

Avtalssubstitut

Annan men godtagbar prestation

JORI MUNUKKA*

1. Inledning

Kan en leverantör frigöra sig från sin leveransskyldighet genom att prestera med något annat än det avtalade? Kan en beställare kräva något annat än det avtalade med verkan att leverantören blir förpliktad att prestera detta andra? I uppsatsen konstateras att förekomsten av sådan rätt och plikt skulle stå i strid med avtalsbundenheten och dispositionsfriheten men ligga i linje med rättsmissbruksaspekter och skadebegränsningssträvanden. Rättsordningens understödjande av kompromisslösa krav på att rättelsen måste ske med just den avtalade prestationen kan ifrågasättas.

2. Uppfyllelse genom surrogat och substitut

Den inledande frågan kan formuleras bredare. Har en gäldenär rätt att prestera något annat än vad gäldenären har åtagit sig att prestera, dvs. att prestera med ett substitut? Utgångspunkten måste vara den rakt motsatta. Av löftesbundenhetens princip följer ju att man är bunden av sina löften, 1 § SkbrL (jfr 1 § 1 st. AvtL).¹ ”Det är icke ovanligt att gäldenären erbjuder sig att prestera något annat än vad han är skyldig att prestera ... Borgenären är icke förpliktad att mottaga sådan fullgörelse, om den går utanför ramen av de i det föregående behandlade surrogaten”, meddelar Knut Rodhe.² De surrogat som Rodhe i citatet refererar till är dels surrogategendom som trätt istället vid omöjlighet (i vid bemärkelse) i ett flertal situa-

* Docent, forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet.

¹ Jfr privaträttskodifikationerna *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2004) (UPICC) Art. 1.1 och 1.3, *Principles of European Contract Law* (1998) (PECL) Art. 1:102, och *Draft Common Frame of Reference* (2009) (DCFR) II – 1:101 och 103.

² Rodhe K., *Obligationsrätt*, Stockholm 1956, s. 78.

tioner,³ dels kvittning.⁴ De omöjlighetsbetingade situationerna och kvittning beskrivs nedan.

För att återgå till utgångspunkten: Möjligheten att prestera med substitut kräver motpartens samtycke. En "rätt" mot en motpart som är villkorad av motpartens samtycke är detsamma som att någon rätt inte finns. Det ligger inte något förvånansvärt i utgångspunkten. Avtalsvillkoren specificerar prestationen, den riktiga avtalsuppfyllelsen. Avtalsvillkoren måste naturligtvis få genomslag, vilket innebär att en prestation i allmänhet får uppfattas vara behäftad med en avtalsavvikelse om den inte till fullo motsvarar specifikationen.

Samma utgångspunkt bör tas i frågan om en borgenär har möjlighet att kräva ut en icke avtalad men likvärdig prestation av gäldenären. En säljare har ingen skyldighet att leverera "goods of a different genus ... even if the other genus may be fit for the contractual purpose", kan man läsa i en kommentar till FN:s köpkonvention CISG.⁵ Det faktum att gäldenären i och för sig har möjlighet att prestera med annat som skulle vara ändamålsenligt enligt avtalet förbinder inte gäldenären att göra detta. En annan sak är att gäldenären emellanåt kan ha ett intresse av att tillmötesgå borgenärens begäran, kanske för att undvika att begå avtalsbrott eller följderna av ett sådant. Valet att prestera med annat är emellertid förbehållet gäldenären själv.

3. Riktig avtalsuppfyllelse

Substitutproblemet kan i teorin hållas distinkt isolerat från problemet prestationsobjektets precisering.⁶ För att man ska behöva befatta sig med frågan om tillåtligheten av att prestera med eller att kräva substitut, krävs att man dessförinnan preciserat prestationsobjektet i vart fall så mycket att man vet att den erbjudna eller begärda prestationen inte kan anses vara den avtalade. Lite förenklat kan man säga att om prestationen inte är preciserad kan det inte avgöras om den erbjudna eller begärda prestationen motsvarar avtalets krav. Med hänsyn till bevisbördeplaceringen bör man vända på steken. Borgenären kan inte hävda avtalsavvikelse om bristen på precision ger gäldenären utrymme att prestera med vad som helst, även

³ Rodhe, s. 46 ff.

⁴ Rodhe, s. 52 ff.

⁵ Müller-Chen M., i Schlechtriem P. & Schwenger I. (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2005, s. 540.

⁶ Jfr Rodhe, s. 26 ff. ("Prestationsobjektets precisering") resp. 45 ff. ("Uppfylllesurrogat").

om sådana överenskommelser kan vara alltför lösliga för att ha förpliktande verkan.⁷

Prestationsobjektet kan också vara alternativt bestämt. Detta innebär en rätt för gäldenären att prestera med något av två eller flera alternativ eller en rätt för borgenären att kräva något av motsvarande alternativ. Som en presumtion kan antas att naturagäldenären inte medgivit naturaborgenären en sådan valfrihet,⁸ vilken kan brytas genom att det exempelvis framgår att naturaborgenären förbundit sig att förvärva någon prestation men med option att precisera vilken av flera. Det kan också tänjas att prestationen bestämts relativt ingående men inte i alla sina detaljer, och att avtalet förutsätter att borgenären ska bestämma det närmare utförandet.⁹

Man kan uttrycka saken så att en prestation antingen är avtalsenlig eller inte. Substitut är i så fall liktydigt med icke avtalsenlig prestation. Frågan är om det inte finns eller bör finnas ett utrymme för att godta substitut som avtalsenliga prestationer.

Ett bestämt objekt som förstörts kan inte ersättas med ett annat ting. Vid hyra av lös sak och lägenhet gäller att uthyraren resp. hyresvärden saknar skyldighet att anskaffa hyrestagaren resp. hyresgästen en ny sak eller lägenhet. Avtalet förfaller genom objektets förstörelse. Enligt 12 kap. 10 § första stycket jordabalken gäller detta även om det är hyresvärden som är vållande, och något undantag för det fall att hyresvärden har lediga lägenheter görs inte.¹⁰ På samma sätt antas en uthyrare inte ha någon skyldighet att erbjuda ett annat hyresobjekt även om uthyraren skulle ha ett sådant objekt tillgängligt. Detta gäller även om avtalet inledningsvis varit av genuskaraktär, och prestationsobjektet preciserats först senare genom att ett visst objekt bestämts för hyrestagaren.¹¹

⁷ Vid alltför stor löslighet beträffande avtalets innebörd, anses förhandlingsresultatet inte ens ha nått den konkretionsgrad och definition som krävs för bindande verkan, NJA 1978 s. 147. UPICC Art. 2.1.2 – *Definition of offer*: "A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance." Se även PECL Art. 2:201(1)(b) och DCFR II-4:201(1)(b).

⁸ Almén T., *Om köp och byte av lös egendom*, 4 u. av Eklund R., Stockholm 1960, s. 63: "Valrätten härvid kan tillkomma vilkendera kontrahenten som helst, men särskilda skäl fordras för antagandet, att säljaren velat avstå från densamma."

⁹ Jfr 60 § köplagen, som anger att säljaren får bestämma varans specifikationer i enlighet med vad som kan antas vara i köparens intresse, om köparen är sen med specifikationen. Köparen ska därefter tillställas säljarens specifikation och ges möjlighet att anmärka på denna.

¹⁰ 12 kap. 10 § jordabalken är tillämplig vid förstörelse innan tillträdet. Av 12 kap. 16 § första stycket följer att samma gäller vid förstörelse under hyresförhållandet.

¹¹ Hellner J., Hager R. & Persson A., *Kontrakt rätt. Speciell avtalsrätt II*. 4 u., 1 häftet, Särskilda avtal, Stockholm 2005, s. 196.

Nyligen utgångna produkter ger upphov till särskilda överväganden. För att åskådliggöra problemet kan man tänka sig en konsumentköpare som lämnat tillbaka en hushållsapparat eller en mobiltelefon på grund av fel i varan, en vara vars modell är utgången men kanske inte omöjlig att få tag på. Kan konsumenten i någon situation anses vara skyldig att ta emot en nyare modell av samma slags vara? Man kan också tänka sig en kommersiell uppdragsgivare. Sedan avtalet slutits, och produkten specificerats av uppdragstagaren och godtagits av uppdragsgivaren, visar det sig att den i avtalet specificerade utrustningen inte längre är lika lätt att komma över på grund av tillverkarens uppdatering av produktgruppen. Bör man tolka avtalet så att det avser den närmast tillgängliga produkt som avtalats eller har endera parten rätt att hålla fast vid den ursprungliga beställningen?

4. Uppfyllelsesurrogat

Begreppet uppfyllelsesurrogat har i modern svensk litteratur börjat användas för skadestånd.¹² Begreppsbruket påminner om den angloamerikanska förklaringen till underkännande av krav på fullgörelse av naturaprestation, s.k. *specific performance*, till förmån för skadestånd. Detta tankemönster har i sin tur kopplingar till läran om *efficient breach*, en idé om att man har rätt att köpa sig fri från sin prestation med ett skadestånd eller ett vite.¹³ Här brukas begreppet uppfyllelsesurrogat i traditionell mening.

Uppfyllelsesurrogat enligt Rodhes bestämmning är en uppfyllelse av avtalet som inte innebär s.k. riktig uppfyllelse men ändå utgör en rättsligt tillåten uppfyllelse. Typexemplet är kvittning. Utnyttjande av uppfyllelsesurrogat är alltså en alternativ form av uppfyllelse, som i sig inte är en avtalsavvikelse eller en påföljd mot avtalsavvikelse. Till dessa räknas även omöjlighetbetingade surrogat, vilka av Rodhe (uttömmande?) räknas upp enligt följande.¹⁴ Om egendom inte kan avlämnas till följd av borgenärens dröjsmål med att hämta eller ta emot varan kan denna under vissa förutsättningar säljas för borgenärens räkning.¹⁵ Köpeskillingen utgör ett surrogat för egendomen. Samma gäller om egendom inte kan avlämnas till följd av expropriation eller rekvisition. Om egendom inte kan avlämnas till

¹² Mellqvist M. & Persson I., *Fordran och skuld*, 8 u. 2009, s. 47 not 62, och Ramberg J. & Herre J., *Internationella köplagen*, 3 u. 2009, s. 491.

¹³ Goetz C.J. & Scott R.E., *Liquidated Damages, Penalties and The Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77 *Colum. L. Rev.* 554.

¹⁴ Rodhe, s. 46 ff.

¹⁵ 76 och 78 §§ köplagen (1990:931) och lagen (1985:982) om näringsidkares rätt att sälja saker som inte har hämtats.

följd av att den förstörs, skadas eller stjäls, utgör det eventuella skadestånd eller försäkringsbelopp som kan komma att utgå ett surrogat.¹⁶

Skulle man kunna uppfatta det så att gäldenären skulle kunna kvitta bort sin egen prestation i utbyte mot en annan, ett slags självkvittning med verkan mot borgenären? En av kvittningens grundtankar är att det vore en onödig omgång att tvinga en gäldenär att betala och samtidigt kräva sin motpart på betalning.¹⁷ En allmän kvittningsförutsättning är komputabilitet.¹⁸ Det betyder att prestationerna ska kunna mätas mot varandra efter mer eller mindre exakta mått. Prestationerna måste ha samma egenskaper, och varje avvikelse förhindrar kvittning. Vid sidan av penningfordringar och värdepapper är det sällan möjligt att hävda komputabilitet. För varor torde krävas att de är obegagnade. Inte ens en fabriksny "personbil" kan kvittas mot en annan fabriksny "personbil", såvida det inte råkar vara exakt samma fabrikat: Märke, modell, årsmodell, utrustningsversion och kanske t.o.m. fabrik. Det är inte ens säkert att en skyldighet att överlämna ett objekt som efter gäldenärens val kan ersättas med pengar, kan kvittas mot en penningfordran.¹⁹ Den snäva komputabilitetsbestämning som begränsar möjligheten vid kvittning måste också begränsa eventuella substitutionsmöjligheter om man utgår från kvittningsidén som grund.

5. Avtalsbrott

5.1 Rättelsepåföljderna

Vid avgörandet av frågan om rätten att prestera med substitut kan det vara nyttigt att betrakta det kontraktsrättsliga påföljdssystemet och framför allt de påföljder som är inriktade på rättelse av avtalsavvikelser: Fullgörelse, felavhjälpande och omleverans. I den mån dessa påföljder innefattar en rätt för gäldenären att vidta rättelse genom att prestera annat än det avtalade, föreligger också en rätt att prestera med substitut. Av stor betydelse

¹⁶ Fråga är om inte detta också borde omfatta förlorad äganderätt till följd av godtrosförvärv, jfr NJA 2003 s. 302.

¹⁷ Lindskog S., Kvittning. Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 2 u. Stockholm 1993, s. 57 f., anger att en besparingseffekt, som har relativt stor betydelse, uppstår vid kvittning i förhållande till s.k. separatreglering av fordringarna.

¹⁸ Lindskog, s. 134 ff.

¹⁹ NJA 1935 A 405: En person som hade "lånat" aktier av visst slag, hade sålt dessa. På yrkande av den som "lånat ut" aktierna hade låntagaren i dom förpliktats att överlämna likadana aktier eller att utge ersättning för dessa. Låntagaren försökte använda en motfordran till kvittning men detta medgavs inte med motiveringen att prestationsskyldigheten primärt gick ut på att överlämna aktierna.

är också dessa påföljders samband med påföljder som hävning och prisavdrag.

Den som drabbats av avtalsbrott har i allmänhet en rätt att kräva rättelse. Den avtalsbrytande har å sin sida i allmänhet en rätt att vidta rättelse.²⁰ Rättelse förutsätts ske med den först avtalade prestationen. Vid dröjsmål sker rättelse genom fullgörelse, vilket innebär att den försenade parten slutligen presterar. Då är det just den avtalade varan eller tjänsten som ska levereras. Vid fel sker rättelse genom antingen avhjälpande eller omleverans. Avhjälpande innebär att den felaktiga varan eller resultatet av tjänsten repareras. Vid omleverans är det visserligen ett nytt exemplar som levereras men detta exemplar är bara ett utbytesexemplar av samma slag som det först levererade exemplaret.

5.2 Fullgörelse, avhjälpande och omleverans

Vid dröjsmål kan naturaborgenären i allmänhet kräva fullgörelse, vilket innebär en rätt att kräva ut prestationen.²¹ Den prestation som avses är den avtalade prestationen och ingen annan.²² Kravet på fullgörelse avser att åstadkomma enbart det som borgenären velat uppnå med avtalet. Fullgörelse måste emellertid godtas som påföljd, eftersom en sådan rätt också typiskt sett ger rätt att utkräva prestationen med rättsliga medel. Borgenären har möjlighet att ansöka om vanlig handräckning och eventuellt också särskild handräckning,²³ även om det i fråga om utkrävande av avtalad pre-

²⁰ Jfr PECL Art. 8:104, *Cure by Non-Performing Party*: "A party whose tender of performance is not accepted by the other party because it does not conform to the contract may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrived or the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance." Se även UPICC Art. 7.1.4 och DCFR III.-3:202.

²¹ Se t.ex. 23, 52 och 53 §§ köplagen (1990:931).

²² Egenskapen av påföljd hos fullgörelse kan ifrågasättas just av denna anledning, Almén, s. 233, men detta förhållande anses inte tillräckligt besvärande, Hellner J., Hager R. & Persson A., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt*. 4 u. 2 häftet. Allmänna ämnen, Stockholm 2006, s. 154.

²³ 3 § 2 lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning (BfHL). Vanlig handräckning kan avse antingen avhysning, 3 § 1 BfHL, eller åläggande för "svaranden att fullgöra något annat än betalning, om tidpunkten för fullgörelse har inträtt", 3 § 2. – Möjligen kan borgenären också genomföra handräckning på grundval av särskild handräckning. Sådan möjlighet finns nämligen enligt 4 § 1 vid egenmäktig besittningsrubbing, om annan olovlig åtgärd vidtagits med fast eller lös egendom eller om "utövningen av sökandens rätt till viss egendom olovligen hindras". Särskilt det senare kan möjligen ge en avtalspart rätt till tillträde till egendom, eftersom det som sker "olovligen" inte heller grundar sig på avtal, jfr NJA 1999 s. 474.

station torde vara ovanligt.²⁴ Fullgörelse utgör inte bara en påföljd, utan verkar också som ett hävningshinder. Om fullgörelse skett inom den tilläggstid som stipulerats av endera parten kan hävning inte ske, 24 § och 25 § andra stycket köplagen. Om sådan tid inte stipulerats är borgenären tvungen att utnyttja sin eventuella hävningsrätt inom skälig tid från det att denne fått kännedom om fullgörelsen, 29 § köplagen.

Vid fel kan borgenären i allmänhet kräva felets avhjälpande.²⁵ Detta innebär reparation av den levererade prestationen. Borgenären kan också begära omleverans under förutsättning att felet är av väsentlig betydelse. Detta innebär leverans av en annan prestation än den första, men som motsvarar denna. Omleverans kan inte utkrävas om det är fråga om en speciesprestation, 34 § andra stycket tredje punkten köplagen. Vid tjänster brukar man inte beteckna en skyldighet att göra om tjänsten från utgångspunkten som omleverans, utan endast som ett avhjälpande. Också avhjälpande och omleverans fungerar som hävningshinder, 37 § köplagen.

Självhjälp utgör en påföljd som borgenären när så anses rimligt kan vidta utan gäldenärens samtycke, 36 § andra stycket köplagen. Självhjälp innebär att gäldenärens prestation ersätts med en annan.

6. Gäldenärens möjlighet att erbjuda substitut

6.1 Hävningsrättens väsentlighetskrav

Rätten till riktig avtalsuppfyllelse i den meningen att borgenären inte behöver underkasta sig någon jämkning vad avser den prestation som denne förhandlat sig till inskränks av flera slags normer. En betydelsefull inskränkning ligger i hävningsrättens väsentlighetskrav. Naturaborgenären får vanligen hävningsrätt först när avtalsavvikelsen blivit av sådan betydelse för borgenären att den kan betecknas som väsentlig.²⁶ Det uppställda väsentlighetskravet innebär i sig en relativisering av borgenärens rätt till den avtalade prestationen. Borgenären får mot kompensation i form av prisavdrag och skadestånd tåla prestationen som den är. Väsentlighetskravet är inriktat på prestationsavvikelsens betydelse för borgenären, och ver-

²⁴ Refererad överrättspraxis om handräckning behandlar vanligen utomobligatoriska (fr.a. grannelagsrättsliga) förhållanden, se t.ex. NJA 2000 s. 245. Undantag är NJA 1993 s. 103 och NJA 1999 s. 474, där en hyresvärds ansökan om särskild handräckning för borttagande av lokalhyresgästs ljusskylt avslogs.

²⁵ Så är emellertid inte fallet vid fastighetsköp.

²⁶ Se t.ex. Bengtsson B., Hävningsrätten i nytt läge? JT 1990–91 s. 479 med hänvisningar. Jfr UPICC Art. 7.3.1, PECL Art. 8:103 och DCFR III.-3:502.

kar som ett schabloniserat rättsmissbruksfilter. Detta betyder att gäldenären vanligen hinner undanröja dröjsmålet eller felet innan avtalsavvikelsen hunnit bli hävningsgrundande. På liknande sätt gäller att borgenären vanligen får rätt till prisavdrag först när avtalsavvikelsen inte har botats inom skälig tid. Den ursprungliga tanken med prisavdrag var sannolikt att den värdebrist som prisavdraget skulle ersätta skulle ha blivit definitiv.²⁷ Kontraktsrätten visar på sätt och vis tolerans genom att inte uppfatta avtalet hävt *ipso jure* eller att ge någon part omedelbar rätt att frånträda avtalet.²⁸

6.2 Delbarhetsprincipen

En annan väsentlig inskränkning av rätten till riktig uppfyllelse utgörs av den s.k. delbarhetsprincipen. Principen innebär att en borgenär saknar hävningsrätt och möjligen också temporär avvisningsrätt beträffande riktigt utgiven delprestation. Följden av detta är att borgenären kan tvingas ta emot en partiell prestation. Om borgenären mottar en prestation, ovetande om att det rör sig om en delprestation, sägs det att han inte kan avvisa denna.²⁹ Fram till nya köplagens införande var det möjligt för en köpare att avvisa en i och för sig delbar prestation i sin helhet.³⁰

Principen är lagfäst genom 43 § första stycket första punkten och 44 § första stycket köplagen. Innebörden är omdebatterad. Den allmänna meningen synes vara att ett *försök* till deluppfyllelse saknar verkan, dvs. om erbjudandet om deluppfyllelse har avvisats av borgenären.³¹ Denna uppfattning har kritiserats beträffande mängdmässigt mindre betydande partiella dröjsmål.³² Det har med hänvisning till UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts föreslagits att frågan om avvisningsrätt ska bedömas på grundval om borgenären hade någon rimlig grund att vägra deluppfyllelse.³³

²⁷ Jfr NJA 1998 s. 792 med JustR Håstads skiljaktiga mening, och Herre J., Rättsvetenskapliga studier tillägnade Knut Rodhe, Stockholm 1999, s. 147 ff.

²⁸ Rodhe, s. 350 f.: "Omvänt följer det av kravet på väsentlig oriktighet såsom förutsättning för rätten att avvisa oriktig prestation att gäldenären också har rätt att för sin del påfordra att han skall få fullgöra en obetydligt modifierad prestation."

²⁹ Hagström V., Obligasjonsrett, i samarbeid med M. Aarbakke, 5. oplag Oslo 2009, s. 198.

³⁰ Rodhe, s. 457 ff. Jfr Almén, s. 254 f. och 674, vari hävdades en distinktion mellan fall där avlämnande ännu inte skett och där avlämnande skett men ännu inte avvisats. I det första fallet ansåg Almén odelbarhetsprincipen gälla oinskränkt (bortsett från chikan) och i det senare saknades rätt att häva vid avtalsbrott av ringa betydelse. Rodhe, s. 458, konstaterade att belägg för att distinktionen skulle ha accepterats i rättspraxis saknades.

³¹ Hagström, s. 198 med hänvisningar.

³² Hagström, s. 198 f.

³³ UPICC art. 6.1.3(1). Hagström, s. 198 f. Munukka J., Kontraktuell lojalitetsplikt, Stockholm 2007, s. 372 ff.

Principens räckvidd har ansetts vara oklar.³⁴ Det direkta lagstödet begränsar sig till köp av lös egendom. Det är inte ens säkert att den sträcker sig till de områden där köplagen i allmänhet anses vara analogt tillämplig.³⁵ Skälet för tveksamheten är att en odelbarhetsprincip gällde på köprättens och den centrala avtalsrättens område³⁶ innan 1990 års köplags införande.³⁷ De bakomliggande skälen för principen torde emellertid göra sig gällande med samma styrka i kontraktsrätten i stort, varför den borde uppfattas som allmän.³⁸ Sådana hänsyn förefaller ha också ha tagits i konsumenttjänstlagen.³⁹

En konsekvens av 43 § köplagen måste vara att hävningsrätten inte ska få utövas i fall där borgenären rimligen borde kunna låta sig åtnöja med del prestationen. Om detta hävningshinder skulle kunna avväjas av en så enkel operation som genom att avvisa prestationen skulle syftet med delbarhetsbestämmelsen motverkas och det skulle också verka slumpmässigt till skydd för de borgenärer som vid mottagandet utövat denna avvisningsrätt. Den temporära avvisningsrätten bör inte kunna utnyttjas för att blockera delbarhetsprincipens syfte. Det kan emellertid ifrågasättas om delbarhetsprincipen inte borde utrustas med villkoret att gäldenären till stöd för sitt oriktiga erbjudande kan åberopa någon mera betydande olägenhet att åstadkomma riktig uppfyllelse.

6.3 Rättsmissbruk

En vägran att godta en avtalad prestation när avvikelser saknar betydelse accepteras inte mot bakgrund av det omtalade väsentlighetskravet. Är

³⁴ Jfr Herre J., Konsumentköplagen. En kommentar, under medverkan av Ramberg J., 3 u. Stockholm 2009, s. 378, och Munukka J., Köprättslig detentionsrätt. 1990 års köplags innehållanderättsregler, i Affärsjuridiska uppsatser 1996/97, Uppsala 1997, s. 267 f., 322 f.

³⁵ Köplagsanalogier torde främst kunna göras gällande vid hyra av lös egendom och vid materiella tjänster, jfr NJA 2005 s. 205, NJA 2001 s. 177 och RH 1989:77, vilka avgöranden alla avsåg bevisbördans placering vid tvist om vad som avtalats beträffande priset.

³⁶ Rodhe, s. 457 f., Olsen L., Några frågor rörande rätten till naturaprestation enligt det nordiska köprättsförslaget, SvJT 1987 s. 523 f. Krüger K., Kontraktetsrett, Bergen 1989, s. 185: "Det almindelige utgangspunkt er at leveringsvirkninger forutsetter fullstendig oppfyllelse fra yders side og at bestilleren kan avvise annen dellevering enn den kontrakten gir hjemmel for."

³⁷ Ramberg J., Köplagen. En kommentar, under medverkan av Herre J., Stockholm 1995, s. 79, 451 f., 459 f., Kihlman J., Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom, Stockholm 1999, s. 357 ff.

³⁸ Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 372 ff.

³⁹ För totalhävning av en tjänst som utförts helt eller till icke obetydlig del krävs att konsumentens syfte med tjänsten blivit huvudsakligen förfelat, 21 § tredje stycket och 29 § första stycket konsumenttjänstlagen (1985:716).

avvikelsen mängdrelaterad kan t.o.m. hävningsgrundande avvikelser accepteras, på så vis att den levererade mängden inte kan avvisas. Någon motsvarande relevansprövning sker inte i fråga om leverans av annat än det avtalade, även om prövningen vad som är den avtalade prestationen redan underkastats en sådan relevansprövning.⁴⁰ Ett skolexempel från engelsk rätt är rättsfallet *Arcos v. Ronassen*.⁴¹ En del av den levererade trästaven till tunnbindning hade blivit betydelselöst kortare än avtalat. Trots detta medgavs hävningsrätt. Om man vill uppfatta detta som den avtalade prestationen, men med viss avvikelse, kan rättsutövningen motverkas med ett väsentlighetsrekvisit. Om man emellertid uppfattar det levererade som något annat än det avtalade står denna möjlighet inte till buds.

Ett annat exempel erbjuder den norska skiljedom som refereras i ND 2001 s. 526. Två fartyg skulle levereras i samma utförande. Beställaren gjorde senare en tilläggsbeställning som innebar att ett av dessa systerfartyg skulle få ett annat utförande. Köpet av det andra fartyget hävdades sedan beställarens finansär av detta fartyg avlidit. Leveransen av det justerade fartyget fördröjdes och varvet erbjöd det andra fartyget som ersättning. Samtliga skiljemän godtog i och för sig en rätt för varvet att ställa ett substitut men majoriteten fann att avvikelserna mellan skeppen, bl.a. utförandena och deras unika registrering med säkerhetsrättsliga aspekter, var alltför stora för att kunna godtas som ett avtalsenligt erbjudande.

Ett tredje exempel – med motsatt utgång – är den danska højesteretsdomen U 1981.300. En bensinstationsföreståndare hade pantsatt fast egendom till säkerhet för sina förpliktelser enligt avtalet med oljebolaget. Sedermera uppstod en tvist mellan parterna. Utan koppling till detta bad föreståndaren om att få relaxera den fasta egendomen i utbyte mot bankgarantier. Oljebolaget vägrade detta. Højesteret förpliktade emellertid oljebolaget att uppge säkerheten i utbyte mot erbjudna garantier, eftersom domstolen fann att oljebolaget saknade varje legitimt skäl att godta säkerhetsbytet.

En vägran att godta en erbjuden annan men likvärdig eller bättre prestation bör på detta sätt alltid kunna granskas ur rättsmissbrukssynpunkt. I ND 2001 s. 526 fanns säkerligen goda skäl att inte acceptera erbjudandet, medan så knappast skulle anses vara fallet i *Arcos v. Ronassen*. I U 1981.300 var prestationerna ytligt betraktat helt olika varandra men likvärdiga till sitt syfte. I samma anda bör man kunna ifrågasätta den kategoriska inställningen att borgenären aldrig ska behöva acceptera något annat än det avtalade, när avvikelsen mellan det avtalade och det erbjudna objektivt sett framstår som betydelselös.

⁴⁰ Jfr Rodhe, s. 459: ”Det har i det föregående anförts, att man måhända har att räkna med en utvidgad avvisningsrätt i de fall då *riktig uppfyllelse blivit omöjlig* men galdenären, utan att vara skyldig därtill, erbjuder en oväsentligt avvikande prestation.”

⁴¹ *Arcos Ltd. v. E. A. Ronassen & Son* [1933] AC 270.

7. Borgenärens möjlighet att begära avtalssubstitut

7.1 Tilläggsarbete och förändrade instruktioner

Vid materiella tjänster har uppdragstagaren emellanåt en plikt att utföra tilläggsarbeten. Enligt 8 § tredje stycket konsumenttjänstlagen uppstår en sådan plikt antingen om tilläggsarbetet inte kan uppskjutas utan fara för allvarlig skada för konsumenten, om konsumentens anvisningar inte kan inhämtas eller om konsumenten begär det. För sådan plikt krävs dock även att det under tjänstens utförande framträder att tilläggsarbetet bör utföras i samband med tjänsten. Någon allmän skyldighet att utföra begärt tilläggsarbete har inte lagfästs, eftersom en sådan ansågs alltför långtgående.⁴² Enligt standardavtalen på entreprenadrättens område är entreprenören både berättigad och skyldig att utföra tilläggsarbete.⁴³

Vid immateriella tjänster av icke-konstnärlig art är borgenärens möjligheter ännu vidare.⁴⁴ Uppdragstagaren är bunden av uppdragsgivarens senast lämnade instruktioner, vilket innebär att någon möjlighet att utföra tjänsten på annat sätt sällan kan komma i fråga. Uppdragstagaren har också en allmän skyldighet att anpassa prestationen efter uppdragsgivaren.⁴⁵ Ibland kan en sådan skyldighet aktualiseras också vid köp.⁴⁶

7.2 Avbeställningsrätt

Borgenären kan också ha avbeställningsrätt. Konsumenter har med stöd av lag ofta sådan rätt med begränsad ersättningsskyldighet, 42 och 43 §§ konsumenttjänstlagen samt 37 och 41 §§ konsumentköplagen (1990:932). Utanför de lagstadgade fallen kan en sådan rätt ofta antas följa analogt.⁴⁷ Näringsidkaren har rätt att fullfölja en tjänst endast om konsumenten är i dröjsmål med betalning eller ställande av säkerhet, 44 § konsumenttjänstlagen. Enligt standardavtalen på entreprenadområdet gäller en allmän rätt

⁴² Prop. 1984/85:110 om konsumenttjänstlag, s. 182 f.

⁴³ AB 04 kap. 2 § 3. ABT 06 kap. 2 § 3.

⁴⁴ I Ds 2009:13, Konsumenttjänster m.m., s. 129, 135, 185, 192, 271 f. ansågs tilläggsarbetsregeln kunna komma i fråga för personbehandling, men ansågs å ena sidan mestadels sakna betydelse för immateriella tjänster, å andra sidan kunna bli aktuell vid konsulttjänster.

⁴⁵ Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 101, 301, 347, 353 f. Korling F., Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning, Stockholm 2010, s. 419 ff., 474 ff. och 489 ff.

⁴⁶ Jfr 17 § andra stycket 2 köplagen och Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 368 f.

⁴⁷ NJA 2002 s. 644. I Ds 2009:13 föreslås konsumenttjänstlagens avbeställningsregler bli gällande för personbehandling och ett stort antal tjänster av immateriell karaktär.

att avbeställa delar av den beställda entreprenaden.⁴⁸ Också vid andra materiella tjänster antas en allmän avbeställningsrätt finnas.⁴⁹ Vid immateriella tjänster kan uppdragstagaren vid uppdragsgivarens avbeställning i allmänhet inte fullfölja prestationen, även om uppdragstagaren kan ha rätt till uppsägningstid.

Utanför området för tjänster återfinns en avbeställningsregel i 52 § andra stycket köplagen som är tillämplig på tillverknings- och anskaffningsköp. Det kan tänkas att en avbeställningsrätt utanför denna bestämmelse kan stödjas på skadebegränsningsplikten.⁵⁰

7.3 Skadebegränsningsplikt

Om en icke-uppfyllelse kan lastas gäldenären, har gäldenären på rättsordningen direkt grundade incitament att försöka råda bot på missförhållandet, nämligen kontraktsbrottspåföljderna. Om icke-uppfyllelsen å andra sidan kan lastas borgenären, saknas i hög utsträckning sådana incitament. Ett instrument som emellertid kan göras gällande är skadebegränsningsplikten.⁵¹

En naturagäldenär har i utgångspunkten rätt att hålla fast vid avtalet i enlighet med den ursprungliga beställningen och begära dess fullföljande trots att borgenären förklarat sig inte vilja ha prestationen.⁵² Denna utgångspunkt är emellertid utsatt för ett mycket stort antal undantag med ganska så vida tillämpningsområden. Gäldenärens vidhållande av sin rätt att få prestera oförändrat kan lätt komma i strid med skadebegränsningsplikten. Härav följer varken omedelbart eller medelbart någon allmän plikt att leverera en annan prestation än den avtalade, men de undantag som grundar sig på borgenärens möjlighet att begära justeringar av prestationen gör att det sannerligen kan diskuteras om vad som utgör den avtalade prestationen och var gränsen går för denna.

8. Slutliga överväganden

Hur strängt bör förbudet att prestera med annat än det avtalade iakttas och är förbudet verkligen alltid så ändamålsenligt? Hur stor vikt bör man

⁴⁸ Se not 43 ovan.

⁴⁹ Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet, s. 76 f.

⁵⁰ Jfr Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet, s. 76 med hänvisningar i not 4.

⁵¹ Se t.ex. 70 § första stycket köplagen.

⁵² Se t.ex. 52 § första stycket och 53 § första stycket första punkten köplagen.

lägga vid tanken att rätten att fullgöra med annat än den avtalade prestationen också ska behöva motsvaras av en skyldighet att fullgöra med annat?⁵³

Ska exempelvis en säljare aldrig anses ha rätt att ersätta en felaktig vara som under en tid begagnats av köparen med en likadan begagnad men reparerad vara, dvs. med ett annat begagnat men bruks- eller försäljningsvärdemässigt likvärdigt exemplar, när avtalsobjektet är av genuskaraktär men så småningom har individualiserats. Eller kan det vara så att en sådan rätt bör finnas under vissa förutsättningar? Är det möjligen så att naturaborgenären kan sakna rätt att vägra en erbjuden rättelse om erbjudandet är bättre än ursprungsprestationen?

Exemplen ovan visar att rätten till riktig uppfyllelse i ursprungligen avtalad form inte på något vis är helig. Om borgenärens vägran – i förlängningen en hävning – att acceptera en erbjuden felaktig eller partiell prestation inte grundar sig på avtalsbrott av väsentlig betydelse som omfattar också den erbjudna prestationen godtas inte borgenärens vägran. Inte heller på den äldre köplagens tid godtogs avvisning som hade chikankaraktär. Tendensen är att vi går mot ett mindre rigoröst förhållningssätt när vi betraktar vad som utgör den avtalade prestationen och de modifieringar som vi tillåter av den.

En tillåtelse för *borgenären* att avvisa allt som inte motsvarar det som så småningom blivit bestämt ska utgöra prestationen, trots att den erbjudna prestationen i övrigt duger till uppfyllelse, står i dålig samklang med rättsmissbruksförbudet. Rättsmissbruk bestäms inte efter skadesyfte eller dolus, utan efter oproportionerlig rättsutövning. En tillåtelse för *gäldenären* att trots goda möjligheter underlåta att anpassa sig efter borgenärens önskemål kan stå i konflikt med skadebegränsningsplikten.

⁵³ Rodhe, s. 351: "Här kommer emellertid en särskild synpunkt att spela in. Läget kan ofta vara det att en modifikation kan vara obetydlig ur borgenärens synpunkt men så stor ur gäldenärens synpunkt, att man inte kan ålägga honom mot bestridande fullgöra den modifierade prestationen. Jantzen nämner såsom exempel det fallet att ett i certeparti angivet fartyg förolyckas men ett systerfartyg finnes att tillgå. Redaren är näppeligen skyldig att tillhandahålla detta. Ger man honom då en rätt att göra det, har man givit honom alltför stort tillfälle att tillgodose sitt eget intresse på motpartens bekostnad: är certepartiet förmånligt erbjuder han systerfartyget, är det oförmånligt åberopar han omöjligheten att fullgöra fraktavtalet. ... I vad mån man mera generellt kan säga att valrätten antingen är ömsesidig eller också icke alls existerar må emellertid vara osagt."

