseras som en stark tveksamhet och inte en absolut spärr mot avtal med starkt personliga inslag.¹⁰⁴

5.4 EFFICIENT BREACH

5.4.1 Allmänt

En av de grunder vilka avtalsrätten anses vila på är effektivitetshänsyn.¹⁰⁵ Avtalsrätten kan ses som en välfärdsmaximerande institution. En effektiv reglering förflyttar avtalsparternas resurser till den som värderar dem högst, vilket leder till social välfärd. Effektivitet är nära förknippat med ett

¹⁰³ Jfr. *Clark Paper & manufacturing Co. v. Stenacher* 236 N.Y. 312 och Yorio s. 374 ff.

¹⁰⁴ Sharpe para. 577.

¹⁰⁵ Posner s. 89 ff.

utilitaristiskt synsätt, enligt vilket avtalsrätten anses säkerställa ekonomisk stabilitet genom att utgöra en säker och tillförlitlig reglering av transaktioner. På så sätt vågar avtalsparter lita på avtalsrätten för att lösa sina mellanhavanden.

Att anta att avtalsrättens enda mål är rättsekonomisk effektivitet är sannolikt en fiktion. Effektivitet innebär att resurser fördelas så att de genererar maximalt värde, och är en av flera viktiga kriterier som kan förklara rättens utformning.¹⁰⁶ Det renodlade effektivitetsperspektivet utgör dock ett användbart analysinstrument som kan användas för att undersöka olika rättsliga företeelser, såsom valet mellan SP och skadestånd i en tvist.

Skillnaden mellan att se på rätten de lege lata och de lege ferenda gör sig här särskilt påmind (se avsn. 5.1.1).¹⁰⁷ Diskussionen om SP ur ett de lege ferenda-perspektiv har dock främst fokuserat på adekvansgränsens placering och erbjuder få riktlinjer för domstolarna när de skall ta ställning till påföljdsvalet i enskilda fall. En utgångspunkt de lege lata kan dock användas för att analysera den existerande rätten, och sålunda också beskriva de valmöjligheter domstolen ställs inför när den skall välja mellan skadestånd och SP och avgöra vilken påföljd som är ekonomiskt effektivast.

Den teori som är i fokus i detta avsnitt är teorin om efficient breach. Den erbjuder ett sätt att beskriva svarandens avtalsbrott som berättigat eller ej ur ett effektivitetsperspektiv. Därmed kan den också avgöra domstolens val mellan SP och skadestånd. I de fall det inte är effektivt för svaranden att utföra sin avtalsprestation är det inte heller effektivt att tvinga honom därtill med hjälp av SP.

5.4.2 Antaganden

Effective breach-teorin är en ekonomisk teori och såsom alla ekonomiska teoribildningar kräver den att man gör vissa grundläggande antaganden. Världen är alltför komplex för att kunna analyseras sammantagen och därför försöker man isolera en eller ett par relevanta faktorer genom att förenkla de övrigas påverkan. Modellerna blir på så sätt uppenbart orealistiska, men utgör fortfarande användbara analysverktyg.

Antagandena gäller bland annat det mänskliga beteendet. Människor antas vara fullt rationella i sitt handlande. De antas vidare ha som mål att vinstmaximera för att få maximalt utbyte av sitt handlande.¹⁰⁸ Fullt rationella och vinstmaximerande människor antas reagera på ett förutsägbart sätt när deras omgivning förändras, och passar därför väl in i en teoretisk analys.

¹⁰⁶ A.a. s. 13, 25 f.

¹⁰⁷ A.a. s. 23 ff.

¹⁰⁸ A.a. s. 3 f.

Ett annat antagande gäller de värden och kostnader som ekonomen laborerar med. Ekonomiska teorier förutsätter att alla relevanta värden är kvantifierbara. Konzepten värde och kostnad används om alla faktorer parterna värderar positivt eller negativt. Det antas att man kan åsätta dem monetära värden för att de skall kunna utgöra jämförbara kvantiteter. Särskilt detta antagande får konsekvenser när effective breach-modellen skall tillämpas på ett faktiskt fall¹⁰⁹, vilket visar sig nedan, (se avsn. 5.4.5).

5.4.3 Värde maximering

5.4.3.1 Värde och kostnad

Vem som vinner eller förlorar i en rättegång är ur ett nationalekonomiskt perspektiv för samhället i stort irrelevant. Processen fungerar som ett nollsummespel där resurser enbart omfördelas och därmed finns kvar hos någon av parterna. Det kan dock tänkas att käranden och svaranden inte värderar den omtvistade prestationen på samma sätt eller drabbas av olika höga kostnader beroende på utgången av ett mål. När den ena parten drabbas av kostnader som överstiger värdet av prestationen för den andre, har en effektivitetsförlust uppstått. Kostnaderna har inte genererat något värde. Det är önskvärt att undvika sådana situationer och istället vinstmaximera, eller omvänt, att undvika onödigt ”slöseri”.¹¹⁰

Ett dylikt effektivitetsmål kan appliceras på situationen när en avtalspart väljer att begå avtalsbrott. En rationell avtalspart bryter bara sin avtalsförpliktelse när det är lönande för honom. Avtalsbrottet indikerar därför att vinsten därav är större än av att fullfölja avtalet. Effective breach-teorin tar fasta på det förhållandet och leder till att i de situationer då det är lönande att bryta en avtalsförpliktelse är det också berättigat eftersom det ger upphov till ett effektivt resultat. Ett annat sätt att beskriva det är att effective breach-teorin ger upphov till det resultat som avtalsparterna hade kommit fram till, om de hade utformat sitt avtal så att det täckte varje tänkbar fråga och situation, eller om de hade avstått från att reglera någon fråga och i så fall sinsemellan kompenserat varandra för att uppnå fullt utbyte av sina mellanhavanden.¹¹¹ I de fall då det är mer lönande för en part att bryta avtalet hade han enligt en fiktiv avtalsförpliktelse kunnat kompensera motparten för den uteblivna prestationen och ändå kunnat åtnjuta den större vinst som avtalsbrottet genererat. Motparten hade haft all anledning att gå med på en sådan reglering förutsatt att kompensationen även inkluderat en del av den vinst som avtalsbrottet givit upphov till.

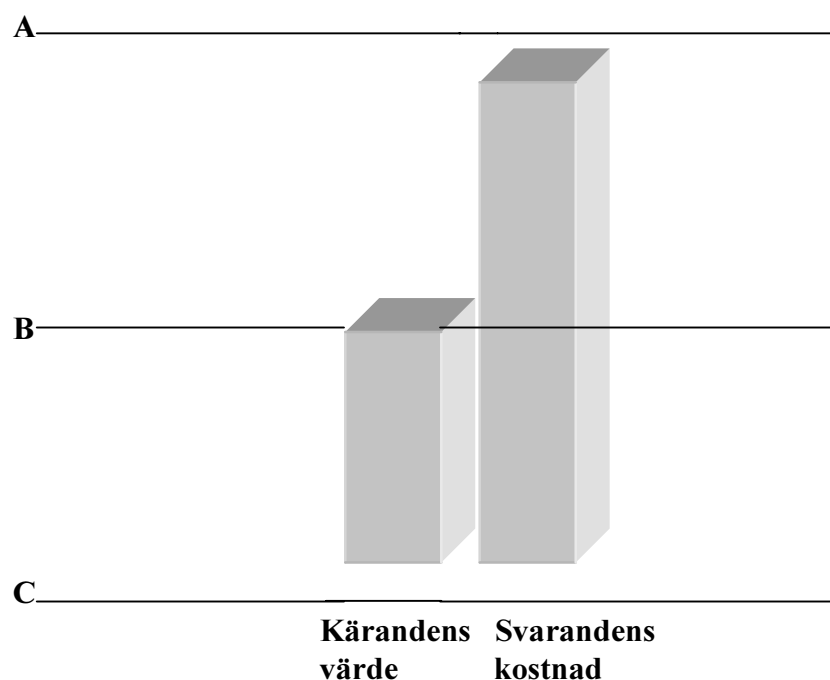
¹⁰⁹ Polinsky s. 135 ff.

¹¹⁰ Att uppnå ett paretooptimalt resultat, Posner s. 3, 13.

¹¹¹ Polinsky s. 29 ff.

Teorin kan appliceras på valet mellan SP och skadestånd i den rättsprocess som följer efter ett avtalsbrott. Det krävs i så fall att avtalsprestationens värde för käranden preciseras. I ett mål där valet står mellan skadestånd och SP så har det redan konstaterats att skadeståndet inte fullt ut kompenserar käranden för alla de fördelar han förknippar med den faktiska prestation han har blivit utlovad (se avsn. 4.2). Pengar är inte en ekvivalent till allting.¹¹² Käranden åsätter SP ett övervärde vilket han går miste om om han enbart får skadestånd, vilket i avsnitt 4.2.2 ovan betecknades med termen consumer surplus. Det innefattar alla de subjektiva värden som käranden attributerar till svarandens prestation. Det är dock tveksamt om alla värden som utgör consumer surplus är skyddsvärda ur ett effektivitetsperspektiv. Känslomässiga och psykologiska faktorer kan t. ex. ifrågasättas.¹¹³ Det gäller såväl för käranden som för svaranden.

Förhållandet mellan värdet för käranden och kostnaden för svaranden av dennes avtalsprestation kan åskådliggöras med en graf. I den representerar nivå C prestationens monetära värde, alternativt det värde som käranden med säkerhet kan utverka skadestånd för. Skillnaden mellan nivå C och B utgör övervärdet av prestationen för käranden. För att exemplifiera den fortsatta framställningen antas värdet för käranden (nivå B och C) vara fixt, medan svarandens motsvarande kostnad är rörlig.



I de fall svaranden har brutit avtalet, men värdet för honom av avtalsbrottet enbart uppgår till nivå C, är det effektivt att tvinga honom till att prestera genom SP. Kärandens värde därav är högre och nettoeffekten är att käranden

¹¹² Laycock (1991) s. 246.

¹¹³ Harris (1988) s. 147.

och samhället kan tillgodogöra sig B-C. Avtalsbrottet var inte effektivt och skall därför inte uppmuntras.¹¹⁴

När värdet av avtalsbrottet däremot uppgår till nivå A, så överstiger den kärandens värdering därav, och en effektivitetsförlust uppstår med storleken A-B om svaranden tvingas att utföra sin avtalsförpliktelse. Resultatet blir i princip ineffektivt oavsett hur litet värdet av avtalsbrottet överstiger nivå B. Det är då inte effektivt att prestera enligt avtalet och avtalsbrottet bör följaktligen uppmuntras enligt teorin om efficient breach. Domstolen bör därför välja skadestånd istället för SP.

Man kan dela upp efficient breach-fallen i främst två kategorier.¹¹⁵ I den första kategorin bryter svaranden sin avtalsförpliktelse eftersom det finns bättre användning för den på annat håll. Han har helt enkelt fått ett mer lönande erbjudande från en tredje man som han måste tacka nej till om avtalet med käranden slutförs. En viktig grundförutsättning är i så fall att avtalsförpliktelsen är en bristvara på marknaden. Om den finns i god utsträckning eller lätt går att ersätta med en annan vara så kan både käranden och svarandens nya kund kan få tag i den. I så fall har valet mellan skadestånd och SP ingen större betydelse. Det finns ingen resurs som måste dirigeras för att generera största möjliga effektivitet. Den av käranden och svarandens nya kund som blir utan, kan lätt kompensera sig för det på annat håll. Vid en allmän brist på liknande prestationer, löper dock en av parterna risken att bli utan. Det är då relevant att låta prestationen användas där den gör störst nytta. Om svarandens nya kund då är beredd att betala ett pris som uppgår till nivå A, så uppstår effektivitetsvinsten A-B av avtalsbrottet.

Det andra fallet i vilket efficient breach är tillämpligt är i själva verket ett uppsamlingsfall av alla övriga situationer då kostnaden för svaranden av att prestera överstiger motsvarande vinst för käranden. Det täcker alltså alla fall då svarandens kostnad överstiger nivå B. Av någon anledning annan än ett bättre erbjudande från en tredje man, har prestationen blivit alltför kostsam för svaranden. Typfallet är att den av någon anledning är näst intill omöjlig att utföra (se avsn. 4.5.7).

5.4.3.2 Effektiv överenskommelse

Om avtalsbrottet är effektivt men domstolen trots det väljer SP istället för skadestånd så finns två möjliga alternativa händelseförlopp. Naturligtvis kan **domen verkställas**, vilket resulterar i att effektivitetsförlusten realiserar. Men genom domen har domstolen lämnat över avgörandet om verkställighet skall ske till käranden, och det är möjligt att han väljer att inte verkställa

¹¹⁴ Posner s. 118. Rent teoretiskt kan man dock tänka sig skadestånd som ersatte käranden ända upp till nivå B. Men en skadeståndsberäkning skulle också innebära att domstolen objektivt skulle behöva värdera de omständigheter som käranden åberopat som skada. En sådan värdering och uppskattning skulle bli tidsödande och kostsam.

¹¹⁵ Laycock (1991) s. 246 ff.

domslutet.¹¹⁶ Istället kan han **inleda förhandlingar** med svaranden för att uppnå en överenskommelse som innebär att svaranden kompenserar honom för att han avstår från sitt krav på prestation.

Om svaranden inte behövde utföra SP skulle det innebära att han sparade in kostnaden A-B¹¹⁷. Det skulle motsvara den vinst han skulle tillgodogöra sig genom att bryta kontraktet med käranden och istället utföra en mer vinstgivande prestation till förmån för en tredje man. Även om resultatet är effektivt så kan det vara fördelningsmässigt orättvist. Det finns ingen anledning till varför svaranden ensam skall kunna tillgodogöra sig hela vinsten av avtalsbrottet även om käranden kompenseras för hela det värde han har tillmätt prestationen. Det framstår som önskvärt att fördela svarandens vinst A-B mellan parterna.¹¹⁸ Möjligheten att ge skadestånd på ett belopp någonstans utefter A-B är utesluten eftersom skadestånd enligt ett traditionellt synsätt inte kan överstiga kärandens förlust.¹¹⁹ Därför kan domen på SP ses som en uppmaning till parterna att söka en överenskommelse om distribution av överskottet A-B, även om domstolen överlåter till käranden att besluta om så skall ske, i och med att han har givits en verkställbar dom.

Käranden har dock all anledning att inleda förhandlingar med motparten. Varje överenskommelse om en fördelning av överskottet A-B innebär att han tillförsäkras en summa överstigande nivå B för att avstå från sitt krav på prestation. Han får följaktligen ut mer av avtalet än vad som hade varit fallet om svaranden hade tvingats att prestera, då prestationen för käranden enbart har ett värde motsvarande nivå B. Hur mycket av överskottet han kan tillgodogöra sig beror på parternas relativa styrkeförhållanden. Att ha en verkställbar dom är självklart en styrka och käranden kommer att försöka få en ersättning som ligger så nära nivå A som möjligt. Svaranden har naturligtvis ett intresse av att ersättningsnivån ligger så nära nivå B som möjligt. Ur en effektivitetssynpunkt har det ingen betydelse var ersättningsnivån hamnar, utan det väsentliga är att en överenskommelse kommer till stånd. Därigenom går inte A-B förlorat för både parterna och samhället, vilket hade varit fallet om svaranden tvingats till prestation. Det faktum att käranden efter en överenskommelse kommer att bli överkompenserad får vägas mot risken av underkompensation vid skadestånd eftersom prestationens övervärde, d.v.s. B-C, sällan är ersättningsgillt enligt skadeståndsrättsliga regler.

¹¹⁶ *Clarke v. Chadburn* [1985] 1 WLR 78 s. 82 pekar uttryckligt på detta faktum.

¹¹⁷ Egentligen kommer han att spara mer än så, eftersom kärandens övervärde B-C sannolikt inte alltid ersätts enligt skadeståndsrättsliga regler.

¹¹⁸ I *Tito v. Waddell (No. 2)* [1973] 3 All ER 129 s. 332 anser Megarry dock att man bör fokusera på om käranden har blivit fullt ut kompenserad för svarandens avtalsbrott och bortse från svarandens eventuella vinst av avtalsbrottet. Måhända kan det uppfattas som ett avståndstagande från ett renodlat effektivitetssynsätt.

¹¹⁹ Sharpe para. 539.

Slutsatsen är att även om svarandens kostnader för att prestera överstiger kärandens vinst därav, så kan en dom på SP ändå vara effektiv om den i praktiken mynnar ut i en överenskommelse. Det är dock inte alltid säkert att en överenskommelse uppnås. Förhandlingssituationen uppmanar till strategiskt tänkande som kan sluta med att parterna inte enas. Om svaranden tvingas till prestation efter fruktlösa förhandlingar så går A-B förlorat och samtidigt har förhandlingarna genererat onyttiga kostnader.

5.4.3.3 Värde och kostnad sammanfaller

När svarandens kostnad för att prestera uppgår till nivå B är det ur en effektivitetssynpunkt likgiltigt för domstolen om svaranden döms till SP eller ej. Oavsett målets utgång skapas inga nya värden, utan resultatet blir enbart att befintliga värden omfördelas. Efficient breach-teorin ger ingen vägledning i sådana situationer. Om man ändå anser att effektivitetsaspekter skall vara vägledande vid påföljdsvalet så får man beakta allmänna aspekter på skadestånd eller SP i detta avseende. Man kan exempelvis anta att domstolens kostnader vid fastställande av skadestånd är större än vid SP, eftersom komplicerade frågor om skadeståndets storlek måste behandlas. Å andra sidan kan det uppvägas av att kostnaderna för domstolen vid SP också ökar då övervakningen av efterlevnaden av domen typiskt sett är kostsam. Sådana argument har dock just en sådan karaktär av de lege ferenda som beskrevs ovan. Meningarna om dem i doktrinen är delade¹²⁰ och de ger därför dålig eller ingen vägledning för en domstol i ett konkret fall.

5.4.4 Kritik

Kritiken mot efficient breach-teorin har främst inriktat sig på riktigheten av de antaganden som måste göras för dess användande. De är i flera fall orealistiska, även om de är nödvändiga för att en abstraktion skall kunna uppnås, och därmed för att en teoribildning skall kunna utarbetas.¹²¹ Inte desto mindre utgör de en osäkerhet när teorin skall användas i praktiken. Att människor skulle vara rationella vinstmaximerare stämmer t. ex. inte. Som visades i avsnitt 5.1.2 kan parterna i en process ha helt irrationella motiv för sina ståndpunkter. En konsekvens av det är att det är högst osäkert om sådana förhandlingar som beskrevs ovan efter en dom på SP verkligen skulle inledas.

Den största svagheten är nog ändå antagandet om värdenas kvantifierbarhet. Det är sällan möjligt att översätta värden och kostnader till jämförbara enheter, varför det i praktiken blir mycket svårt att bedöma vilken påföljd som är effektivast. Det är komplicerat och bedömningen genererar i sig med

¹²⁰ Se t. ex. Yorio s. 550 ff.

¹²¹ Posner s. 16 f.

säkerhet stora kostnader.¹²² I praxis kan därför utgången i få fall förklaras enbart ur ett effektivitetsperspektiv. Det finns inte många bevis för att effektivitetsresonemang faktiskt har använts av domstolarna, men man kan tänka sig att de desto oftare har resonerat implicit i frågan.¹²³

5.4.5 Praxis

Medan någon författare anser att effektivitet i bästa fall är en begränsad förklaring till utgången i vissa mål¹²⁴, anser andra att det inte ens finns så mycket belägg för efficient breach-teorins användande. Laycock anser sig inte kunna hitta ett enda mål där domstolen har godkänt argumentet att det var lönande för svaranden att bryta avtalet med käranden eftersom han kunde vinna på att utföra ett mer lönande avtal med en tredje man. I så fall är efficient breach-teorin i denna del just bara en teori, att den skulle vara en del av gällande rätt finns det inga belägg för.¹²⁵ *Northern Indiana Pub. Serv. V. Carbon County Coal Co.* som behandlas nedan är ett typfall i vilket avtalsbrottet var effektivt, och domstolen använde t.o.m. begreppet efficient breach. Det verkar dock vara den förhandlingssituation som skulle uppstå efter en dom på SP som avgjort påföljdsvalet och inte det faktum att avtalsbrottet i sig var effektivt, se nedan.

Den andra varianten av efficient breach, d.v.s. alla övriga fall då svarandens kostnad av att prestera överstiger svarandens vinst därav, finns det dock vissa belägg för i praxis. Man kan på det sättet förklara att domstolarna godtar olika equity-försvar som t. ex. hardship och unfairness. De används när svarandens börda har blivit orimligt stor och käranden är då istället hänvisad till skadestånd som påföljd. Även här är det dock uppenbart att efficient breach-versionen inte fullt ut är gällande rätt. I så fall hade SP nekats i alla de fall då bördan för svaranden av att prestera enbart marginellt överstigit kärandens värde därav. Praxis visar att så inte är fallet, det krävs att svarandens hardship når en viss omfattning (se avsn. 5.5.4).¹²⁶

Detta, tillsammans med de uppenbara svårigheterna med att kvantifiera och jämföra kostnader och värden som beskrevs i föregående avsnitt, leder till att enbart utgången i få fall kan förklaras med hjälp av efficient breach teorin. Det är fall då skillnaden mellan värde för käranden och kostnad för svaranden av SP är uppenbar. Det handlar då ofta om en monetär skillnad i värde. Ett bra exempel är *3615 Corp. v. New York Life Insurance Co.*¹²⁷ Säljaren av en fastighet lovade köparen att inom viss tid reparera skador på fastigheten eller att ersätta köparen för sådan skada. En stor vattenläcka

¹²² Sherwin s. 280, Polinsky s. 137 f.

¹²³ Harris (1988) s. 147.

¹²⁴ Sherwin s. 280.

¹²⁵ Laycock (1991) s. 246 f.

¹²⁶ A.a. s. 248 f.

¹²⁷ *3615 Corp. v. New York Life Insurance Co* 717 F.2d 1236.

orsakade stora skador, och köparen sökte SP för att säljaren skulle utföra sin förpliktelse. Köpesumman för fastigheten var 35.000 \$, medan reparationskostnaderna skulle uppgå till över 1.000.000 \$. En sådan kostnad för säljaren skulle knappast motsvara vinsten för köparen av att få skadan åtgärdad, eftersom reparationskostnaden vida översteg fastighetens verkliga värde. Följaktligen nekades köparen också SP, även om domstolen inte uttryckligen åberopade effektivitetsskäl.

Ett annat mycket illustrativt fall är *Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises*.¹²⁸ Ett företag hyrde en reklamplats på en byggnadsvägg. Hyrestiden var nio år, men kort efter avtalets slutande överläts byggnaden till en annan ägare vars utvecklingsplaner för fastigheten otvivelaktigt gjorde att skylten behövde tas ned, då den omöjliggjorde alla sådana planer. Att bevilja SP i det läget skulle ge käranden en mycket stark ställning i vidare förhandlingar. Med all säkerhet skulle därför höga förhandlingskostnader uppstå mellan parterna efter en dom, vilket ur ett effektivitetsperspektiv skulle vara förkastligt. En domstol som var uppenbart påläst i ekonomiska frågor nekade käranden SP.¹²⁹

Även i *Northern Indiana Pub. Serv. v. Carbon County Coal Co.*¹³⁰ var det aspekter på den förhandlingssituation som skulle uppstå mellan parterna efter en dom på som fällde avgörandet. Ett kommunalt energibolag hade avtalat om att köpa en årlig mängd kol från ett gruvbolag. Eftersom det var betydligt billigare att köpa el istället bröts avtalet med gruvbolaget, som därmed sökte SP för att få energibolaget att uppfylla sina förpliktelser. Enligt en mycket metodisk beräkning kom domstolen fram till att för varje ton kol som såldes förlorade kommunen mer än gruvbolaget tjänade. Tillsammans med det faktum att gruvdriften i sig var oekonomisk ledde det domstolen till att dra slutsatsen att avtalsbrottet var effektivt.

Eftersom gruvan hade lagts ner under processens gång, ansågs att den enda anledningen till att gruvbolaget sökte SP var för att få en starkare förhandlingsposition med kommunen när denna skulle få köpa sig loss från sitt åtagande. Det fanns ingen anledning till att gruvbolagets förhandlingsställning på så sätt skulle förstärkas, och skadestånd valdes därför som påföljd.

5.5 BALANCING THE EQUITIES

¹²⁸ *Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises* 492 N.E.2d 756.

¹²⁹ Sherwin s. 280.

¹³⁰ *Northern Indiana Pub. Serv. V. Carbon County Coal Co.* 799 A.2d 265. Det kan noteras att Posner var domare.

5.5.1 Allmänt

Som nämndes ovan i avsnitt 4.1.1 hade equitydomstolarna från början uppgiften att döma i de frågor där tillräcklig rättvisa inte kunde uppnås enligt law. The Lord Chancellor, som ursprungligen avgjorde equity-frågor, var en kyrklig företrädare och därmed utövades inte equity enligt strikta legala principer, utan fick istället karaktären av en samvetsdomstol som med hjälp av moralprinciper skulle uppnå största möjliga rättvisa i varje enskilt fall.

I avsnitt 4.5.1 nämndes att trots att law och equity numera är sammanslagna så tillämpas olika bedömningsgrunder beroende på vilken kategori målet tillhör. Equity-mål anses fortfarande kräva en ”högre moral” för att det mest rättvisa utslaget i varje enskilt fall skall uppnås.¹³¹ De särskilda equity-försvar som finns, t. ex. unfairness och hardship, är ett utslag av denna särskilda moral.

Doktrinen har på olika sätt försökt rättfärdiga existensen av två olika bedömningskriterier beroende på om ett fall behandlas enligt law eller equity. En möjlighet är att se på equitys höga moralkrav som en begränsning av de sanktionsmöjligheter som står till domstolens förfogande. Fängslande och avskiljande är ingripande påföljder, och det finns skäl att vara restriktiv i tillämpningen därav.¹³² En annan möjlighet är att se på equitys moralhänsyn som ett kompromissverktyg. När skadestånd utgår men SP inte beviljas så har domstolen valt en mellanväg mellan parternas intressen. Kärandens kompensationsintresse skyddas till en del, men inte fullt ut och svaranden tvingas inte att utföra en ingripande prestation.¹³³

För att kunna hantera domstolarnas vida diskretion och de moralhänsyn som beaktas i equitymål har det i praxis växt fram ett tillvägagångssätt som kallas ”balancing the equities”.¹³⁴ Det benämns ibland också ”the balance of conveniences” eller ”the balance of hardships”, även om den sistnämnda lydelsen också används i en mer inskränkt betydelse, se nedan. Balancing the equities är ett svårgripbart koncept eftersom det används i flera frågor inom equity. Den aspekt som skall beröras här rör enbart avtal och frågor om valet av påföljd mellan skadestånd och SP. Några rättsfall har dock hämtats från andra ämnesområden, då de särskilt bra exemplifierar principen.

Balancing the equities är en process som kan delas upp i tre stadier eller moment.¹³⁵ För det första avgörs om det överhuvudtaget finns någon

¹³¹ Yorio s. 529 f.

¹³² Dawson s. 535 f. Det är samma argument som används för att bibehålla adekvanskravet, se avsn. 5.2.3.2.

¹³³ Yorio s. 97 f.

¹³⁴ Ung. rimlighets- eller rättvisabalansering.

¹³⁵ Schoenbrod s. 636, Plater s. 535 ff.

substans i kärandens talan, om kravet kan sägs vara rättmätigt och värt att skyddas. Man kan karakterisera detta som en tröskel som måste övervinnas eftersom domstolen beaktar frågor som adekvansregeln, "clean hands"-maximen m. fl. saker som traditionellt utesluter en talan om SP. Varje sådan fråga innehåller avvägningsmoment som måste beaktas innan man kan gå vidare.¹³⁶ För det andra balanserar domstolen parternas specifika intressen mot varandra för att se i vilken utsträckning kärandens intresse skall beaktas. För det tredje väljs och utformas den påföljd som passar resultatet av balanseringen i andra momentet bäst. Det kallas "tailoring the remedy".¹³⁷

Det andra momentet innehåller de för utgången av processen mest essentiella frågorna och det är ofta enbart de som doktrinen fokuserar på när balancing the equities behandlas. Två saker antas då vara särskilt väsentliga. Det är för det första *parternas etiska position*, d.v.s. deras relativa fel i avtalsbrottet samt de faktiska och anförda motiv som föranleder deras respektive ståndpunkter. Samtliga etiska faktorer hänförliga till parterna inverkar på bedömningen.

För det andra beaktas *the balance of hardships*, vilket här alltså används i en snävare betydelse än balancing the equities. En jämförelse mellan de bördor svaranden drabbas av vid SP jämförs med den förlust i kompensation som drabbar käranden vid skadestånd. Det är alltså frågan om komparativ eller relativ rättvisa mellan parterna, genom en jämförelse av konsekvenserna av respektive påföljd försöker domstolen finna det mest rättvisa resultatet.¹³⁸

Den fortsatta framställningen kommer utförligare att beskriva dessa två nämnda moment, parternas etiska position och the balance of hardships. Innan dess skall några ord sägas om i vilken utsträckning de särskilda moralhänsyn som existerar inom equity är teoretiskt berättigade. Equity vilar på en månghundraårig tradition, vilket gör att den inte har sin grund i moderna moralteorier.

5.5.2 Om equity och moralteorier¹³⁹

Moral anses allmänt vara en av avtalsrättens grunder. Genom avtalslutandet kan den enskilde individen utöva sin frihet och autonomi, och avtalsrätten tillåter individer att tillgodose sina mål till fullo genom ömsesidig tillit och samverkan. Att sluta avtal är alltså ett uttryck för varje persons individuella frihet, och varje avtalsbrott är sålunda också ett brott mot motpartens

¹³⁶ Plater s. 537.

¹³⁷ "Tailoring the remedy" har i doktrinen också framförts som motsatsen till "balancing the equities". Då innebär den att domstolen i första hand skall sikta på att skydda kärandens rättmätiga position, d.v.s. full kompensation för avtalsbrottet, och utifrån den utgångspunkten utforma påföljden, Schoenbrod s. 633 ff, 671 f.

¹³⁸ Dobbs s. 52.

¹³⁹ Fried s. 1 ff, Sherwin s. 269 ff.

individuella frihet. Det är därför moraliskt riktigt att upprätthålla kontrakt såsom ett skydd för den enskilde.

Moralteorierna tillåter att avtal sätts åsido om den enskilde på ofrivillig väg har ingått sin förpliktelse, t. ex. om han har blivit förledd eller har begått ett misstag. Termen ”ofrivillighet” kan dock tolkas på olika sätt, och eventuellt måste man undersöka varje kontraktsparts subjektiva uppfattning av avtalet. Att en part har fått felaktig eller för lite information leder också till svåra problem.

Baserat på moralhänsyn skall ändå som utgångspunkt avtal upprätthållas och anhängarna av ett strikt moraltänkande har därför svårt att erbjuda någon förklaring till varför en kändare rent faktiskt i vissa fall får nöja sig med skadestånd istället för den faktiska avtalsprestationen. En möjlighet är att se på processen ur en paternalistisk synvinkel. Domstolen kan genom att anlägga en objektiv syn på parternas val försöka identifiera de informationsbrister eller andra defekter som rådde vid avtalsslutet och som påverkat en kontraktsparts fria val att ingå ett avtal. När sådana defekter uppenbart har haft inverkan kan bortfallandet av SP rent faktiskt fungera som ett skydd för kontraktsparternas fria vilja. Den fria viljan har ju blivit ”vilsledd” av informationsunderlaget.

I övrigt råder det rätt vaga föreställningar om på vilken teoretisk grund equitys s.k. högre moral och utövande av en särskild rättvisa vilar, och doktrinen uttrycker skilda åsikter i frågan. Att moralhänsyn används för att avgöra mål i equity är dock ett faktum som inte kan frångås.

5.5.3 Parternas etiska positioner

När domstolarna använder sig av balancing the equities granskar de parternas agerande ur en etisk synvinkel. Alla relevanta faktorer har härvidlag betydelse. Resultatet av granskningen väger mycket tungt. Fallet kan mer eller mindre avgöras genom att den ena parten har handlat klandervärt i något avseende. Distinktionen mellan verkliga och anförda skäl för parternas handlande får en reell innebörd, eftersom domstolen objektivt måste ta ställning till vad som verkligen är anledningen till parternas ståndpunkter. Som ovan visades i avsnitt 5.1.2 kan sådana irrationella motiv som hämndlystnad, illvilja och avskräckning vara drivkrafter för både kändaren respektive svaranden.

Det som ofta är i fokus är parternas relativa skuld till det avtalsbrott som har blivit begånget. Det kan också uttryckas som parternas respektive culpabilitet.¹⁴⁰ Man granskar i vilken utsträckning svarandens avtalsbrott har varit avsiktligt; ett rent avsiktligt handlande leder ofta till att SP beviljas.¹⁴¹ På samma sätt granskas om kändaren på något sätt har handlat culpöst, t. ex.

¹⁴⁰ Laycock (1991) s. 176.

¹⁴¹ Se *Ariola v. Nigro* 156 N.E.2d 536 s. 540, Laycock (1991) s. 176.

genom att uppmuntra svaranden till att begå avtalsbrottet. Man kan också tänka sig att kändanden dröjer med att reagera mot avtalsbrottet vilket eventuellt kan tolkas som samtycke till vad som har skett. Även övriga missledande beteenden som någon av parterna har gjort sig skyldig till är relevanta. Överhuvudtaget synas parterna kritiskt och alla etiska faktorer på båda sidor beaktas.¹⁴²

Två av de ledande rättsfall som bäst exemplifierar tillvägagångssättet handlar inte om SP vid avtalsbrott, utan om mandatory injunction vid utomobligatoriska anspråk. I *Ariola v. Nigro*¹⁴³ överskred en tillbyggnad av ett hus gränsen till en närliggande fastighet. Den drabbade fastighetens ägare begärde att intrånget skulle beivras genom att en mandatory injunction utfärdades för att få svaranden att ta bort tillbyggnaden i den utsträckning den gjorde intrång. Domstolen vägde i tur och ordning parternas etiska positioner. Den konstaterade först att svarandens intrång hade varit avsiktligt eftersom det utförts trots varningar, och anmärkte sedan att i sådana fall av avsiktliga intrång man i rättspraxis ofta inte utförde någon balance of equities, utan redan på denna grund avgjorde målet. Dock gick domstolen vidare till att konstatera att kändanden inte vid något tillfälle hade lurat svaranden till att fortsätta med tillbyggnaden, och alltså inte kunde sägas ha handlat culpöst. Parternas handlande gav för handen att felet för intrånget låg på svaranden, och därmed bifölls kändandens talan.

*Welton v. 40 East Oak St. BLDG. Corporation*¹⁴⁴ uppvisar ett liknande tillvägagångssätt. Ett företag hade uppfört en byggnad i strid med bestämmelser om byggnadsreglering. I domen konstaterade domstolen först att svaranden kände till bestämmelserna och att överträdelsen därför var avsiktlig. Kändanden som var ägare till ett närliggande hus protesterade mot byggnationen, men kunde inte utverka ett byggstopp då han inte kunde ställa den säkerhet som behövdes. De ideliga protesterna och ett ihärdigt processande gjorde dock att han inte vid något tillfälle kunde anses ha uppmuntrat svaranden till att fortsätta byggandet. En mandatory injunction utfärdades för att kändandens rätt skulle kunna genomdrivas.

Genom equitymaximen ”He who comes to equity must come with clean hands” (se avsn. 4.5.2.2) är en kändande vars uppförande är starkt klandervärt utesluten från equities rättvisa. Det finns exempel i rättspraxis på att maximen har använts för att jämföra parternas beteenden, varför maximen passar väl inom ramen för balancing the equities. I *Palmer v. Chamberlain*¹⁴⁵ kunde svaranden, en testamentsexekutor, inte förhindra SP av ett försäljningskontrakt gällande aktier på den grunden att priset var oskäligt lågt. Den avlidne hade nämligen vid ett flertal tillfällen själv köpt

¹⁴² Dobbs s. 52.

¹⁴³ *Ariola v. Nigro* 156 N.E.2d 536.

¹⁴⁴ *Welton v. 40 East Oak St. BLDG. Corporation* 70 F.2d 377.

¹⁴⁵ *Palmer v. Chamberlain* 191 F.2d 532.

aktier för samma låga pris. Eftersom svarandesidans handlande därmed var lika klandervärdt var användandet av "Clean hands"-doktrinen utesluten.¹⁴⁶

5.5.4 The balance of hardships

Förutom att parterna och deras handlande granskas, bedömer domstolarna vilka konsekvenser SP respektive skadestånd medför för parterna. I *Posner v. Scott-Lewis*¹⁴⁷ beskrevs det genom att domstolen ställde frågan: "What are the respective prejudices or hardships that will be suffered by the parties if the order is made or not made?" Många gånger är förfarandet inte så uttalat, utan berörs implicit genom att allmänna frågor om hardship och unfairness tas upp. I doktrinen benämns detta ibland the balance of hardships¹⁴⁸ i motsats till hela förfarandet balancing the equities. Den terminologin följs här.

På svarandesidan beaktar the balance of hardships de konsekvenser som ett domslut skulle medföra om svaranden tvingades utföra sin del av avtalet. Ovan i avsnitt 4.5 användes koncepten unfairness och hardship såsom samlingsbegrepp på bördor för svarandens del när avtalet är ingånget. Unfairness riktar in sig på situationen att käranden har utnyttjat svarandens svagare position i något avseende för att erhålla en fördel i utbytet av prestationer. Hardship riktar in sig på de fall då avtalet av andra anledningar har blivit betungande för svaranden.

För kärandens del är det den underkompensation han kommer att drabbas av om han är hänvisad till skadestånd istället för SP som är relevant, således den grad till vilken skadestånd är inadekvat som påföljd. Det är därför inte förvånande att balanseringen ofta har klätts i adekvanstestets språkdräkt trots att ett adekvanskrav egentligen enbart betecknar kärandens "hardship".¹⁴⁹

Det faktum att svaranden har drabbats av hardship eller orättvisa som gör att avtalet har blivit mycket betungande betyder inte nödvändigtvis också att det jämfört med kärandens behov av påföljden är oproportionerligt. I *Stewart v. Ambrosina*¹⁵⁰ ville en säljare av en fastighet undandra sig prestation bl. a. eftersom fastighetspriserna hade stigit dramatiskt efter avtalsslutet. Även om detta må ha inneburit att avtalet blivit betungande för honom, så påpekade domstolen att fastighetsvärdet påverkade köparen i samma utsträckning om avtalet inte fullföljdes. Någon oproportionalitet var det därför inte frågan om.

¹⁴⁶ Ur ett samhällsperspektiv finns det dock anledning att låta maximen verka även om också svaranden har handlat orätt, Yorio s. 124.

¹⁴⁷ *Posner v. Scott-Lewis* [1986] 3 All ER 513 s. 36.

¹⁴⁸ Laycock (1991) s. 160.

¹⁴⁹ A.a. s. 161 samt ovan avsn. 5.2.

¹⁵⁰ *Stewart v. Ambrosina* 63 DLR (3d) 595.

Det är inte bara ett krav att svarandens prestation skall vara betungande i förhållande till käranden, utan oproportionaliteten måste uppnå en viss omfattning. I doktrinen anges ofta att den hardship eller unfairness som föreligger skall vara "unreasonable", "extreme", "grossly inadequate" eller liknande.¹⁵¹ Särskilt tydligt blir det i de rättsfall i vilka man relativt enkelt kan uppskatta parternas respektive prestationer till monetära värden. Man får då en objektiv måttstock på hur pass betungande svarandens prestation är i relation till svarandens behov av densamma. En gemensam nämnare i dessa fall är att skillnaden i monetärt värde skall vara mycket stor. De fall som nämndes ovan i avsnitt 5.4.5 är därvidlag mycket illustrativa. I *3615 Corporation v. New York Life Insurance Co* hade käranden köpt en fastighet för 35.000 \$ medan reparationskostnaderna för svaranden uppgick till över 1.000.000 \$. Domstolen uttalade att "...specific performance will not be decreed where it would be oppressive, unfair, inequitable or would work an unreasonable and disproportionate hardship on the defendant."¹⁵² I *Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises* riskerades svarandens mångmiljonprojekt medan kärandens intresse av att ha kvar sin reklamtavla mätt i reda pengar var mycket mindre.

I andra fall finns det inte någon liknande måttstock utmed vilken man kan jämföra svarandens prestation med kärandens behov av kompensation. Det finns en mängd faktorer vilka medför att det blir alltför betungande för svaranden att fullfölja avtalet. Sådana faktorer kan vara av de mest skilda slag och det är omöjligt att kortfattat generalisera angående deras tillämplighet. Inte sällan är det dock av någon anledning mer eller mindre omöjligt för svaranden att prestera, varför avtalet har blivit alltför betungande för honom.

Illustrativa rättsfall utgörs dels av *Patel v. Ali* som behandlades i avsnitt 4.5.4. Det är ett ovanligt fall eftersom man enligt domstolen normalt får räkna med att en husförsäljning medför oväntade nackdelar. Svarandens svåra belägenhet i just detta fall översteg dock vida den förlust i kompensation som käranden led av att inte få SP.

Ett annat fall som i doktrinen används som ett bra exempel på the balance of hardships är *Sternberg v. Board of Trustees of Kent State University*.¹⁵³ Käranden ville att ett universitet skulle fullfölja sitt åtagande att låta henne avsluta sina studier vid universitetets high school. Skolan hade dock redan lagts ner och det skulle bli mycket kostsamt att åter starta upp verksamheten. Det ställdes mot kärandens i och för sig berättigade krav att få avsluta sin utbildning, men att åter öppna skolan för en så pass kort tid skulle vara oproportionerligt och dessutom skada universitetets användning av

¹⁵¹ Restatements of Contracts § 364, särskilt kommentar b, Laycock (1991) s. 160, 248 f.

¹⁵² s. 1238.

¹⁵³ *Sternberg v. Board of Trustees of Kent State University* 308 N.E.2d 457.

resurserna på annat håll. Balansen vägde starkt över till universitetets favör och kändaren nekades SP.

5.6 KOMPENSATION OCH ÖVERVAKNING

Övervakningsproblematiken har redan skildrats i avsnitt 4.3. Det visades där att den relevanta frågan idag är i vilken utsträckning den förpliktelse som skall utföras är väl definierad. En utförlig beskrivning av svarandens åtaganden undanröjer de bekymmer som traditionellt har föranlett domstolarna att neka kändaren SP. Det visades också att övervakningsproblematiken i första hand inte skapar olägenheter för svaranden, utan det är domstolen eller samhället i stort som blir lidande av att behöva övervaka efterlevnaden av SP. Det är önskvärt att domsluten efterlevs rent generellt, och det är också önskvärt att det sker till minsta möjliga kostnad. Därför skiljer sig övervakningsfrågan från de avvägningsfrågor som har behandlats tidigare i detta kapitel. Det är inte kändarens och svarandens intressen som ställs mot varandra, utan istället kändarens behov av kompensation som vägs mot samhällets önskan att minimera övervakningsbehovet. I moderna rättsfall är det graden av definition av avtalsförpliktelsen som utgör ett mått på det senare.

I Restatement of Contracts § 366 står att så länge bördan på domstolen inte är oproportionellt stor jämfört med de fördelar som kan vinnas av en dom på SP så skall kändarens talan om möjligt bifallas. En sådan proportionalitetsprövning har uttryckligt stöd i praxis, och övervakningsproblematiken har sällan utgjort en absolut spärr mot SP.¹⁵⁴ Ett uttalande som i rättsfallen har citerats mycket flitigt är ”where the inadequacy of damages is great, and the difficulties not extreme, specific performance will be granted and the tendency in modern times has been increasingly towards granting relief”¹⁵⁵.

Eftersom det rör sig om en proportionalitetsprövning spelar graden av kändarens behov av påföljden en stor roll för bedömningen. Om marginalvinsten av SP istället för skadestånd är liten är chanserna avsevärt mindre att en talan om SP beviljas än om kompensationsbehovet är mycket stort. Även andra faktorer spelar in. Det faktum att kändaren redan har utfört sin del av avtalet har gjort att domstolarna regelmässigt beviljat SP, trots stora svårigheter att övervaka dess efterlevnad. (se avsn. 4.3.2) En del av anledningen därtill verkar vara rättviseskäl, domstolen vill inte låta ett

¹⁵⁴ Yorio s. 59 f.

¹⁵⁵ Williston on contracts, citerad i bl. a. *City Stores Co. v. Ammerman* 766 F.Supp. 266 s. 776 f, Sharpe para. 564.

orättvist förhållande bestå, utan bortser hellre från övervakningssvårigheter.¹⁵⁶

Den balansering som görs av domstolarna är mycket tydlig. Elasticiteten hos de faktorer som är inblandade har därför lett till att påföljdsvalet har blivit olika i fall som på ytan verkat mycket lika. Två fall som väl exemplifierar detta och som enligt doktrinen är ledande på området är *City Stores Co. v. Ammerman*¹⁵⁷ och *Besinger v. National Tea Co.*¹⁵⁸ Trots deras likhet gav avvägningen ändå upphov till skilda resultat. I *City Stores Co. v. Ammerman* hade svaranden, ett shoppingcenter, avtalat med kändanden att denne skulle få leasa en butik som skulle konstrueras på shoppingcentrets mark. Kändanden sökte SP av avtalet. Även om avtalet i sig inte var särskilt detaljerat, så gick det relativt enkelt att fastställa hur butiken skulle se ut. Alla andra butiker i centrat hade ett relativt uniformt utseende och i deras leaseavtal gick det att utläsa konstruktionsdetaljerna. Kändanden hade dessutom ett stort behov av att få SP istället för skadestånd. Butiken var ett led i kändandens satsning i förörtern, och var därför viktig för den fortsatta verksamheten. Det var dessutom svårt att kalkylera förlusten av den vinst som skulle uppstå i butiken de närmaste åren. Sammantaget vägde kändandens behov av SP tyngst och SP beviljades följaktligen.

I *Besinger v. National Tea Co.* hade kändanden leasat mark till svaranden. I leaseavtalet ingick att svaranden skulle bygga en supermarket på fastigheten. Efter leasetidens slut skulle byggnaden bli kändandens egendom. I motsats till *City Stores Co. v. Ammerman* gick det inte att fastställa detaljerna för konstruktionen av byggnaden.¹⁵⁹ Inte ens grundläggande frågor om byggnadernas utseende, placering, omgivning eller nödvändiga installationer var lösta. Därtill kom att kändanden knappast hade mycket större behov av SP än av skadestånd. Leaseavgiften som han skulle få under tiden avtalet löpte var fastställd, och nuvärdet av den fastighet som skulle överlåtas efter leasetidens slut var inte heller särskilt svårt att fastställa.¹⁶⁰ Balansen vägde därför över till förmån för skadestånd då övervakning av avtalets efterlevnad erbjöd svårigheter utan någon motsvarande vinst för kändanden.

Båda dessa fall rör konstruktionsarbeten, ett område där övervakningsproblematiken har varit särskilt aktuell. Men en liknande balans av kändandens intresse gentemot övervakningssvårigheter går också att hitta inom andra avtalstyper. Ett bra exempel är leveransavtal, vilka ofta genomdrivs med domstolarnas hjälp. Tekniken för detta skiljer sig dock åt i olika länder.¹⁶¹

¹⁵⁶ Sharpe para. 562.

¹⁵⁷ *City Stores Co. v. Ammerman* 266 F.Supp. 766.

¹⁵⁸ *Besinger v. National Tea Co* 221 N.E.2d 156.

¹⁵⁹ Jfr. Yorio s. 70 som är av en annan åsikt.

¹⁶⁰ A.a. s. 71.

¹⁶¹ Sharpe para. 660, 662. Som konstaterades ovan i avsn. 4.2.3 sker det i USA oftast med hjälp av SP, medan t. ex. Storbritannien uppnår samma resultat med hjälp av indirekt SP.

Precis som citatet ovan uttryckte är trenden idag att SP beviljas i ett ökande antal fall. Det finns hos domstolarna en vilja att bortse från övervakningssvårigheter för att tillmötesgå ett rättmätigt krav på SP från käranden. I *Beswick v. Beswick*¹⁶² uttrycktes det på följande vis:

”It is argued that the court should be deterred from making the order because there will be technical difficulties in enforcing it. In my opinion, the court should not lightly be deterred by such a consideration from making an order which justice requires.”

Uttalandet beskriver rättsläget väl. I de fall käranden har ett stort behov av SP krävs det idag att svarandens prestation är mycket vagt definierad för att käranden skall behöva låta sig nöjas med skadestånd.¹⁶³

¹⁶² *Beswick v. Beswick* [1967] 2 All ER 1197.

¹⁶³ Van Hecke s. 13 ff, Yorio s. 60 f.

DEL B – SVENSK RÄTT

6 ALLMÄNNA REGLER OM FULLGÖRELSE

6.1 INLEDNING

6.1.1 Allmänt

Motsvarigheten till SP i Sverige är fullgörelse av avtalet. Det är det kanske mest naturliga kravet efter att en part har brustit i uppfyllandet av sina avtalsförpliktelser. Det har ändå historiskt varit mycket stridbart i vilken utsträckning påföljden är tillämplig. Särskilt vid införandet av ÄKL var diskussionen hetsig. Regleringen av fullgörelse i KL är idag den mest långtgående i lagtext och sannolikt en god källa för analogier. Därav de talrika hänvisningarna till KL i den fortsatta texten.

Man kan anta att en avtalspart endast i sällsynta fall utnyttjar sin möjlighet att tvinga motparten till att utföra sin prestation istället för att utge skadestånd. Ett fullgörande som genomdrivs med en domstols hjälp kan dra ut på tiden och är förknippat med flera praktiska nackdelar. Dessutom kan man anta att skadestånd i många fall faktiskt är fullt kompenserande.¹⁶⁴

Ändå kan man tänka sig att behovet av fullgörelse aktualiseras i samma situationer i Sverige som i anglosaxiska rättssystem. Den förfördelade parten har i vissa fall ett särskilt behov av den prestation han är berättigad till enligt avtalet. Ovan (se avsn. 4.2) beskrevs det som att skadeståndet inte var en adekvat påföljd, det kompenserar inte fullt ut för alla de fördelar som en faktisk fullgörelse skulle medföra. Olsen har för svensk rätts del strukturerat dessa fördelar i tre olika *intressen* som den förfördelade parten kan tänkas ha av att erhålla fullgörelse.¹⁶⁵ I många fall dominerar *vinstintresset*. Prestationen är inte huvudsakligen intressant i sig utan den ekonomiska vinning som kan följa av transaktionen – eventuellt i senare led – är det väsentliga. För det andra föreligger ibland ett *specialitetsintresse*. Prestationen har speciella egenskaper av särskild betydelse för just den ifrågavarande berättigade avtalsparten. Den är unik av någon anledning och därmed omöjlig eller mycket svår att ersätta med ett surrogat. För det tredje kan *funktionsintresset* dominera. Särskilt när prestationen går ut på leverans av fysiska objekt kan det tänkas att dessa har en särskild funktion t. ex. för

¹⁶⁴ Hellner (1996) s. 148.

¹⁶⁵ Olsen (1997) s. 90 ff.

att hålla viss produktion i gång. Verktyg och speciella komponenter är typexempel.

Distinktionerna känns igen såsom ingående i adekvansbegreppet, även om terminologin är annorlunda. Specialitetsintresset motsvarar i stort avsnitt 4.2.1 om unikheter och funktionsintresset har en motsvarighet i avsnitt 4.2.3 om kommersiell unikheter. Gränserna mellan de olika intressena är flytande, särskilt när prestationen är av immateriell karaktär.

6.1.2 Om den fortsatta framställningen

Det här kapitlet har som syfte att behandla de allmänna regler om fullgörande som finns i svensk rätt. Det kommer därefter i nästa kapitel att beläggas när två avtalstyper, köpavtal och uppdragsavtal, lyfts fram och de specifika reglerna för dessa avtal behandlas.

Framställningen börjar i avsnitt 6.2 med att avgränsa fullgörande gentemot andra påföljder. I avsnitt 6.3 behandlas frågan om hur en domstol sannolikt ställer sig till fullgörande som inte är verkställbar. Slutligen handlar avsnitt 6.4 om de olika verkställighetsformer som kan tänkas bli aktuella.

6.2 FÖRHÅLLANDE TILL ANDRA PÅFÖLJDER

6.2.1 Allmänt

Förhållandet mellan fullgörande och andra påföljder vid dröjsmål finns i vissa fall lagstadgade, men framgår annars av allmänna avtalsrättsliga principer. Gränsdragningsfrågor uppstår gentemot avhjälpande av fel, omleverans, hävning och skadestånd. Förhållandet mellan skadestånd och fullgörande ger en förklaring till många äldre fall angående fullgörande, då kravet på fullgörande inverkar på skadeståndsberäkningen.

6.2.2 Avhjälpande av fel och omleverans

Avhjälpande av fel samt omleverans är två påföljder som kan göras gällande vid en parts avtalsbrott, främst i samband med regler om fel i prestationen. Påföljderna är generella såtillvida att de åtminstone civilrättsligt alltid kan göras gällande av den förfördelade parten. I lagtext förekommer de främst inom köprätten. I KL behandlas båda påföljderna i 34 §. Köparen har rätt att kräva att säljaren avhjälpes ett fel om det kan ske utan oskäligen kostnad eller

olägenhet för säljaren. Kravet på omleverans är förenat med ett väsentlighetskrav, felet skall vara väsentligt för köparen och säljaren skall ha insett detta, jfr. reglerna om hävning nedan i avsnitt 6.2.3. Möjligheten till omleverans begränsas genom en uttrycklig hänvisning till 23 § på samma sätt som rätten till fullgörande vid dröjsmål. Efter ett krav på avhjälpande eller omleverans har säljaren ”skälig” tid på sig att efterkomma kravet. Därefter kan påföljder som prisavdrag och hävning göras gällande, 37 §.

Även om avhjälpande och omleverans främst är påföljder som kan göras gällande när en prestation är felaktig så är likheten med fullgörande uppenbar, då syftet är att prestationen skall utföras enligt avtalet. Precis som vid fullgörande uppstår ett flertal praktiska problem vilka i praktiken ofta utesluter påföljdernas användande, något som exempelvis förutsatts i 37 § KL. Svårigheten att få en verkställbar dom på avhjälpande och omleverans har också bidragit till att den smidigaste lösningen för båda parter ofta är att felet åtgärdas av den förfördelade parten på den andres bekostnad, se t. ex. KL 36 §. Trots likheterna är det dock terminologiskt osäkert om man kan se avhjälpande och omleverans som en rätt att kräva fullgörande.¹⁶⁶ Den fortsatta framställningen koncentrerar sig som ovan i avsnitt 3.4 sagt främst på möjligheten till fullgörande vid utebliven prestation, alltså vid dröjsmål, och avhjälpande och omleverans kommer endast sporadiskt att beröras. Det hindrar dock inte att många av de praktiska avväganden som görs framöver har tillämpning även på dessa påföljder.

6.2.3 Hävning

Hävning av ett avtal efter ett kontraktsbrott kan ske när avtalsbrottet är av väsentlig betydelse. Väsentlighetsrekvisitet återfinns i fråga om dröjsmål exempelvis i KL 25 §. Vid dröjsmål dröjer det oftast ett tag innan dröjsmålet kan sägas vara väsentligt. Det är för den drabbade parten kontraktsbrottet skall vara väsentligt och detta skall vara synbart för motparten. I vissa fall gäller ett förstärkt väsentlighetskrav, exempelvis i KL 26 § när en vara tillverkats särskilt för en viss köpare.

Resultatet av en hävning är att prestationerna inhiberas, d.v.s. hålls inne. Om en del av avtalet redan har utförts skall prestationerna om möjligt återbäras. Dröjsmål är tänkbart även om prestationen har påbörjats, exempelvis om ett arbete inte fortskrider enligt avtalad hastighet.

Hävning utesluter alla andra påföljder, sålunda också fullgörande, utom skadestånd. Om förutsättningarna för skadestånd föreligger bedöms då självständigt.

Kravet på fullgörande är det åtminstone civilrättsligt mest naturliga kravet att ta till i första hand. Det kan alltså ske även när väsentligheten av

¹⁶⁶ Hellner (1996) s. 147.

avtalsbrottet inte är tillräcklig för hävning, t. ex. vid ett kortare dröjsmål. När avtalsbrottet uppgår till en sådan omfattning uppstår dock en valsituation för den förfördelade parten, antingen kan han kräva fullgörelse eller häva avtalet. Om han väljer det förstnämnda måste han därefter låta motparten få skälig tid på sig för att kunna fullgöra.¹⁶⁷ Lämnas valmöjligheten outnyttjad och den förfördelade parten alltså förhåller sig passiv så nås slutligen en punkt där han förlorar sin valmöjlighet. Resultatet av sådan passivitet skiftar beroende på aktuell avtalstyp, men åtminstone enligt reklamationsreglerna i KL gäller att rättsläget dessförinnan fortsätter att gälla. Har säljaren avlämnat varan kan köpet inte hävas, medan fullgörelse inte kan krävas om avlämnande inte har skett, KL 23 § 3 st, 29 §.

6.2.4 Skadestånd

6.2.4.1 Allmänt

Ett kontraktsbrott kan tänkas innebära ett skadeståndsansvar för den felande parten. Det kombineras ofta med hävning av avtalet. Precis som i anglosaxisk rätt (se avsn. 4.2.1) finns även i svensk rätt en distinktion mellan det positiva och negativa kontraktssintresset. Det positiva är menat att försätta den förfördelade parten i samma position som om avtalet hade fullgjorts, d.v.s. ersättning utgår även för utebliven vinst. Det negativa kontraktssintresset syftar till att återskapa situationen att avtalet aldrig kommit till stånd. Den senare varianten lämnas här därhän.

Det positiva kontraktssintresset kan beräknas på flera olika sätt. En möjlighet är att använda *differensläran*, d.v.s. skillnaden mellan den skadelidandes ekonomiska situation efter det att den skadegrundande handlingen har inträffat och hans hypotetiska situation om skadan inte hade inträffat. Skadeståndet uppgår till differensens storlek. Hellner förordar ett annat beräkningssystem hämtat från tysk rätt.¹⁶⁸ Beroende på om avtalet hävs eller inte sker en ”stor” eller ”liten” skadeståndsberäkning. Skillnaden ligger huvudsakligen i att den stora beräkningen baseras på kostnaden för en ersättningstransaktion, medan det inte är nödvändigt om avtalet inte hävs.

KL har ett säreget system för beräkning av skadestånd, vilket gör att det knappast kan användas analogivis för andra avtalstyper.¹⁶⁹ En indelning sker i 67 § i direkta och indirekta förluster, där de direkta förlusterna framgår motsättningsvis av uppräknningen av indirekta förluster i 2 st. Vid dröjsmål har köparen som regel rätt till ersättning för direkta skador, medan ersättning för indirekta skador är beroende av om säljaren har varit försumlig, 27 § 1 och 3 st.

¹⁶⁷ A.a. s. 143.

¹⁶⁸ A.a. s. 210 ff.

¹⁶⁹ A.a. s. 210.

Skadestånd och fullgörande efter ett avtalsbrott utesluter varandra som påföljder. Till den del avtalet fullföljs kan den skadelidande inte erhålla skadestånd. Ersättning är dock tänkbar för förlust som inte täcks på något annat sätt.

Liksom i anglosaxisk rätt (se avsn. 4.2) kan det antas att skadestånd i många fall inte fullt ut kompenserar den drabbade parten, t. ex. på grund av svårberäknade ersättningsposter eller förluster som inte är adekvata eller inte kunde förutses vid avtalsslutet.

6.2.4.2 Fullgörelsekravets inverkan på skadeståndsberäkningen

En av de främsta anledningarna till att en part vidhållit kravet på fullgörelse men inför rättegången eller i densamma enbart krävt skadestånd, står att finna i den köprättsliga regleringen av skadeståndets beräkning. Enligt ÄKL skulle prisdifferensen som en säljare vid dröjsmål skulle få betala för ett täckningsköp beräknas med utgångspunkt i köpeskillingen och det pris som gällde vid den tid ”då avlämnandet bort ske”, 25 §. Men naturaprestationer följer ju av naturliga skäl med de förändringar som sker i prisläget. I de fall då köparen vidhållit sitt krav på att säljaren skulle fullgöra sitt avtal modifierade därför praxis regeln. Om priset på varan hade *stigit* efter avtalsbrottet kunde då köparen till grund för prisdifferensen istället lägga det pris som gällde vid tidpunkten för hävningen.¹⁷⁰ Om priset hade *sjunkit* fick han dock fortfarande ersättning för det prisdifferens som gällde då avlämnandet bort ske. Att vidhålla kravet på att säljaren skulle utföra sin avtalsprestation kunde alltså enbart få positiva konsekvenser för köparen. Om priset på varan steg efter den stadgade tidpunkten för avlämnandet kom prisstegringen köparen till godo. Om den i gengäld sjönk så kunde avlämnandetidpunktens pris fortfarande läggas till grund för beräkningen av prisdifferensen, varför säljaren fick stå för en förlust som i praktiken inte förelåg.¹⁷¹ Kravet på att säljaren skulle fullgöra köpet kunde i princip vidhållas på obestämd tid, så länge reklamationsfristen i 26 § iaktogs.

Frågan varför det skulle finnas två olika prisdifferenser beroende på om varans prisutveckling var positiv eller negativ var högst omstridd inom doktrinen.¹⁷² Medan vissa menade att regleringen gav köparen en obefogad möjlighet att spekulera i en kommande prisstegring utan att riskera en motsvarande förlust, menade andra att säljaren som den kontraktsbrytande parten faktiskt inte borde kunna åtnjuta fördelarna av ett prisfall till följd av att han inte hade fullföljt avtalet.

¹⁷⁰ NJA 1924 s. 115.

¹⁷¹ Ersättning skulle dock enbart utgå så länge priset vid avtalstillfället fortfarande översteg det avtalade priset, vilket skapade ett beräkningsunderlag som var rätt svårt att rättfärdiga teoretiskt, jfr. Ljungman s. 37 f.

¹⁷² Jfr. t. ex. Almén s. 369 ff, Ljungman s. 36 ff, Rodhe s. 503 ff.

Enligt 69 § KL så skall vid beräkningen av prisdifferens priset enligt köpet jämföras med det gängse priset för samma vara vid hävningstillfället. Köparen får alltså enbart ersättning för den prisstegring som har skett utöver priset i köpavtalet, medan en prissänkning inte genererar någon ersättning. Det innebär att tidigare praxis har kodifierats. Liksom tidigare kan köparen vidhålla kravet på fullgörande på i princip obestämd tid, så länge som han inte väntar orimligt länge med att framställa kravet, 23 § 3 st. En skillnad mot äldre rätt är dock att ingen vikt tillmäts det tillfälle då avlämnandet bort ske. Om det därför har skett ett prisfall så att priset för att täckningsköpa varan vid hävningstillfället är lägre än tidpunkten då avlämnande bort ske, så behöver säljaren inte längre betala det högre pris som gällde vid avlämnandetidpunkten. Systemet med två olika prisdifferenser har alltså avskaffats. På så sätt finns köparens spekulationsmöjligheter kvar, men om det sker en försämring av prisläget så behöver inte säljaren missgynnas av det förhållandet.

Köparens spekulationsmöjlighet uppmärksammades dock i förarbetena som en önskad bieffekt.¹⁷³ En skyddsregel för säljaren infördes dock enbart för det fall att varan hade avlämnats, men avlämnats för sent, då köparen i så fall måste häva inom skälig tid, 29 §.

6.3 VERKSTÄLLIGHETENS INVERKAN PÅ

DOMEN

Rätten att kräva fullgörande av en avtalsförpliktelse kan delas upp i flera aspekter. Enligt Hellner är det lämpligt att skilja på tre olika begrepp¹⁷⁴, vilka han kallar *civilrättslig rätt*, *rätt till dom* och *exekutionsrättslig rätt*. Den civilrättsliga rätten leder inte nödvändigtvis till att det finns en rätt att erhålla en dom på fullgörande, utan många gånger enbart till att andra civilrättsliga påföljder kan göras gällande. Det är dess kanske viktigaste verkan. På samma sätt finns det inget logiskt samband mellan rätt till dom och den exekutionsrättsliga rätten att få en dom verkställd. Flera avtalstyper är av karaktären att exekutivt tvång inte kan bli aktuellt.

Varje fullgörelsetalan som leder till bifall i en domstol är dock menad att vara en exekutionstitel för den berättigade parten. En dom skall därför kunna vara verkställbar, låt vara med de begränsningar som framgår av UB, UB 3 kap 1 §. Om en domstol ställs inför problemet att ett domslut sannolikt inte kan verkställas är därför frågan om man ändå tar steget fullt ut och bifaller

¹⁷³ Se Hellners yttrande i prop. 1988/89:76 bilaga 3 s. 176, NU 1984:5 s. 364.

¹⁷⁴ Hellner (1996) s. 147.

talán. Problemet har berörts i flera rättsfall gällande fullgörande av icke-monetära avtalsförpliktelse.

NJA 1960 s. 63. En kommunalt anställd baderska som hade avskedats i strid mot det gällande tjänstereglementet yrkade att kommunen skulle förpliktas att återinsätta henne i tjänsten. Angående möjligheten för domstolen att meddela dom uttalade sig HD: ”Allmän domstols åläggande för en arbetsgivare att återtaga en arbetsgivare i tjänsten skulle – liksom en dom varigenom en arbetstagare ålades att återgå till arbetet – icke kunna föranleda exekutivt tvång vare sig i form av vitesföreläggande eller på annat sätt. Redan med hänsyn härtill kan ifrågasättas, huruvida allmän domstol bör meddela dylika domar.”¹⁷⁵

NJA 1975 s. 16. Två f.d. makar önskade utreda om mannen var fader till en dotter. Resultatet av en blodundersökning var enbart att möjligheten inte kunde uteslutas. Mannen yrkade förpliktande för sin f.d. fru och dottern att medverka i en antropologisk undersökning för att utröna börden. Parterna träffade förlikning med innehållet att en undersökning skulle ske och hemställde att HD skulle stadfästa förlikningen. HD yttrade dock att en antropologisk undersökning är förenad med visst intrång i undersökningspersonernas rätt till kroppslig integritet. ”En sådan undersökning ... kan därför ... inte genomföras annat än med dessa personers samtycke och frivilliga medverkan. Med hänsyn till arten av det som samtycket gäller kan, så länge undersökningen ännu inte ägt rum, ett lämnat samtycke när som helst återkallas. Då följaktligen ett åtagande att underkasta sig antropologisk undersökning är oförbindande, kan åtagandet ej läggas till grund för domstols föreläggande att den som gjort åtagandet skall underkasta sig undersökningen”.¹⁷⁶

I båda rättsfallen uttalar HD en stark tveksamhet till att meddela en dom som inte går att verkställa på exekutionsrättslig väg. Åtminstone gäller det när hindret mot verkställighet föreligger redan vid domstillfället. Man kan då konstatera att rätten till att få dom (i vilken en talan om fullgörelse bifalls) görs beroende av möjligheten att verkställa samma dom. Man kan samtidigt konstatera att ett bifall till talan är föga värt för käranden om domslutet inte kan verkställas. Slutsatsen är att det åtminstone för denna uppsats syfte är mer funktionellt att skilja mellan en *civilrättslig rätt* till fullgörelse och en allmän *processrättslig rätt* till fullgörelse. Den processrättsliga sidan beaktar då också de exekutionsrättsliga aspekterna av talan, vilka en domstol får antas överväga innan de meddelar en dom. Av

¹⁷⁵ s. 73.

¹⁷⁶ s. 18 f.

denna anledning är det nödvändigt att utröna vilka möjligheter det i svensk rätt finns att exekvera en dom på fullgörelse av en avtalsförpliktelse, och det är dessutom intressant att se hur dessa kontrasterar mot möjligheterna till verkställelse i anglosaxiska länder. Omöjlighet eller starka svårigheter att exekvera en dom på fullgörande får antas hindra dess utfärdande.

Den begreppsuppdelning som Hellner förordar har dock relevans i flera situationer. När exempelvis problemen med att verkställa domen uppstår först efter domstillfället får den exekutionsrättsliga rätten till fullgörelse en självständig betydelse. Den har också relevans i avsnittet 7.4.1 nedan som handlar om samspelet mellan regel och påföljd.

En uppdelning på detta sätt strider självklart mot den uppdelning som finns i anglosaxiska rättssystem där det som en huvudregel inte finns någon civilrättslig rätt till fullgörelse av en avtalsförpliktelse. Den civilrättsliga regeln är istället att skadestånd skall utgå och att naturaprestation är ett undantag, vilket följer av adekvansprövningen. Domstolens diskretionära prövning inom equity huruvida skyldigheten att fullgöra en naturaprestation är lämplig, kan ses som en korresponderande processrättslig regel.¹⁷⁷

6.4 VERKSTÄLLIGHETSFORMER

6.4.1 Allmänt

Verkställighet av domar som innebär annan förpliktelse än fullgörande av betalningsskyldighet kan grupperas på följande vis¹⁷⁸; 1) avhysning, 2) verkställighet av leveransskyldighet (d.v.s. viss art och myckenhet), 3) uttagande av lös sak (exhibition eller restitution), 4) verkställighet av annan positiv förpliktelse och 5) verkställighet av negativ förpliktelse. Verkställighet av negativ förpliktelse faller utanför denna framställning. Inte heller avhysning berörs närmare då det sällan aktualiseras vid de avtalstyper som behandlas i kapitel 7.

Bestämmelser om avhysning finns i UB 16 kap 1-9 §§, medan verkställighet i annat fall behandlas i 10-12 §§. Det är sålunda dessa lagrum som reglerar fall 2-5 ovan. 10 § fördelar KFM:s kompetens, medan 11 § ger uttryck för att svaranden skall underrättas innan verkställigheten. Det har ansetts särskilt viktigt med tanke på mångfalden av tänkbara verkställighetsformer i dessa fall.¹⁷⁹ 12 § ger ramen för hur verkställigheten faktiskt skall gå till

¹⁷⁷ Hellner (1996/97) s. 16.

¹⁷⁸ Walin s. 558.

¹⁷⁹ A.a. s. 559.

genom uppräknandet av flera alternativ. Det innebär dock inte att det förstnämnda skall tillgripas i första hand, utan verkställighetsformens lämplighet får bli avgörande. KFM är inte bunden av föreskrift i exekutionstiteln som avser verkställighetens utförande.

Svaranden kan föreläggas att vidta en viss åtgärd. Ett sådant föreläggande kan ske vid äventyr av annan åtgärd eller åtföljas av vite enligt UB 2:15. Vidare kan KFM själv vidta behövlig åtgärd, vilket innefattar de fall där handräckning krävs för att utta lös sak. Slutligen kan KFM överlämna åt sökanden att utföra lämplig åtgärd. I vissa fall kan det bli fråga om en kombination av verkställighetsformer.¹⁸⁰

KFM skall förfara på så sätt att syftet med verkställigheten bäst uppnås. Därvidlag skall beaktas att svaranden inte skall behöva utstå större kostnader och obehag än nödvändigt.¹⁸¹

6.4.2 Föreläggande

6.4.2.1 Allmänt

Medan verkställighetsformer som t. ex. handräckning utgör ett direkt ingrepp i svarandens förmögenhet eller besittning, är föreläggandet en indirekt verkställighetsform som enbart har till syfte att utöva press på svaranden att utföra/underlåta en handling. Föreläggandet kan kombineras med vite. Även andra äventyr kan bli aktuella, exempelvis att KFM själv vidtar lämplig åtgärd eller överlämnar till sökanden att utföra åtgärd.

6.4.2.2 Särskilt om vite

Vite kan föreskrivas av rätten redan i domen, men får annars föreläggas i efterhand av KFM, UB 2:15 med hänvisning till 16:12. Utdömandet av vitet ankommer en tingsrätt i länet där KFM finns. Enligt formuleringen av UB 2:15 *får* KFM utsätta vite. Det åligger alltså myndigheten att göra en fri bedömning, varvid hänsyn till sökandens intresse bör spela en stor roll.¹⁸² Avvägningen bör också innefatta faktorer hänförliga till svaranden, såsom omöjlighet att utföra prestationen, eller det faktum att ett vitesföreläggande i det enskilda fallet inte kan förväntas vara effektivt.¹⁸³ En motsvarande bedömning utförs sannolikt också av en domstol om denna skulle behandla frågan redan i domen, se ovan avsnitt 6.3.

¹⁸⁰ A.a. s. 576.

¹⁸¹ Prop. 1980/81:8 s. 798 f.

¹⁸² Ekelöf s. 155.

¹⁸³ Walin s. 578.

Vitet har till uppgift att verka avskräckande, d.v.s. det har en avsevärd individualpreventiv funktion, något som hänger samman med att dess storlek skall fixeras redan i föreläggandet.¹⁸⁴ Det finns ingen övre beloppsgräns för vitet, utan storleken anpassas efter vad som är behövt, dock inte större än vad som krävs för att svaranden skall efterkomma föreläggandet.¹⁸⁵ Det står fritt för domstolen och KFM att bedöma storleken efter en sammanvägning av alla omständigheter i fallet, där borgenärens intressen skall tillmätas stor vikt.¹⁸⁶ Vitet framstår sålunda som ett mycket flexibelt tvångsmedel.

Om inte svaranden har rättat sig efter föreläggandet, så skall vitet dömas ut. Undantag finns dock, t. ex. om ändamålet med vitet har förfallit, se 9 § Lag (1985:206) om viten.

Vitet kan användas för att säkra både positiva och negativa förpliktelser.¹⁸⁷ Som ovan setts angående distinktionen mellan SP och injunctions (se avsn. 4.1.2) så är gränsen mellan dessa former ofta flytande, eftersom att underlåta något indirekt kan innebära att man måste utföra positiva handlingar för att vidmakthålla underlåtandet. Att utföra en positiv handling, t ex lägga ner en viss verksamhet, omfattar dessutom indirekt ett förbud mot att ta upp verksamheten igen, d.v.s. ett underlåtande.¹⁸⁸

Vite är generellt ett lämpligt tvångsmedel för framtvingandet av komplexa förpliktelser t. ex. leveransavtal eller konstruktionsarbeten. I många fall kanske det är enda tänkbara sättet att exekutivt framtvinga prestationen, t. ex. om svarandens aktiva medverkan krävs.

6.4.3 Åtgärd genom KFM:s försorg

KFM kan vidta behövlig åtgärd. Som ovan sagts är den därvidlag inte bunden vid de föreskrifter om verkställigheten som finns föreskrivna i exekutionstiteln, 12 § 3 st. Med uttrycket ”behövlig åtgärd” framgår att myndigheten har en stor frihet att ordna verkställigheten på lämpligt sätt, vilket korresponderar väl med den skiftande karaktär som positiva förpliktelser kan tänkas uppvisa. Åtgärderna får anpassas efter det individuella fallet. 6 § vilken hänvisas till i 12 § 2 st exemplifierar åtgärder som kan bli aktuella, ombesörjande av transport och förvar av egendom samt liknande åtgärder.

¹⁸⁴ Ekelöf s. 134.

¹⁸⁵ Walin s. 48.

¹⁸⁶ Ekelöf s. 132 ff.

¹⁸⁷ Terminologiskt påbudsvite och förbudsvite.

¹⁸⁸ Fahlbeck s. 22, Ekelöf s. 187.

I enklare fall, t. ex. uttagande av lös sak, är det oftast onödigt att först ge föreläggande, utan KFM kan oftast omedelbart vidta lämplig åtgärd. Detsamma gäller brådskande fall.¹⁸⁹

6.4.4 Åtgärd genom sökandens försorg

På framställning av sökanden kan denne själv få vidta behövlig åtgärd enligt KFM:s anvisningar. Anledningen till att sökanden måste framställa härom är att han i så fall får vidkännas förrättningskostnaden själv.¹⁹⁰

Förrättningsformen får endast äga rum om det anses ”lämpligt”, 12 §. Man bör då väga sökandens behov av att få rätt mot att svaranden inte skall behöva vidkänna större kostnader eller obehag än vad som följer av ett ändamålsenligt genomförande av verkställigheten.¹⁹¹ Detta följer redan av att svaranden inte skall behöva stå för kostnaderna av förrättningen, eftersom dessa skulle kunna bli större än om KFM själv utförde åtgärden. En sådan kostnadsökning är det inte motiverat att låta svaranden betala.¹⁹²

Åtgärder som främst kan tänkas bli aktuella är enklare uppgifter som t. ex. att riva ett stängsel eller fylla igen ett dike.¹⁹³ Frågan är naturligtvis i vilken utsträckning det är möjligt och lämpligt att delegera sådan makt till en enskild att denne blir berättigad att ingripa i ett annat rättssubjekts rättssfär.

6.4.5 Komparativa synpunkter

Tvångsåtgärder kan delas in i direkta och indirekta. De direkta innebär ett direkt ingripande mot svarandens rättssfär utan dennes medverkan för att utföra verkställigheten, medan de indirekta endast syftar till att utöva tvång mot svaranden för att han själv skall utföra åtgärderna.¹⁹⁴ Vid en jämförelse mellan anglosaxiska länder och Sverige finner man då att åtgärderna som kan bli aktuella vid contempt of court, d.v.s. bot, sequestration och fängslande (se avsn. 4.3.4), är av det indirekta slaget. De har alla till syfte att få svaranden att själv utföra avtalsprestationen. I Sverige är vitet det enda indirekta tvångsmedlet, medan både åtgärd enligt KFM:s och sökandens försorg är direkta verkställighetsåtgärder.

Både sequestration och fängslande är mer långtgående åtgärder mot svarandens person än någon av de åtgärder som kan bli aktuella enligt svensk rätt. Fängslandet har i vissa fall dessutom en straffrättslig karaktär, något som i och för sig också tillskrivits det svenska vitet.¹⁹⁵ Men trots dessa

¹⁸⁹ Walin s. 579.

¹⁹⁰ Prop. 1980/81:8 s. 801.

¹⁹¹ SOU 1973:22 s. 440.

¹⁹² Prop. 1980/81:8 s. 801.

¹⁹³ Gregow s. 300.

¹⁹⁴ Indelningen kan kritiseras, se Ekelöf s. 136 f.

¹⁹⁵ Ekelöf s. 184 ff.

allvarliga former av verkställighet, som säkerligen innehåller ett rejält mått av allmän- och individualprevention¹⁹⁶, är det en allmänt vedertagen uppfattning i komparativ litteratur att de direkta verkställighetsformer som hos oss står till buds är mer flexibla i sin användning.¹⁹⁷ Genom indirekt tvång är man hänvisad till att låta svaranden utföra prestationen på sitt vis och med tillhörande tidsåtgång. Direkta verkställighetsformer kan lättare anpassas för att utforma verkställigheten på ett enkelt och smidigt sätt i det individuella fallet, något som också exemplifieras av utformningen av UB 16:12 där det talas om ”behövlig” åtgärd och överlämnande åt sökanden att vidta åtgärd om det är ”lämpligt”. Det faktum att vi saknar alternativa indirekta verkställighetsformer än vite kan dock leda till att verkställighet i Sverige kan försvåras eller omöjliggöras när vite av någon anledning inte är verkkningsfullt.

¹⁹⁶ Jfr. a.a. s. 140 ff .

¹⁹⁷ Se t. ex. Dawson s. 532 ff.

7 FULLGÖRELSE AV TVÅ AVTALSTYPER

7.1 INLEDNING

7.1.1 Allmänt

Frågan uppstår enligt vilka principer valet mellan fullgörelse och skadestånd skall ske, och var gränsen för tillämpligheten av fullgörande går i svensk rätt. Hellner har föreslagit att man skall använda sig av ett allmänt effektivitetskriterium, åtminstone i de fall då effektivitet eftersträvas. En förpliktelse bör sanktioneras med den påföljd som kan tänkas vara mest effektiv för att uppfylla syftet med förpliktelsen. Emellertid medger han själv att ett sådant kriterium inte ger någon större vägledning för hur påföljdssystemet bör utformas.¹⁹⁸

I avsaknad av konkreta regler för vilken påföljd som skall åläggas en avtalsbrytande gäldenär är man hänvisad till att försöka hitta en lämplig gränsdragning med hjälp av en intresseavvägning. Det gäller att ta hänsyn till ”sakens natur”, d.v.s. till ”överväganden av blandat praktisk humanitär och allmänt rimlighetsbaserad art”.¹⁹⁹

Ett sådant tankesätt som känns igen från kapitel 5 (se särskilt avsn. 5.1.1) har doktrinen anslutit sig till.²⁰⁰ Genom att ställa kärandens intresse av att erhålla avtalsprestationen mot säljarens uppoffringar i fysiskt, ekonomiskt eller personligt hänseende skall man kunna finna den påföljd som i det individuella fallet passar bäst. Utöver det tillkommer de praktiska aspekter som följer av att fullgörandets efterlevnad skall övervakas, och svårigheter i det avseendet har naturligtvis också betydelse.

Även om man inte reservationslöst skall importera ett annat rättssystem systematik, så råder det inget tvivel om att de intressen som i kapitel 4 typiskt sett tillskrevs parterna i en rättstvist och de faktorer som har betydelse för avgörande av ett mål angående SP i stort sett också gör sig gällande i svensk rätt. Man får därvidlag med aktsamhet beakta de säregna

¹⁹⁸ Hellner (1986) s. 341.

¹⁹⁹ Strömholm s. 330.

²⁰⁰ Se särskilt Olsen (1997) s. 224 f, Strömholm s. 330 f, men även Jörgensen s. 9, Ljungman s. 51.

drag hos det anglosaxiska rättsystemet som beror på uppdelningen mellan law och equity. Förekomsten av adekvanskravet är ett exempel, men som visat i avsnitt 5.2.3.3 kan det ju tolkas enbart som ett sätt att kommunicera kärandens intresse av fullgörelse. Förekomsten av särskilda equity-försvar är ett annat exempel, vilket dock inte innebär att dessa inte gör sig gällande i svensk rätt i en annan skepnad, t. ex. som allmänna hänsyn till svarandens umbäranden om han tvingas till fullgörelse. Beskrivningen i kapitel 4 är nyttig på så sätt att den kategoriserar och preciserar parternas intressen, låt vara med anglosaxisk terminologi. En sådan renodlad uppsplättning har inte gjorts inom svensk rättssystematik, även om enskilda författare har gjort goda ansatser.²⁰¹

Den fortsatta framställningen begränsar sig till två områden, nämligen köpavtal och uppdragsavtal, vilka ansluter till större delen av praxis och skriven litteratur i ämnet i Sverige. Den huvudsakliga uppgiften i det följande är att undersöka de principer som kan tänkas avgöra valet mellan fullgörelse och skadestånd gällande dessa avtalsformer. Lagregler och praxis ställer därvidlag upp vissa begränsningar men i övrigt är rättsläget i stort osäkert. Det är därför av särskilt intresse att se om någon av de avvägningsprinciper som tillämpas inom anglosaxisk rätt kan tänkas vara av intresse. I kapitel 5 beskrevs flera principer som gjorde anspråk på att kunna ge konkret vägledning när domstolen har att välja mellan att bevilja fullgörelse eller anse svaranden hänvisad till skadestånd som påföljd. Frågan är om liknande överväganden används i svensk rätt, i lagtext, praxis eller doktrin.

7.1.2 Om den fortsatta framställningen

Köpavtal behandlas i avsnitt 7.2 medan uppdragsavtal behandlas i avsnitt 5.3.

Den olika mängden praxis och doktrin på dessa områden gör att upplägget skiljer sig åt. I motsats till köpavtal har bristen på doktrin gällande uppdragsavtal gjort att rättspraxis i avsnitt 7.3 fått en framträdande roll som den källa ur vilken man kan inhämta de gällande principerna på området. Några faktorer som kan tänkas ha betydelse för en dom på fullgörelse behandlas styvmoderligt gällande uppdragsavtal. De har redan behandlats i samband med köp och är av sådan allmän karaktär att tillämpningen av dem knappast förändras av avtalstypen (se avsn 7.3.6.1).

Avslutningsvis görs en ansats i avsnitt 7.4 att besvara frågan om det i svensk rätt finns spår av ett liknande hierarkiskt förhållande mellan fullgörelse och skadestånd som traditionellt har funnits i anglosaxisk rätt genom användandet av adekvanskravet.

²⁰¹ Se särskilt Strömholm s. 330 f.

7.2 KÖPAVTAL

7.2.1 Allmänt

Slutförandet av ett köpavtal involverar två huvudsakliga prestationer, leverans av varan samt betalning av varans pris. Vissa biförpliktelser åligger dessutom köparen, såsom att medverka till köpet. Det är emellertid skyldigheten att leverera varans, d.v.s. säljarens fullgörelse av avtalet, som är av störst intresse i den fortsatta framställningen.²⁰²

Normalt sett kan man anta att en köpare efter säljarens avtalsbrott väljer att kräva skadestånd för att undgå de praktiska svårigheter som är förknippade med ett fullgörelsekrav. Det kan dock i vissa fall vara av särskild vikt att istället erhålla den avtalade prestationen, såväl för den private köparen som särskilt värdesätter den köpta varan, men också för näringsidkare. Även om näringsidkarens typiska intresse är den vinst han kan erhålla av avtalets fullföljande, så riskerar han sitt affärsmässiga anseende om han p.g.a. uteblivet köp inte kan uppfylla sina åtaganden gentemot andra avtalsparter.

I praxis har kravet på fullgörelse behandlats ett flertal gånger, främst i äldre rättsfall. Det har förekommit särskilt frekvent i tider då det rått brist på handelsvaror och det varit av särskild vikt för en köpare att hålla fast vid ett ingånget avtal, t. ex. under första världskriget.²⁰³

1990 trädde en ny köplag i kraft i vilken fullgörelseskyldigheten i ÄKL 21 § preciserades genom den nya 23 §.

ÄKL 21 §

Varder godset ej i rätt tid avlämnat, och beror ej sådant av köparen eller av händelse, för vilken han står faran, stånde till honom, huruvida han vill kräva godsets avlämnande eller häva köpet.

Var dröjsmålet av ringa betydelse för köparen eller hade säljaren grundad anledning att sådant antaga, må ej köpet hävas, utan så är att köparen betingat sig noggrant iakttagande av tiden för godsets avlämnande; dock skall vid handelsköp varje dröjsmål medföra rätt till köpets hävande, med

²⁰² Köparens skyldighet att medverka till köpet regleras i KL 50 §. Han kan åläggas att fullgöra dessa skyldigheter, bortsett från underlåtenhet att hämta/ta emot varan vilket enbart är skadeståndssanktionerat, 51, 53 §§.

²⁰³ Ljungman s. 27 f.

mindre det, som fördröjt är, utgör allenast en ringa del av godset.

KL 23 §

Köparen får hålla fast vid köpet och kräva fullgörelse. Säljaren är dock inte skyldig att fullgöra köpet, om det föreligger ett hinder som han inte kan övervinna eller om fullgörelsen skulle förutsätta uppoffringar som inte är rimliga med hänsyn till köparens intresse av att säljaren fullgör köpet.

Om ett förhållande som nyss nämnts upphör inom rimlig tid, får köparen dock kräva att säljaren fullgör köpet.

Köparen förlorar rätten att kräva att säljaren fullgör köpet om han väntar orimligt länge med att framställa kravet.

Det har understrukits att den nya lydelsen inte skall inverka på säljarens fullgörelseskyldighet, utan kontinuitet skall föreligga med äldre rätt.²⁰⁴ Därför kan man anta att äldre praxis och doktrin i stor utsträckning fortfarande kan vara vägledande.

Grundtanken i den nya regleringen är att möjligheten att erhålla fullgörelse in natura skall vara begränsad genom en uttrycklig avvägning av de inblandade parternas intressen.²⁰⁵ Ett sådant tankesätt är inte nytt utan har ofta framförts i äldre doktrin. Nyheten är att vissa avvägningshänsyn framgår uttryckligen i KL genom att den s.k. offergränsen har blivit lagfäst (se nedan avsn. 7.2.4.1).

Särskilda svårigheter att fullgöra in natura kan tänkas uppstå i de fall då köpet av en vara är kombinerat med tillverkning av densamma, vilket faller under KL så länge köparen inte tillhandahåller en väsentlig del av materialet, 2 §. Den aspekten kan få särskilda konsekvenser i övervakningshänseende (se avsn. 7.2.7). En näraliggande svårighet uppstår när köpet förknippas med särskilda personliga inslag, vilket kanske kan bli särskilt aktuellt i tillverkningsfallen. Sådana personliga inslag behandlas nedan i avsnitt 7.3 i samband med uppdragsavtal. Vidare kan det tänkas uppstå konsumentskyddshänsyn, något som bortses från i det följande, då framställningen huvudsakligen berör KL:s reglering av föllgörelse efter dröjsmål. Rent generellt kan man dock tänka sig att konsumentskyddsaspekten skulle kunna inverka på bedömningen av säljarens skyldighet att fullgöra.

²⁰⁴ NU 1984:5 s. 173.

²⁰⁵ Ibid.

7.2.2 Avtalsföremålen

7.2.2.1 Allmänt

De olika sorters köp som behandlades i ÄKL delades upp i speciesköp och genusköp. Den förra gruppen avsåg köp av ett eller flera individuellt bestämda föremål vilka inte var utbytbara mot andra objekt. Genusköpen innefattade köp av en viss myckenhet av en viss vara. De individuella föremålen var inte preciserade, utan så länge de uppfyllde avtalsspecifikationen kunde säljaren välja vilka föremål som skulle fylla kvantiteten.

Distinktionen species/genus övergavs i KL. En bidragande orsak var sannolikt de praktiska svårigheterna att skilja dem åt vid tillverkningsavtal.²⁰⁶ Doktrinen rörande fullgörelse av köp har dock byggts upp kring dessa begrepp och därför är det funktionellt att behålla dem i den fortsatta framställningen.

7.2.2.2 Enskilda köpeobjekt – speciesköp

Vid köp av species – individuellt bestämt gods – är det med Alméns ord ”obestridligt” att köparen har rätt att kräva godsets avlämnande.²⁰⁷ Modern doktrin intar samma ståndpunkt och anser att möjligheten att fullgöra avtalet på exekutiv väg åtminstone vara en huvudregel. Sannolikt är det riktigt att se även detta som resultatet av en avvägning som normalt utfaller till köparens förmån. Det skall krävas att balansen mellan parternas intressen rubbas på ett kraftigt sätt²⁰⁸ för att förutsättningarna för exekution skall bortfalla, en situation som normalt inte ska uppstå.

Begränsningar är dock tänkbara i vissa fall. Främst gäller det då verkställigheten är omöjlig av någon anledning (se nedan avsn. 7.2.3). Man kan t. ex. tänka sig att objektet för verkställigheten har gått förlorat eller inte längre befinner sig i svarandens besittning.

De exekutionsformer som normalt kan tänkas aktualiseras vid speciesköp är i första hand verkställighet genom KFM:s försorg (uttagande av lös sak), men i vissa fall även indirekt exekution genom föreläggande vid äventyr av t. ex. vite. Som ovan sagts i avsnitt 6.4.3 är det i enklare fall befogat för KFM att direkt utta exekutionsobjektet istället för att ge ett föreläggande. Den senare verkställighetsformen kan dock aktualiseras i fall då uttag inte är lämpligt, t. ex. p.g.a. att det blir alltför kostsamt.²⁰⁹

²⁰⁶ A.a. s. 167.

²⁰⁷ Almén s. 253. Jfr. Ljungman s. 25 som anser att en sådan rätt för köparen är av stor betydelse för omsättnings säkerheten.

²⁰⁸ NU 1984:5 s. 181.

²⁰⁹ Walin s. 579.

Gränsdragningen mellan species och genus kan som sagt ovan vara diffus i vissa fall. I gränsfall kan man tänka sig att köpeobjektet är individuellt bestämt, men att köparen lika gärna kan låta sig nöjas med ett likvärdigt substitut. Enligt terminologin i avsnitt 6.1.1 torde hans specialitetsintresse vara försvagat. I sådana fall har doktrinen föreslagit att det på köparens begäran skulle finnas en möjlighet till att döma säljaren till att leverera likvärdigt gods till fullgörande av sin förpliktelse när en vara p.g.a. något slags omöjlighet inte kan levereras.²¹⁰ Möjligheten härtill torde numera vara än större sedan distinktionen mellan genus- och speciesköp har övergivits i KL och förpliktelsens verkliga karaktär kan tänkas få allt större betydelse.

7.2.2.3 Leveransavtal – genusköp

Leveransavtal avser köp av varor av en viss mängd. Mängden kan avlämnas vid ett tillfälle eller successivt enligt avtalets föreskrifter.

Frågan om leveransavtal skulle kunna genomdrivas exekutivt var en stridbar fråga vid ÄKL:s införande i början av seklet.²¹¹ Flera författare hävdade att en sådan rätt inte skulle finnas, men kommittéförslaget intog slutligen motsatt ståndpunkt, främst p.g.a. köparens typiska intresse av att ha en sådan möjlighet.²¹² 21 § ÄKL innefattade både avtal gällande genus och species, och fullgörande kunde krävas av båda avtalstyperna. Samtidigt infördes 38 § UL, föregångaren till UB 16:12, vilken uttryckligen stadgade att leveransavtal kunde genomdrivas med hjälp av vite.

Den principiella möjligheten att erhålla en verkställbar dom på fullgörande av leveransskyldighet har därefter accepterats i svensk rätt. I praxis finns ett flertal fall, alla av äldre datum, i vilka HD har dömt säljaren till att fullfölja avtalet. Emellertid måste nog leveransavtalets rättsliga genomdrivande förses med flera undantag, och är inte lika självklart som vid ett speciesköp. En intresseavvägning ger för handen att köparens intresse av att fullfölja avtalet i vissa fall får stå tillbaka för andra hänsyn. Leveransavtalet kan tänkas innehålla komplexa inslag i form av tillverkningsmoment och flera prestationstillfällen. Därför kan övervakningssvårigheter oftare tänkas aktualiseras vid ett leveransavtals genomförande än vid ett speciesköp (se avsn. 7.2.7). I anglosaxisk rätt har det lett till att sådana avtal ofta genomdrivs med hjälp av indirekt SP, vilket gör efterlevnaden lättare att övervaka.

En begränsning som också kan tänkas hindra att leveransavtalet fullföljs på exekutiv väg utgörs av den offergräns som finns i KL 23 §, och kanske inte aktualiseras lika ofta vid speciesköp (se avsn. 7.2.4)

²¹⁰ Ljungman s. 46 f, Hellner (1989) s. 132. Jfr. dock NJA 1929 A 283 där HD till synes inte ens övervägde möjligheten.

²¹¹ Se t. ex. Hasselrot s. 1 ff och Bergelmer s. 1 ff .

²¹² NJA II 1906:1 s. 42 f.

Slutligen finns det ingen rätt till fullgörelse av varaktiga avtal som enbart gäller tills vidare. Ett krav på fullgörelse kan i sådana fall bemötas med en uppsägning av avtalet med omedelbar verkan.²¹³ Under en eventuell uppsägningstid finns det dock fortfarande skyldighet att fullgöra.

De exekutionsformer som står till förfogande är precis som vid speciesköp föreläggande och verkställighet enligt KFM:s försorg, d.v.s. uttag. Sannolikt är föreläggande av vite oftast den primära åtgärden, särskilt när förpliktelsen är mer komplex och kanske dessutom involverar tillverkningsmoment. Uttag är aktuellt i enklare fall.

7.2.2.4 Analogivis tillämpning

KL är ett av de få områden där fullgörelse finns någorlunda utförligt reglerat i lagtext. Av den anledningen kan den i stor utsträckning tänkas användas analogivis gällande andra avtalstyper.²¹⁴

Köp av enskilda köpeobjekt – speciesköp – är därvidlag en god analogigrund för andra avtal som innebär besittningsövergång, men ändå inte faller under KL. Ett exempel är hyra av lös egendom. Uthyrarens förpliktelse att överlämna den hyrda egendomen torde kunna bestämmas på samma sätt som köp, och undantagsfallen torde motsvara de som gäller enligt KL.²¹⁵ En annan analogi kan säkert i viss utsträckning göras när värdepapper skall överlämnas efter köp.²¹⁶

Leveransavtalsinslag kan tänkas finnas i varierande form i flera avtalstyper. Varierande former av samarbetsavtal kan innebära en sådan skyldighet. Avtal om franchising och agentur är enbart ett par exempel där leveransskyldigheten kan vara av väsentlig betydelse. Återigen kan det poängteras att ju mer komplexa avtalsskyldigheterna är, desto svårare svårigheter kan övervakningen av en eventuell dom på fullgörelse tänkas bli.

Ett annat leveransavtal som uppvisar en betydande likhet med köprättsliga fall är leverans av vatten och el och liknande avtal. I praxis finns flera sådana fall där leverantören, vilken ofta har haft en monopolställning, har förpliktats att fullgöra en leveransskyldighet.²¹⁷

7.2.3 Omöjlighet

²¹³ Hellner (1996) s. 152.

²¹⁴ Olsen (1997) s. 470.

²¹⁵ Hellner (1996) s. 149 f.

²¹⁶ Se t. ex. NJA 1919 A 442.

²¹⁷ Se t. ex. NJA 1917 A 374, NJA 1938 A 210, NJA 1942 A 194 (el) och NJA 1938 A 325 (vatten).

Att ett köpavtal har blivit omöjligt att utföra hindrar naturligtvis dess fullgörelse, vilket också är fallet i anglosaxisk rätt (se avsn. 4.5.7). Man kan skilja på två fall av omöjlighet. Den första uppstår när det rent fysiskt är omöjligt att utföra avtals prestationen t. ex. p.g.a. att köpeobjektet har gått förlorat²¹⁸ eller inte går att anskaffa. Men det kan också vara fråga om en rättslig omöjlighet när en transaktion är förbjuden och därför inte kan upprätthållas med rättsmaskineriets hjälp.

En annan distinktion kan göras mellan objektiv och subjektiv omöjlighet. Objektiv omöjlighet är av sådan art att den föreligger för alla, medan subjektiv omöjlighet enbart föreligger för den aktuella försäljaren. Sannolikt är det subjektiv omöjlighet lagstiftaren har avsett när han i 23 § KL stadgat att säljaren inte är skyldig att fullgöra avtalet om det föreligger ett hinder som han inte kan övervinna.²¹⁹ Alla hinder som rent faktiskt hindrar köpet är därvidlag relevanta. Att det inte skall gå att övervinna innebär att det skall ha en kvalificerad karaktär. Säljaren är skyldig att om möjligt prova alternativa handlingssätt för att undanröja svårigheterna. Hans ansträngningar därvidlag begränsas dock av offergränsen senare i samma stadgande, se nedan.

Om omöjligheten bortfaller inom rimlig tid kan köparen fortsätta att kräva köpets fullgörelse, 23 § 2 st. Se mer om det i avsnitt 6.2.4.1.2 nedan.

7.2.4 Offergränser

7.2.4.1 Köplagen

7.2.4.1.1 Allmänt

I KL 23 § står att säljaren inte är skyldig att fullgöra köpet om fullgörelsen skulle förutsätta uppoffringar som inte är rimliga med hänsyn till köparens intresse av att säljaren fullgör köpet. Stadgandet anses ge uttryck för en allmän offergräns bortom vilken det inte är rimligt att tvinga säljaren att fullfölja avtalet.

Vid utarbetandet av den nordiska utredning som föregick KL angavs att de begränsningar av köparens rätt att erhålla naturaprestation som framgick av det exekutionsrättsliga systemet inte var tillräckliga. Inskränkningarna borde framgå direkt ur KL, genom införandet av en sådan offergräns som nu återfinns i 23 §.²²⁰ Man ville alltså begränsa det exekutivt möjliga området till naturaprestation med regler som därmed fick en processrättslig

²¹⁸ Jfr. NJA 1929 A 283, där varan ej längre fanns kvar.

²¹⁹ Olsen (1987) s. 520, prop. 1988/89:76 s. 99.

²²⁰ NU 1984:5 s. 173.

karaktär.²²¹ Alternativt kan man se principen som allmänt avtalsrättslig och anse rätten till fullgörelse vara begränsad redan på ett civilrättsligt stadium, något som kan kritiseras för att göra leveransskyldigheten oklar till sin innebörd.²²² Oavsett vilket synsätt man väljer kan man konstatera att den praktiska betydelsen av en offergräns uppstår när en domstol faktiskt skall ta ställning till den möjliga verkställigheten av fullgörelse av köpavtalet.

7.2.4.1.2 Offergränsen

Det finns i sammanhanget anledning att anknyta till den offergräns som i mål om naturaprestationer tillämpas i anglosaxisk rätt. Som övergripande beteckningar på de bördor svaranden i ett mål skulle få utstå om han tvingades till att prestera finns där begreppen unfairness och hardship. Dessa umbäranden skall jämföras med köparens intresse i en avvägning som allmänt betecknas the balance of hardships, vilket ingår i en större avvägningsmodell som kan betecknas the balance of equities, se avsnitt 5.5.

I Sverige ansågs det redan innan införandet av KL 23 § att köparens möjlighet att erhålla köpets fullgörande begränsades av en offergräns, även om denna inte var föremål för lagstiftning. Vid arbetet inför nuvarande KL preciserades hur offergränsen skall bestämmas, delvis av NU-betänkandet, men också i köplagspropositionen. Äldre doktrin kan dock fortfarande tänkas ha viss betydelse.

Liksom i anglosaxisk rätt skall offergränsen fastställas genom ett uttryckligt avvägningsförfarande. Säljarens uppoffringar av att prestera skall vägas mot köparens behov av prestationen. För att avvägningen skall utfalla till säljarens favör krävs det enligt lagtexten att uppoffringarna inte är rimliga, något som anses innebära att balansen mellan parterna skall vara kraftigt rubbad.²²³ Jfr. det med det anglosaxiska kravet på att obalansen skall vara "extreme", "grossly inadequate" eller liknande.

Vad som är en "rimlig" uppoffring skall bestämmas genom att köparens intresse av att köpet fullgörs jämförs med säljarens svårigheter att prestera. Bedömningen skall ske i det individuella fallet, vilket gör att inte bara hänsyn till parterna bli avgörande, utan även köpavtalets och varans karaktär.

Köparens intresse skall främst bedömas ur ett kompensationsperspektiv²²⁴, något som har framhållits flera gånger redan (se avsn. 4.2 och 6.1.1). En faktor som då kan tänkas vara särskilt relevant är hur viktig säljaren i sig är för köparen. Är just den ifrågavarande säljaren av särskild betydelse p.g.a.

²²¹ A.a. s. 402.

²²² Jfr. Hjerner i NU 1984:5 s. 402 f.

²²³ A.a. s. 174. 23 § anses ange de primära verkningarna av en obalans i avtalet, medan jämkning enligt 36 § AvtL kan komma ifråga i särskilda fall, a.a. s. 180, jfr. prop. 1988/89:76 s. 101.

²²⁴ Ljungman s. 45.

sitt rykte, varornas kvalitet eller kanske främst en unik marknadsposition så kan det vara av särskild betydelse att just han fullföljer avtalet. Som konstaterades ovan i avsnitt 4.2.2 hänger denna fråga nära samman med köparens möjlighet att skaffa ett substitut för den uteblivna varan. Hans *handlingsalternativ* är av betydelse. Har han utan större ansträngning en möjlighet att införskaffa en likvärdig vara från ett annat håll så har han rent faktiskt mindre intresse av att erhålla just den ifrågavarande säljarens varor.

Säljarens uppoffringar för att fullgöra köpet kan tänkas vara av både fysisk och ekonomisk art.²²⁵ Man skall härvidlag fokusera på den faktiska prestationssvårigheten, medan orsaken härtill inte har någon betydelse, se dock avsnitt 7.2.5 nedan. Det som är väsentligt är säljarens möjlighet att övervinna svårigheterna, även säljarens *handlingsalternativ* är av största vikt. Exempel som nämns i motiven är att man skall bedöma hans möjligheter att hitta en ny underleverantör om en annan inte har uppfyllt sin förpliktelse. Om problem uppstår med varans leverans skall möjligheten att finna nya leveransvägar bedömas.²²⁶ Även om sådana åtgärder medför ökade kostnader för säljaren är han skyldig att vidta dem om det är möjligt.

Rent allmänt kan säljaren lättare tänkas uppfylla offergränsen ju mer specifikt avtalet är reglerat. Åtminstone är det fallet när avtalet är reglerat i syfte att begränsa säljarens skyldigheter. Säljarens faktiska handlingsalternativ kan då vara begränsade av avtalet, varför de uppoffringar som möter om köpet skall utföras som avtalat blir orimliga.²²⁷ Det är dock att märka att nackdelarna med ett preciserat avtal kan för köparen vägas upp av att möjligheten av att övervaka en dom på fullgörelse blir enklare.

I avsnitt 5.5.4 angavs med hänvisning till fallet *Stewart v. Ambrosina* att det faktum att det blivit betungande för säljaren att fullfölja köpet, t. ex. p.g.a. prisförändringar, på motsvarande sätt kan innebära en positiv effekt för köparen. Det är därför inte en tillräcklig anledning till att frånfalla köpet. Dock kan man tänka sig situationen att köparen fortfarande kan täckningsköpa en billigare likvärdig vara på annat håll, och i så fall kan prisfluktuationer tänkas vara relevanta för säljarens skyldigheter att fullgöra köpet.²²⁸

Slutligen kan man tänka sig att offergränsen anknyts till möjligheten att erhålla skadestånd. En viss samordning kan vara påkallad. Ljungman anser att ändamålsöverväganden gör att fullgörande bör vara uteslutet i de fall då skadeståndsskyldigheten av någon anledning har bortfallit. I annat fall skulle skadeståndets bortfallande enbart bli ett slag i luften.²²⁹ Situationen är

²²⁵ Prop. 1988/89:76 s. 100.

²²⁶ A.a. s. 99.

²²⁷ A.a. s. 100. Även omöjlighet kan självklart tänkas föreligga oftare vid starkt preciserade avtal, se Ramberg s. 314 f och ovan avsn. 7.2.3.

²²⁸ Prop. 1988/89:76 s. 101.

²²⁹ Ljungman s. 43, jfr. Jörgensen s. 22 f.

sannolikt sällsynt med tanke på det långtgående kontrollansvaret gällande säljarens skadeståndsskyldighet i 27 § KL.

Om orsakerna till att säljaren inte kan prestera enl. 23 § upphör inom rimlig tid får köparen fortfarande kräva köpets fullgörelse. ”Rimlig” tid är längre än ”skälig” tid, men kan i övrigt variera efter omständigheterna.²³⁰ Köparens intresse av fullgörelsen får anses inverka på tidens längd.²³¹

7.2.4.2 Övriga processuella offergränser

Bortsett från den offergräns som finns lagfäst i 23 § KL kan det tänkas att det finns andra gränser påkallade av det exekutiva tvånget i sig. Man kan tänka sig att det är alltför betungande för gäldenären, och att det därför finns anledning att dra upp en särskild gräns, *en exekutionsrättslig offergräns*, bortom vilken det exekutiva tvånget ej får gå. Rodhe ger två exempel på hur en sådan gränsdragning skulle kunna utföras.²³² För det första kan man beakta att det i 5 kap. UB finns regler om utmätningsfri egendom. Även om det inte finns någon liknande lagstadgad begränsning gällande tvång till utgivande av egendom så är det inte omöjligt att man kan dra ledning av sådana exekutionsrättsliga begränsningar. En lagstadgad begränsning finns i Konsumentkreditlagen 31 §. En dom på återtagande av en vara får ej verkställas om varan är sådan utmätningsfri egendom som finns angiven i UB 5 kap.

Rodhes andra begränsning rör de fall då en prestation skulle medföra en för samhället olämplig värdeförstöring. Det är sådana fall som berördes i framställningen om efficient breach i avsnitt 5.4.3.1 (fall två), d.v.s. när värdet för köparen av att köpavtalet utförs understiger de upppoffringar som säljaren skulle behöva utstå. Skillnaden mot den offergräns som finns i 23 § KL är att hänsyn inte enbart tas till den enskilde säljaren, utan omtanken om samhället i stort är styrande. I vilken utsträckning sådana hänsyn verkligen skulle få spela in är omstritt. Ussing har framhållit att fullgörelse som ”samfundsmaessig set vilde medføre et *betydeligt* Tab af Verdier”²³³ (min kurs.) skulle kunna hindra en dom på fullgörelse, även om visst hänsyn fortfarande skulle tas till köparens behov av varan. Ljungman i sin tur anser att ett sådant synsätt är främmande, och att hänsyn till samhället skall komma i andra hand efter en allmän omsorg om omsättningssäkerheten på avtalsområdet. Han gör dock undantag för sådana fall då det är köparen likgiltigt om han får naturaprestation eller ersättning i form av skadestånd.²³⁴ I rättspraxis kunde situationen ha uppstått i NJA 1918 s. 33 där säljaren dock enbart yrkade skadestånd.

²³⁰ Prop. 1988/89: 76 s. 102.

²³¹ Olsen (1997) s. 225.

²³² Rodhe s. 381 f.

²³³ Ussing s. 81. Exemplet som anförs är att en båt som skall levereras sjunker och måste bärgas för att leverans skall kunna ske.

²³⁴ Ljungman s. 45, 49.

Utöver Rodhes två exempel kan en tredje exekutionsrättslig begränsning anföras. Den ansluter till motsvarande reglering om futila prestationer i avsnitt 4.5.7. Det har framförts i doktrinen att det inte finns någon anledning att använda samhällelig tvångsmakt i fall av trivial fullgörelse. Även om ingripandet i sådana fall inte skulle bli särskilt kännbart, så finns det all anledning att avstå från onödig tvångsutövning.²³⁵ Det gäller särskilt fall då köparen skulle kunna skaffa sig rättelse på egen hand t. ex. genom täckningsköp.

7.2.5 Avtalsbrottets orsak och parternas inställningar

Ovan i avsnitt 7.2.4.1.2 angavs att orsaken till säljarens avtalsbrott inte hade någon betydelse, vilket är en vanlig uppfattning inom doktrinen. Istället skall enbart de faktiska möjligheterna (eller svårigheterna) för säljaren att prestera vara avgörande.²³⁶ Det stämmer dock inte överens med de principer som används i anglosaxiska rättssystem för att avgöra valet mellan skadestånd och SP. I avsnitt 5.5.3 angavs att parternas relativa fel i avtalsbrottet kan ha en avgörande betydelse för målets utgång. Ett särskilt talande uttryck för detta är equity-maximerna, t. ex. ”Clean hands”-doktrinen, vilka ger domstolen möjlighet att jämföra parternas beteenden och eventuellt utesluta käranden från equitys rättvisa.

Emellertid går det att även i svensk doktrin hitta uttalanden som tyder på att motsvarande faktorer skulle kunna inverka på ett mål angående fullgörelse. För säljarens del kan det tänkas innebära att man måste värdera anledningen till de uppoffringar som han skulle behöva utstå om han tvingades till att prestera. Om dessa uppoffringar uppstått p.g.a. hans eget vållande eller oaktsamma handlande så kan det tänkas att han får finna sig i större ansträngningar för att fullfölja köpet.²³⁷ Ytterligare så är fallet om han avsiktligt har avsett att orsaka köparen umbäranden eller t.o.m. ”sjaelelig Lidelse”.²³⁸

På samma sätt kan det tänkas att säljarens välvilliga syn på fullgörelsen har betydelse. Om han visar en uppenbar vilja att medverka till köpets fullgörande, så kan det ha en viss betydelse inom ramen för intresseavvägningen.²³⁹

I anglosaxisk rätt har det betydelse vilket inflytande köparen har haft på säljarens kontraktsbrott, d.v.s. om han har agerat på ett sätt som förlett motparten att tro att han har varit berättigad att bryta avtalet. Det är svårt att se att det skulle ha betydelse i ett svenskt mål om fullgörelse av köpavtal

²³⁵ Strömholm s. 331.

²³⁶ Se t. ex. prop. 1988/89:76 s. 101, Hellner (1989) s. 132.

²³⁷ NU 1984:5 s. 174, Ljungman s. 44.

²³⁸ Ussing s. 82.

²³⁹ Olsen (1997) s. 490.

efter dröjsmål. Själva begreppet ”dröjsmål” görs nämligen beroende av det faktum att det inte beror på köparen eller något faktum på dennes sida, 22 § KL. Emellertid kan man tänka sig att köparens krav inte är berättigat eller framställs av andra anledningar än av att erhålla prestationen i första hand. Sådana anledningar kan vara hämnd, illvilja och avskräckning (se avsn. 5.1.2), vilka knappast är legitima skäl för att erhålla fullgörelse. Att bevisa sådana motiv lär dock vara svårt.

7.2.6 Efficient breach och köparens förhandlingsposition

Efficient breach-modellen kan som ovan i avsnitt 5.4.3.1 sagts delas in i två varianter (Här används terminologin köpare och säljare för att passa ett köprättsligt fall). Den ena reglerar fallet att säljaren har valt att inte utföra sin förpliktelse eftersom han har fått ett mer lönande erbjudande från en tredje man vilket han måste tacka nej till om avtalet med köparen slutförs. Avtalsbrottet anses då vara effektivt eftersom ett fullföljande av det ursprungliga avtalet skulle ha inneburit en effektivitetsförlust eftersom det mer lönande avtalet inte kunnat genomföras.

Enbart i få fall i anglosaxisk rätt har påföljdsvalet kunnat förklaras enbart och uttryckligt med ett effektivitetsperspektiv. Inget har hittats där påföljdsvalet blev skadestånd istället för SP enbart för att säljaren valt att bryta avtalet p.g.a. ett bättre erbjudande från en tredje part. Det är också svensk rätts utgångspunkt, det är inte motiverat att berättiga en säljares avtalsbrott enbart med att han kan tillgodogöra sig en högre vinst, och därmed frånta köparen möjligheten att få köpet fullgjort.²⁴⁰

Annorlunda förhåller det sig med det andra fallet av efficient breach. Det är en uppsamlingspost av alla de situationer då kostnaden för säljaren av att prestera enligt avtalet överstiger motsvarande vinst för köparen. I anglosaxisk rätt kan denna version användas för att rättfärdiga olika equity-försvar som t. ex. hardship och unfairness. De är ju ett uttryck för att säljarens bördor rent typiskt sett överstiger köparens vinning av avtalet. Därför borde efficient breach-modellen också kunna erbjuda en förklaring till den svenska regleringen med en offergräns.²⁴¹ Offergränsen i 23 § KL reglerar ju fall där ”fullgörelsen skulle förutsätta uppoffringar som inte är rimliga med hänsyn till köparens intresse av att säljaren fullgör köpet.” En betydande förlust av värden ur ett samhällsperspektiv kan dessutom antas utgöra ett självständigt hinder för fullgörelse i vissa fall, se redogörelsen för detta ovan i avsnitt 7.2.4.2. Det är i så fall nettovinsten/förlusten för samhället i stort av avtalsbrottet som är i fokus, vilket överensstämmer med efficient breach-teorins grunder (se avsn. 5.4). Det är dock osäkert om detta verkligen är en del av svensk gällande rätt.

²⁴⁰ Ekelöf s. 84, jfr. Ljungman s. 31.

²⁴¹ Olsen (1987) s. 520.

Den verkligt betydelsefulla slutsatsen som kan dras i samband med användandet av efficient breach-teorin är dock en annan. Om köparen beviljas en dom på fullgörelse trots att det skulle vara mycket kostsamt för säljaren att fullgöra köpavtalet så skulle köparen rent faktiskt ges ett förhandlingsutrymme till skänks. Om köparens värde av att erhålla naturaprestationen är lägre än säljarens motsvarande kostnad, så kan man tänka sig att säljaren är villig att kompensera köparen för att slippa presteras och slippa drabbas av naturafullgörelsens hela kostnad. Köparen har en gyllene förhandlingsposition där han i värsta fall enbart får nöja sig med den faktiska prestationen, men eventuellt kan förhandla sig till än mer.

Den situationen har uppmärksammats i flera anglosaxiska rättsfall, av vilka *Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises* och *Northern Indiana Pub. Serv. v. Carbon County Coal Co.* behandlades ovan i avsnitt 5.4.5. Den förhandlingsposition käranden i dessa mål skulle erhålla om SP beviljades ansågs orimlig, vilket bidrog till att valet av påföljd blev skadestånd.

Det finns i sammanhanget anledning att återigen uppmärksamma den svenska regleringen av skadeståndsberäkning i KL. Som beskrevs i avsnitt 6.2.4.2 så kunde enligt ÄKL en köpare som vidhöll kravet på fullgörelse förskjuta tidpunkten för skadeståndsberäkningen framåt i tiden och därmed tillgodogöra sig en eventuell prisstegring. Ett motsvarande prisfall innebar enbart att avlämnandetidpunktens pris för varan fortfarande lades till grund för beräkningen. Detta system med två olika prisdifferenser, av vilka köparen kunde välja den mest gynnsamma, gav upphov till stora spekulationsmöjligheter. I KL har regleringen ändrats så tillvida att enbart hävningstidpunkten har betydelse för prisdifferensberäkningen. Köparens möjlighet att spekulera i en prisstegring finns dock kvar, men i och med att avlämnandetidpunkten ej längre tillmäts någon betydelse så behöver inte säljaren drabbas otillbörligt av en prissänkning.

Köparens spekulationsmöjligheter är dock inget önskvärt fenomen. I motiven uttrycktes önskemål om att det om möjligt skulle begränsas.²⁴² Uttryckliga skyddsregler antogs t. ex. för det fall att varan har blivit avlämnad, men för sent. För att köparen inte skall kunna invänta en prishöjning och därefter häva, så måste en hävning ges till känna inom skälig tid, annars förlorar han denna möjlighet, 29 § KL.

Den situation som återfinns i de anglosaxiska rättsfallen ovan är ett närbesläktat fenomen. I dessa fall kunde det antas att käranden enbart sökte SP för att efter domen ha förstärkt sin förhandlingsposition gentemot svaranden. Istället för att yrka på skadestånd skulle en dom på SP kunna leda till att de skulle kunna förhandla sig till en summa som var högre än ett skadestånd. Spekulationen ligger i detta fall inte i varans eventuella

²⁴² NU 1984:5 s. 364, Prop. 1988/89:76 s. 176. Jfr. dock åsikten ovan i avsn. 6.2.4.2 att säljaren får stå detta kast som en följd av sitt kontraktsbrott.

prisökning, utan i möjligheten att tvinga säljaren att betala ett än högre skadestånd än vad som annars hade varit möjligt att utverka.

Frågan är hur svensk rätt ställer sig till detta som i viss mån är en logisk konsekvens av rättssystemet och möjligheten att utdöma fullgörelse av en naturaprestation.²⁴³ I flertalet fall kan man tänka sig att offergränsen i KL 23 § förhindrar uppkomsten av situationen, precis som equity-försvaren hardship och unfairness i anglosaxiska länder. Offergränsen undantar fullgörelse i sådana fall då förhandlingsutrymmet efter en dom skulle bli orimligt stort, och därmed medföra stora möjligheter för köparen att utnyttja. Offergränsen undantar dock enbart de fall i vilka intresseavvägningen mellan köparens intresse av köpets fullgörande och säljarens uppoffringar är orimligt stor. I övriga fall kvarstår köparens förstärkta förhandlingsposition, även om den då kanske inte kan bedömas som orimlig.

Det kan emellertid tänkas att det någon gång föreligger omständigheter som inte fullt ut beaktas i bedömningen av offergränsen. Jfr. t. ex. *Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises* (se avsn. 5.4.5) där ett fullföljande av avtalet gjorde att svaranden inte kunde använda en fastighet såsom han hade planerat. Man kan tänka sig liknande fall inom köprätten. Ett fullgörande av ett köp kanske inte bereder säljaren så stora olägenheter i praktiken, men ändå förhindrar honom att förverkliga alternativa planer för sin rörelse. Det är inte helt säkert att det anses vara ett legitimt skäl för att undandra sig fullgörelse enligt 23 § KL. Om det i ett sådant fall kan slås fast att köparen har vetskap om dessa planer och avsiktligt yrkar på fullgörelse enbart för att förstärka sin förhandlingsposition gentemot säljaren, jfr. *Northern Indiana Pub. Serv. v. Carbon County Coal Co.*, så är frågan om man inte skall tillmäta detta faktum självständig betydelse. Om inte annat så kan man tänka sig att det faktum att käranden enbart strävar efter en bättre förhandlingsposition skall kunna ha betydelse inom ramen för fastställandet av offergränsen. Särskilt gäller detta i ljuset av de önskemål som angavs i motiven till KL om att begränsa kärandens spekulationsmöjligheter. I brist på både doktrin och i synnerhet praxis måste dock rättsläget betecknas som osäkert.

7.2.7 Övervakning av domens efterlevnad

Det potentiella problemet att verkställigheten av en förpliktelse skulle vara så svårövervakad att det skulle kunna utgöra ett hinder för fullgörelse har i det närmaste förbigåtts i svensk doktrin. Ett yrkande skall visserligen vara bestämt enligt RB 42:2 1 p, men även ett bestämt yrkande kan tänkas utmyнна i en svårövervakad prestation.

I förarbetena till ÄKL angavs att verkställigheten av en säljares förpliktelser skulle kunna bereda ”svårigheter”, men att det skulle vara underligt om inte

²⁴³ Olivecrona s. 197.

köparen skulle vara berättigad till de exekutiva myndigheternas hjälp.²⁴⁴ En uttrycklig avvägning gentemot köparens intresse av att få köpet fullgjort innebar alltså att sådana svårigheter typiskt sett fick stå tillbaka.

Det egentliga problemet är som beskrevs i avsnitt 4.3.1 att domen skall utgöra ett bedömningsunderlag för utförandet av förpliktelsen. Detta bedömningsunderlag kan sedan bli föremål för skilda tolkningar av parterna, KFM och slutligen av en domstol som skall ta ställning till om domen har blivit åtlydd, exempelvis vid ett utdömande av vite. Särskilda svårigheter uppstår i de fall då säljaren föresatt sig att tredskas, och därför tolkar domen på ett för sig så förmånligt sätt som möjligt. Problemen blir större ju mer komplexa avtalsförpliktelseerna är, och över ju längre tid de sträcker sig. I anglosaxisk rätt förekommer det därför en avvägning in casu för att fastställa om köparens intresse av fullgörande överstiger problemen med övervakning av fullgörandets efterlevnad.

Vid köp kan särskilda svårigheter tänkas uppstå när säljarens förpliktelse även innefattar tillverkning eller bearbetning på något annat sätt av de varor han skall överlämna, KL 2 §. När avtalet i stor utsträckning har lämnat varornas specifikationer öppna, återstår det för domstolen att ge en mycket allmänt hållen dom, precisera avtalet genom avtalstolkning eller avstå från verkställighet av köpets fullgörande.

Problemet tycks ännu inte ha uppstått i något köprättsligt fall i publicerad praxis. De fall angående fullgörelse som går att finna är oftast av ett äldre datum och rör leverans av traditionella handelsvaror. Förpliktelseerna har varit relativt lättövervakade och inte innehållit några särskilt komplexa inslag. Dock har en liknande fråga uppstått i ett fall på fastighetsrättens område.

NJA 1985 s. 397 II. Ett nybyggt garage läckte in fukt, vilket hade orsakat fuktskador. HovR förpliktade byggmästaren att ”avhjälpa förekommande fel bestående i fuktinträngning”. Byggmästaren överklagade bl. a. med motiveringen att det var oklart vad HovR hade avsett med åläggandet. Det framkom inte hur felet skulle åtgärdas eller vad som skulle åtgärdas. Domen var ”mörk och ofullständig”. HD fann att orsaken till läckaget inte med säkerhet kunde fastställas, men att det måste hållas för visst att läckaget berott på fel vid garagets uppförande. ”När utredningen i ett mål sålunda inte gör det möjligt att knyta ett åläggande om avhjälpan till en viss bestämd åtgärd återstår att ge åläggandet en mera allmänt hållen utformning såsom här har skett. Innebörden är då att entreprenören på ett fackmässigt sätt skall vidta de åtgärder som behövs för att undanröja orsaken till den yppade skadan.”

²⁴⁴ NJA II 1906:1 s. 43.

Domen är oklar i fråga om de åtgärder som skall vidtas, och det tas ingen egentlig hänsyn till hur byggmästaren måste förfara. Istället har HovR och HD valt att konkretisera resultatet av åtgärderna. Förpliktelsen syftar till en enda sak, nämligen att det inte skall läcka mer, vilket alltså kan formuleras i en negativ sats. På så sätt kan åläggandet liknas vid en negativ förpliktelse, då den blir relativt lättövervakad. Det relevanta är inte åtgärderna, utan att ”störningen” i form av läckaget skall försvinna.

Det är mycket tveksamt om domstolen verkligen hade ålagt byggmästaren att utföra åtgärderna om de inte hade syftat till det konkreta resultatet. Därför ger fallet föga vägledning i det fall en opreciserad avtalsförpliktelse i ett köpavtal skall fullgöras. Där sammanfaller åtgärd och resultat eftersom båda går ut på varans leverans.

Slutsatsen i anglosaxisk rätt är att avtalsförpliktelsen för att kunna övervakas skall vara väl definierad. Den skall vara ”sufficiently certain” för att ligga till grund för en dom, ett krav som successivt har utarbetats i praxis, se *Tito v. Waddell (No. 2)* ovan i avsnitt 4.3.2. Det tillgodoser parternas och domstolens behov av ett bedömningsunderlag för utförandet av förpliktelsen. Man skall självklart då också beakta att de tvångsmedel som riskerar att drabba en tredskande avtalspart i anglosaxiska länder är av en mer ingripande karaktär än vitet och de direkta verkställighetsformer som står till buds i Sverige.

En annan sak som är värd att beakta är som sades ovan att ett alltför detaljerat avtal oftare kan tänkas bli omöjligt att uppfylla än om dess villkor är till en viss del elastiska. Detsamma gäller offergränsen i 23 § KL. Ju mer definierat avtal, desto större uppoffringar kan säljaren drabbas av för att uppfylla avtalet enligt ordalydelsen.

7.3 UPPDRAGSAVTAL

7.3.1 Allmänt

Uppdragsavtal är avtal som går ut på att något visst skall utföras, alltså *facere*-gruppen med den terminologi som diskuterades i avsnitt 6.1. Avtalstypen är inte lagreglerad bortsett från några ålderdomliga stadganden i HB 18 kap. För konsumenttjänster finns KtjL att tillgå, men annars får man analogivis hämta information från KommL och HagL.

Uppdragsavtal kan tänkas vara momentana eller varaktiga, d.v.s. gälla tills vidare. Liksom vid leveransavtal kan avtal som gäller tills vidare inte

genomdrivas exekutivt då ett fullgörelsekrav omedelbart kan bemötas med en uppsägning. Annorlunda förhåller det sig under en eventuell uppsägningstid.

En gränsdragning måste ske gentemot anställningsavtal, vilka regleras av LAS. Gränsen är beroende av arbetstagarebegreppet som är relativt obestämt till sin innebörd.²⁴⁵ En arbetsgivare som har avskedat en arbetstagare i strid med gällande regler kan förpliktas att återta arbetstagaren i tjänst. Återtagningsplikten är dock enbart sanktionerad med skadestånd, varför en reell fullgörelseplikt av anställningsavtal knappast kan sägas föreligga i svensk rätt, LAS 34-39 §§. Anställningsavtal faller utanför den fortsatta framställningen, även om det berörs i samband med NJA 1960 s. 63 nedan i avsnitt 7.3.7.3.2, ett fall som är vägledande även för fullgörande av uppdragsavtal.

Båda parter i ett uppdragsförhållande kan tänkas kräva motpartens fullgörande. Flera anglosaxiska fall i ”båda riktningar” anfördes i avsnitt 4.4. Svensk rättspraxis och doktrin har dock huvudsakligen behandlat att uppdragsgivaren har påfordrat uppdragstagarens fullgörelse. Undantag utgörs av NJA 1960 s. 63. Situationen behandlas i samband med detta rättsfall i avsnitt 7.3.7.3.2. I övrigt håller sig framställningen till uppdragstagarens fullgörelse.

Doktrinen gällande uppdragsavtal är relativt mager. Möjligheten till att exekutivt genomdriva ett uppdragsavtal har i stort sett enbart behandlats angående konstnärliga och intellektuella prestationer. Den praxis som finns på området intar därför en central ställning nedan. Tyvärr är den tämligen spridd och ger inte heller den en samlad bild av rättsläget.

7.3.2 Tvångsmedel

Det som en förpliktad uppdragstagare skall fullfölja enligt ett avtal är till sin natur beroende av den ifrågavarande uppdragstagarens aktiva medverkan. Det innebär att indirekt verkställighet där den förpliktade tvingas utföra vad som åligger honom är enda möjligheten att verkställa en dom på fullgörelse av ett uppdragsavtal. Därför är man hänvisad till att använda föreläggande, rimligtvis vid vite, eftersom föreläggande vid äventyr av annan verkställighet knappast kan bli aktuellt. I de fall då vite inte kan tänkas vara verkningsfullt får man i brist på andra möjligheter avstå från verkställighet (se avsn. 6.4.5).

7.3.3 Personliga och opersonliga avtal

²⁴⁵ Schmidt s. 59 ff.

I litteraturen har man i syfte att avgränsa det område inom vilket exekutiv tvång kan användas delat in uppdragsavtalen i två kategorier. Man skiljer på avtal där det personliga avtalsinslaget är mer eller mindre markant, och delar därmed upp förpliktelserna i sådana som är opersonliga och sådana som har en mer personlig karaktär. Uppdelningen har inte stöd i praxis och gränsen mellan förpliktelserna motsvarar inte gränsen för när exekutiv tvång kan användas. Istället utgör den ett sätt att kategorisera uppdragsavtalen i mer lätthanterliga grupper, ett sätt som använts bl. a. i förarbetena till nuvarande UB och sedan flitigt citerats i doktrinen. Genom att avgränsa ett område med avtalsförpliktelser av mer personlig art anger man samtidigt det område inom vilket uppdragstagaren typiskt sett riskerar att behöva utstå inskränkningar i den personliga friheten, jfr. avsnitt 4.4.1. Här finns alltså ett förhöjt skyddsbehov. Etiketten ”personliga avtal” fungerar därför som en varningslampa.

Distinktionen mellan personliga och opersonliga förpliktelser används därför även i denna framställning, även om bestämda kriterier för indelningen saknas, liksom är fallet i anglosaxisk rätt där ”underliggande principer” ansetts vara vägledande (se avsn. 4.4.1). En faktor av vikt kan dock tänkas vara hur hög den nödvändiga kompetensnivån för avtalets utförande är. Att utförandet av avtalet kräver en hög saklig *kompetensnivå* innebär sannolikt att den ifrågavarande uppdragstagaren i sig är av stor betydelse för uppdragsgivaren och att avtalet därmed har en personlig karaktär.²⁴⁶ Dessutom kan man tänka sig att prestationens *delegerbarhet* har inverkan på dess bedömning. Om uppdragstagaren skulle kunna bytas ut mot en annan likvärdig person utan att uppdragsgivaren har något att erinra mot det så lär förpliktelserna inte vara förknippade med alltför personliga förtecken.

I linje härmed anger UB-propositionen flera prestationer som man klart kan klassificera som personliga eller opersonliga.²⁴⁷ Hantverksavtal faller klart under den senare kategorin, medan konstnärliga prestationer är av det mer personliga slaget. Det anges dock att gränsfall som är svårbedömda kan förekomma.

Det faktum att uppdragstagaren är en juridisk person torde i relativt stor utsträckning kunna ”avpersonifiera” avtalsförpliktelserna.²⁴⁸ Men det är viktigt att göra en bedömning i det individuella fallet. Ett litet företag kan i detta avseende vara synonymt med en ensam uppdragstagare, och inte sällan bedrivs affärsverksamhet i form av enmansföretag. Den person i företaget som skall utföra uppdraget kan ha en sådan kompetensnivå att just han är av betydelse för uppdragsgivaren, varför förpliktelserna knappast kan anses delegerbara.

²⁴⁶ Strömberg s. 330 f.

²⁴⁷ Prop. 1980/81:8 s. 799.

²⁴⁸ A.a. s. 799.

Det ovanstående påvisar svårigheterna med att strikt dela upp avtalsförpliktelserna enligt ett sådant obestämbart kriterium som dess personliga karaktär. Distinktionen är framställningsteknisk snarare än praktiskt betydelsefull. Sålunda är den framställning av gällande praxis som följer nedan i avsnitt 7.3.7 uppdelad i opersonliga och personliga avtal. De rättsfall som där har ansetts personliga har föranlett ett sådant typiskt förhöjt skyddsbehov för den prestationsskyldige som angavs ovan.

7.3.4 Sakens natur – en avvägningsfråga

I anglosaxisk rätt är domstolarna mycket restriktiva med att genomdriva avtal med utpräglade personliga inslag. De tre huvudsakliga argumenten för det angavs i avsnitt 4.4.1, och kan kallas frihetsargumentet, övervakningsargumentet och förtroendeargumentet. Sammantaget har dessa faktorer gjort att SP i många fall varit helt uteslutet. I avsnitt 5.3 benämndes det personliga avtalsinslaget som ett ”dominant” intresse just p.g.a. domstolarnas traditionellt rigida hållning gentemot ett exekutivt genomdrivande av sådana avtal. En ny syn som dock börjar vinna terräng är att man i varje fall måste göra en avvägning mot kärandens intresse av att få avtalet utfört. I några fall har också kärandens intresse tagit överhanden och SP har beviljats. Det finns dessutom en tradition att med indirekt SP framtvinga relativt långtgående förpliktelser, vilket underlättar övervakningen av verkställigheten.

Även i Sverige har det traditionellt ansetts att uppdragsavtal inte kan genomdrivas på exekutiv väg. Principen återfinns i 46 § KommL och i förarbetena till HagL. I 46 § KommL står att vare sig kommittent eller kommissionär (uppdragstagare och uppdragsgivare) kan påfordra uppdragets fullgörande. Regeln antas vara generellt mönsterbildande för uppdragsavtal.²⁴⁹ I förarbetena till KommL sades att en fullgörelseplikt bara i undantagsfall kunde tänkas vara av värde.²⁵⁰

Genom åren har det dock förekommit rättsfall i vilka frågan har aktualiserats och i vissa fall har fullgörande ansetts vara lämpligt. Dessutom finns möjligheten till fullgörelse av tillverkningsköp i KL 23 § och inte minst av konsumenttjänster enligt 28 § KtjL. Bl. a. i ljuset av detta har doktrinen fått nyansera sin bild av rättsläget. Möjligheten att använda exekutiv tvång till fullgörande av uppdragsavtal är idag sannolikt underkastad en lämplighetsprövning i vilken ett flertal faktorer kan antas ha betydelse.

Ett mycket uppmärksammat hovrättsfall angående fullgörelse av uppdragsavtal utgörs av SvJT 1957 rf s. 24 som handlar om en författare som ådöms vite för att han inte har färdigställt en bok, mer om det nedan i avsnitt 7.3.7.3.1. I en av de mer uttömmande kommentarerna till detta fall

²⁴⁹ Hellner (1996) s. 151.

²⁵⁰ NJA II 1914:6 s. 261.

ansåg Strömholm att verkställigheten av sådana domar var underkastad ”sakens natur”, d.v.s. allmänna överväganden av ”praktisk, humanitär och allmänt rimlighetsbaserad art”²⁵¹. Därefter räknar han upp flera argument som kan anföras för och mot fullgörelse och som måste vägas mot varandra.

Mot fullgörelse talar enligt Strömholm för det första att fullgörelsen kräver en personlig insats, vilket tangerar övervakningshänsyn. Det är mycket svårt att övervaka en dom som innefattar personliga inslag och risken för att resultatet inte blir godtagbart är hög. För det andra talar det faktum att kompetensnivån hos den som skall prestera är mycket hög mot fullgörelse. Att avtalsprestationen kräver en hög kompetensnivå anses tyda på att samhällelig tvångsmakt i en del fall bör vara utesluten. I sådana fall kan fullgörandet bli mycket ansträngande och det finns gränser för hur pass ansträngande prestationer som bör framtvingas. En tredje faktor som talar mot fullgörelse har redan anförts i samband med köprättsliga fall (se avsn. 7.2.4.2). I fall av trivial fullgörelse bör man inte använda tvångsmakt. Samhällelig tvångsmakt bör enbart användas när det verkligen är berättigat och inte i futila fall. Annars riskerar man en slags inflation i tvångsanvändningen, något som är angeläget att hindra.

För fullgörelse talar återigen kärandens intresse av att avtalet fullgörs. Strömholm sammanfattar det som kärandens möjlighet att finna fullgoda substitut och hans intresse av svarandens person (se avsn. 4.2 och 6.1.1), d.v.s. betydelsen av att just den ifrågavarande avtalsparten utför avtalet och inte någon annan. Det faktum att alternativ verkställighet, som t. ex. skadestånd, kan tänkas vara utesluten inverkar naturligtvis.²⁵²

Slutligen måste flera faktorer hänförliga till svaranden bedömas. Den betingade ersättningen för uppdraget, skälen som anförs för att slippa prestera och svårigheten att utföra det avtalade arbetet. En sådan bedömning ansluter nära till både den offergräns som finns i KL och ”the balance of hardships” som utförs i anglosaxisk rätt. Orimliga uppoffringar på svarandens sida medför att han inte skall behöva fullgöra utan enbart vara skadeståndsskyldig. En motsvarande offergräns finns också lagstadgad i 28 § KtjL där näringsidkarens olägenheter eller kostnader inte får vara oskäligt stora i förhållande till konsumentens intresse av avtalets fullföljande. Jfr. med 23 § KL där uppoffringarna skall vara ”orimliga”. KtjL är dock en utpräglad konsumentskyddslagstiftning.

7.3.5 Övervakning av domens efterlevnad

En av de aspekter som huvudsakligen karakteriserar ett uppdragsavtal är att resultatet av avtalet är intimt förknippat med den som utför uppdraget. Resultatet har alltså en mer eller mindre subjektiv prägel, något som gör att

²⁵¹ Strömholm s. 330.

²⁵² T. ex. när den förpliktade avtalsparten är insolvent, Ekelöf s. 157.

dess avtalsenlighet lätt kan bli föremål för skilda meningar. Särskilt är så fallet när prestationen är utpräglat subjektiv, såsom av konstnärlig eller artistisk art. Det är en av anledningarna till att anglosaxisk rätt är så restriktiv med att medge SP av uppdragsavtal.

Svensk doktrin har som ovan sagt (se avsn. 7.2.7) inte uppmärksammat frågan i någon större utsträckning. I förarbetena till 46 § KommL angavs dock att en kommissionär (uppdragstagare) knappast kan tänkas visa någon större omsorg över ett uppdrag vilket han tvingats att utföra, och det ansågs motivera att en fullgörelserätt inte skulle finnas.²⁵³

Rättsfallet NJA 1985 s. 397 II har redan anförts (se avsn. 7.2.7). En byggmästare ådömdes att utföra icke-definierade åtgärder för att åstadkomma ett konkret resultat, att ett fel bestående i vattanläckage i ett garage skulle försvinna. Även om rättsfallet inte rör uppdragsavtal så kan man ändå med det som utgångspunkt inse att uppdragsavtal kan syfta till två saker.

För det första kan det innebära att uppdragstagaren utför *generella åtgärder* inom ramen för ett uppdragsförhållande efter uppdragsgivarens anvisningar. Att verkställa ett fullgörande av ett så opreciserat avtalsförhållande skulle snarast kunna klassificeras som livegenskap och är sannolikt uteslutet.²⁵⁴

För det andra kan man tänka sig att uppdragsavtalet går ut på att skapa ett *konkret resultat*. Ett sådant resultat kan lättare bli föremål för en bedömning och ett fullgörande av ett sådant uppdragsavtal är sannolikt godtagbart i vissa fall.

Praxis har inte explicit behandlat övervakningsfrågan angående uppdragsavtal. I vissa fall får dock antas att domstolarna har beaktat problemet utan att redovisa sina överväganden.

SvJT 1957 rf s. 24. En författare hade underlåtit att skriva färdigt ett kapitel i ett större verk i strid med ett avtal med förlaget. HovR dömde ut vite för författarens underlåtenhet.

NJA 1987 A 2. En elektrikerfirma som åtagit sig att installera el i ett sommarhus underlät detta. HD dömde firman till att fullgöra avtalet alternativt att betala skadestånd.

Det första fallet avser utdömande av vite, vilket innebar att HovR ansett författaren skyldig att utföra sin förpliktelse. Se mer om det fallet i avsnitt 7.3.7.3.1. Det andra fallet innehåller två alternativa rättsföljder, något som kommenteras i avsnitt 7.3.7.2. Båda uppdragsförhållandena innebar dock att uppdragstagarna åläggs att prestera ett visst resultat, i det ena fallet ett

²⁵³ NJA II 1914:6 s. 261.

²⁵⁴ Olsen (1997) s. 482.

färdigt kapitel i en bok, i det andra fallet att el installerades i ett hus. När domstolen vid ett senare tillfälle skall ta ställning till om förpliktelseerna är uppfyllda, t. ex. vid vites utdömande, måste man därvidlag utfylla avtalet med en norm som berättar vilken kvalitet prestationen skall ha. Det är kanske lättast i fallet med elinstallationen. En sådan saknar alltför utpräglat subjektiva drag och skall utföras fackmässigt av uppdragstagaren. Annorlunda förhåller det sig med bokens skrivande. Enligt vilken norm skall man bedöma vilken kvalitet det avslutande kapitlet har? Det som redan är skrivet utgör eventuellt ett jämförelseunderlag men det måste ändå finnas en gråzon inom vilken det är svårt att ta ställning till om resultatet är godtagbart. Den norm enligt vilken konstnärliga prestationer skall bedömas är normalt så vag att en bedömning i praktiken blir omöjlig. Att vitet utdömdes i just det här fallet beror sannolikt till stor del på uppdragsgivarens starka intresse av att boken skulle bli klar.

Ju större personlig karaktär som avtalet uppvisar och ju mer subjektiv bedömningen av resultatet kan tänkas bli, desto svårare blir verkställigheten av en fullgörelsen. Slutsatsen är att bedömningen underlättas om avtalet anger kriterier för hur prestationen skall utföras. Som sades ovan (se avsn. 7.2.7) är det i övervakningshänseende av stor betydelse hur pass definierat avtalet är. Det är dock även här värt att påpeka att sådana uppoffringar som uppdragstagaren kan tänkas behöva utstå för att fullgöra avtalet kan öka om detaljrikedomen stiger.

7.3.6 Gränser för fullgörelse

7.3.6.1 Allmänt

Givetvis utesluter omöjlighet varje fullgörelse av ett uppdragsavtal, oavsett vilken sorts omöjlighet det rör sig om (se avsn. 7.2.3). Det finns däremot ingen tradition i doktrinen att tala om offergränser i samband med utförandet av uppdragsavtal. Inte desto mindre måste det finnas en gräns för hur mycket uppoffringar en avtalsbrytande part skall behöva utstå för att fullgöra ett avtal.²⁵⁵ Strömholm är inne på en sådan tankegång när han anser att prestationens svårighet och uppdragstagarens skäl för att slippa prestera är av betydelse (se avsn. 7.3.4). En offergräns finns som ovan sagt också i KtjL 28 §, och om det i fall då näringsidkare är uppdragstagare och en konsument är uppdragsgivare kan finnas anledning att frita näringsidkaren från fullgörelseskyldigheten, så kan det säkerligen finnas än större anledning i fall då näringsidkaren inte har en så överlägsen ställning som i ett konsumentförhållande. Regeln i 28 § KtjL är dessutom inte präglad av

²⁵⁵ Jfr. fallet 1987 A 2 i avsn. 7.3.7.2 nedan där situationen i detta avseende dock var speciell eftersom skadeståndsbeloppet hade vitsordats och det därför inte hade blivit nämnvärt förmånligare att slippa fullgöra in natura.

konsumentskyddshänsyn varför den kan tänkas ha en mer allmän giltighet.²⁵⁶

Rent allmänt kan man säkert dra slutsatsen att av ju mer opersonlig art prestationen är, desto fler ansträngningar kan krävas av uppdragstagaren för att avtalet skall fullgöras. Eventuellt kan man försiktigt analogivis dra ledning av de riktlinjer som finns för tillämpningen av offergränsen som återfinns i KL 23 §, åtminstone i fall som inte är utpräglat personliga till sin karaktär.

På samma sätt kan avsnitt 7.2.5 om avtalsbrottets orsak och parternas inställningar och avsnitt 7.2.6 om efficient breach och köparens förhandlingsposition också vara relevanta för uppdragsavtal i de delar de är tillämpliga. I anslutning till diskussionen om efficient breach och den förstärkta förhandlingsposition som en dom på fullgörelse medför, så är det kanske en särskilt oönskad effekt vid uppdragsavtal. Det tangerar gränsen gentemot livegenskap.

7.3.6.2 Pactum turpe

En anledning till att ett avtalspart inte kan erhålla fullgörelse av avtalet kan vara att dess innehåll är av sådant slag att det inte förtjänar att upprätthållas med rättssystemets hjälp, det är inte skyddsvärt. Ett avtal vars innehåll går ut ett brotts utförande eller som strider mot moral eller goda seder kallas *pactum turpe*. Sådana fall kan tänkas göra sig särskilt gällande vid uppdragsavtal, eftersom avtalet går ut på en viss fysisk aktivitet på uppdragstagarens sida.

Pactum turpe innebär i svensk rätt sannolikt inte att avtalet anses vara ogiltigt, utan får istället som följd att dess efterlevnad inte kan framtvingas på rättslig väg.²⁵⁷

Som exempel på uppdragsavtal som riskerar att omfattas av begreppet kan nämnas de som går ut på utförandet av en brottslig handling eller prostitution. Svårbedömda mellanfall kan tänkas uppstå.

7.3.7 Rättspraxis

7.3.7.1 Allmänt

Rättspraxis gällande uppdragsavtal är påfallande mager. Man kan dock ur följande fyra rättsfall dra upp vissa riktlinjer för när fullgörelse kan anses vara en möjlig påföljd efter en av avtalsparternas avtalsbrott. Som sades

²⁵⁶ Prop. 1984/85:110 s. 60, 73 f.

²⁵⁷ Adlercreutz s. 271.

ovan i avsnitt 7.3.3 är indelningen i personliga och opersonliga avtal av betydelse eftersom man avgränsar en avtalstyp – de personliga avtalen – där den fullgörande parten typiskt sett har ett förhöjt skyddsbehov. I övrigt finns inga bestämda kriterier för hur indelningen skall utföras. I de tre fall som återfinns under rubriken personliga avtal nedan aktualiseras tre avtalstyper som ur den prestationsskyldiges perspektiv kan bli mycket betungande och är av avgörande betydelse för skyldigheten att fullgöra ett uppdragsavtal. Det första gäller utpräglat intellektuellt arbete, det andra behandlar frågan om att uppdragets utförande kräver förtroende mellan parterna och det tredje behandlar frågan att den fysiska integritetssfären utsätts för kränkningar.

7.3.7.2 Opersonliga avtal – NJA 1987 A 2

Det finns idag ett ökat stöd för att godta att fullgörelse av uppdrag av en mer opersonlig karaktär skall kunna verkställas.²⁵⁸ I förarbetena till UB angavs dessutom uttryckligen att åläggande av en hantverkare att åtminstone avsluta ett arbete inte behöver vara olämpligt.²⁵⁹ I rättspraxis återfinns ett fall gällande just fullgörelse av ett hantverksavtal. Det har främst uppmärksamats p.g.a. den tekniska utformningen av domslutet.

NJA 1987 A 2. En elektrikerfirma hade åtagit sig att för 5.000 kr installera elektricitet i Lars A:s fritidshus. Det visade sig dock att en sådan installation faktiskt skulle kosta 72.578 kr eftersom en transformatorstation måste byggas. Bolaget bröt därför avtalet. Lars A yrkade i första hand att bolaget mot ersättning av 5.000 skulle förpliktas installera el. I andra hand yrkades skadestånd. I alla instanser ansågs giltigt avtal föreligga. HD fastställde HovR:s domslut, vilket innebar att bolaget förpliktades att mot kontant ersättning av 5.000 kr framdraga elledning. Dessutom för ”den händelse bolaget inte utför eller låter utföra arbetet inom angiven tid skall bolaget betala skadestånd till Lars A med 77.578 kr”²⁶⁰ (72.578 + 5.000 = 77.578 kr).

Det karakteristiska med ett sådant domslut är att det rent faktiskt innebär att svaranden har en valmöjlighet. Han kan själv bestämma om han vill prestera in natura eller om han hellre vill betala skadeståndet. Istället för att enbart bifalla kärandens förstahandsyrkande har rättsföljderna gjorts *alternativa*. Flera förklaringar kan tänkas till varför en sådan dom meddelas. Ur kärandens synvinkel kan det vara förmånligt att få en alternativ möjlighet till verkställighet om naturaprestationen visar sig inte kunna framtvingas exekutivt av någon anledning, t. ex. p.g.a. att vitessanktionen inte är effektiv. Men det kan också tänkas att domen meddelas med hänsyn till gäldenärens intressen. Han ges under en tid valmöjlighet mellan rättsföljderna och kan därunder välja den som han anser vara mest förmånlig.²⁶¹

²⁵⁸ Hellner (1996) s. 151.

²⁵⁹ Prop. 1980/81:8 s. 799.

²⁶⁰ s. 8 f.

²⁶¹ Rodhe s. 369 not 2.

Alternativa rättsföljder är förenade med betänkligheter. Det som kanske främst kan anföras mot att meddela en dylik dom är att rättskipningsavgifter förs över till KFM som kan behöva ta ställning till om en av förpliktelseerna är uppfylld för att kunna verkställa den andra. Domar med alternativa rättsföljder är dock ingen nyhet inom svensk rätt, men tidigare fall har huvudsakligen gällt köprättsliga situationer.

Det uppstår till följd av detta fall flera intressanta frågor. För det första kan man fråga sig i vilken utsträckning skadeståndet egentligen har *karaktär av vite*, d.v.s. en sorts tvångsmedel för att förmå den förpliktade att utföra sitt åtagande. Eftersom ”vitet” skulle tillfalla kändanden och inte staten bär det i så fall snarast drag av avtalsvite än av en normal vitessanktionerad dom. Emellertid kan man konstatera att kostnaden för att utföra prestationen för det förpliktade bolaget i stort motsvarade skadeståndets belopp, varför verkan som tvångsmedel kan ifrågasättas. Det är sannolikt mer riktigt att istället se domslutet som en valmöjlighet mellan fullgörelse in natura och skadestånd istället för en vitessanktionerad förpliktelse att prestera in natura.²⁶²

För det andra är det en berättigad fråga *vad domstolen har velat uppnå* påföljdmässigt med svarandens valmöjlighet. Man kan härvidlag tänka sig flera möjligheter. Domen kan ha villkorats till följd av kändandens intresse av att ha en alternativ verkställighetsform i form av skadestånd. Något som tyder på att fullgörelse in natura skulle bli särskilt problematiskt finns dock inte i domen. Övervakningsaspekter kan ha haft betydelse, men sådana svårigheter finns fortfarande kvar om elektrikerfirman väljer att prestera in natura.

Det är också möjligt att domen har villkorats till förmån för svaranden. Det är uppenbart att fördyringen (ca. 1.500 %) av arbetet för elektrikerfirman var avsevärd. Men den har inte betraktats som ett offer som var alltför stort för firman, åtminstone inte i förhållande till Lars A:s intresse av att avtalet fullgjordes. Motsvarande fördyring kom ju honom till godo, eftersom det obestriddligen motsvarade kostnaden av att dra in el i fritidshuset.

Tydligt ansågs fördyringen vara ett förverkligande av den risk elektrikerfirman tog och borde ha räknat med vid avtalets ingående. Det förhållande att motparten var en konsument kan därvidlag också ha haft betydelse.

Man måste i fallet också beakta att elektrikerfirman hade vitsordat skadeståndsbeloppet, varför betalning av skadestånd rent faktiskt skulle bli lika kostsamt som att utföra installationen. Någon mening med att låta fördyringen hindra fullgörande in natura fanns därför inte ur en ekonomisk synvinkel eftersom skadeståndet skulle uppgå till samma kostnad. Eventuellt

²⁶² Jfr. dock föredraganden i HD som ansåg att skadeståndet ”huvudsakligen är att anse som ett vite”, s. 9.

hade saken ställts i ett annorlunda ljus om skadeståndsskyldigheten hade kunnat jämkas till 1/3 på så sätt som föredraganden i målet ansåg vara riktigt.²⁶³

Det är därför också svårt att se att den villkorade domen kan ha givits i svarandens intresse, eftersom både skadestånd och prestation in natura skulle uppgå till ungefär samma summa. Möjligtvis har bolaget på detta vis givits möjlighet att avvakta någon liten tid för att därefter avgöra om något av alternativen framstår som något mindre kostsamt.

En möjlig konsekvens av rättsfallet är också att fullgörelse av uppdragsavtal inte godtas fullt ut i svensk rätt. Inget annat fall har under detta arbetes framskridande återfunnits där HD rent faktiskt har dömt en uppdragstagare till att fullgöra sina åligganden. Det skulle dock vara märkligt om fullgörelse inte godtas med tanke på bestämmelsen i 28 § KtjL och ovan nämnda uttalande i förarbetena till UB, särskilt i ett fall som detta som är av utpräglad opersonlig natur.

Faktum kvarstår dock att i detta fallet gjorde elektrikerfirmans valmöjlighet mellan påföljderna att det inte kan sägas ha förelegat någon reell plikt att prestera in natura. Möjligen har då också det förhållande spelat in att käranden inte hade något utpräglat intresse av att just denna firma fullgjorde elinstallationen, utan skadeståndet var nog kompensande för att anlita en annan uppdragstagare. Se mer om detta nedan i avsnitt 6.5.4.

7.3.7.3 Personliga avtal

7.3.7.3.1 Intellectuell/konstnärlig prestation – SvJT 1957 rf s. 24

Traditionellt har det ansetts uteslutet i Sverige att framtvunga prestationer av en utpräglad intellektuell eller konstnärlig art. Det har närmast betraktats som ett axiom att intellektuellt arbete kräver en viss frihet.²⁶⁴ Också i förarbetena till UB angavs att verkställighet av konstnärliga prestationer inte borde åläggas.

Det verkar dock klart att denna huvudregel i särskilda fall kan genombrytas. Det har skett i ett rättsfall med säregna omständigheter som har dryftats rikligt i doktrinen.

SvJT 1957 rf s. 24. En författare hade åtagit sig att skriva ett bokverk om jazz, och hade ingivit hela verket till förlaget, utom några kompletteringar som saknades i kapitlet om Duke Ellington. Då han efter upprepade påstötningar inte utförde sina förpliktelser stämde han av förlaget till HR. En

²⁶³ s. 10.

²⁶⁴ Rosén s. 189.

förlikning träffades och stadfästes som innebar bl. a. att författaren vid vite åtog sig att färdigställa kapitlet. Efter en tid hade han fortfarande inte fullgjort sina åtaganden, varför förlaget på nytt stämde honom till HR och yrkade dels att det ursprungliga vitet skulle dömas ut, dels att nytt förhöjt vite skulle utdömas. Frågan om utdömandet av vitet överklagades till HovR. Förlaget hävdade att Lindgrens insatser var nödvändiga för verkets färdigställande, och att hans kunskaper på området var unika. Dessutom hindrade författarrättsliga principer dem från att låta någon annan slutföra verket. HovR biföll talan om utdömande av vitet. Ett hovrättsråd var skiljaktigt och ansåg att det inte var lämpligt att framtvinga en intellektuell och konstnärlig insats av en sådan art och omfattning som var ifråga.

Det finns skäl att sätta frågetecken för fallets allmängiltighet. Såsom hovrättsfall är det inte prejudicerande och rätten var dessutom oenig i sitt utslag. Till det kommer att författaren ursprungligen medgivit att underkasta sig vitestvång.

Fallet är emellertid också ett exempel på när en uppdragsgivare kan ha ett mycket starkt intresse av att uppdragstagaren fullgör avtalet. Enligt vad som framkom var det bråttom att boken utgavs eftersom konkurrerande förlag kunde tänkas hinna före. För förlaget stod alltså stora pengar på spel. Till det kom deras intresse (specialitetsintresset enligt terminologin i avsn. 6.1.1) av att just denna författare skrev färdigt kapitlet. Enligt vad som uppgavs var hans kvalifikationer som jazzkännare unika. Det skulle dessutom strida mot ”författarrättsliga principer” att låta någon annan komplettera boken. Enligt analogi med upphovsrättsliga regleringar skulle det t. ex. kunna innebära att författarens anseende skadades om någon annan utförde kompletteringarna på ett dåligt sätt.²⁶⁵

Sammantaget kan man konstatera att det för förlaget var av största vikt att just den ifrågavarande författaren presterade och att han gjorde det relativt snabbt. Det kan sedan jämföras med de skäl som författaren anför för att slippa prestera. En stor del av tredskan är svårförklarlig och något särskilt skäl till att undandra sig att skriva det avslutande kapitlet anförs inte utöver att det skulle vara tidsödande. I ljuset av en avvägning är det uppenbart att förlagets intresse av att erhålla fullgörelse av avtalet väger tyngre än författarens skäl för att inte prestera.

Frågan är om det trots detta är lämpligt att framtvinga en prestation som är huvudsakligen intellektuell och av en konstnärlig art. Det ansluter i nära hand till övervakningsproblematiken som berördes i avsnitt 7.3.5. Hur skall kvalitén på det utförda arbetet kunna bedömas? Det är då att beakta att det i detta målet enbart rörde sig om avslutande åtgärder. Då de inte var särskilt

²⁶⁵ Se Strömholm s. 326 f.

omfattande och med tanke på sin natur inte heller kunde åsättas någon större personlig prägel, kunde de i stor utsträckning anses vara ”sakliga” i motsats till personliga²⁶⁶, något som förenklar problematiken. Åtminstone i senare doktrin har det angivits att avslutande åtgärder sedan huvudparten av ett åtagande är utfört inte föranleder samma restriktiva hållning som annars.²⁶⁷ Man kan dessutom konstatera att det faktum att arbete klassas som intellektuellt inte innebär att det är av alltför avancerad karaktär. Det finns gott om arbetsinsatser i ett samhälle som kan klassas som ”intellektuella”, men likväl är rutinartade.²⁶⁸

Rättsfallet är onekligen speciellt, men det finns ingen egentlig grund att underkänna dess utgång. I ljuset av en avvägning ter den sig snarast som relativt sund, i synnerhet med tanke på förlagets behov av att få verket färdigställt.

Det kan däremot knappast ses som en del av gällande rätt. Dock är det det enda rättsfall som ger någon form av vägledning på området bortsett från rent generella uttalanden i doktrinen.

7.3.7.3.2 Förtroendekrävande prestation – NJA 1960 s. 63

Det faktum att uppdragsavtal (och andra motsvarande förhållanden) innehåller en hög grad av förtroende mellan parterna är av stor betydelse när frågan om fullgörelse aktualiseras. Ett förtroendeförhållande kan knappast återskapas på rättslig väg, och när det är raserat är den praktiska nyttan av fullgörelse diskutabel.

Förtroendeargumentet är en av de faktorer som i anglosaxisk rätt särskilt har lyfts fram som stöd för att inta en restriktiv hållning gentemot SP av personliga avtal (se avsn. 4.4.1) och där har det i praxis haft en avgörande betydelse att just förtroendet mellan parterna är fortsatt gott.

Ett utpräglat förtroendeförhållande kan sägas ha förelegat i fallet SvJT 1957 rf s. 24 i föregående avsnitt, där förlaget ursprungligen knappast hade anförtrott jazzförfattaren med uppdraget om det inte hade haft förtroende för honom. Även om relationen dock inte var den bästa vid domstillfället så hade det vid det laget en underordnad roll gentemot övriga omständigheter i fallet.

Frågan har också aktualiserats i ett annat fall som visserligen handlar om ett anställningsavtal, men som är belysande också för uppdragsavtal. Det behandlades av allmän domstol eftersom tjänsten inte omfattades av kollektivavtal.

²⁶⁶ A.a. s. 329.

²⁶⁷ Se t. ex. prop. 1980/81:8 s. 799. Jfr. också Rosén s. 190 som anser att detta inte stämmer för intellektuella prestationer.

²⁶⁸ Strömholm s. 330.

NJA 1960 s. 63. Ester R, en av kommunen anställd baderska på ett badhus, avskedades p.g.a. att hon misstänktes för förskingring. Hon dömdes senare för brott av RR:n, men friades av HovR. Ester R väckte därefter talan mot kommunen om förpliktande att återinsätta henne i tjänsten. RR:n ogillade talan, liksom en starkt oenig HovR. HD tog sin utgångspunkt i att tjänsteavtal sedan gammalt inte ansetts innefatta skyldighet att låta arbetstagaren utföra arbetet. Därefter prövade man om det var en ståndpunkt som fortfarande var gällande rätt. Därvidlag beaktades att ”Allmän domstols åläggande för en arbetsgivare att återtaga en arbetstagare i tjänsten skulle – liksom en dom varigenom en arbetstagare ålades att återgå till arbetet – icke kunna föranleda exekutiv tvång vare sig i form av vitesföreläggande eller på annat sätt.”²⁶⁹ Det var en aspekt som aldrig hade spelat någon roll för AD som enbart förelade de som inte rättade sig efter dess domar skadestånd. Frågan om det skulle finnas befogenhet för allmän domstol att förplikta arbetsgivare att återta obehörigt avskedade arbetstagare i tjänst var ”av sådan art att det bör ankomma på lagstiftningen att avgöra densamma”.²⁷⁰ Talan ogillades.

Flera uttalanden i HD:s domskäl är särskilt anmärkningsvärda. För det första så anses exekutiv tvång gentemot både arbetsgivare och arbetstagare vara uteslutet, även om det bestod av vites tvång. Det är ett uttalande som åtminstone i ljuset av förarbetena till UB idag ter sig något märkligt. Där står att man gentemot juridiska personer, såsom arbetstagaren i detta fallet, inte torde ha anledning att tveka inför föreläggande av vite.²⁷¹ Åtminstone gentemot arbetsgivaren torde det därför inte finnas någon anledning till varför vite skulle vara uteslutet. Möjligtvis kan HD ha syftat på den lämplighetsbedömning som skall göras vid vites utsättande (se avsn. 6.4.2.2), och som tidigare återfinns i 38 § UL. Det motsägs dock av uttalandets generella karaktär.²⁷²

För det andra så verkar det som om HD har sett sig sakna befogenhet att utdöma fullgörande av dylika fall i avsaknad av lagstiftning på området. Det tyder på att de inte har ansett fallet vara av principiell betydelse för frågan om fullgörande. Istället var dess utgång en konsekvens av det gällande påföljdssystemet²⁷³, i vilket fullgörande inte var en möjlig påföljd för anställningsavtal. Jfr. dock dissidenterna i HovR vilka båda anser att fullgörandeskyldighet är den primära påföljden för avtalsbrott även i ett fall som detta.

²⁶⁹ s. 73.

²⁷⁰ s. 74.

²⁷¹ Prop. 1980/81:8 s. 799.

²⁷² Jfr. dissidenten som resonerar kring frågan om vitesföreläggande i vissa fall, s. 75.

²⁷³ Hellner (1986) s. 340.

Fullgörelsetalan i fallet riktades inte mot arbetstagaren, utan är ett exempel på när det är aktuellt att uppdragsgivaren – i detta fallet arbetsgivaren – skall fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet. Som sades i avsnitt 4.4.2 finns det i sådana fall typiskt sett mindre anledning att tveka inför åläggandet om fullgörelse. Både arbetsgivares och uppdragsgivares förpliktelser är typiskt sett enkla och ofta inte av det mer personliga slaget, något som dessutom gör dem relativt lättövervakade. I detta fall var arbetsgivaren en kommun och det är därför knappast rättfärdigat att ta några större hänsyn till att den skulle lida av att uppfylla sina åligganden som arbetsgivare.

Frågan är hur mycket frågan om det ömsesidiga förtroendet mellan arbetsparterna inverkar på det fortsatta förhållandet. Det enda HD uttryckligen säger om saken är att det personliga momentet rent generellt är mer framträdande i anställningar som inte omfattas av kollektivavtal, något som framstår som riktigt. Det är tveksamt hur mycket parterna verkligen hade med varandra att göra med tanke på att arbetstagarens placering var på ett badhus, medan ansvariga personer i kommunen sannolikt residerade på annat håll. Det är dock att beakta att anställningen var fast, varför en dom på fullgörelse långvarigt skulle binda parterna till varandra. Ester R blev dock friad från åtalet om förskingring, varför någon grund för misstro från kommunen egentligen inte borde föreligga. Det är dessutom i målet inte fråga om att sådana omständigheter skulle ha uppkommit.²⁷⁴ Förtroende är dock ett ömsesidigt fenomen och det kan antas att rättsprocessen i sig bidragit till en dålig sämja mellan parterna.

I den utsträckning farhågor om förtroendet mellan parterna inte är befogade kan man jämföra fallet med *Hill v. Parsons & Co.* m. fl. fall ovan (se avsn. 4.4.2). Det fallet behandlar en liknande situation när en arbetstagare yrkade förpliktande för arbetsgivaren att kvarhålla honom som anställd. Utgången var starkt beroende av det faktum att förtroendet mellan parterna kvarstod. Dock sträckte sig arbetsgivarens förpliktelser enligt domen enbart till att kvarhålla arbetstagaren som anställd, inte till att fysiskt tillåta honom att vistas på arbetsplatsen. Samma lösning skulle enligt dissidenten kunna tänkas i Sverige, men ansåg efter övervägande en dylik situation inte vara önskvärd.²⁷⁵

I en sammanlagd avvägning av fallets alla faktorer är det svårt att bedöma hur starkt det personliga avtalsinslaget och frågan om förtroende parterna emellan väger. Det är samtidigt svårt att bedöma i vilken utsträckning HD har beaktat detta samt om man ens har genomfört en bedömning eller istället ansett att fullgörelse varit helt uteslutet i anställningsförhållanden.

Man måste också väga in arbetstagarens intresse av att få fullgörelse. Arbetstagare har typiskt sett ett synnerligt behov av att få behålla sitt arbete

²⁷⁴ Jfr. ledamoten Mannerfelt i HovR som till utveckling av sin mening för ett längre resonemang i frågan, s. 71.

²⁷⁵ s. 75.

eftersom det ofta är deras huvudsakliga inkomstkälla. Därför är det inte omöjligt att arbetstagarens intresse hade fått väga över om inte HD hade ställt sig så principiellt avvisande till exekution av arbetstagarens förpliktelser och fullgörande som påföljd. Rättsfallet är av ett äldre datum varför utgången idag inte med säkerhet hade blivit densamma.

7.3.7.3.3 Den fysiska integritetssfären – NJA 1975 s. 16

1900-talet har inneburit ett allt starkare skydd för den enskilde personens fysiska integritet, bl. a. i form av ökat straffansvar för brott häremot och i form av införandet av fri- och rättigheter i RF och anslutning till konventioner härom.²⁷⁶ Var gränsen går för avtal gällande frågor som är förknippade med intrång i en persons fysiska integritet har aktualiserats i ett fall som redan har berörts ovan i avsnitt 6.3.²⁷⁷

NJA 1975 s. 16. Två f.d. makar önskade utreda om mannen var fader till en dotter. Resultatet av en blodundersökning var enbart att möjligheten inte kunde uteslutas. Mannen yrkade förpliktande för sin f.d. fru och dottern att medverka i en antropologisk undersökning för att utröna börden. Parterna träffade förlikning med innehållet att en undersökning skulle ske och hemställde att HD skulle stadfästa förlikningen. HD yttrade dock att en antropologisk undersökning är förenad med visst intrång i undersökningspersonernas rätt till kroppslig integritet. ”En sådan undersökning ... kan därför och då reglering i lag saknas inte genomföras annat än med dessa personers samtycke och frivilliga medverkan. Med hänsyn till arten av det som samtycket gäller kan, så länge undersökningen ännu inte ägt rum, ett lämnat samtycke när som helst återkallas. Då följaktligen ett åtagande att underkasta sig antropologisk undersökning är oförbindande, kan åtagandet ej läggas till grund för domstols föreläggande att den som gjort åtagandet skall underkasta sig undersökningen”.²⁷⁸

Fallet gäller inte fullgörande av uppdragsavtal, men bör ändå kunna vara vägledande för tillämpningen av sådana. Det anger generellt en gräns för verkställighet av avtal på civilrättens område. Varje människa sägs ha en rätt till ”kroppslig integritet”, och ”intrång” i denna får enbart ske enligt reglering i lag eller med vederbörande persons frivilliga medverkan. Som tidigare har sagts (se avsnitt 6.3) är dock HD ovillig att meddela domar som ej kan verkställas, och eftersom ett frivilligt medgivande när som helst kan återkallas, kan en dom om intrång som här är ifråga inte ligga till grund för verkställighet. Därför stadfäste HD inte förlikningen.

²⁷⁶ Olsen (1997) s. 479 f.

²⁷⁷ Jfr. t. ex. Westberg som diskuterar RF:s möjliga inverkan på detta och liknande fall, s. 315 ff.

²⁷⁸ s. 18 f.

Det är svårt att tänka sig något fall där ett uppdragsavtal som innebär att ett intrång i en persons kroppsliga integritet skulle vara reglerat i lag. Intrång i den kroppsliga integriteten får därför nog ses som en absolut gräns för verkställighet i fall gällande fullgörelse.

Frågan är då vad som egentligen menas med ”intrång”. En antropologisk undersökning medför ett ”visst” intrång, men utöver det finns ingen precisering av begreppet. Liknande undersökningar måste vara inbegripna och också ännu mer ingripande åtgärder måste anses uteslutna, t. ex. åtgärder som inte bara är undersökande utan medför en förändring av den fysiska konstitutionen, in- eller utvärtes. Man bör alltså kunna tillämpa principen även på rent utseendemässiga detaljer, såsom att vara klippt eller rakad.²⁷⁹ Sak samma gäller om uppdragsavtalet har som syfte att utföra ett intrång i tredje mans kroppsliga integritet. Ett sådant avtal kan i vissa fall tänkas vara brottsligt och därmed omfattas av reglerna för pactum turpe.

Man kan konstatera att ett avtal av detta slag sannolikt mycket sällan – om ens då – kan tänkas bli föremål för en annan bedömning till följd av en avvägning gentemot uppdragsgivarens intresse av att uppdraget blir utfört. Fallet är visserligen det enda som behandlar ämnet, men är mycket kategoriskt i sitt avståndstagande från exekutiva åtgärder och möjligheten till att ålägga någon att behöva utstå sådant intrång som är ifråga.

7.4 EN SVENSK PÅFÖLJDHIERARKI?

7.4.1 Regel och påföljd

När den äldre köplagen skulle införas i början av seklet var det i det närmaste självklart att köparen skulle ha en rätt att kräva köpets fullgörande vid säljarens dröjsmål. Emellertid blossade det som ovan sett i avsnitt 7.2.2.3 i litteraturen upp en debatt om detta var en riktig ståndpunkt, främst gällande leveransavtal. Betänkandet som föregick lagförslaget avgjorde saken genom att slå fast att en annan reglering inte skulle överensstämma med ”allmänna grundsatser”, och att det skulle vara märkligt om exekutiva myndigheter inte kunde bistå en sådan fullgörelse.²⁸⁰ Uttalandet beskriver på ett bra sätt äldre svensk rätts syn på fullgörelse där redan avtalet i sig ansågs berättiga den förfördelade parten till den prestation han hade blivit utlovad. Almén gav uttryck för samma mening genom ett i doktrinen flitigt använt citat; ”Rätten att kräva godsets avlämnande är icke någon morapåföljd utan

²⁷⁹ Olsen (1997) s. 481.

²⁸⁰ NJA II 1906:1 s. 43.

är den huvudsakliga befogenhet, som tillkommer köparen på grund av avtalet”²⁸¹.

Det karakteristiska med ett sådant tänkande är att rättsföljden, d.v.s. sanktionen för att avtalet har brutits, ovillkorligen skall överensstämma med avtalets innehåll. Om en part alltså åtagit sig att utföra en prestation in natura så är den nödvändiga sanktionen att avtalet fullföljs, det föreligger en *identitet*²⁸² mellan avtal och sanktion. I svensk och nordisk rätt får dock principen om identitetstänkande i det närmaste anses som övergiven i dag.²⁸³

Tanken att se avtalets fullgörande som en sanktion som berättigas genom avtalet grundar sig i vissa fall på löfteteorin. Genom att en part har åtagit sig att utföra något skall han också vara förpliktad att stå fast vid sitt löfte och utföra prestationen.²⁸⁴ Därigenom aktualiseras också principen att avtal skall vara bindande, *pacta sunt servanda*. I ett flertal fall i litteraturen åberopas denna princip som stöd eller argument för att ålägga en avtalspart att fullgöra sina avtalsförpliktelser, även av dem som anser att fullgörelseskyldighet inte är en generell rättsregel.²⁸⁵

Hellner har i en uppsats uttryckligen avvisat *pacta sunt servanda* som en grund för att ålägga en avtalspart fullgörelseskyldighet. Hans resonemang bygger på att det finns olika slags regler; förhållningsregler, domsregler och verkställighetsregler, jfr. med de begrepp som beskrevs ovan i avsnitt 7.3. En förhållningsregel, t. ex. ett avtal, kan korrespondera med en domsregel som säger att en avtalsbrytande part skall ådömas att utföra avtalet, medan verkställighetsregeln träder i kraft när parten inte självmant åtlyder domen. På så sätt bildas en logisk kedja från ursprunglig förpliktelse till verkställighet, regeln i början av kedjan korresponderar med motsvarande sanktion (påföljd) för regelbrottet och den åtgärd som vidtas om sanktionen inte efterlevs. Emellertid finns det flera avtalstyper där den ursprungliga förhållningsregeln inte överensstämmer med motsvarande påföljd, där *identitet* med påföljden inte föreligger. Se exempelvis fallet NJA 1960 s. 63 ovan i avsnitt 7.3.7.3.2 där en baderska felaktigt hade avskedats. HD vägrade förplikta arbetsgivaren att återta henne som anställd i syfte att fullfölja anställningsavtalet. Fullgörelse kan också tänkas vara utesluten i andra fall av immateriella tjänster se avsnitt 7.3. Istället kan skadestånd vara aktuellt om ekonomisk skada kan uppvisas. Det råder inget tvivel om att sådana avtal är bindande, dock föreligger det inte någon nödvändig identitet mellan avtalsförpliktelsen och påföljden som används för att upprätthålla den. Följaktligen kan inte *pacta sunt servanda* användas som grund för att ålägga en part att fullgöra det han har åtagit sig i ett avtal, andra påföljder

²⁸¹ Almén s. 252 f.

²⁸² Olsen (1997) s. 469.

²⁸³ Hellner (1996) s. 148.

²⁸⁴ Ljungman s. 24, Hasselrot s. 16.

²⁸⁵ T. ex. Jörgensen s. 22.

kan också bli aktuella utan att det strider mot principen att avtal är bindande.²⁸⁶

Att det inte nödvändigtvis behöver finnas någon identitet eller överensstämmelse mellan en regel och påföljden för dess efterlevnad verkar idag vara en vedertagen uppfattning.²⁸⁷ En av anledningarna till att ett sådant synsätt inte tidigare har vunnit terräng kan vara att fullgörelse av många betraktas som något som är artskilt från andra påföljder, en rättsföljd av ett särskilt slag.²⁸⁸ Att jämföra det med andra påföljder – som i detta arbete – underlättar dock onekligen en jämförelse med möjligheten att istället ålägga den kontraktsbrytande parten att betala skadestånd.

Synsättet utesluter naturligtvis inte att man anser att tvång till fullgörelse in natura är antingen huvudregeln eller undantaget efter ett avtalsbrott, utan leder enbart till att fullgörelse inte är den nödvändiga följden av ett avtalsbrott. Andra påföljder kan stå till buds. Att det dessutom finns flera avtalstyper vilka inte kan bli föremål för fullgörelsetvång är dessutom ett faktum, vilket med nödvändighet leder till att även de som förepräkar fullgörelse som en allmän princip måste förse den med ett antal undantag, vilket i så fall gör principens allmängiltighet tvivelaktig.²⁸⁹

7.4.2 Primär påföljd

Det framgår av det föregående att en förhållningsregel enbart har en begränsad funktion i fall gällande fullgörelse. Ur en avtalsförpliktelse in natura går det inte att sluta sig till att påföljden kommer att bli ”fullgörelse av avtalet”. Fokus förskjuts därför till påföljden, vilket är det centrala för att bestämma en fullgörelsetalans framgång, åtminstone i den utsträckning någon påföljd inte är utesluten p.g.a. avtalet, rättsregler eller någon annan anledning. Det är på detta plan jämförelsen mellan skadestånd och fullgörelse bör utföras.

Förhållandet mellan skadestånd och fullgörelse är som framgått av den föregående framställningen ett i stort sett outrett ämne i svensk rätt, bortsett från det faktum att de inte kan utdömas samtidigt (se avsn. 6.2.4.1) En fråga som det dock finns all anledning att ställa sig om någon av dem kan betraktas som primär eller dominant, t. ex. på samma sätt skadestånd ofta anses vara en primär påföljd i anglosaxisk rätt. Finns det sannolikhet för att en svensk domstol har en preferens för en av påföljderna framför den andra i en ren valsituation, och på vad grundar sig i så fall ett sådant förhållande?

²⁸⁶ Hellner (1986) s. 339 ff.

²⁸⁷ Jfr. t. ex. Rosén s. 188, Hellner (1996) s. 148.

²⁸⁸ Hellner (1986) s. 341 f.

²⁸⁹ Hellner (1996) s. 148.

Mångfalden rättsområden och avtalstyper gör det självklart svårt att dra några slutsatser med generell giltighet. I avsaknad av rättsfall och doktrin som ger upphov till generella riktlinjer är det svårt att göra annat än en ansats till en beskrivning av förhållandet mellan fullgörelse och skadestånd. Icke-existensen av ett adekvanskrav eller liknande kvalifikationskrav har i brist på andra betydelsefulla faktorer därvidlag en stor betydelse.

7.4.3 Kärandens valrätt

Det anglosaxiska adekvanskravet behandlades ovan i avsnitt 4.2. Rätten till naturaprestation har gjorts beroende av om skadeståndet i tillräcklig utsträckning kompenserar den förfördelade parten för motpartens kontraktsbrott. Dess verkliga betydelse är idag ifrågasatt (se avsn. 5.2), men det lever åtminstone fortfarande kvar i teorin. Adekvanstestet innehåller i sin traditionella tappning ett kvalifikationskrav som måste vara uppfyllt för att SP skall vara tillgängligt som påföljd. Om skadestånd kompenserar den förfördelade parten på ett tillräckligt sätt så är SP uteslutet. Köparens intresse tillmäts alltså en självständig betydelse. På så sätt skapas en hierarki mellan skadestånd och SP, där skadestånd utgör den primära påföljden.

I Sverige finns sannolikt ingen motsvarighet till att tillmäta kärandens behov av den uteblivna prestationen någon självständig vikt. Det har funnits förslag på att införa institut liknande adekvanskravet, men de har inte fått något större gehör.²⁹⁰ Även i praxis finns exempel på att svaranden utan någon framgång har försökt använda sig av ett adekvansresonemang för att enbart behöva betala skadestånd.

NJA 1985 s. 397 II.²⁹¹ Ett nybyggt garage läckte in fukt, vilket hade medfört fuktskador. Fastighetsägarna yrkade att byggmästaren skulle förpliktas vid vite att åtgärda felet. Denne bestred att rätten ägde utsätta vite, då vite ”ej gällde i mål där yrkandet lätt kunde omvandlas till att avse visst skadeståndsbelopp eller nedsättning med visst belopp av köpeskillingen.”²⁹² HovR konstaterade att hinder mot att förknippa förpliktelsen med vite ej förelåg, en bedömning HD anslöt sig till.

HD avfärdar – åtminstone i detta fall – alltså resonemanget att domstolen inte skulle kunna ålägga byggmästaren att avhjälpa felet. Man går dock inte explicit in på frågan i vilken utsträckning ett skadestånd skulle kunna ersätta

²⁹⁰ Se t. ex. Jörgensen s. 35, vilket avser den i detta avseende snarlika danska rätten. Hans poäng är att möjligheten till naturafullgörelse bör begränsas till områden inom vilka det kan antas utgöra en väsentlig påföljd, och att korresponderande effektiva tvångsmedel bör finnas att tillgå. Fehr förordar också en begränsning av rätten att påfordra naturafullgörelse av avtal i enlighet med de principer som finns i anglosaxisk rätt, s. 162 ff.

²⁹¹ Se också ovan avsn. 7.2.7.

²⁹² s. 406.

avhjälpandeskyldigheten. Åtminstone tills vidare så måste det ändå ses som ett avståndstagande från synsättet att käranden skulle vara hänvisad till skadestånd i de fall då det i tillräcklig grad uppfyller hans intresse av att bli kompenserad för motpartens avtalsbrott.

Inte heller i äldre köprättsliga fall går det att finna något exempel på att domstolarna har ansett att det faktum att skadestånd fullt ut skulle ha kompenserat käranden skulle frånta honom möjligheten att kräva att det fullgörs. Det är ändå uppenbart att skadeståndet i flera fall skulle ha varit en tillräcklig påföljd. Å andra sidan verkar invändningen inte heller i något fall ha framställts av svarandesidan.²⁹³

Ett fall som i sammanhanget också måste nämnas är det i avsnitt 7.3.7.2 beskrivna NJA 1987 A 2. Precis som i de äldre köpfällen, så reste svarandesidan inte heller i detta fallet invändningen att skadestånd var fullt tillräcklig kompensation för käranden. Det fanns inte heller någon större ekonomisk mening med att bestrida fullgörandet, eftersom svarandesidan genom sin processföring hade medgivit ett skadeståndsbelopp som skulle vara lika kostbart att betala som det skulle bli att faktiskt fullgöra avtalet. Men i denna situation när ett skadestånd skulle vara lika kompenserande för käranden som en fullgörelsedom, så valde HD att konstruera domslutet på ett sådant sätt att någon faktisk plikt för bolaget att fullgöra avtalet inte fanns. Det framfördes i avsnitt 7.3.7.2 olika möjliga anledningar till det, men det går inte helt att utesluta att HD tillmätte kärandens minimala intresse av att erhålla fullgörelse en självständig betydelse, och av den anledningen fråntog svarandesidan den reella skyldigheten att prestera in natura. Den slutsats som kan dras av fallet NJA 1985 s. 397 II får dock tills vidare antas ge uttryck för gällande rätt.

Anledningen till att det i anglosaxiska rättssystem traditionellt har funnits ett adekvanskrav, men att ett sådant saknas i Sverige och andra civil law-länder beror inte på några genomtänkta jämförelser av de olika påföljderna eller några överväganden rörande deras verkningar. Istället kan skillnaden till största delen tillskrivas historiska faktorer.²⁹⁴ Det har dock lett komparativa författare till att dra slutsatsen att medan SP är ett undantag och skadestånd är den primära påföljden i anglosaxiska länder, så råder det motsatta förhållandet i Frankrike och Tyskland, de länder som oftast får representera civil law-länder i liknande komparativa studier.²⁹⁵ Fullgörelse antas vara den normala och mest naturliga påföljden av ett kontraktsbrott, och således primär till sin natur. Den slutsatsen dras oftast enbart av förhållandet att civil law-länder saknar ett adekvanskrav. En sådan generell slutsats skall sannolikt ses med skepsis, och det medges också ofta att skillnaden främst

²⁹³ Det beror säkerligen i sin tur på att det inte heller för dem hade någon större betydelse om de var tvungna att leverera varan eller betala skadestånd. Det skulle bli lika dyrt.

²⁹⁴ Von Mehren s. 1121.

²⁹⁵ Se t. ex. Dawson s. 524, 530, Yorio s. 537 ff. Sverige inräknas här i gruppen civil law-länder, även om man i komparativa skrifter ibland behandlar de nordiska rättssystemen som en särskild grupp, Bogdan s. 91 f.

ligger på det teoretiska planet medan de praktiska skillnaderna mellan rättssystemen är färre än de vid en första anblick verkar.²⁹⁶

I Sverige känns rent civilrättsligt ordningen med hierarkiska påföljder igen. Vid kontraktsbrott av mindre betydelse för köparen är han hänvisad till att först kräva fullgörelse, medan han först efter en tid kan göra andra påföljder gällande, t. ex. prisavdrag och hävning. Jfr. regleringen av fel och dröjsmål i KL 25, 37 §§. Att påföljderna på så sätt är successiva ger dock inte någon vägledning i de fall då de civilrättsliga förutsättningarna för att kräva både skadestånd och fullgörelse är uppfyllda.

Rent processuella regler för förhållandet mellan skadestånd och fullgörelse finns inte, och modern praxis tiger med ovan nämnda undantag om ämnet. Det kan också vara anledningen till att doktrinen behandlar ämnet sparsmakat. Ett undantag är Ljungman som förnekar att det skulle finnas något logiskt inbördes förhållande mellan fullgörelse och skadestånd. Han betonar istället kärandens valrätt mellan påföljderna.²⁹⁷

I de fall fullgörelse är möjlig i svensk rätt har det ansetts stå käranden fritt om han vill välja fullgörelse eller skadestånd²⁹⁸, vilket också överensstämmer med slutsatserna som kan dras av rättsfallet NJA 1985 s. 397 II ovan. Det är en modell som också i anglosaxisk rätt har förordats av flera författare.²⁹⁹ Behovet av prestationen är individuellt och käranden i rättstvisten är därför den som bäst kan bedöma om skadestånd eller fullgörelse kommer honom bäst till godo. Sannolikt är han samtidigt den person som bäst kan bedöma om motpartens prestation verkligen kommer att bli tillfredsställande utförd.³⁰⁰

Bortsett från möjligheten till prisspekulation (se avsn. 6.2.4.2) skall det i normala fall inte finnas någon risk med att låta den förfördelade parten ha en sådan valrätt. I särskilda fall kan det dock tänkas att motiven för att erhålla fullgörelse kan vara andra än att faktiskt tillgodogöra sig den aktuella prestationen. Jfr. avsnitt 7.2.6 ovan där det sades att käranden i vissa fall enbart kan sträva efter att få en bättre förhandlingsposition i förhandlingar med svaranden efter domen på fullgörelse. Vilken inverkan ett klarlagt sådant motiv skulle ha för domstolens val av påföljd är dock oklart.

7.4.4 Modifierad valrätt

Käranden har alltså som utgångspunkt i varje enskilt fall en möjlighet att välja den påföljd som han föredrar. Dock är det klart att fullgörelse inte

²⁹⁶ Von Mehren s. 1122 f.

²⁹⁷ Ljungman s. 35, jfr. Ekelöf s. 81.

²⁹⁸ Fehr s. 163, Ljungman s. 25.

²⁹⁹ Se t. ex. Schwartz s. 275 ff, Dawson s. 532, Laycock (1991) s. 16 ff.

³⁰⁰ Schwartz s. 277.

alltid står till buds. Av framställningen ovan har det framgått att bortsett från fall då verkställighet är omöjligt, så är tillgängligheten av påföljden rent generellt underkastad flera avvägningshänsyn.

För köpavtal finns i 23 § KL en offergräns, enligt vilken säljaren är skyldig att fullfölja köpet om det inte innebär oskäligen uppoftningar i förhållande till köparens behov av att köpet fullgörs. Utöver den kan processrättsliga offergränser tänkas finnas (se avsn. 7.4.2.4). För uppdragsavtal antas motsvarigheten till KL:s offergräns i 28 § KtjL analogt vara tillämplig. Dessutom föreslår Strömholm ett särskilt avvägningsförfarande för fastställande av när uppdragsavtal skall kunna verkställas (se avsn. 7.3.4). Som en viktig faktor ingår i dessa avvägningar kärandens behov av påföljden. Det beaktas inte såsom en självständig faktor, utan ställs i relation till andra hänsyn i fallet, såsom säljarens uppoftningar i 23 § KL.

Var gränsen för fullgörande ligger skiljer sig åt mellan avtalstyper. För t. ex. köp av en lös sak kan det tänkas vara en huvudregel, medan det definitivt är ett undantag gällande en intellektuell prestation likt den som återfanns i SvJT 1957 rf s. 24 ovan i avsnitt 7.3.7.3.1. Den gemensamma nämnaren för de avtal som har behandlats i föregående kapitel är dock att det till följd av den avvägning som företas kan tänkas finnas fall då fullgörande inte är en möjlig påföljd. Som en följd av detta är kärandens valmöjlighet begränsad. Valrätt och en avvägning för att fastställa rätt påföljd är inte logiskt förenliga företeelser.

Kärandens val av påföljd tjänar dock som en utgångspunkt som beaktas i största möjliga mån. Att han inte har något nämnvärt behov av den fullgörande han betingar sig har därvidlag sannolikt ingen självständig betydelse, vilket visades i föregående avsnitt. Det kan dock ha inverkan inom ramen för den avvägning som företas för att bedöma påföljdens lämplighet. Likheten är slående med det nya synsätt på adekvanskravets funktion som i anglosaxisk rätt håller på att växa fram (se avsn. 5.2.3.3). Även det fråntar adekvanskravet, d.v.s. kärandens behov av SP, all självständig betydelse utom inom ramen för en avvägning gentemot övriga faktorer. Laycock har dessutom framkastat synpunkten att även anglosaxisk rätt tillgodose kärandens val av påföljd i största möjliga mån. Det kan därför finnas anledning att fråga sig om skillnaderna mellan svensk och anglosaxisk rätt på denna punkt egentligen är särskilt stora.

DEL C - SAMMANFATTNING

P.g.a den förutbestämda formatmallen som examensarbeten av någon outgrundlig anledning måste skrivas i, så hamnar sammanfattningen före den egentliga texten. I den faktiska utgåvan, som är tryckt på papper, hamnar sammanfattningen naturligtvis på den mest självklara platsen, d.v.s. här i slutet av uppsatsen.

8 ABSTRACT

In Anglo-Saxon countries specific performance is an established remedy for a party's breach of contract. Although it is formally an exception from the main rule that contracts will not be enforced, the case-law and doctrine regarding the remedy is substantial.

In Sweden the equivalent remedy (*fullgörelse*) is a remedy seldom used and quite poorly defined. Most cases concern sale of fungible goods and stem from the first half of the 20th century.

This thesis has two purposes. The first is to describe the scope of specific performance in Anglo-Saxon countries, and to describe the principles governing the availability of the remedy. The second purpose is to examine the scope of the equivalent remedy in Swedish law. This is carried out with help from the principles found in Anglo-Saxon law.

Part A of the thesis examines Anglo-Saxon law. Specific performance is an equitable remedy, which means that its availability is limited by the so called adequacy of damages-test. Also other bars to the remedy are examined, for example personal contracts, the problem of supervision and various equitable defenses.

Throughout time different methods of balancing the parties' and the court's typical interests against each other, in order to find the most accurate remedy in each case, have developed. The most important ones are accounted for.

Part B examines Swedish law. It focuses on two different kinds of contracts, contracts for the sale of goods and contracts for services. This is on much the same lines as the existing doctrine and case-law covering Swedish specific performance.

Finally in part B the question whether a hierarchy of remedies exists in Sweden or not is raised. Such a hierarchy is created in Anglo-Saxon countries because of the adequacy of damages-test. In Sweden no such hierarchy can be found. Instead, the plaintiff's choice of remedy is regarded as far as possible.

9 Litteraturförteckning

- Adlercreutz, Axel,
Almén, Tore, Avtalsrätt I, 9 uppl., Studentlitteratur, Lund, 1993
Om köp och byte av lös egendom, 3 uppl., P.A.
Norstedt & Söner, Stockholm, 1934
- Bergelmer, Einar, Ett spörsmål ur läran om leveransaftalet, NJA II
1900:9
- Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, Norstedts juridik,
Stockholm, 1993
- Burrows, A.S., Remedies for torts and breach of contract,
Butterworths, London, 1987
- Chafee Jr., Zechariah, Coming into equity with clean hands, Michigan
Law Review, vol. 47, 1949, s. 877 (cit. Chafee I)
- Chafee Jr., Zechariah, Coming into equity with clean hands, Michigan
Law Review, vol. 47, 1949, s. 1065 (cit. Chafee
II)
- Corbin, Arthur Linton, Corbin on contracts, vol. 5, West Publishing Co.,
St. Paul, 1951
- Dawson, John P., Specific performance in France and Germany,
Michigan Law Review, vol. 57, s. 495
- Dobbs, Dan, Handbook on the law of remedies, West
Publishing Co., St. Paul, 1973
- Earl of Halsbury and
others, The laws of England, Butterworths, London, 1983
(cit. Halsbury's)
- Ekelöf, Per Olof, Straffet, skadeståndet och vitet, Appelbergs
Boktryckeriaktiebolag, Uppsala, 1942
- Fahlbeck, Erik, Förvaltningsrättsliga studier, Ivar Haeggströms
boktryckeri och bokförlags AB, Stockholm, 1938
- Farnsworth, Allan E., Farnsworth on contracts (vol 3), Little Brown and
Co., Boston, 1990
- Farrell, John, Irish Law of Specific Performance, Butterworths,
Dublin, 1994
- Fehr, Martin, Rätten att fordra fullgörande enligt köplagen,
Festskrift till Erik Marks von Wurtemberg, Isaac
Marcus Boktryckeri AB, Stockholm, 1931
- Fiss, Owen M., The civil rights injunction, Indiana University
Press, Bloomington, 1978
- Fried, Charles, Contract as a promise, Harvard University Press,
Cambridge, 1981
- Harris, Donald m. fl., Contract remedies and the consumer surplus, Law
Quarterly Review, vol. 95, 1979, s. 581 (cit.
Harris 1979)
- Harris, Donald m. fl., Remedies on contract and tort, Weidenfeld and
Nicolson, London, 1988 (cit. Harris 1988)
- Hasselrot, Berndt, Kan ifråga om leveransafstal säljaren efter

- leveranstidens slut förpliktas att leverera varan?,
 NJA II 1900:13
- Hellner, Jan, Fullgörande in natura, JT 1996-97 s. 5 (cit. Hellner 1996/97)
- Hellner, Jan, Pacta sunt servanda, Festskrift till Torstein Eckhoff, Tano A/S, Otta, 1986 (cit. Hellner 1986)
- Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt I Köprätt, Juristförlaget, Stockholm, 1989 (cit. Hellner 1989)
- Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, 2 häftet, 3 uppl., Juristförlaget AB, 1996 (cit. Hellner 1996)
- Jørgensen, Stig, Fire obligationsretlige afhandlinger, Juristforbundets forlag, Köpenhamn, 1965
- Kronman, Anthony T., Paternalism and the Law of Contracts, Yale Law Journal, vol. 92, 1983, s. 763 (cit. Kronman 1983)
- Kronman, Anthony T., Specific Performance, University of Chicago Law Review, vol. 45, 1978, s. 351 (cit. Kronman 1978)
- Laycock, Douglas, The death of the irreparable injury rule, Harvard Law Review, vol. 103, 1990 s. 687 (cit. Laycock 1990)
- Laycock, Douglas, The death of the irreparable injury rule, Oxford University Press, New York, 1991 (cit. Laycock 1991)
- Leff, Arthur Allen, Injury, ignorance and spite – The dynamics of coercive collection , Yale Law Journal vol. 80, 1970, s. 1
- Linzer, Peter, On the amorality of contract remedies – Efficiency, Equity, and the Second Restatement, Columbia Law Review, vol. 81, 1981, s. 111
- Ljungman, Seve, Om prestation in natura, Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, Uppsala, 1948
- Miller, C. J., Contempt of court, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, 1989
- Olivecrona, Karl, Utsökning, 7 uppl., Gleerup, Lund, 1972
- Olsen, Lena, Borgenärens val vid kontraktsbrott, Norstedts Juridik, Stockholm, 1997 (cit. Olsen 1997)
- Olsen, Lena, Några frågor rörande rätten till naturaprestation enligt det nordiska köplagsförslaget, SvJT 1987 s. 515 (cit. Olsen 1987)
- Plater, Zygmunt J.B., Statutory Violations and Equitable Discretion, California Law Review, vol. 70, 1982, s. 524.
- Polinsky, A. Mitchell, An introduction to law and economics, 2 uppl., Little Brown and Co., Boston, 1989
- Posner, Richard A., Economic analysis of law, 4 uppl., Little Brown and Co., Boston, 1992
- Ramberg, Jan, Köplagen, Fritzes förlag AB, Stockholm, 1995
- Restatement of Contracts 2d, American Law Institute Publishers, St. Paul, 1981

- Rodhe, Knut, Obligationsrätt, Carl Bloms Boktryckeri AB, Lund, 1956
- Rosén, Jan, Förlagsrätt, Juristförlaget, Stockholm, 1989
- Schmidt, Folke, Löntagarrätt, Juristförlaget AB, Stockholm, 1994
- Schoenbrod, David S., The measure of an Injunction: A Principle to Replace Balancing the Equities and Tailoring the Remedy, Minnesota Law Review, vol. 72, 1988, s. 627
- Schwartz, Alan, The case for Specific Performance, Yale Law Journal, vol. 89, 1979, s. 271
- Sherwin, Emily L., Law and equity in contract enforcement, Maryland Law Review, vol. 50, 1991, s. 253
- Strömholm, Stig, Lag och lyra – En konflikt utan lösning, Vänbok till Robert Boman, Iustus förlag AB, Göteborg, 1990
- Ulen, Thomas S., The efficiency of specific performance: Towards a unified theory of contract remedies, Michigan Law Review, vol. 83, 1984, s. 341.
- Ussing, Henry, Dansk obligationsret, 3 uppl., G.E.C. Gads forlag, Köpenhamn, 1946
- Van Hecke, M.T., Changing emphasis in specific performance, North Carolina Law Review, vol. 40, 1961, s. 11
- Von Mehren, Arthur Taylor m.fl., The civil law system, 2 uppl., Little Brown and Co., Boston, 1977
- Walin, Gösta m. fl., Utsökningsbalken, 2 uppl., Norstedts, Lund, 1987
- Westberg, Peter, Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen, FvRT 1992:1-3, s. 309
- Yorio, Edward, Contract enforcement, Little Brown and Co., Boston, 1989

10 Källförteckning

10.1 Offentligt tryck

Prop. 1980/81:8 med förslag till utsökningsbalk

Prop. 1984/85:110 om konsumenttjänstlag

Prop. 1988/89:76 om ny köplag

SOU 1973:22 Utsökningsbalk

NJA II 1906:1 Ny lagstiftning om köp och byte

NJA II 1914:6 Lag om kommission, handelsagentur och handelsresande

10.2 Annat tryck

NU 1984:5 Nordiska köplagar

10.3 Rättsfall

Sverige

NJA 1917 A 374

NJA 1918 s. 33

NJA 1919 A 442

NJA 1924 s. 115

NJA 1929 A 283

NJA 1938 A 210

NJA 1938 A 325

NJA 1942 A 194

NJA 1960 s. 63

NJA 1975 s. 16

NJA 1985 s. 397 II

NJA 1987 A 2

SvJT 1957 rf s. 24

Kanada

Bell v. Milner 3 DLR (2d) 202

Stewart v. Ambrosina 63 DLR (3d) 595

Storbritannien

Behnke v. Bede Shipping Co Ltd [1927] All ER 689
Beswick v. Beswick [1967] 2 All ER 1197
Clarke v. Chadburn [1985] 1 WLR 78 s. 82
Denne v. Light (1857) 8 De GM & G 774
De Francesco v. Barnum [1886-90] All ER Rep 414
Fothergill v. Rowland (1873) LR 17 Eq 132
C. H. Giles & Co. v. Morris [1972] 1 All ER 960
Hill v. C A Parsons & Co. [1971] 3 All ER 1345
Hope v. Walter [1900] 1 Ch 257
Irani v. Southampton and South West Hampshire Health Authority [1985] ICR 590
Lumley v. Wagner [1843-60] All ER Rep 368
Mountford v. Scott [1974] 1 All ER 248
Patel v. Ali [1984] 1 All ER 978
Posner v. Scott-Lewis [1986] 3 All ER 513
Price v. Strange [1977] 3 All ER 371
Ryan v. Mutual Tontine Westminster Chambers Association [1893] 1 Ch 116
Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd [1974] 1 All ER 954
Tamplin v. James [1874-80] All ER Rep 560
Tito v. Waddell (No. 2) [1973] 3 All ER 129
Warner v. Nelson [1936] 3 All ER 160
Wedgwood v. Adams 49 ER 958
Wolverhampton Co. v. Emmons [1901] 1 QB 515
Wolverhampton & Walsall Rly. Co. v. London & North-Western Rly. Co. (1873) LR 16 Eq 433

USA

3615 Corp. v. New York Life Insurance Co 717 F.2d 1236
Ariola v. Nigro 156 N.E.2d 536
Besinger v. National Tea Co 221 N.E.2d 156
City Stores Co. v. Ammerman 266 F.Supp. 766
Clark Paper & manufacturing Co. v. Stenacher 236 N.Y. 312
Northern Indiana Pub. Serv. V. Carbon County Coal Co. 799 A.2d 265
Palmer v. Chamberlain 191 F.2d 532
Panco v. Rogers 87 A.2d 770
Sternberg v. Board of Trustees of Kent State University 308 N.E.2d 457
Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises 492 N.E.2d 756
Welton v. 40 East Oak St. BLDG. Corporation 70 F.2d 377