

UiO : **Det juridiske fakultet**

Naturaloppfyllelseskravet

En komparativ analyse av kjøpers krav på naturaloppfyllelse i norsk og engelsk kjøpsrett.

Kandidatnummer: 564

Leveringsfrist: 25.04.13

Antall ord: 17 322



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.1.1	Problemstillingen	1
1.1.2	Avgrensning	1
1.2	Oppgavens videre fremstilling.....	2
2	RETTSKILDEBILDET OG RETTSKILDEBRUK I OPPGAVEN	3
2.1	To rettssystemer.....	3
2.1.1	Innledning	3
2.1.2	Forskjellig syn på hvorvidt naturaloppfyllelse kan kreves	4
2.1.3	Det norske rettskildebildet	5
2.1.4	Bruk av de norske rettskildene i den videre fremstillingen.....	6
2.1.5	Det engelske rettskildebildet	7
2.1.6	Bruk av de engelske rettskildene i den videre fremstillingen	10
3	OVERORDNEDE HENSYN	11
3.1.1	Hvorfor ha et krav på naturaloppfyllelse?.....	11
3.1.2	Hvorfor begrense adgangen til naturaloppfyllelse?	11
4	RETTLIG PLASSERING AV KRAVET PÅ NATURALOPPFYLLELSE ...	13
5	OVERSIKT OVER NATURALOPPFYLLELSESKRAVET I ENGELSK OG NORSK KJØPSRETT	14
5.1	Innledning.....	14
5.1.1	Definisjon.....	14
5.1.2	Materielle og prosessuelle sider av naturaloppfyllelsesreglene	15
5.1.3	Fremsettelse av kravet på naturaloppfyllelse	15
5.2	Utgangspunktene for anvendelse av naturaloppfyllelse i engelsk og norsk rett.....	17

5.2.1	Bestemmelsenes formål	17
5.2.2	SOGA section 52 (1)	17
5.2.3	Kjøpsloven § 23 (1).....	23
5.2.4	Felles vurderingsmomenter for kjl. § 23 (1) og SOGA s. 52 (1)	29
6	VURDERINGSMOMENTER FOR ANVENDELSE AV NATURALOPPFYLLELSESKRAVET	31
6.1	Oppfyllelsvansker.....	31
6.1.1	Innledning	31
6.1.2	Økonomiske vanskeligheter	32
6.2	Kjøperens subjektive forhold.....	35
6.2.1	Innledning	35
6.2.2	"Clean hands" doktrinen.....	35
6.3	Selgers subjektive forhold	37
6.4	Betydningen av at varen er fungibel.....	39
6.5	Kjøpers tapsbegrensningsplikt.....	41
6.5.1	Innledning	41
6.5.2	Tapsbegrensningsplikten.....	42
6.5.3	Betydningen av tapsbegrensningsplikten for naturaloppfyllelleskravet i norsk og engelsk rett	43
6.6	Lik anvendelse?	48
7	ANDRE VIRKNINGER AV OPPFYLLELSESKRAVET.....	50
7.1	Innledning.....	50
7.2	Equity-retten: Et prosessuelt hinder for anvendelse av kjøperens naturaloppfyllellesrett?.....	50
7.3	Naturaloppfyllelleskravets virkning for selgers erstatningsansvar	51
7.3.1	Innledning	51
7.3.2	Naturaloppfyllelleskravets virkning på adekvansvurderingen	51
7.3.3	Naturaloppfyllelleskravets stilling får virkning for selgers adgang til å begrense sitt erstatningsansvar	55

7.3.4	Kjøpers adgang til å påvirke erstatningskravets størrelse ved å fastholde kontrakten.....	57
8	AVSLUTNING.....	61
9	LITTERATURLISTE.....	63

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

1.1.1 Problemstillingen

Denne masteroppgaven vil ta for seg en komparativ analyse av kjøpers krav på naturaloppfyllelse i den norske og den engelske kjøpsretten. Det er interessant å sammenligne kravet på naturaloppfyllelse i norsk og engelsk rett, fordi de to systemenes utgangspunkt er helt forskjellig når det kommer til kjøperens mulige reaksjoner på et kontraktsbrudd fra selgers side. Utgangspunktet for kjøperens krav mot selger, ved kontraktsbrudd, er etter norsk rett naturaloppfyllelse. I engelsk rett er det derimot erstatningsansvar som er den primære misligholdsbeføyelsen ved kontraktsbrudd. Problemstillingen for oppgaven blir med dette hvilke konsekvenser som følger av at naturaloppfyllelse er utgangspunktet i norsk kontraktsrett, men ikke har en slik stilling i den engelske kontraktsretten.

1.1.2 Avgrensning

Oppgaven vil fokusere på naturaloppfyllelseskravet innen kjøpsretten, og vil derfor ikke omfatte naturaloppfyllelseskravet innenfor andre områder av kontraktsretten. Andre sider ved et kontraktsforhold, som for eksempel inngåelsen eller plikter og rettigheter under avtaleforholdet, vil ikke behandles. Oppgaven vil ikke omhandle andre misligholdsbeføyelser enn kravet på naturaloppfyllelse i større utstrekning enn det er nødvendig for å forstå de betraktninger som gjøres av naturaloppfyllelseskravets anvendelsesområde og virkninger.

Oppgaven vil omhandle kjøpers naturaloppfyllelseskrav ved forsinket levering fra selgers side. Det vil tas utgangspunkt i selgers oppfyllelse av hovedforpliktelsen under avtalen, hvilket vil si at oppgaven begrenses til å se på kjøpers krav på å få kontraktsgjenstanden levert av selger. Oppfyllelse av selgers biforpliktelser vil ikke bli behandlet spesielt.

Oppgaven vil kun ta for seg kjøperens krav til naturaloppfyllelse, og utelukker selgerens tilsvarende krav mot kjøper. Kjøpers krav på kontraktsmessig oppfyllelse er mer problema-

tisk enn selgers krav på naturaloppfyllelse fra kjøperen. Selgers krav på naturaloppfyllelse av kjøpers plikter etter kontrakten, gjelder som oftest betaling av avtalt vederlag. Dette vil ikke føre til særlige, rettslige problemer, ettersom pengekrav alltid vil kunne fullbyrdes ved dom. Å få en salgsgjenstand utlevert fra selger til kjøper, kan derimot skape tvilsspørsmål.

Oppgaven vil ikke omfatte lignende problemstillinger som kan oppstå i et kontraktsforhold. Det være seg for eksempel kontraktsbrudd i form av mangel ved salgsgjenstanden. Kjøper kan i tilfelle av mangel ha krav på å få avhjulpet denne, enten ved retting eller omlevering av tingen. Denne misligholdsbeføyelsen kan også sies å inneholde en form for et naturaloppfyllelseskrav,¹ ettersom dom på slik avhjelp påtvinger selger å gjennomføre kjøpet kontraktsmessig. Dette vil likevel ikke behandles videre i oppgaven.

Gjennomføringen av en dom på naturaloppfyllelse, inkludert problemstillingene som følger av den praktiske gjennomføringen, vil ikke behandles særskilt.

1.2 Oppgavens videre fremstilling

Oppgaven vil først gjennomgå forskjellene mellom den norske og engelske retten på et overordnet plan. Landenes ulike rettstradisjoner vil presenteres. Den historiske utviklingen som førte til Englands og Norges ulike rettstradisjon og norsk og engelsk rettskildebruk, vil inngå i denne presentasjonen. Deretter vil de to landenes regler om naturaloppfyllelseskrav bli gjennomgått og sammenlignet. Til slutt vil det rettes fokus mot noen utvalgte områder innen kjøpsretten som påvirkes forskjellig i norsk og engelsk rett, som følge av naturaloppfyllelseskravets ulike stilling i den norske og engelske kontraktsretten.

¹ Jf. Hagstrøm (2005) s. 139.

2 Rettskildebildet og rettskildebruk i oppgaven

2.1 To rettssystemer

2.1.1 Innledning

Engelsk og norsk rett er interessant å sammenligne, ettersom de to landene tilhører ulike rettstradisjoner. England følger den anglo-amerikanske rettstradisjonen, også kalt common law. Norge tilhører kontinentalretten, eller civil law-tradisjonen. Disse to systemene medfører ulik bruk av rettskilder. Det kan derfor være nyttig for den videre fremstillingen av oppgaven å se på noen av disse forskjellene.

Typisk for common law er at kilden til gjeldende rett primært er de ulike rettsprinsipper som fremkommer av rettspraksis.² Til forskjell fra common law-tradisjonen, tar civil law-tradisjonen utgangspunkt i vedtatte, skriftlige regler.³

Norsk rett er i en særstilling når det kommer til dette skillet i rettstradisjoner, da norsk rett ikke kan sies å følge en ren civil law- tradisjon. Norsk rett kan heller regnes som en mellomting mellom civil law og common law. Kilden til gjeldende norsk rett er i utgangspunktet skriftlige lovregler, slik som i civil law. Samtidig kan også gjeldende rettsregler komme til uttrykk gjennom ulovfestet rett. Sedvanerett og høyesteretts praksis kan blant annet være kilden til ulovfestede rettsregler og prinsipper. Disse kan gjelde for eksempel tolking og anvendelse av en aktuell lovregel eller uttrykke ulovfestede rettsregler. Rettspraksis og sedvanerett, i tillegg til relevante lovbestemmelse, er blant flere rettskilder som kan anvendes i norsk rett når man skal komme frem til den gjeldende rettsregel.⁴ Ulovfestet rett tilfører norsk rett en rettskildebruk liknende common law-tradisjonen.

² Jf. Merryman (1985) s. 25.

³ Ibid. s. 23.

⁴ Jf. Eckhoff (2001).

Både common law-tradisjonen og civil law-tradisjonen har røtter til oldtidens romerrett.⁵ Utgangspunktet ved kontraktsbrudd i den klassiske romerretten var at realkreditor kun hadde krav på en forholdsmessig pengesum (*Condemnatio pecuniaria*) ved kontraktsbrudd på realdebitors side. Dom på naturaloppfyllelse var ikke aktuelt.⁶ I en rekke europeiske land utviklet naturaloppfyllelse seg etter hvert til å bli en alternativ misligholdsbeføyelse, dog med særlige begrensninger knyttet til ulike kontraktstyper.⁷

2.1.2 Forskjellig syn på hvorvidt naturaloppfyllelse kan kreves

Den norske og engelske kontraktsretten har et grunnleggende ulikt syn på om man kan kreve naturaloppfyllelse, blant annet som følge av den historiske utviklingen. Prinsippet om at avtaler skal holdes, *pacta sunt servanda*, er et grunnleggende prinsipp i både norsk og engelsk kontraktsrett.⁸ Dette innebærer at partene har krav på å få avtalen oppfylt etter sitt innhold, eller at de får en substitutt for oppfyllelse, for eksempel erstatning.⁹

Norge er i dag blant flere civil law-land hvor naturaloppfyllelse er ansett som den misligholdsbeføyelsen som realkreditor i utgangspunktet har adgang til å benytte ved manglende oppfyllelse.¹⁰ England er derimot nærmere den romerske rettstradisjonen i dette henseende, selv om det i større grad er kontinentalretten som har bygget videre på den romerske rettstradisjonen.¹¹ Erstatning er den misligholdsbeføyelsen som realkreditor etter engelsk rett

⁵ Jf. Anners (2007) s. 115 og s. 141.

⁶ Jf. Selvig (1964) s.563.

⁷ Ibid. s.564.

⁸ Prinsippet ble utviklet i den gamle romerretten, og er med dette en del av den historiske utviklingen av både kontinentalretten og common law, jf. Zimmermann (1996) s. 537.

⁹ Jf. Hellner (1986) s. 341.

¹⁰ Se for eksempel Szladits (1955).

¹¹ Jf. Zimmermann (1996).

primært har krav på ved kontraktsbrudd.¹² Erstatning anses som en "prislapp" på et mislighold, for eksempel av selgers forpliktelser etter kontrakten:

"The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else."¹³

Det følger med dette av at realdebitor etter engelsk rett kan fri seg fra sine kontraktsrettslige forpliktelser når han misligholder avtalen, ved å utbetale erstatning til realkreditor.

En nærmere redegjørelse for det engelske rettskildebildet må til for å introdusere plasseringen av naturaloppfyllelseskravet som et unntak fra utgangspunktet med erstatningsansvar for selger. Før det engelske rettskildebildet belyses, vil det redegjøres kort for det norske rettskildebildet.

2.1.3 Det norske rettskildebildet

I denne oppgaven vil norsk, juridisk metode anvendes i samsvar med den alminnelige rettskildelæren. Noen ytterligere presentasjon av denne metoden anses ikke som nødvendig. Det kan imidlertid være tjenlig å si noe mer om de rettskilder som gjør seg gjeldende spesielt på kontraktsrettens, og med dette kjøpsrettens, område.

Siden denne oppgaven søker å belyse naturaloppfyllelseskravet i kjøpsretten, vil det ved fastsettelse av gjeldende rettsregler på området tas utgangspunkt i relevant lovgivning i tråd med den alminnelige rettskildelæren.¹⁴ Ved tolkningstvil vil andre rettskilder kunne belyse rettsregelens nærmere innhold. Norsk kontraktsrett, og dermed også norsk kjøpsrett, bygger

¹² Jf. Geldart (1995) s. 33. Den historiske bakgrunnen for at erstatning er blitt stående som den primære misligholdsbeføyelse i engelsk rett er det ikke rom for å utdype i denne oppgaven.

¹³ Jf. Holmes (1897) s. 462.

¹⁴ Jf. Eckhoff (2001).

i stor grad på reelle hensyn, sedvane og generelle kontraktsrettslige prinsipper.¹⁵ Disse kildene får bekreftet sin rettskildemessige vekt gjennom blant annet å komme til uttrykk gjennom rettspraksis. Rettspraksis kan derfor ha sentral betydning som rettskilde i kontraktsretten, og med dette også i kjøpsretten.

2.1.4 Bruk av de norske rettskildene i den videre fremstillingen

Kjøpsloven (kjl.)¹⁶ er den relevante loven som oppgaven vil basere seg på, ved gjennomgangen av naturaloppfyllelseskravet i norsk rett. Utgangspunktet for fremstillingen vil være kjl. § 23, da denne bestemmelsen hjemler kjøpers krav på naturaloppfyllelse ved kommersielle kjøpskontrakter.

Denne oppgaven vil i liten grad benytte rettspraksis. I all hovedsak vil ulike lovforarbeider og juridisk teori være de rettskilder som fremstillingen av naturaloppfyllelseskravet i norsk rett vil bygge på. Årsaken til dette er at tilgangen til relevant rettspraksis på området er knapp. Det er i det hele tatt svært få tilfeller hvor Høyesterett omtaler spørsmålet om naturaloppfyllelse. Det er funnet noen tilfeller fra tidligere rettspraksis knyttet til den gamle kjøpsloven av 1907.¹⁷ Relevant rettspraksis etter kjøpsloven av 1907 vil ikke omhandle naturaloppfyllelseskravet direkte, da dommene omhandler erstatning for unnlatt oppfyllelse. Spørsmålet om selgers erstatningsplikt, og utmålingen av denne, er hva som faktisk behandles av Høyesterett i disse dommene.¹⁸ Likevel vil dommene omtales i gjennomgangen av naturaloppfyllelseskravet etter norsk rett, da de gir uttrykk for reelle hensyn som også er relevante for vurderingen av virkeområdet for naturaloppfyllelseskravet etter dagens lovgivning.

¹⁵ Jf. Hagstrøm (2009) s. 42-79.

¹⁶ Lov 13. mai 1988 nr. 27.

¹⁷ Lov 24. mai 1907 nr. 2 (opphevet).

¹⁸ Jf. Bergem (2007) s. 125.

Det vil ofte bli henvist til kjøpslovens forarbeider, da disse sier en del om det nærmere innholdet i kjøpslovens bestemmelser ut over lovteksten selv. Samarbeidet mellom de nordiske landene er spesielt på kontraktsrettens område. Derfor vil også forarbeider knyttet til dette samarbeidet anvendes. Dette gjelder da NU 1984:5.

De finnes en rekke juridisk teori, som omhandler naturaloppfyllelseskravet både i norsk og engelsk rett. Kommentarer og betraktninger fra slik litteratur vil vektlegges hvor andre rettskilder ikke gir svar på det aktuelle spørsmålet.

Reelle hensyn og generelle kontraktsrettslige prinsipper vil som regel være en del av vurderingsgrunnlaget ved fastsettelsen av de norske reglene om naturaloppfyllelseskravet. I fremstillingen vil disse hensyn og prinsipper fremheves i den grad de kommer til uttrykk gjennom andre rettskilder eller hvor de belyser rettsregelen ut over hva som kan utledes av andre rettskilder.

2.1.5 Det engelske rettskildebildet

2.1.5.1 Common law

Den engelske retten har tre kilder som gjeldende rettsprinsipper kan utledes fra; common law, equity og skrevne rettsregler. Common law svarer til de rettsprinsipper, utviklet gjennom rettspraksis fra domstolene som var felles for hele England, helt fra disse begynte sin utvikling av retten på 1100-tallet.¹⁹ Common law-prinsippene er utgangspunktet i den engelske retten.

Behovet for et nytt utgangspunkt for utviklingen av rettsregler i England ble synlig under den normanniske kongemaktens inngripen i den engelske rettspleien i løpet av høymiddel-

¹⁹ Jf. Geldart (1995) s. 6.

alderen.²⁰ Bakgrunnen var at common law etterhvert ble ansett for å være for streng. Ofte kunne avgjørelsene lede til urimelige resultater. Like tilfeller skulle behandles likt, og etter hvert som rettsreglens virkeområde ble mer spesifiserte falt gråsonetilfellene utenfor. Equity-retten ble den engelske rettens svar på den stagnerte rettsutviklingen.

2.1.5.2 Equity

Equity er rettsprinsipper som bygger på en rimelighetsvurdering av det konkrete sakstilfellet dommeren står ovenfor. Equity kommer på banen hvor resultatet av relevant common law anses som urettferdig eller urimelig av dommeren.²¹ Anvendelsen beror med andre ord på rettens skjønn. Særegent med det engelske rettssystemet er nettopp deres skille mellom common law og equity.

Common law og equity ble lenge holdt formelt adskilt ved at de ble behandlet i separate domstoler. En kunne derfor ta sin dom fra common law-domstolen til equity-domstolen for en rimelighetsvurdering av resultatet etter common law. På denne måten var det mulig å få urimelige avgjørelser omgjort. Det formelle skillet ble opphevet ved "the Judicature Acts", vedtatt i 1873, som etablerte en felles domstol, "the High Court of Justice".²² Selv om common law og equity i dag behandles under samme domstol, er de fortsatt to adskilte regelsett. Det er opp til dommerens skjønn om equity skal komme til anvendelse. Kilden til equity-retten er som i common law primært rettspraksis. I dag er en del rettsområder også kodifisert i lov.²³ Slik det ble stadfestet i s. 25(11) i "the Judicature Act", går equity foran common law ved konflikt mellom de to regelsettene.²⁴ Equity-retten benyttes altså side om side med common law-reglene. Den supplerer common law, men påvirker den ikke.²⁵

²⁰ Jf. Anners (2007) s. 141.

²¹ Jf. Goldschmidt (1973) s. 95.

²² Jf. Geldart (1995) s. 28.

²³ Ibid. s. 20.

²⁴ I dag erstattet av s. 49 i "the Supreme Court Act 1981".

²⁵ Jf. Goldschmidt (1973) s. 81.

Retten til å kreve naturaloppfyllelse omtales som "specific performance" i den engelske kontraktsretten og tilhører equity-retten i det engelske rettssystemet. "[E]quity will only grant specific performance if, under all the circumstances, it is just and equitable so to do".²⁶ "Specific performance" anvendes med andre ord etter rettens skjønn. Kjøper har ikke en umiddelbar rett til naturaloppfyllelse i engelsk rett, og dette er begrunnelsen for denne misligholdsbeføyelsens subsidiære anvendelse i forhold til erstatning. Etter engelsk kontraktsrett har kjøperen en rett til å kreve erstatning for det tap som er lidt så snart et kontraktsbrudd er påvist.²⁷

2.1.5.3 Skreven rett

Som i norsk rett, finnes det skrevne rettsregler i form av lover også i den engelske retten. Disse har på en rekke rettsområder både gjort unntak for, og kodifisert common law og equity.²⁸ Et eksempel på sistnevnte er Sale of Goods Act 1893 (SOGA) og dens s. 52 om "specific performance".²⁹

Et grunnleggende prinsipp i engelsk rett er at lovtekst har forrang dersom den kommer i motstrid med common law eller equity.³⁰ Rettspraksis spiller likevel en stor rolle i fastsettelsen av den skrevne regelens innhold, ettersom lovregelen ofte er en kodifikasjon av allerede stadfestede rettsprinsipper fra common law og equity og siden det er nettopp dommerne som tolker og anvender lovteksten.³¹

²⁶ Jf. *Stickney v. Keeble* [1915] A.C. 386 (HL) s. 419.

²⁷ Jf. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL), s. 11.

²⁸ Jf. Goldschmidt (1973) s. 17.

²⁹ Jf. SOGA s. 1, jf. s. 61(1).

³⁰ Jf. Goldschmidt (1973) s. 27.

³¹ Jf. Geldart (1995) s. 3.

Det grunnleggende forholdet mellom common law, equity og skreven rett er mye omtalt og diskutert i juridisk teori, men vil ikke vies mer plass i denne oppgaven.³²

2.1.6 Bruk av de engelske rettskildene i den videre fremstillingen

Utgangspunktet for gjennomgangen av naturaloppfyllelseskravet i engelsk kjøpsrett vil være SOGA. Section 52 hjemler kjøpers krav på "specific performance", og er derfor den bestemmelsen oppgaven vil være basert på. I tråd med prinsippet om den skrevne retts forrang, vil bestemmelsens ordlyd være utgangspunktet for fastsettelsen av rettsregelens innhold.

SOGA s. 52 er en kodifisering av equity-retten, og den har således ikke endret den uskrevne regelen om naturaloppfyllelse.³³ Ettersom tidligere dommer fra equity-retten er grunnlaget for naturaloppfyllelseskravet, vil dommer som tar for seg ulike problemstillinger knyttet til "specific performance", anvendes for å illustrere og utdype rettsregelens vilkår og rammer der hvor SOGA s. 52 ikke er tilstrekkelig klar. I avgjørelser hvor domstolen har benyttet common law, og ikke omgjort resultatet ved equity, vil common law-prinsippet utgjøre en begrensning i anvendelsesområdet for det alternative equity-prinsippet. Common law-prinsipper vil med dette også få betydning ved kartleggingen av "specific performance" sitt anvendelsesområde, i tillegg til de relevante equity-prinsippene.

Dommer som gjelder andre kontraktstyper enn kommersielle kjøpskontrakter vil også kunne være relevante, ettersom kodifisert, engelsk kjøpsrett bygger på de generelle kontraktsrettslige prinsipper fra common law og equity. De prinsipper og vurderingsmomenter som fremkommer av rettspraksis på andre kontraktsrettslige områder kan derfor være relevant ved fastleggingen av innholdet i SOGAs bestemmelser.

³² Se Goldschmidt (1973)

³³ Jf. *Re Wait* [1927] 1 Ch. 606, s. 617

3 Overordnede hensyn

3.1.1 Hvorfor ha et krav på naturaloppfyllelse?

Selv om de to landenes rettstradisjoner har ulikt utgangspunkt når det kommer til naturaloppfyllelse, må det likevel kunne pekes på noen underliggende hensyn som er felles for begge rettstradisjoner, ettersom naturaloppfyllelse har fått sin plass i både norsk og engelsk kontraktsrett.

Naturaloppfyllelse er omtalt som realkreditors iboende rett, som realdebitor ikke har noe krav på å frata han ved å misligholde avtalen.³⁴ Hensynet til realkreditors forventninger som følge av avtalen som er inngått, er den tydelige bakgrunnen for en regel om naturaloppfyllelse ved kontraktsbrudd. Naturaloppfyllelse sørger for at realkreditor får det han har forventet ut av avtalen. Et alternativ til naturaloppfyllelse er erstatningsansvaret, som har som formål i både norsk og engelsk rett å sette realkreditor i samme økonomiske situasjon som om avtalen hadde blitt oppfylt. Selv om norsk og engelsk rett har valgt hvert sitt alternativ som utgangspunkt for kjøpers krav ved kontraktsbrudd, er det i begge rettssystemer tilkjennegitt at enkelte realytelser ikke i tilstrekkelig grad kan erstattes av en sum penger. Å insistere på oppfyllelse etter avtalens innhold vil derfor, i en del tilfeller, være den riktige og rimelige løsningen i både norsk og engelsk rett. Hva som skal til for at realkreditor skal ha krav på naturaloppfyllelse er svært forskjellig i de ulike rettstradisjonene. Det er blant annet disse forskjellene som i det følgende skal gjennomgås.

3.1.2 Hvorfor begrense adgangen til naturaloppfyllelse?

På samme måte som det er felles underliggende hensyn for at realkreditor skal kunne få oppfylt avtalen i natura, er det også felles underliggende hensyn for å begrense denne adgangen. Det kan ikke kreves naturaloppfyllelse av alle typer kontrakter, da dette vil være

³⁴ Jf. Smith (2005) s. 227.

urimelig å påtvinge realdebitor i enkelte tilfeller. Hensynet til realdebitor er sentralt med tanke på begrensninger i realkreditors naturaloppfyllellesrett. På et visst punkt må det settes en grense for hvor stor oppofrelse realdebitor skal ha for å oppfylle kontrakten. Nye forhold etter kontraktsinngåelsen kan for eksempel føre til at balansen i kontrakten forskyves, slik at oppfyllelse vil bli urimelig tyngende for realdebitor. Det kan være seg at oppfyllelse vil bli for kostbart eller at varen simpelthen ikke lenger er tilgjengelig.

Effektivitetshensyn og hensyn til partenes prosesskostnader spiller også inn når det er gjort unntak for realdebitors oppfyllellesplikt. I noen sammenhenger vil hensynet til hva som vil være mest effektivt gå foran hensynet til realkreditors krav på naturaloppfyllelse, og erstatning vil i disse tilfellene kunne tenkes som et fordelaktig alternativ. Det kan fort bli kostbart for realkreditor å ta sin sak gjennom rettssystemet for å få naturaloppfyllelsen gjennomført, hvor realdebitor motsetter seg et slikt krav. En raskere og mindre kostbar løsning for realkreditor kan være å heve kjøpet og i stedet kreve sitt tap erstattet. En slik løsning kan ofte være den minst kostbare og effektive løsningen også for realdebitor, dersom anskaffelsen av kontraktsgjenstanden blir svært ressurskrevende eller vanskelig.

4 Rettslig plassering av kravet på naturaloppfyllelse

Både i engelsk og norsk rett er naturaloppfyllelseskrav en av flere misligholdsbeføyelser en part i et kontraktsforhold potensielt kan kreve av medkontrahenten, dersom det foreligger et avtalebrudd fra dennes side. Kjl. § 22 lister opp oppfyllelse som en av flere misligholdsbeføyelser kjøper kan gjøre gjeldende når forsinkelse foreligger. Det samme fremkommer av SOGA § 52 (1). Det må foreligge "any action for breach of contract to deliver" for at retten skal kunne vurdere å idømme "specific performance".

I både norsk og engelsk rett gjelder læren om rettsvirkningene av kontraktsbrudd som alminnelige prinsipper i kontraktsretten. For mange kontraktstyper er misligholdsbeføyelsene lovregulert særskilt i begge rettssystemer. Engelsk rett har samtidig en praksis med egne lover som i større grad regulerer konkrete rettsspørsmål som er felles for flere kontraktstyper.³⁵ For norsk kontraktsrett vil underliggende generelle prinsipper og reelle hensyn tilknyttet ulike kontraktstyper kunne utledes av sedvane, rettspraksis eller andre rettskilder.³⁶ Den engelske kontraktsretten er underlagt generelle kontraktsrettslige prinsipper utviklet i common law eller equity- retten.

Realkreditors eventuelle krav på naturaloppfyllelse vil først bli aktuelt når avtalen mellom partene misligholdes av realdebitor i form av forsinket levering av salgsgjenstanden. Spørsmålet om naturaloppfyllelse forutsetter derfor at det foreligger en gyldig, bindende avtale mellom partene, som kan misligholdes. I både kjl. § 23 (1) og SOGA s. 52 (1) forutsettes det at det foreligger et kontraktsbrudd i form av forsinkelse på selger side.

Det følgende vil overordnet gjennomgå naturaloppfyllelseskravet i norsk og engelsk rett. En grunnleggende innføring i de to rettssystemenes regler for naturaloppfyllelse er nødvendig for å kunne forstå de komparative betraktninger som gjøres senere i fremstillingen.

³⁵ Se for eksempel "Misrepresentation Act 1967" og "Unfair Contract Terms Act 1977".

³⁶ Jf. Hagstrøm (2009) s. 72.

5 Oversikt over naturaloppfyllelseskravet i engelsk og norsk kjøpsrett

5.1 Innledning

5.1.1 Definisjon

I engelsk rett benyttes "specific performance" i en vid og en snever forstand.³⁷ I vid forstand omfatter "specific performance" alle forpliktelser som fremkommer av kontrakten. I snever forstand benyttes "specific performance" om et krav på oppfyllelse av kontraktens positive forpliktelser. Positive kontraktsrettslige forpliktelser er en parts forpliktelse til å levere eller utføre noe. Typisk en selgers forpliktelse til å levere salgsgjenstanden til kjøperen, og nettopp kjernen for denne oppgaven. En annen underkategori av "specific performance" i vid forstand er "injunction". Denne misligholdsbeføyelsen gjelder oppfyllelse av de negative forpliktelsene en part kan påta seg i et kontraktsforhold. En negativ forpliktelse er motsetningsvis en parts forpliktelse til ikke å gjøre noe, eller å reversere en allerede utført handling. Et eksempel her kan være å få dom på at man ikke kan inngå en kontrakt med en tredjepart, fordi det ville være uforenelig med allerede eksisterende kontraktrettslige forpliktelser.³⁸ Norsk rett skiller ikke mellom ulike forpliktelser når det kommer til hva som faller inn under naturaloppfyllelseskravet, og ligner derfor mer "specific performance" i vid forstand. Naturaloppfyllelseskravet i norsk rett innebærer at realkreditor, som utgangspunkt, har rett til å kreve at kontrakten oppfylles etter sitt innhold.³⁹

³⁷ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 126.

³⁸ Se for eksempel *Decro Wall International S.A v. Practitioners in Marketing Ltd* [1963] 3 All ER 402

³⁹ Jf. kjl. § 23. Se også Hagstrøm (2005) s. 138.

5.1.2 Materielle og prosessuelle sider av naturaloppfyllelsesreglene

Naturaloppfyllelseskravet i den norske kontraktsretten er en materiell rett i den forstand at realkreditor kan kreve kontrakten oppfylt i kraft av å være realkreditor: "Kjøperen kan fastholde kjøpet og kreve oppfyllelse." Kjl. § 23 (1) 1. punktum viser her til at oppfyllelse er et krav kjøperen innehar i kraft av å være kjøperen i kontraktsforholdet. Hvor selger misligholder, kan kjøperen, i siste instans, imidlertid få sitt krav på naturaloppfyllelse fastsatt av en domstol, slik at han har et grunnlag for å få tvangsgjennomført oppfyllelse av kontrakten.⁴⁰ Dette vil da være et spørsmål om kjøper har en prosessuell rett til oppfyllelse av kontrakten.

I engelsk kontraktsrett er "specific performance" en misligholdsbeføyelse under equity-retten, og anvendes derfor etter rettens skjønn. Dette fremgår blant annet av SOGA s. 52 (1) som sier at "specific performance" kan anvendes dersom retten anser det passende.⁴¹ Det er med andre ord kun ved å ta saken til domstolene at en realkreditor kan få et krav på naturaloppfyllelse. Til forskjell fra norsk rett vil ikke kjøper ha et naturaloppfyllelseskrav i det han er part i en kjøpskontrakt. Det er domstolen som beslutter om kjøperen skal tilkjennes en slik rett.

5.1.3 Fremsettelse av kravet på naturaloppfyllelse

Kjl. § 23 (3) inneholder en passivitetsregel. Etter denne bestemmelsen mister kjøperen sitt krav på naturaloppfyllelse dersom "han venter urimelig lenge" med å fremme kravet. Fristen regnes fra det tidspunkt kjøperen vet at det vil bli en forsinkelse, for eksempel fordi selgeren melder ifra om dette. Alternativt begynner fristen å løpe idet det avtalte leveringstidspunktet er kommet og levering faktisk er forsinket. Dette sier seg selv, i og med at kjøper ikke vil kunne fremsette et krav før han er blitt klar over at et slikt krav kan foreligge.

⁴⁰ Lov om tvangsfullbyrdelse 26. juni 1992 nr. 86 § 4-1

⁴¹ "[T]he court may, if it thinks fit", jf. SOGA s. 52 (1).

Hva som ligger i at kjøper ikke må vente "urimelig lenge" med å fremme kravet, vil det ikke være rom for å diskutere særskilt, da dette begrepet kan fylle en oppgave i seg selv. Det vises av den grunn kort til forarbeidene, hvor departementet uttaler seg om hva som skal anses som "urimelig lenge":

"[Det] beror på de konkrete forhold, f eks kjøpets art og selgerens opptreden etter at forsinkelse er inntrådt. Generelt kan det antas at fristen for å kreve oppfyllelse vil være lengre enn fristen for å heve eller kreve erstatning etter levering."⁴²

Passivitetsregelen i § 23 (3) må også gjelde når kjøper fremsetter et krav på naturaloppfyllelse etter at vanskeligheten som forhindrer oppfyllelse har bortfalt. Dette reguleres i kjl. § 23 (2). Ettersom fristen i kjl. § 23 (3) nettopp står som et eget ledd, indikerer dette at den gjelder for bestemmelsens øvrige ledd. Kjl. § 23 (2) behandles nærmere nedenfor.

SOGA s. 52 krever i annet ledd også at kjøper fremsetter kravet på naturaloppfyllelse.⁴³ Til forskjell fra den norske regelen skal ikke kravet fremsettes ovenfor selger, men ovenfor domstolen. Dette kommer naturlig nok av at "specific performance" er et krav kjøper kun kan få innvilget gjennom dom.

I likhet med kjl. § 23 (3) settes det også i SOGA s. 52 en tidsfrist for når kravet på naturaloppfyllelse senest må være fremsatt. Fristen her er ikke skjønnsmessig, slik som etter den norske bestemmelsen. Kjøper må etter SOGA s. 52 (2) ha fremsatt kravet på "specific performance" "at any time before judgment or decree." Kjøper har altså etter engelsk rett, mulighet til å fremme et krav på naturaloppfyllelse helt til en dom eller annen avgjørelse foreligger. Dette henger sammen med at kjøper i utgangspunktet ikke vil ha et krav på naturaloppfyllelse i det det fremmes et krav om dette, slik det er etter norsk rett. At kjøper ovenfor domstolen fremmer et krav om naturaloppfyllelse gir han ingen annen rett enn at domstolen

⁴² Jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987), s. 67.

⁴³ "[O]n the plaintiff's application", jf. SOGA s. § 52 (1).

vil vurdere adgangen til å anvende "specific performance" i den aktuelle saken, og hvorvidt de vil benytte seg av denne adgangen. Passivitet i forkant av rettsaken vil ikke ha noen innvirkning på kjøperens rett til å få "specific performance " vurdert av retten, i motsetning til i norsk rett.

5.2 Utgangspunktene for anvendelse av naturaloppfyllelse i engelsk og norsk rett

5.2.1 Bestemmelsenes formål

Etter kjøpsloven § 23 (1) kan kjøper som utgangspunkt fastholde kjøpet og kreve oppfyllelse når levering fra selger er forsinket. Ettersom dette utgangspunktet gjelder som et alminnelig prinsipp i den norske kontraktsretten, er hovedformålet til § 23 å fremsette de unntak som finnes for selgers oppfylleelsesplikt.⁴⁴ SOGA s. 52 (1) gir på sin side domstolen myndighet til å påtvinge selger å oppfylle kjøpskontrakten ved forsinkelse. Section 52 (1) fastsetter en misligholdsbeføyelse i tillegg til common law-prinsippet om at det er erstatning som i utgangspunktet er tilgjengelig. Formålet med SOGA s. 52 (1) blir i og for seg det motsatte av formålet til kjl. § 23 (1). SOGA s. 52 peker på de situasjoner hvor "specific performance" kan anvendes av retten, i kontrast til kjl. § 23 (1) som peker på forhold som fører til at denne misligholdsbeføyelsen er unntatt fra anvendelse.

5.2.2 SOGA section 52 (1)

Av SOGA s. 52 (1) fremkommer det ikke klart hvilke situasjoner som fører til at selger må oppfylle kontrakten, i stedet for kun å betale erstatning. Bestemmelsen setter som vilkår at kontraktsgjenstanden må være "specific"⁴⁵ eller "ascertained".⁴⁶ Felles for de to begrepene er at salgsgjenstanden må være mulig å identifisere som gjenstanden for den aktuelle

⁴⁴ Jf. Bergem (2007) s. 120.

⁴⁵ Jf. SOGA s. 61 (1).

⁴⁶ Ibid. s. 18.

kjøpskontrakten, enten ved å være unik, merket eller adskilt fra lignende varer. Kontrakten må med andre ord gjelde kjøp av en individuelt bestemt vare, også kalt et spesiekjøp. En vare er individuelt bestemt hvor kontrakten kun kan oppfylles med den gjenstanden som fremkommer av kontrakten, fordi gjenstanden er spesifisert. Eksempler på individuelt bestemte varer er et originalt maleri eller en bruktbil. Hvor gjenstanden derimot er artsbestemt, slik at det finnes flere tilsvarende varer som selger har anledning til å oppfylle med, står vi ovenfor en generisk bestemt vare. Penger og råvarer er typiske generisk bestemte varer. Om varen er individuelt eller generisk bestemt utledes av avtalen.

Som følge av vilkåret om at varen må være "specific" eller "ascertained", synes det som at dom på "specific performance" er utelukket etter SOGA s. 52 (1) hvor kjøpet gjelder generisk bestemte varer.⁴⁷ Dette er en videreføring av tidligere rettspraksis, hvor "specific performance" ble innvilget ved unika, som for eksempel kunst eller eiendom.⁴⁸ Rettspraksis viser at varen i seg selv ikke behøver å være unik, så lenge den er unik for selgers planlagte bruk. *Falcke v. Gray* omhandlet spørsmålet om "specific performance" av en orientalsk krukke. Krukken var ikke unik, men "specific performance" ble likevel innvilget kjøperen på bakgrunn av dens "unusual beauty, rarity and distinction".⁴⁹

På bakgrunn av common law-prinsippet om at erstatning er den reaksjonen som i utgangspunktet skal anvendes, blir "specific performance" kun innvilget kjøper hvor erstatning ikke vil være et tilstrekkelig (adequate) middel til å avhjelpe de vansker kjøperen får som

⁴⁷ Olje ble gjenstand for naturaloppfyllelse i *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd*. [1974] 1 WLR 576. Begrunnelsen for dette var at tilgangen på olje var svært begrenset grunnet en oljekrise. Den avtalte oljeleveransen ble av den grunn ansett for å være "commercially unique", og realdebitor måtte oppfylle. Denne avgjørelsen kan ikke sies å være i samsvar med ordlyden i SOGA paragraf 52 (1), og retten nevner heller ikke denne bestemmelsen i dommen. "Specific performance" av avtaler som ikke faller inn under SOGA s. 52 kan derfor ikke utelukkes hvor en generisk vare er svært utilgjengelig.

⁴⁸ Se for eksempel *Lowther v. Lord Lowther* (1806) 13 Vesey Junior 95 og *Sudbrook Trading Estate Ltd. Appellants v Eggleton and Others Respondents* [1983] 1 A.C. 444.

⁴⁹ Jf. *Falcke v. Gray* [1859] 62 E.R. 250, s. 252.

følge av kontraktsbruddet.⁵⁰ Dommer Lord Hanworth kommenterer at "specific performance" ble utviklet

"to meet a difficulty and hardship suffered by a buyer in respect of specific goods".⁵¹

Et erstatningskrav mot selger vil ofte ikke avhjelpe kjøper i tilstrekkelig grad, hvis salgstingen er vanskelig eller umulig å erstatte. Kjøper kan ha en spesiell interesse i gjenstanden, som en tredjepart kanskje ikke innehar. Gjenstandens verdi for kjøper kan ikke måles i penger, da den er unik for den aktuelle kjøperen. Dom på naturaloppfyllelse vil derfor være eneste middel som vil avhjelpe kjøpers vansker som følge av forsinket levering.

Utgangspunktet for vurderingen av om erstatning er et tilfredsstillende substitutt for kjøper, er hvor tilgjengelig en tilsvarende vare er på det åpne markedet.⁵² Spørsmålet er med andre ord hvorvidt varen er fungibel eller ikke. Med fungibel vare menes en vare som lett kan ombyttes med gjenstander av samme slag etter en alminnelig vurdering. Hvorvidt en vare er fungibel eller ikke- fungibel bestemmes av adgangen til å skaffe tilsvarende vare til enhver tid. Dersom varen kan skaffes fra et annet sted, kan kjøperen selv skaffe en ny vare fra en annen leverandør. Erstatning vil med dette være tilstrekkelig for kjøperen. Dersom erstatning i tilstrekkelig grad avhjelper kjøpers vansker som følge av en uteblitt levering, vil det ikke bli nødvendig av domstolen å anvende equity-prinsipper, inkludert "specific performance".

Ordlyden i SOGA s. 52 (1) er ikke begrenset til kun å gjelde unike varer, men åpner for naturaloppfyllelse av alle varer som er "specific" eller "ascertained". Common law-prinsippet om at en tilsvarende vare ikke må være tilgjengelig, står imidlertid sterkt i den engelske kjøpsretten. Dette prinsippet inngår i tolkningen av SOGA s. 52 (1), og begrenser

⁵⁰ Jf. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL), s. 11.

⁵¹ Jf. *Re Wait* [1927] 1 Ch. 606, s. 617.

⁵² *Ibid.* s. 630.

bestemmelsens virkeområde selv om lovteksten uttrykkelig gir domstolen kompetanse til å dømme "specific performance" hvor den finner det passende.⁵³

Rettspraksis på området for vurderingen av hvilke gjenstander som er tilgjengelig på det åpne markedet viser at det foreligger gråsoner og kravene til salgstingens spesielle karakter anvendes strengt. I *Cohen v. Roche* kom dommeren til at åtte stoler, kjøpt på auksjon, "were ordinary articles of commerce and of no special value or interest".⁵⁴ Kjøperen måtte med dette nøye seg med erstatning. Det er vanskelig å si hvorfor "specific performance" ikke ble idømt her. Ettersom stolene var gjenstander for en auksjon, og således utstilt som en identifisert gruppe ting, vil det kunne hevdes at kjøper her hadde en spesiell interesse for nettopp disse åtte stolene. Hvorfor naturaloppfyllelse av avtalen om kjøpet av den orientalske krukken i *Falcke v. Gray* ble innvilget kjøperen, men ikke i dette tilfellet, er ikke innlysende.

En annen sak, *Phillips v. Lamdin*, omhandlet et kjøp av et hus med en sjelden, utsmykket dør, laget av en kunstner ved navn Adam. Døren ble imidlertid fjernet før overtakelse, og kjøperen krevde naturaloppfyllelse. Dommeren uttalte at

"You cannot make a new Adam door. You cannot in these times re-fashion a door or make a copy ... I do not see how damages can be an adequate remedy in that case".⁵⁵

I dette tilfellet ble varen ansett som unik, og faller med dette klart inn under virkeområdet for "specific performance". Selgeren ble dømt til å levere den utsmykkede døren til kjøperen.

⁵³ Jf. Rowan (2012) s. 26.

⁵⁴ Jf. [1927] 1 K.B. 169, s.181.

⁵⁵ Jf. [1949] 2 K.B. 33, s. 41.

En mye diskutert og kritisert⁵⁶ avgjørelse, setter spørsmålstegn ved hvor mye som faktisk må til for at en kjøper skal få gjennomslag for sitt krav om "specific performance". The Court of Appeal kom til at erstatning var en tilfredsstillende beføyelse for kjøperen i *Sociétés des Industries Metallurgiques S v. Bronx Engineering Co. Ltd.*,⁵⁷ hvor selgeren ikke leverte et stort maskineri i tide. Avgjørelsen ble tatt til tross for at det ville ta i underkant av ett år for kjøperen å få maskineriet fra en annen leverandør, samt at denne forsinkelsen ville være svært belastende for kjøperens virksomhet. Maskineriet ble av retten likevel ansett for å være tilgjengelig på det åpne markedet. Denne avgjørelsen er kritisert for å være svært streng, ettersom kjøper blir sittende med både økonomiske og praktiske vanskeligheter i forbindelse med at hans egen virksomhet stagnerte.⁵⁸ I en tidligere avgjørelse, *Behnke v. Bede Shipping CO.*,⁵⁹ ble "specific performance" innvilget kjøper av et spesielt skip, som skulle benyttes til et helt spesielt formål. Dommeren uttalte at

"The plaintiff wants the ship for immediate use, and I do not think damages would be an adequate compensation. I think he is entitled to the ship and a decree of specific performance in order that justice may be done. [sic]"⁶⁰

Ser man denne tidligere avgjørelsen opp mot saken mot *Bronx Engineering*, blir det vanskelig å si hvor retten faktisk trekker linjen for hvilke gjenstander som er tilgjengelig på markedet.

Hvor varen er "specific" eller "ascertained", og ikke tilgjengelig på det åpne markedet, vil retten ha adgang til å avsi en dom på naturaloppfyllelse. SOGA s. 52 (1) viser imidlertid til at domstolen kan anvende "specific performance" hvor retten anse det passende. Bestem-

⁵⁶ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 393.

⁵⁷ Jf. [1975] 1 Lloyd's Rep 465 (CA).

⁵⁸ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 393.

⁵⁹ Jf. [1927] 1 K.B. 649.

⁶⁰ Ibid. s. 661.

melsen viser til den skjønnsmessige anvendelsen av dette equity-prinsippet. Foruten kravet til kontraktsgjenstandens individuelle karakter, oppgir SOGA s. 52 (1) ingen ytterligere vilkår eller retningslinjer for når retten bør avsi en dom på "specific performance". Man må derfor se hen til rettspraksis og prinsipper fra common law og equity knyttet til "specific performance" for å finne grensene for regelens anvendelsesområde.

Hvor adgangen til dom på naturaloppfyllelse først foreligger, skal det mye til for at domstolen ikke vil påtvinge selgeren å oppfylle i natura. Dette presiseres i *Wedgwood v. Adams*. Dommeren uttaler at

"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".⁶¹

Hvis naturaloppfyllelse vil være "highly unreasonable", kan det gjøres unntak. Om dette sies det videre at

"What is more or less reasonable, is not a thing that you can define, it must depend on the circumstances of each particular case. The Court, therefore, must always have regard to the circumstances of each case, and see whether it is reasonable that it should, by its extraordinary jurisdiction, interfere and order a specific performance".

Uttalelsen viser til den skjønnsmessige anvendelsen av regelen. Noen klare regler på når "specific performance" er en passende misligholdsbeføyelse er heller ikke gitt i rettspraksis. Dette må vurderes i forhold til den aktuelle sakens omstendigheter. Momenter i denne vurderingen kan derimot utledes fra tidligere domstolsavgjørelser.⁶²

⁶¹ Jf. [1843] 49 ER 958, s. 605.

⁶² Noen av disse momentene vil behandles i punkt 6.

Avgjørelsen av om "specific performance" skal anvendes er med dette en to-trinns-vurdering. Det avgjøres først om det er adgang for domstolen til å dømme "specific performance". Foreligger en slik adgang, må domstolen deretter vurdere hvorvidt de skal benytte denne adgangen.

5.2.3 Kjøpsloven § 23 (1)

5.2.3.1 De to unntaksalternativene

Kjl. § 23 (1) 2. punktum oppstiller to alternative unntak fra selgerens plikt til å oppfylle kontrakten. Selgers oppfylleelsesplikt "gjelder ikke" dersom det "foreligger en hindring som selgeren ikke kan overvinne", eller dersom "oppfyllelse vil medføre så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse".

Det første unntaksalternativet gjelder hvor det foreligger en "hindring". Hindringen må videre være av en slik karakter at selgeren "ikke kan overvinne" den. Det er klart, ut fra lovens ordlyd, at dersom naturaloppfyllelse skulle bli fysisk umulig for selger, kan det ikke kreves av han. Det er likevel ikke bare de fysiske umuligheter som kan gi selger fritak fra sin oppfylleelsesplikt. I kjøpslovens forarbeider uttales det at lovens ordlyd ikke er ment å bety "absolutt umulighet".⁶³ Det utdypes videre at "forholdene må være slike at selgeren i alle fall på kort sikt ikke kan overvinne dem uten helt spesielle vansker".⁶⁴ Selger har i tråd med sin oppfylleelsesplikt også en plikt til å forsøke å avverge de situasjoner som kan forhindre han fra å kunne oppfylle kontrakten. Dersom forholdet som kan forhindre oppfyllelse kan avverges, foreligger det ingen slik "hindring" som kjl. § 23 (1) 2. punktum henviser til.⁶⁵

⁶³ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 66.

⁶⁴ I.c.

⁶⁵ Jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 66.

Det andre alternative unntaket i § 23 (1) gjelder hvor naturaloppfyllelsen vil påføre selger en så stor "ulempe eller kostnad", at det vil "stå i vesentlig misforhold til kjøperens interesse" i at avtalen oppfylles.⁶⁶ Dette unntaket legger opp til en interesseavveining. I denne interesseavveiningen må det gjøres en vurdering av selgers kostnader og ulemper, som følge av at kontrakten skal oppfylles, mot kjøperens interesse av å få salgstingen som avtalt.⁶⁷ Dersom det konstateres at det foreligger et "vesentlig misforhold" etter en slik avveining, vil naturaloppfyllelse være urimelig å pålegge selgeren.

Unntakene for vesentlig mislighold og uovervinnelig hindring etter kjl. § 23 (1) 2. punktum, setter grenser for den oppofrelse en selger må gjennomgå for å oppfylle kontrakten, og utgjør selgerens "oppfyllesesterskel".⁶⁸ I forarbeidene uttales det at "[d]ersom kostnadene og ulempene ved å oppfylle blir ekstremt store, kan man i og for seg si at det foreligger en hindring som selgeren ikke kan overvinne."⁶⁹ Hindringsalternativet setter med dette den absolutte grensen for kravet til selgers oppofrelse ved oppfyllelse av kontrakten og dermed også den absolutte grensen for kjøpers adgang til å kreve naturaloppfyllelse.

5.2.3.2 Kjl. § 23 sitt forhold til kravet på erstatning etter kjl. § 27

I kjl. § 27 (1) hjemler det såkalte "kontrollansvaret". Dette er et erstatningsgrunnlag, som kan føre til et objektivt erstatningsansvar for selger ved forsinket levering, så lenge forsinkelsen ikke skyldes en "hindring" utenfor selgerens kontroll, "som han ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av". I de tilfeller hvor det foreligger en slik "hindring", vil ikke selger bli erstatningsansvarlig for det tap som forsinkelsen har påført kjøperen. Dette hindringsunntaket som kjl. § 27 (1) 2. punktum oppstiller, er nært beslektet med hindringsalternativet i kjl. § 23 (1). Vilkårene

⁶⁶ Jf. kjl. § 23 (1) 2. punktum.

⁶⁷ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s 66.

⁶⁸ Jf. Tvedt (2010) s. 430

⁶⁹ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 66.

for at selger skal kunne unndra seg erstatningsplikt etter kjl. § 27 (1) 2. punktum, er strengere enn vilkårene for å unngå å måtte oppfylle avtalen etter § 23 (1). I tillegg til hindringsvilkåret, som kan sies å være felles for begge bestemmelser, oppstiller kjl. § 27 (1) også tilleggsvilkår.⁷⁰ Dersom selger først er unntatt fra sin erstatningsplikt etter § 27 (1) 2.punktum, vil denne hindringen følgelig også kvalifisere til å unnta selger fra oppfylleelsesplikten etter § 23 (1).⁷¹

Det er i forarbeidene også kommentert hvorvidt selgerens erstatningsansvar skal ha betydning for interesseavveiningen i kjl. § 23 (1). Den nordiske arbeidsgruppen uttaler i deres NU 1984:5 s. 249, at kjøperen ofte har mulighet til å få erstattet de merkostnader og tap som forsinkelsen medfører, fordi selgerens erstatningsansvar kan bestå på tross av at han fritas fra oppfylleelsesplikten. Det konkluderes derfor med at kjøperens mulighet for erstatning bør tas i betraktning ved interesseavveiningen. Departementet mener imidlertid at dette momentet ikke bør bli vektlagt i like stor grad i vurderingen av naturaloppfyllelseskrevet i norsk rett:

"Departementet antar at dette synspunktet i alle fall bør anvendes med forsiktighet, da man ellers kan komme i motstrid med paragrafens system, nemlig at fritaket fra oppfyllelse blir videre jo mer kvalifisert hindringen er."⁷²

Dersom kjøpers mulighet til å få erstatning skal ha innvirkning på hans krav på oppfyllelse, vil dette tilsi at adgangen til å fritta selgeren fra sin erstatningsplikt kan bli like stor som å fritta han fra hans oppfylleelsesplikt. Dette strider mot det tidligere nevnte forholdet mellom bestemmelsene: det skal mer til for at selgeren skal kunne fritas for erstatningsplikt etter

⁷⁰ Det vises her til at hindringen etter kjl. § 27 (1) 2. punktum i tillegg må være en hindring utenfor selgers kontroll som han ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av.

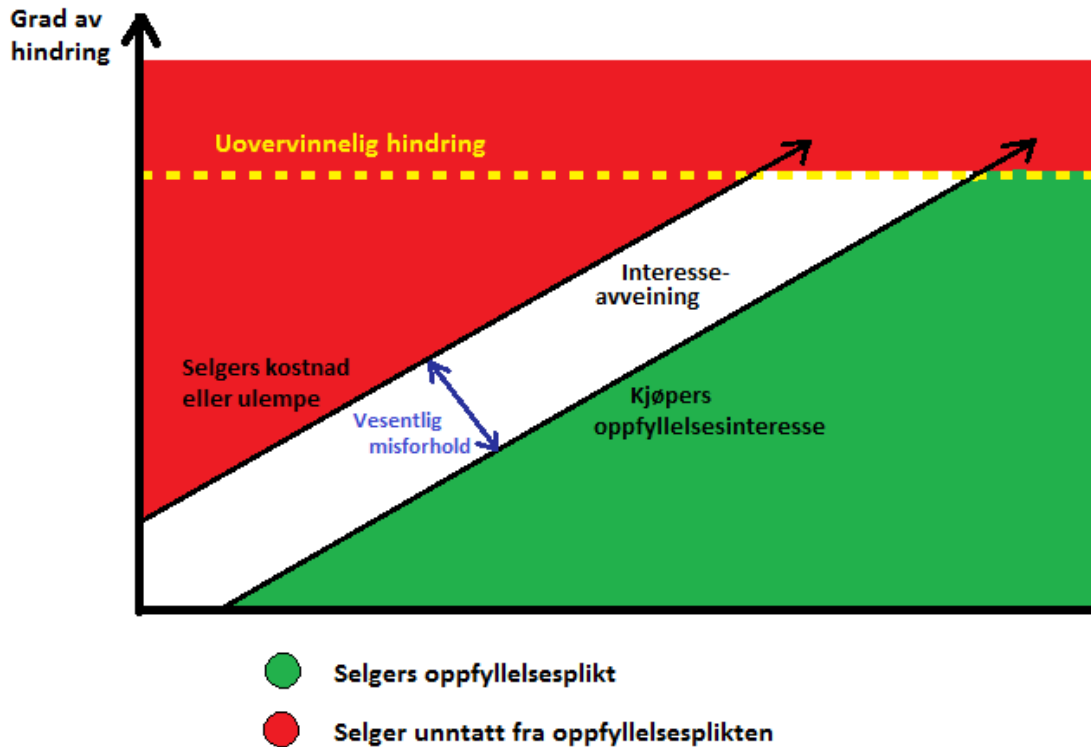
⁷¹ Jf. NOU 1976:34 s. 26, jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 66.

⁷² Jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 67.

kjl. § 27 (1) 2. punktum enn hva som skal til for at selger fritas fra sin oppfylleelsesplikt etter kjl. § 23 (1) 2. punktum. Det er ikke hindringsvilkåret, men først og fremst de ytterligere vilkårene i erstatningsansvarsreguleringen som gjør det vanskeligere for selger å bli unntatt erstatningsansvaret, enn oppfylleelsesplikten. Selv om selgeren blir fritatt fra sin oppfylleelsesplikt, vil han derfor i mange tilfeller likevel kunne bli erstatningsansvarlig etter kjl. § 27. Terskelen for at det foreligger en "hindring" etter kjl. § 27 (1) 2. punktum kan derfor ikke være lavere enn i naturaloppfylleelsesvurderingen. En lavere terskel for "hindring" etter kjl. § 27 (1) 2. punktum åpnes det imidlertid for, dersom det skal være like stor adgang til å unnta selgeren fra sine forpliktelser etter både kjl. §§ 27 og 23. Først når terskelen for at en "hindring" foreligger etter kjl. § 27 (1) 2. punktum settes ned, vil denne og de andre kumulative vilkårene, til sammen kunne utgjøre samme adgang til unntakelse som etter hindringsunntaket i kjl. § 23 (1) 2. punktum.

5.2.3.3 Forholdet mellom de to unntakene i kjl. § 23

Figuren nedenfor viser forholdet mellom de to unntakene i kjl. § 23 (1), og illustrerer selgerens oppfyllelesterskel.



Som det fremkommer av figuren vil en kvalifisert hindring etter hindringsalternativet i kjl. § 23 (1) 2. punktum, sette den absolutte grensen for selgers oppfyllelsessterskel (gul stiplet linje), og det vil ikke være nødvendig å vurdere hvorvidt selger er unntatt sin oppfyllelsesplikt etter misforholdsalternativet i kjl. § 23 (1) 2. punktum.

Hvor det derimot ikke foreligger en slik kvalifisert hindring, vil det være misforholdsunntaket i kjl. § 23 (1) 2. punktum som setter grensene for selgers oppfyllelsesbestrebelse. For interesseavveiningen (hvitt felt) viser figuren at selgers oppfyllelsesvansker må stå i "vesentlig misforhold" til kjøpers interesse i at selgeren oppfylder for at selger skal unntas fra sin oppfyllelsesplikt.

Hvor oppfyllelsesvanskene følger av forhold som påvirker muligheten for oppfyllelse generelt, vil selgers adgang til å unntas fra naturaloppfyllelsesplikten ofte være mindre enn hvor det er forhold som påvirker selger spesielt. Naturaloppfyllelse kan være generelt vanskeliggjort for eksempel når kontraktsgjenstanden, eller råmaterialer som er nødvendig for til-

virkning av kontraktsgjenstanden, har blitt dyrere på grunn av markedsendringer. Kjøps-gjenstanden vil i slike tilfeller kunne øke i verdi, fordi adgangen til å skaffe den generelt er blitt vanskeligere. Kjøpers interesse i naturaloppfyllelse av kontrakten til den opprinnelige prisen, vil med dette øke tilsvarende som verdien på kontraktsgjenstanden øker.⁷³ I slike tilfeller vil altså selgers oppfyllelsvansker kunne øke betraktelig uten at dette nødvendigvis vil kunne føre til et "vesentlig misforhold" ved interesseavveiningen i kjl. § 23 (1) 2. punktum, fordi kjøpers interesse i at selgeren oppfyller øker tilsvarende.

Hvor oppfyllelsvanskene skyldes forhold som påvirker selgeren spesielt, vil derimot kjøpers oppfyllellesinteresse som regel ikke bli påvirket av dette. Typiske tilfeller er hvor anskaffelse av kontraktsgjenstanden fra en annen leverandør vil være for byrdefull for selger i forhold til kjøpers anledning til å gjøre det samme. Adgangen til å unnta selger fra oppfyllellesplikten vil i disse tilfellene være større, spesielt hvor kjøper har mulighet til å skaffe varen fra en tredjemann. Oppfyllelsvansker, som følge av forhold som påvirker selgeren spesielt, vil ikke gi utslag i økt verdi på gjenstanden, slik det gjør hvor bakgrunnen for oppfyllelsvanskene er generell. Kjøper har med dette som regel ingen spesiell interesse i at selgeren oppfyller avtalen, og selgers "ulempe eller kostnad" vil derfor lettere kunne stå i "vesentlig misforhold" til kjøperens interesse av naturaloppfyllelse.⁷⁴ Denne situasjonen blir spesielt aktuell i forbindelse med spørsmål om kjøpers tapsbegrensningsplikt. Virkningen av kjøpers tapsbegrensningsplikt behandles i punkt 6.5.

5.2.3.4 Kjl. § 23 andre og tredje ledd

Det fremkommer av kjl. § 23 (2) at selger kun er fritatt fra å måtte oppfyllelse så lenge vilkårene for ett av de to unntaksalternativene er oppfylt. "Faller vanskene bort innen rimelig tid, kan kjøperen kreve oppfyllelse". Kjøper kan altså likevel kreve naturaloppfyllelse dersom situasjonen som hindrer naturaloppfyllelse faller bort "innen rimelig tid". Dette er et

⁷³ Jf. Bruserud (2010) s. 191.

⁷⁴ Ibid. s. 192.

skjønnsmessig begrep, og hva som ligger i tidsanvisningen "rimelig tid" beror blant annet på "avtalens innhold og kjøperens interesse i oppfyllelse."⁷⁵ En nærmere redegjørelse for hva som ansees som "innen rimelig tid" er det, av samme grunn som ved vurderingen av "urimelig lenge" i kjl. § 23 (3),⁷⁶ ikke plass til å gjennomgå i denne oppgaven.

Er vanskelighetene ved oppfyllelse kun forbigående, vil disse ikke kunne påberopes av selger som et unntak etter hindrings- eller misforholdalternativet.⁷⁷ Det vil ikke være rimelig at selger skal kunne unnslippe sine forpliktelser hvis han i realiteten vil kunne oppfylle. På den annen side, må selger på et tidspunkt kunne anse sin oppfylleelsesplikt som opphørt og innrette seg etter dette, uten å risikere at en kjøper fremmer krav om naturaloppfyllelse lang tid etter at forholdet, som forhindret oppfyllelsen, oppsto. Kjl. § 23 (2) setter av den grunn en begrensning i kjøpers adgang til å kreve naturaloppfyllelse når vanskelighetene, som i utgangspunktet forhindret oppfyllelse, er bortfalt. Selger skal likevel ikke behøve å oppfylle kontrakten dersom det, "etter den tid som er gått, vil være vesentlig mer tyngende eller få en annen karakter enn selgeren kunne forutse eller det for øvrig vil være urimelig å kreve naturaloppfyllelse." En slik begrensning synes rimelig. Naturaloppfyllelse er ytterligere vanskeliggjort, som følge av den tid som er gått siden oppfyllelsen først ble forhindret. Som ved begrensningene i selgers oppfylleelsesplikt i forbindelse med unntakene i kjl. § 23 (1), er det også behov for å sette en grense for hva selger skal måtte oppofre for å oppfylle sine kontraktsrettslige plikter hvor det har gått en viss tid siden oppfyllelse skulle ha skjedd.

5.2.4 Felles vurderingsmomenter for kjl. § 23 (1) og SOGA s. 52 (1)

Kjernen i vurderingen for anvendelse av "specific performance" er hvorvidt naturaloppfyllelse etter rettens skjønn er den misligholdsbeføyelsen som gir det beste resultatet i det

⁷⁵ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 67.

⁷⁶ Jf. Punkt 5.1.4.

⁷⁷ Jf. kjl. § 23 (1) 2. punktum.

konkrete sakstilfellet. Ettersom naturaloppfyllelse, som utgangspunkt, skal anvendes når adgang for dette er påvist, kan man omformulere vurderingstemaet. Hva kan føre til at naturaloppfyllelse blir "highly unreasonable",⁷⁸ og derfor likevel utelukket i den aktuelle saken, selv om domstolen i utgangspunktet har adgang til å pådømme selger en slik plikt? Formulert på en annen måte: hvilke forhold leder til at domstolen unnlater å påtvinge selgeren en oppfyllelsesplikt, selv om vilkårene for en slik plikt er oppfylt? Med dette som utgangspunkt, blir trinn to i vurderingen etter SOGA s. 52 (1) svært lik vurderingen av unntakene i kjl. § 23 (1). Ved vurdering av unntakene i kjl. § 23 (1) og unntakene fra unntaket om "specific performance" etter SOGA s. 52 (1), vil mange av de samme forhold og momenter bli vektlagt og tatt hensyn til. Lord Hoffmann bemerker også dette i *Argyll Stores*-saken, etter å ha påpekt at utgangspunktene for adgangen til anvendelse av naturaloppfyllelse er forskjellige i common law- og civil law- tradisjonen:

"In practice, however, there is less difference between common law and civilian systems than these general statements might lead one to suppose. ... I have made no investigation of civilian systems, but a priori I would expect that judges take much the same matters into account in deciding whether specific performance would be inappropriate in a particular case."⁷⁹

I det videre vil noen av disse forholdene og momentene presenteres. Deres plassering i de to rettssystemenes vurdering av adgangen til naturaloppfyllelse vil belyses. Virkningen som de presenterte momentene og forholdene har for de ulike vurderingene, vil det også være interessant å se nærmere på.

⁷⁸ Jf. *Wedgwood v. Adams* [1843] 49 ER 958, s. 605.

⁷⁹ Jf. [1998] AC 1 (HL), s. 11.

6 Vurderingsmomenter for anvendelse av naturaloppfyllelseskravet

6.1 Oppfyllelsesvansker

6.1.1 Innledning

Både norsk og engelsk rett legger i sin vurdering av kjøpers adgang til å kreve naturaloppfyllelse vekt på at oppfyllelse kan bli urimelig byrdefullt for selger. I norsk rett fremkommer dette som vilkår for de to unntaksalternativene i kjl. § 23 (1) 2. punktum. Kjøpers utilbørlige vanskeligheter med å oppfylle kontrakten betegnes i engelsk rett som "undue hardship".⁸⁰ I engelsk rett kommer "undue hardship" inn som et moment under domstolens vurdering av om "specific performance" er passende i det konkrete sakstilfellet.

"Undue hardship" omfatter de situasjoner hvor kontrakten ikke lenger er gjennomførbar fordi det ikke lenger er praktisk mulig. Dette vurderingsmomentet inkluderer derfor det norske hindringsalternativet. "Undue hardship" omfatter også endringer i selgers situasjon, som gjør naturaloppfyllelse utilbørlig, og kan derfor likne misforholdsunntaket i kjl. § 23 (1) 2. punktum. Begge momenter begrenser adgangen til naturaloppfyllelse dersom dette vil bli urimelig byrdefullt for selger. En slik vurdering ble anvendt i *Argyll Stores*-saken.⁸¹ En utleier hadde satt seg i en situasjon, som vanskeliggjorde hans oppfyllelse av en utleiekontrakt. I interesseavveiningen vurderte dommeren de tyngende konsekvensene for utleier opp mot de økonomiske konsekvenser leietakerne ville få av at kontrakten opphørte. Dommen gjelder en utleiekontrakt, ikke en kjøpskontrakt, men kan likevel anvendes på kjøpsrettens område, da den anses å gi uttrykk for et generelt kontraktsrettslig prinsipp.

⁸⁰ Jf. Rowan (2012) s. 29.

⁸¹ Jf. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL).

Det forhold som vanskeliggjør naturaloppfyllelse kan i begge rettssystemer oppstå i etterkant av kontraktsinngåelsen, men de fakta som foreligger allerede på kontraktsinngåelsestidspunktet er også relevante i vurderingen. Det er byrdene selger vil bli påført ved oppfyllelse som skal vurderes, og som kan tale for at selger skal få slippe å oppfylle kontrakten in natura. Uavhengig av når forholdet oppstår og hvorvidt det påvirker kontraktens innhold eller selger personlig, vektlegges det i begge rettssystemer. Et eksempel fra engelsk rett er *Patel v. Ali*.⁸² I denne saken ble kjøper av en bolig nektet "specific performance" etter fire års forsinket overtakelse. Selger hadde i denne tidsperioden blitt syk, og invalid som følge av sykdommen. I tillegg hadde selger blitt påført store økonomiske problemer i etterkant av ektemannens konkurs. På bakgrunn av de nevnte forhold, ble selgeren fritatt fra naturaloppfylleelsesplikten. I dette tilfellet var det endrede omstendigheter i etterkant av kontraktsinngåelsen som påvirket selger personlig, og som var grunnlaget for at selger ikke ble dømt til å oppfylle in natura.

Etter norsk rett er det et vilkår at naturaloppfyllelse blir urimelig byrdefullt for selger for at han skal unntas fra sin oppfylleelsesplikt. Etter engelsk rett er dette derimot kun et moment i en helhetsvurdering, og behøver i seg selv ikke være utslagsgivende.⁸³ Likevel vil selgers byrdefulle følger av naturaloppfyllelse i både i norsk og engelsk rett være et argument for at selger ikke skal ha en oppfylleelsesplikt.

6.1.2 Økonomiske vanskeligheter

Økonomiske vansker for realdebitor kan oppstå i form av pengemangel, ved at realdebitor ikke har tilstrekkelige midler til å kunne oppfylle sine kontraktsrettslige forpliktelser. Økonomiske vansker vil også kunne oppstå hvor naturaloppfyllelse kostnadmessig blir for byrdefullt for selger. Både i norsk og engelsk rett vil pengemangel som utgangspunkt ikke være nok for å unnta selger fra sin oppfylleelsesplikt. I engelsk rett har ikke pengemangel

⁸² Jf. [1984] Ch. 286.

⁸³ Jf. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL).

alene vært gyldig grunnlag for å gjøre unntak fra oppfylleelsesplikten til selger. Dette ble lagt til grunn i *Francis v. Cowlcliffe Ltd.* En utleier hadde i utleiekontrakten forpliktet seg til å vedlikeholde utleiegårdens fasiliteter. Da heisen i bygget måtte skiftes ut, hadde imidlertid utleier ingen midler til å få den nye heisen installert grunnet selvforskyldt insolvens. Utleier ble av domstolen likevel dømt til "specific performance". Retten mente at det ikke forelå et forhold som endret hans forpliktelse til å oppfylle kontraktsmessig. Realdebitor har imidlertid sluppet å måtte oppfylle i natura som følge av store økonomiske vanskeligheter i tillegg til andre forhold, som for eksempel alvorlig sykdom. Dette var for eksempel tilfellet i tidligere nevnte *Patel v. Ali*. Dommeren gjorde også i denne saken klart at "mere pecuniary difficulties ... afford no excuse from performance of a contract"⁸⁴

Pengemangel som fritaksgrunn for selgers oppfylleelsesplikt etter norsk rett er også svært begrenset. I forarbeidene til kjøpsloven påpekes det at

"[p]engemangel hos selgeren vil vanligvis ikke være en relevant hindring etter §23. Selgeren bør ikke kunne unndra seg sine plikter bare ved å vise til at han er kommet i økonomiske vansker."⁸⁵

Forarbeidene åpner også her for at selger kan unntas sin oppfylleelsesplikt, ved at han "vanligvis" ikke kan påberope seg pengemangel som fritaksgrunn. Da det ikke er funnet noe rettspraksis på området i norsk rett, er det vanskelig å si noe om hva som eventuelt skal til for at selger skal kunne fritas sin oppfylleelsesplikt på bakgrunn av pengemangel.

Økonomiske vansker kan unnta selger fra hans oppfylleelsesplikt hvor oppfyllelse blir urimelig byrdefullt for selger grunnet de kostnader selger påføres ved naturaloppfyllelse. Kostnadene vil kunne kvalifisere som en "hindring" etter kjl. § 23 (1). Misforholdsalternativet viser til at selger kan unntas fra sin oppfylleelsesplikt dersom han påføres en stor

⁸⁴ Jf. [1984] Ch 283, s. 288.

⁸⁵ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 66.

"ulempe eller *kostnad* (min uth.)".⁸⁶ Som tidligere nevnt vil slike kostnader kunne kvalifiseres som en uovervinnelig hindring dersom de er "ekstremt store".⁸⁷

Også i engelsk rett vil et krav på naturaloppfyllelse kunne avvises på bakgrunn av at realdebitors kostnader ved oppfyllelsen er uforholdsmessig tyngende i forhold til den fordel realkreditor vil ha av oppfyllelsen. *Tito and Others v Waddell and Others* (No. 2) uttrykker dette generelle kontraktsrettslige kravet ved naturaloppfyllelsesvurderingen. Saken gjaldt leietakeres kontraktsrettslig forpliktelse til å dyrke jorden på et utvalg utleieeiendommer, og kostnadene ved å dyrke jorden var svært store sammenlignet med den verdistigningen dette ville gi eiendommene, hvilket var utleiernes interesse. Størrelsen på leietakernes kostnader ved naturaloppfyllelse var i denne saken så uforholdsmessig store at retten mente at "specific performance" ikke ville være til nytte for noen av partene:

"It is old law that in specific performance cases <<this court will not make any order in vain>>"⁸⁸

Realkreditor ble av retten derfor kun tilkjent erstatning og fikk ikke et krav på naturaloppfyllelse.

Det vil vanskelig kunne trekkes en slutning om hvilken økonomisk størrelse selgers kostnad må være, i forhold til kjøpers interesse i at selger oppfyller, for å kunne kvalifisere som et misforhold etter interesseavveiningen, eller i ytterste konsekvens, en "hindring", etter kjl. § 23 (1) 2. punktum.⁸⁹ Hva som skal til avhenger med dette av andre faktorer enn kun det

⁸⁶ Jf. kjl. § 23 (1) 2. punktum.

⁸⁷ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 66.

⁸⁸ Jf. [1977] Ch. 106, s. 326.

⁸⁹ Jf. Bruserud (2010) s. 215. Dette følger av en analyse av rettspraksis på området for anvendelsen av avtaleloven § 36 og dens generelle rimelighetsvurdering ved balanseforrykkelse i et kontraktsforhold. Denne analysen er likevel relevant her, da også selgers oppfyllelsesterskel beror på en vurdering av blant annet balanse-

økonomiske aspektet. Den økonomiske størrelsen går kun inn som en faktor i en større helhetsvurdering av om selger har nådd sin oppfyllesesterskel.

6.2 Kjøperens subjektive forhold

6.2.1 Innledning

I engelsk rett har kjøperens subjektive forhold betydning for naturaloppfyllelseskrevet. Equity får ikke anvendelse dersom den part som påberoper seg et equity-prinsipp ikke er i god tro:

"He who comes to equity must come with clean hands".⁹⁰

I norsk rett er det ikke noe slikt krav om god tro hos kjøper. Det forekommer imidlertid en viss skjønnsutøvelse når retten vurderer om vilkårene for unntak fra oppfylleelsesplikten foreligger. Dette er med andre ord mer regelstyrt i norsk rett enn i engelsk rett. Ettersom naturaloppfyllelse er utgangspunktet i norsk rett, vil en kjøper ha krav på naturaloppfyllelse hvor unntakene i kjl. § 23 (1) 2. punktum ikke kommer til anvendelse. Det stilles i motsetning til engelsk rett ikke videre spørsmål ved hvorfor kjøperen ønsker å kreve nettopp naturaloppfyllelse.

6.2.2 "Clean hands" doktrinen

"Clean hands" doktrinen er et grunnleggende prinsipp i equity- retten.⁹¹ En realkreditor som ikke har handlet i god tro ovenfor sin medkontrahent, skal ikke kunne gå til retten for å

forrykkelsen i avtaleforholdet, og rimeligheten av denne i det konkrete tilfellet. Vurderingen av anvendelsen av § 36 er et uttrykk for et generelt rimelighetsprinsipp i kontraktsretten.

⁹⁰ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 125.

⁹¹ Jf. Goldschmidt (1973) s. 95.

få hjelp til å kreve kontrakten oppfylt. Et eksempel fra rettspraksis er *Walter v. Morgan*,⁹² som riktignok omhandler en utleiekontrakt, men som gir uttrykk for dette generelle equity-prinsippet. Realkreditor hadde påskyndet realdebitors undertegnelse av utleieavtalen dem imellom for at denne skulle være inngått før realdebitor ble klar over utleieeiendommens egentlige verdi. Realkreditor ble nektet naturaloppfyllelse. Retten viser til "clean hands" doktrinen i sin kommentar til påstanden om at naturaloppfyllelse kunne kreves, ved å vise til kravet om god tro:

"... this course can only be adopted properly where the party praying for the specific performance has conducted himself with perfect good faith. I think, therefore, that in this case the bill was properly dismissed."⁹³

Kravet om god tro hos partene finnes ikke i common law- retten. Dersom en part har en rett etter common law, kan han benytte seg av denne uten videre begrensninger. Realkreditor kan avvise realdebitors ønske om å oppfylle ved å fremme sitt krav på kjøpesummen, selv om for eksempel forsinkelsen ikke hadde betydning for han. Det vil ikke ha noen virkning på dette kravet at realkreditor velger å benytte seg av sitt erstatningskrav fordi han på dette tidspunktet vet at han kan finne tilsvarende vare for en billigere penge et annet sted.

Common law anvendes i utgangspunktet ikke for å unngå urimelige resultater, men for kun å avgjøre den aktuelle tvisten mellom to parter. Etersom equity-retten gjelder nettopp å tilføre den engelske retten en rimelighetsvurdering, i de tilfeller retten anser dette som nødvendig, er retten pålagt å ta med partens moralske hensikter i vurderingen av om blant annet "specific performance" skal innvilges.⁹⁴ Av den grunn er det et krav om god tro hos partene ved anvendelse av equity, men ikke ved anvendelsen av common law.

⁹² Jf. [1861] 45 E.R. 1056.

⁹³ Ibid. s. 1059.

⁹⁴ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 125.

6.3 Selgers subjektive forhold

Verken i norsk eller engelsk rett legges det i utgangspunktet vekt på selgerens subjektive forhold når det kommer til årsaken til det forhold som gjør naturaloppfyllelsen umulig eller særlig byrdefull. I *Argyll Stores*-saken ble det uttalt i denne sammenheng uttalt at "the purpose of the law of contract is not to punish wrongdoing but to satisfy the expectations of the party entitled to performance".⁹⁵ Foreligger det først et forhold som får innvirkning på selgers mulighet til å oppfylle kontrakten etter dens innhold, er det dette forholdet som er relevant for vurderingen, uavhengig av hvordan det oppsto.⁹⁶

Hvor det foreligger en kvalifisert hindring etter kjl. § 23 eller hvor naturaloppfyllelse er forhindret grunnet "undue hardship", er det i og for seg helt selvsagt at årsaken til hindringen ikke er relevant. Er hindringen forårsaket av selger selv, endrer ikke dette at naturaloppfyllelse likevel er praktisk umulig. Dersom selgeren burde hatt kjennskap til situasjonen på forhånd, eller kan bebreides denne, vil "reaksjonen ovenfor dette forhold i tilfelle bli et erstatningsansvar, men ikke en utvidet plikt til å fullbyrde"⁹⁷ etter norsk rett. Hvis selger kan klandres for at et lager tar fyr, med den følge at et unikt kunstmaleri går tapt i brannen, vil ikke selger, uavhengig av hans egen klanderverdige opptreden, ha mulighet til å oppfylle en salgsavtale knyttet til nettopp dette maleriet.

Hvor selgers misligholdte oppfylleelsesplikt er forsettlig, bør dette imidlertid kunne vektlegges ved vurderingen av misforholdsalternativet i kjl. § 23 (1), og med dette heve kravet til selgerens oppofrelse.⁹⁸ Et forsettlig mislighold kan foreligge hvor det skjer en "bevisst og betydelig nedprioritering"⁹⁹ av kontraktsforpliktelsene. Hvis selgeren for eksempel har påtatt seg en spesielt vanskelig eller kostbar oppfyllelse, vel vitende om at oppfyllelse vil bli

⁹⁵ Jf. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL), s. 15.

⁹⁶ Jf. Treitel; *The Law of Contract* (2007) s. 1111.

⁹⁷ Jf. Hagstrøm (2005) s. 142.

⁹⁸ *Ibid.* s. 371.

⁹⁹ *Ibid.* s. 464.

umulig, eller at dette mest sannsynlige vil bli resultatet, skal det mer til før han kan påberope seg disse oppfyllelsesvanskene som grunnlag for å bli unntatt sin oppfylleelsesplikt etter kjl. § 23 (1). Hvor naturaloppfyllelse er spesielt vanskelig allerede ved avtaleinngåelsen, vil dette følgelig heve selgers oppfyllesesterskel. Ettersom selger har valgt å inngå avtalen med kjøper på tross av de oppfyllelsesvanskene som forelå, bør han ha tatt disse i betraktning da han inngikk kjøpsavtalen. Følgelig blir den risikoen som oppfyllelsesvanskene representerer en del av selgerens kontraktsrettslige forpliktelser.

Det kan synes som at selgers subjektive forhold ikke vektlegges som et moment for et naturaloppfyllelseskraft i vurderingen av "specific performance", i samme grad som etter misforholdsalternativet i kjl. § 23 (1) 2. punktum. Dette kan blant annet ha sammenheng med at domstolen som regel vil avsi en dom på naturaloppfyllelse, når adgang til dette først foreligger etter SOGA s. 52 (1).¹⁰⁰ Den skjønnsmessige vurderingen, ved anvendelsen av "specific performance", består følgelig i hovedsak av om retten likevel finner forhold som unntar selger fra oppfylleelsesplikten.¹⁰¹ Dette samsvarer med at "specific performance" er en subsidiær misligholdsbeføyelse, og at det i utgangspunktet er erstatning som skal tilkjennes kjøper ved mislighold fra selger. Ved vurderingen av om "specific performance" skal anvendes ser det derfor ut til at retten først og fremst ser på momenter som taler for at selger likevel ikke skal ha en oppfylleelsesplikt, og ikke momenter for at selger bør pålegges en slik plikt.

Selgers subjektive forhold kan også være relevant, blant annet ved vurderingen av den aktuelle selgerens muligheter til å avverge det forhold som truer kjøpsavtalens oppfyllelse etter norsk rett.¹⁰² Dersom selgeren har mulighet til å skaffe varen fra en annen leverandør,

¹⁰⁰ Jf. Punkt 5.2.2 ovenfor.

¹⁰¹ Se for eksempel Treitel; *The Law of Contract* (2007) s. 1111, Goode on *Commercial Law* (2009) s. 393 og Andrews (2011) s. 532, som alle i hovedsak omtaler forhold som kan unnta selger fra naturaloppfylleelsesplikten.

¹⁰² Jf. Bergem (2007) s. 121.

kan det ikke hevdes at det foreligger en "uovervinnelig hindring" etter kjl. § 23 (1) 2. punktum. Momentet kan også tenkes å bli relevant i vurderingen av anvendelsen av "specific performance". Her vil antagelig dette likevel ikke bli vektlagt i like stor grad som ved vurderingen av hindringsalternativet i kjl. § 23 (1) 2. punktum. Kjøpers interesser vil som regel være tilstrekkelig ivaretatt med et erstatningskrav mot selger hvor tilsvarende vare er tilgjengelig i markedet. Ettersom dette common law-prinsippet er utgangspunktet i engelsk rett, vil det trolig få gjennomslag i slike tilfeller.

6.4 Betydningen av at varen er fungibel

Hvorvidt gjenstanden for kontrakten er fungibel eller ikke-fungibel, er relevant for vurderingen av kjøpers adgang til naturaloppfyllelse i både engelsk og norsk rett. Dette forholdet kommer imidlertid inn i vurderingen av naturaloppfyllelsspørsmålet på ulike måter i de to rettssystemene. Utgangspunktet etter norsk rett er at man har krav på naturaloppfyllelse uavhengig av om varen er fungibel eller ikke. I norsk rett får det likevel betydning som et moment i vurderingen av begge unntakene i kjl. § 23 (1).

I engelsk rett er spørsmålet om varen er fungibel eller ikke imidlertid utgangspunktet for vurderingen av kjøpers adgang til et krav på "specific performance". Erstatning vil som regel, i tilfelle av fungible varer, være et tilstrekkelig middel hvor forsinkelse har påført kjøperen vansker. Kjøperen kan da skaffe varen selv fra en annen leverandør.

Hvorvidt salgsgjenstanden er fungibel eller ikke gjør seg gjeldende ved vurderingen av unntakene i kjl. § 23 (1). At varen er fungibel vil imidlertid vekte i ulik retning etter hvilket unntak i kjl. § 23 (1) som vurderes. Ved interesseavveiningen i kjl. § 23 (1) 2. punktum skal det vektlegges om kjøperen har en spesiell interesse i at nettopp medkontrahenten oppfyller. Dette fremgår av ordlyden i kjl. § 23 (1) 2. punktum hvor det er kjøperens interesse "i at selgeren oppfyller (min uth.)", som skal vurderes. Dersom kjøperen ikke har en interesse i at den aktuelle selgeren oppfyller, vil dette være et moment som trekker i retning av å unnta selgeren fra sin oppfyllelsesplikt. Dette momentet vil typisk gjøre seg gjeldende hvor varen som kontrakten gjelder er fungibel. Det vil som regel være mulig å få tak i tilsvaren-

de vare fra en annen selger, slik at kjøper selv kan gå til anskaffelse av en ny vare fra denne leverandøren. Kjøperen vil i disse tilfellene ikke ha noen spesiell interesse i at selger oppfyller i henhold til kontrakten. I dette henseende begrenses norsk retts anvendelse av naturaloppfyllelse. Vurderingen kan minne om den engelske rettens utgangspunkt med erstatningskrav for kjøper av vare som er tilgjengelig på det åpne markedet. I forarbeidene til den norske kjøpsloven er denne likheten kommentert. Kjøperen kan etter engelsk rett

"som hovedregel ikke kreve dom på levering in natura (« specific performance ») men bare erstatning for uteblitt levering. Slik gjøres det for øvrig i praksis også hos oss når det gjelder generisk bestemt kjøp."¹⁰³

Forarbeidene viser her spesielt til "generisk bestemt kjøp". Som det er gjort rede for i oppgaven, skal det ved vurderingen av kjøpers naturaloppfyllelseskrav i både norsk og engelsk rett vektlegges hvorvidt kjøper har mulighet til selv å skaffe en tilsvarende vare. Dette er med andre ord en vurdering av om varen er fungibel. Både generisk bestemte varer og individuelt bestemte varer kan være fungible. Det kan således synes mer treffende å si at adgangen til å kreve naturaloppfyllelse i svært lik grad er begrenset i norsk og engelsk rett når det gjelder kjøp av fungible varer, og ikke bare ved generisk bestemte kjøp, slik forarbeidene ordlegger seg.¹⁰⁴

Ved vurderingen av hindringsunntaket vil det forhold at varen er fungibel derimot tale for en oppfyllelsesplikt for selgeren. Hvor varen er vanskelig tilgjengelig, vil dette ofte være kilden til selgers oppfyllelsesvansker. Forarbeidene viser også til dette:

¹⁰³ Jf. NOU 1976:34 s. 25.

¹⁰⁴ Dette henger også sammen med begrensningene i kjøpers krav på naturaloppfyllelse som følger av kjøpers tapsbegrensningsplikt. Dette behandles nedenfor i punkt 6.5.

"Jo mer spesifisert selgerens ytelse er, dess lettere vil det kunne oppstå hindringer for oppfyllelse som selgeren ikke kan overvinne."¹⁰⁵

Forarbeidene ordlegger seg heller ikke her helt treffende. Det synes mer dekkende å vise til at det lettere vil kunne oppstå en hindring ved oppfyllelse av en ikke-fungibel vare. Foreligger det et forhold som vanskeliggjør naturaloppfyllelse, vil dette forholdet lettere kvalifiseres som en uovervinnelig hindring i de tilfeller hvor varen ikke er fungibel, uavhengig om den er generisk eller individuelt bestemt. Er varen ikke-fungibel vil dette følgelig være et argument for at selger ikke skal måtte oppfylle.

Hvorvidt gjenstanden for kontrakten er fungibel får forskjellig virkning i norsk og engelsk rett, ved vurderingen av adgangen til naturaloppfyllelse. I engelsk rett vil en slik vurdering kunne avgjøre om naturaloppfyllelse i det hele tatt er tilgjengelig for kjøper, da "specific performance" etter SOGA s. 52 (1) som regel ikke kommer til anvendelse når varen er tilgjengelig på det åpne markedet. I norsk rett kommer imidlertid betydningen av at varen er fungibel inn som et forhold som må tas i betraktning ved en større helhetsvurdering. Dette kan veie for eller imot naturaloppfyllelsesplikt for selger, alt etter hvilket unntak det gjøres en vurdering av i kjl. § 23. Hvorvidt varen er fungibel vil følgelig ikke like direkte avgjøre spørsmålet om selgers oppfyllelsesplikt etter norsk kjøpsrett som det vil etter SOGA s. 52 (1). Dette kan imidlertid tenkes å være utslagsgivende i begge rettssystemer.

6.5 Kjøpers tapsbegrensningsplikt

6.5.1 Innledning

Kjøpers tapsbegrensningsplikt virker inn på selgers oppfyllelsesplikt i både norsk og engelsk rett, og er derfor relevant ved vurderingen av naturaloppfyllelseskravet i begge rettssystemer. Det er disse virkningene som i det følgende skal belyses.

¹⁰⁵ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 66.

6.5.2 Tapsbegrensningsplikten

Tapsbegrensningsplikten er et generelt erstatningsrettslig prinsipp¹⁰⁶ og består i at den part som utsettes for mislighold vil ha en plikt til å begrense sitt tap som følge av misligholdet. Tapsbegrensningsplikten kommer inn som en begrensning i selgers erstatningsansvar i både norsk og engelsk rett. Selgers erstatningsansvar avkortes tilsvarende det tap som kjøper ikke i tilstrekkelig grad begrenser i de tilfeller han burde gjort dette. Tapsbegrensningsplikten omfatter altså de besparelser selgeren har klart å få til og de besparelser han burde ha fått til.¹⁰⁷

For kommersielle kjøp i norsk rett finnes en hjemmel for tapsbegrensningsplikten i kjl. § 70 (1):

"Den part som påroper kontraktbrudd fra den annens side, skal ved rimelige tiltak begrense sitt tap. Forsømmer han dette, må han selv bære den tilsvarende del av tapet."

Tapsbegrensningsplikten i engelsk kontraktsrett kommer blant annet til uttrykk i *British Westinghouse* saken og gjelder også der som et generelt prinsipp:

"The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps."¹⁰⁸

¹⁰⁶ For norsk rett har prinsippet en generell hjemmel i Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 26, § 5-1 (2), men vil i kontraktsretten kunne utledes av lovgivningen og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. For engelsk rett, se for eksempel *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Limited Appellants v Underground Electric Railways Company of London, Limited Respondents* [1912] A.C. 673 (HL), s. 689.

¹⁰⁷ Jf. Hagstrøm (2009) s. 562 og *Treitel; The Law of Contract* (2007) s. 1058.

¹⁰⁸ Jf. [1912] A.C. 673 (HL) s. 689.

6.5.3 Betydningen av tapsbegrensningsplikten for naturaloppfyllelseskrevet i norsk og engelsk rett

Tapsbegrensningsplikten blir relevant for naturaloppfyllelseskrevet i både norsk og engelsk rett idet det foreligger et kontraktsbrudd, samt at vilkårene for kjøpers adgang til å heve kjøpet og kreve erstatning, eller å opprettholde kontrakten og kreve oppfyllelse, foreligger. Dersom gjenstanden for kontrakten er en fungibel vare vil tapsbegrensningsplikten begrense selgers plikt til å oppfylle in natura. I det følgende vil omfanget av denne begrensningen belyses nærmere.

For norsk kontraktsrett ble det i Rt. 1954 s. 482 klargjort at det ved kjøp av en fungibel vare

"må antas å følge av alminnelige kontraktmessige synsmåter at en kjøper så langt råd er i alminnelighet bør søke å motvirke de økonomiske følger av at et salg strander, og at denne hans plikt oppstår når han blir klar over at selgeren ikke vil eller ikke kan levere etter kontrakten."¹⁰⁹

Dommen gjelder kjøpsloven av 1907, men resultatet er opprettholdt som gjeldende rett i forarbeidene.¹¹⁰

I både norsk og engelsk rett finnes det med dette et krav om at kjøper skal forsøke å begrense sitt tap når et kontraktsbrudd foreligger. Å begrense et tap kan for eksempel gjøres ved å foreta et dekningskjøp.¹¹¹ Kjøper vil ha en plikt til å foreta en dekningstransaksjon hvor dette kan begrense hans tap som følge av selgers mislighold. Kjøpers tapsbegrens-

¹⁰⁹ Jf. Rt. 1954 s. 482, s. 484.

¹¹⁰ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 126.

¹¹¹ I norsk rett er dette hjemlet særskilt i kjl. § 68.

ningsplikt setter av den grunn store begrensninger i kjøpers adgang til å kreve naturaloppfyllelse. Dette kommer av at selger ikke vil bli erstatningsansvarlig for prisstigning eller annet tap i etterkant av kontraktsbruddet, dersom kjøperen burde ha foretatt en dekningstransaksjon på et tidligere tidspunkt. Der selger ikke må erstatte den økonomiske verdien av en gjenstand, er det heller ikke rimelig at han må skaffe gjenstanden til samme, nye verdi. Følgelig kan det synes som at selger ikke er forpliktet til å oppfylle avtalen in natura, når kjøper burde foretatt en dekningstransaksjon. Selgerens oppfylleelsesplikt ser med dette ut til å vike for kjøpers tapsbegrensningsplikt, i de tilfellene hvor kjøperen blir nødt til å heve og kreve erstatning i tråd med sin tapsbegrensningsplikt.

Tapsbegrensningsplikten i den norske kjøpsretten er noe mildere enn etter den engelske retten. Kjøper har etter engelsk rett en plikt til å ta "all reasonable steps" for å begrense sitt tap. Den norske formuleringen av plikten er ikke like omfattende og streng. Kjøper skal "søke å motvirke"¹¹² de tap som følger av kontraktsbruddet, eller begrense dette tapet "ved rimelige tiltak".¹¹³ UNIDROIT Principles er anbefalte internasjonale kontraktrettslige løsninger. UNIDROIT Principles art. 7.2.2 bokstav c setter som krav til tapsbegrensningsplikten at realkreditor "may reasonably obtain performance from another source". Bestemmelsens krav til tapsbegrensningsplikten er strengere enn kravet etter norsk rett, men går ikke like langt som kravet etter engelsk kontraktsrett. Bestemmelsen er således et kompromiss mellom common law og civil law, og viser godt at norsk og engelsk rett har stilt ulike krav.

Etter både norsk og engelsk rett vil kjøperen kunne ha en plikt til å begrense sitt tap så snart et kontraktsbrudd foreligger (forsinkelse), selv om han opprettholder avtalen og krever naturaloppfyllelse.¹¹⁴ Et hensyn bak denne regelen er at kjøper vil kunne velge å heve så snart leveringstidspunktet er kommet og forsinkelsen foreligger, dersom vilkårene for å heve er oppfylt. Hvor kjøper ikke har begrenset sitt tap ved for eksempel å foreta et dekningskjøp,

¹¹² Jf. Rt. 1954 s. 482, s. 484.

¹¹³ Jf. kjl. § 70 (1).

¹¹⁴ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 136 og Hagstrøm (2009) s. 371.

vil selger måttet betale erstatning basert på varens verdi på dette kontraktsbruddstidspunktet etter engelsk rett,¹¹⁵ eller på hevingstidspunktet etter norsk rett.¹¹⁶ Hvis ikke kjøper har en tapsbegrensningsplikt når han i stedet krever naturaloppfyllelse av kontrakten, vil han kunne spekulere i eventuell prisstigning i markedet. Ved prisstigning kan han fastholde avtalen for så likevel å heve den og kreve erstatning. Dette vil påføre selgeren et større erstatningsansvar.¹¹⁷ Etter engelsk rett er det et mer eller mindre umiddelbart krav om at kjøper skal heve avtalen og heller foreta et dekningskjøp hvor det ikke foreligger en adgang til å kreve "specific performance". Dette gjelder særlig hvor gjenstanden for kjøpet er en fungibel vare, i og med at en fungibel vare som regel vil kunne skaffes fra en annen leverandør, hvilket gjør gjennomføringen av et dekningskjøp forholdsvis enkelt.

Av Rt. 1954 s. 482 kan det utledes en lignende regel i norsk rett. Hvor varen er fungibel og "det er klart at selgeren ikke kommer til å levere"¹¹⁸ vil kjøper ha en plikt til å heve kjøpet.¹¹⁹ Kravet til kjøpers tapsbegrensningsplikt i norsk rett er noe mildere enn i engelsk rett, da kjøper ikke vil ha plikt til å heve før det er "klart" at selger ikke kommer til å levere. I tillegg skal det legges vekt på hva selgeren har foretatt seg for å oppfylle kontraktsmessig. I Rt. 1954 s. 482 ble det satt mindre krav til kjøpers tapsbegrensningsplikt i det selgeren hadde gjort "litet eller nærmest intet [sic]"¹²⁰ for å redusere tapet. Tilfeller hvor det vil være "klart" at selger ikke vil kunne levere vil typisk være der selger må erstatte en vare som ikke er fungibel. Dekningskjøp vil da være utelukket, og kjøperen vil ikke kunne kreve naturaloppfyllelse.¹²¹ I stedet vil han bli tvunget til heve avtalen og kreve erstatning, fordi

¹¹⁵ Jf. SOGA s. 51 (3).

¹¹⁶ Jf. kjl. § 69 (1).

¹¹⁷ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 136 og Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 128.

¹¹⁸ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 127.

¹¹⁹ Forarbeidene viser til kjøperens *plikt* til å heve hvor selger ikke kan levere, jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 127.

¹²⁰ Jf. Rt. 1954 s. 482, s. 484.

¹²¹ Jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 126.

selgeren unntas sin oppfylleelsesplikt da naturaloppfyllelse av en ikke-fungibel vare betraktes som forhindret etter ett av unntaksalternativene i kjl. § 23 (1) 2. punktum.

Tapsbegrensningsplikten etter engelsk rett kan også hevdes å gå lenger enn etter norsk rett når det kommer til ikke-fungible varer. Etter norsk rett vil mislighold av en kontrakt om en ikke-fungibel vare som regel føre til at kjøper må nøye seg med erstatning. Selger unntas sin oppfylleelsesplikt med grunnlag i hindrings- eller misforholdsalternativet, fordi dekningskjøp vanskelig kan gjennomføres. I engelsk kontraktsrett, vil kjøper ha en plikt til å begrense sitt tap, selv om dette innebærer å inngå en ny kontrakt med samme selger. Der for eksempel selger ikke vil ha mulighet til å levere i tide uten ekstra tiltak, og derfor tilbyr levering til avtalt tid for et høyere vederlag, vil kjøper kunne ha en plikt til å godta dette tilbudet for ikke å forsømme sin tapsbegrensningsplikt og få sitt erstatningskrav avkortet. Kjøper må med andre ord godta en (antagelig) mindre gunstig avtale med samme selger som har misligholdt den opprinnelige kontrakten. Kjøperen kan med dette miste deler av sitt erstatningskrav dersom han ikke godtar selgerens nye avtalevilkår.

Dette var tilfellet i *Solholt*.¹²² Saken gjaldt kjøp av et skip. Selger misligholdt kontrakten da han foreslo å sette leveringsdatoen tre dager frem i tid enn hva som opprinnelig var avtalt. I engelsk rett gir slikt mislighold grunnlag for å heve kjøpet og kreve erstatning.¹²³ På dette tidspunktet hadde skipet allerede steget i verdi med 10 %. Kjøper tilbød selger å overta skipet til redusert pris, som tok hensyn til det tap kjøperen ville påføres på grunn av at levering ble forsinket. Selgeren godtok ikke dette. Retten kom frem til at kjøperen burde ha godtatt selgerens underliggende tilbud om å kjøpe varen til opprinnelig pris, men med tre dagers utsatt leveringstidspunkt. Kjøperen hadde ikke begrenset sitt tap i tilstrekkelig grad, og hans erstatningskrav ble avslått. Kjøperen ble med dette fratatt sitt krav på erstatning ved forsinket levering. Tapsbegrensningsplikten krever enkelte ganger dermed at kjøper godtar selgers nye avtalevilkår for at kjøper skal kunne kreve erstatning for misligholdet av

¹²² Jf. *Sotiros Shipping Inc v Sameiet Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605.

¹²³ Jf. SOGA ss. 30 (1) og 51 (1), jf. s. 27.

den opprinnelige kontrakten. Tapsbegrensningsplikten i engelsk kontraktsrett synes svært streng, og som *Solholt*-dommen viser kan plikten føre til resultater som setter betydelige begrensninger i erstatningsansvaret som er det engelske kontraktsrettslige utgangspunktet ved selgers mislighold.

Det kan diskuteres om kjøper etter norsk rett også vil ha en slik plikt til å inngå en ny avtale med selgeren. Det kan imidlertid hevdes at prinsippet om avtalebundethet og lojalitet i kontraktsforhold står så sterkt i den norske kontraktsretten at tapsbegrensningsplikten ikke kan strekkes like langt i norsk rett som i den engelske retten. Hagstrøm kommenterer dette slik:

"[D]et er meget hardt i medhold av tapsbegrensningsreglene å forlange at den krenkede part skal vandre til den som har brutt kontrakten, og forhandle om nye vilkår, for derigjennom å begrense den ansvarliges erstatningsplikt. Det kan derfor med styrke hevdes ...: «til å be om videre samarbeid er man ikke forpliktet».¹²⁴

De nevnte hensyn er de samme som naturaloppfyllelseskrevet bygger på, og som blant annet nettopp gjør naturaloppfyllelse til utgangspunktet for kjøperens krav mot selger ved kontraktsbrudd i norsk rett.

Kjøpers mer eller mindre umiddelbare plikt til å foreta et dekningskjøp etter engelsk kontraktsrett, samsvarer med kjøpers krav på erstatning, som er den engelske kontraktsrettens utgangspunkt for kjøpers misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd. Tapsbegrensningsplikten viderefører med andre ord i stor grad hensynet bak utgangspunktet i engelsk rett. Konsekvensen av tapsbegrensningsplikten kan derimot i stor grad sies å være uforenelig med kjøpers naturaloppfyllelseskrev, som er den norske kontraktsrettens utgangspunkt. Tapsbegrensningsplikten setter potensielt store begrensninger i kjøperens adgang til å fremme sitt naturaloppfyllelseskrev, både for fungible og ikke-fungible gjenstander. Hvor varen er fungibel vil kjøper ofte komme i en situasjon hvor han vil være tvunget til å heve. Tapsbe-

¹²⁴ Jf. Hagstrøm (2009) s. 564.

grensningsplikten som kjøperen er underlagt, uthuler virkeområdet for naturaloppfyllelseskravet også i norsk rett. Det kan således synes som om virkeområdet for naturaloppfyllelse i norsk kjøpsrett, i praksis er nærmere den engelske anvendelsen, enn hva de ulike utgangspunktene for naturaloppfyllelseskravet i de to rettssystemene skulle tilsi.

6.6 Lik anvendelse?

Oppgaven har nå tatt for seg noen momenter som tas i betraktning ved vurderingen av adgangen til å få dom på naturaloppfyllelse i engelsk og norsk kjøpsrett. Det kan spørres om den faktiske anvendelsen av oppfyllelsesplikten er så forskjellig som de to rettssystemenes ulike utgangspunkteter skulle tilsi? Kjøpers rett på naturaloppfyllelse ved kontraktsbrudd, kan ved første øyekast se ut til å være forskjellig, ettersom engelsk rett opererer med erstatning som den primære misligholdsbeføyelsen, og ikke naturaloppfyllelse, slik utgangspunktet er etter norsk kontraktsrett. Naturaloppfyllelseskravets ulike vilkår og unntak i engelsk og norsk rett, fører til at det mer eller mindre skal like mye til for at kjøperen får gjennomslag for sitt krav på naturaloppfyllelse. I praksis setter varens art begrensninger for hva det kan kreves naturaloppfyllelse av. Hvor tilgjengelig varen er på markedet vil ha vesentlig betydning for den faktiske adgangen til å kreve naturaloppfyllelse både etter norsk og engelsk rett.

Ser man på den praktiske anvendelsen av regelen, vil effektivitetshensyn i stor grad være avgjørende for hvorvidt kjøper nyttiggjør seg av et krav på naturaloppfyllelse. En kjøper vil ofte velge bort sin rett på naturaloppfyllelse etter kjl. § 23 (1). Kjøper benytter i stedet et annet alternativ i samsvar med den engelske rettens utgangspunkt; å kreve kontrakten hevet, kombinert med et erstatningskrav.¹²⁵ Ved forsinkelse av en fungibel vare vil kjøper ofte se seg best tjent med å finne tilsvarende vare fra en annen leverandør. Erstatning vil være et mer fordelaktig alternativ for kjøper i det tilfellet kravet på naturaloppfyllelse ikke imøtekommes av selger, og tvisten eventuelt må løses gjennom en rettsak. Gjennom bruk

¹²⁵ Jf. kjl. §§ 25 (1) og 27, jf. § 22 (1).

av kjøpers hevings- og erstatningsrett, bortfaller partenes gjensidige forpliktelser, og kjøper kan, i stedet for å være låst i kontraktsforholdet, raskt forhindre ytterligere ulempe som følge av selgers mislighold.

Tar man i betraktning de ulike momenter som vektlegges i vurderingen av kjøpers rett til å kreve naturaloppfyllelse, kan det hevdes at kravet etter norsk og engelsk rett rent faktisk har et veldig likt praktisert anvendelsesområde og ofte vil føre til samme resultat.

7 Andre virkninger av oppfyllelseskravet

7.1 Innledning

Oppfyllelseskravet i norsk og engelsk rett har vist seg å ha svært sammenfallende praktiske anvendelsesområder. Finnes det likevel områder innen kjøpsretten i norsk og engelsk rett, som løses forskjellig som følge av det to rettssystemenes ulike utgangspunkter for kjøpers krav på naturaloppfyllelse? I det følgende redegjøres det for ulike konsekvenser av at engelsk rett ikke opererer med et grunnleggende naturaloppfyllelseskrav for kjøper, slik utgangspunktet er etter norsk rett.

7.2 Equity-retten: Et prosessuelt hinder for anvendelse av kjøperens naturaloppfyllelsesrett?

Naturaloppfyllelse i norsk rett er en materiell rett og beror i utgangspunktet ikke på en domstolsavgjørelse, slik tilfellet er for "specific performance".

I tilfeller der vilkårene for naturaloppfyllelse, heving og erstatning er oppfylt,¹²⁶ vil kjøper etter norsk rett ha et krav på å få gjennomslag for den misligholdsvirkningen han velger å påberope seg. En kjøper vil etter norsk rett måtte ty til en domstolsbehandling av sitt naturaloppfyllelseskrav dersom han trenger hjelp til å få sin rett gjennomført. Dersom selgeren motsetter seg kjøperens krav på naturaloppfyllelse, vil kjøperen følgelig kunne få gjennomført sitt naturaloppfyllelseskrav ved å få en fullbyrdsdom for sin rett.¹²⁷ I engelsk rett er ikke dette like praktisk.

¹²⁶ Oppgaven vil ikke gå inn på vilkårene for å ha en erstatnings- eller hevingsrett etter kjøpslovens §§ 27 og 25.

¹²⁷ Det finnes en rekke problemstillinger som er tilknyttet gjennomføringen av naturaloppfyllelse. Disse er denne oppgaven imidlertid avgrenset mot, jf. punkt 1.1.2.

Så snart et kontraktsbrudd er påvist vil kjøper ha rett til å kreve heving i kombinasjon med erstatning. Denne reaksjonsformen kan derfor anvendes så sant det nødvendige vilkåret om kontraktsbrudd foreligger. Annerledes blir det med naturaloppfyllelseskravet på grunn av dets stilling som en subsidiær misligholdsbeføyelse under equity. Kjøper har ingen rett på naturaloppfyllelse uten at det foreligger en domstolsavgjørelse, og innrømmelse av "specific performance" skjer i tillegg etter rettens skjønn. Kjøperen må ikke bare få fastsatt sitt krav på naturaloppfyllelse, men også få innvilget et slikt krav gjennom domstolen. En rettsak kan være både krevende økonomisk og tidsmessig, og et krav på naturaloppfyllelse blir på grunn av kravets prosessuelle sider i større grad utilgjengelig for kjøper etter engelsk rett enn det er etter norsk rett. Av kostnads- og effektivitetshensyn vil antagelig kjøper i slike tilfeller benytte seg av sitt erstatningskrav.

7.3 Naturaloppfyllelseskravets virkning for selgers erstatningsansvar

7.3.1 Innledning

Kravet på naturaloppfyllelse kan også få virkninger for selgerens erstatningsansvar for det tap kjøperen er påført, som følge av selgers kontraktsbrudd, særlig i norsk rett. For det første vil naturaloppfyllelseskravet få virkning for adekvansvurderingen ved erstatningsutmålingen i norsk rett. Kjøper kan i større utstrekning få mer fjerntliggende tap erstattet i norsk rett, enn hva kjøper i engelsk rett vil ha adgang til. I det følgende vil det også redegjøres for hvordan naturaloppfyllelseskravets stilling i norsk rett kan påvirke selgers mulighet til å begrense sitt erstatningsansvar gjennom avtalte avvik fra de lovfestede erstatningsreglene. Naturaloppfyllelseskravets stilling kan i tillegg få den konsekvensen at kjøper vil ha adgang til å fastholde kjøpet med virkning for erstatningsutmålingen, ved mislighold på selgers side.

7.3.2 Naturaloppfyllelseskravets virkning på adekvansvurderingen

Naturaloppfyllelseskravets ulike stilling i norsk og engelsk rett påvirker adekvanskravet ved fastsettelsen av kjøpers erstatningskrav mot selger. Hvor selgers mislighold skyldes

hans klanderverdige opptreden, skal vi se at adekvansbegrensningen i norsk rett vil kunne tøyes, hvilket ikke vil være tilfellet for adekvansvurderingen i engelsk rett.

I tilfeller der selgerens culpøse adferd danner grunnlaget for erstatningsansvaret vil det i engelsk og norsk rett fremkomme forskjeller i adekvansvurderingen ved erstatningsutmålingen. Culpaansvaret er i motsetning til engelsk rett utgangspunktet for erstatningsansvaret etter norsk kontraktsrett og erstatningsretten for øvrig.¹²⁸ Den engelske kontraktsretten operer ikke med et slikt erstatningsansvar. Dette henger sammen med at engelsk rett tar utgangspunkt i direkte erstatningsansvar ved mislighold og ser på erstatning som en "pris-lapp" på mislighold av partenes forpliktelser etter kontrakten. Selger kan derfor som utgangspunkt i engelsk rett velge om han ønsker å betale seg ut av kontraktsforholdet ved å betale i henhold til kjøperens erstatningskrav, i stedet for å forsøke å oppfylle kontrakten. Selgers skyld i misligholdet er ikke relevant. Utgangspunktet etter engelsk rett er det objektive erstatningsansvaret ved kontraktsbrudd, hjemlet i SOGA ss. 51 (1) og 54.

Spørsmålet ved adekvansvurderingen er både i norsk og engelsk kontraktsrett generelt, om tapet er en rimelig, nær og naturlig følge av kontraktsbruddet.¹²⁹ For engelsk rett fremkommer dette av SOGA s. 51 (1):

"the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach of contract."

Dette er en kodifikasjon av en erstatningsutmålingsregel formulert i *Hadley v. Baxendale*.¹³⁰ Som det følger av kjl. § 67 (1) 2. punktum er innholdet i adekvansvurderingen etter norsk kjøpsrett svært lik SOGA s. 51 (1). Erstatning for kontraktsbrudd i norsk kjøpsrett dekker

¹²⁸ Jf. Hagstrøm (2009) s. 452.

¹²⁹ Ibid. s. 526.

¹³⁰ Jf. (1854) 156 E.R. 145.

"... bare tap som en med rimelighet kunne ha forutsett som en mulig følge av kontraktbruddet."

Som nevnt har også norsk rett et objektivt erstatningsansvar i kjl. § 27 (1). I både engelsk og norsk rett skal adekvansvurderingen ved objektivt erstatningsansvar ta utgangspunkt i de forhold som realdebitor kjente til, eller burde kjenne til, på *avtaleinngåelsestidspunktet*.¹³¹ I engelsk rett er også denne regelen formulert i *Hadley v. Baxendale*. Tap som kan inngå i kjøpers erstatningskrav mot selger er det som "may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach". Denne regelen ligger til grunn for vurderingen i SOGA s. 54 (3) om "special damages".¹³² Bestemmelsen setter krav om at tap som ikke "directly and naturally"¹³³ følger av kontraktsbruddet, men som skyldes spesielle omstendigheter, også vil kunne bli grunnlag for erstatning når selger med rimelighet burde forutsett dette på kontraktinngåelsestidspunktet. Erstatningsansvar for kontraktsbrudd i engelsk rett kan med dette omfatte alt det tap partene på avtaletidspunktet kunne forutsett som en følge av kontraktsbruddet. Dette følger naturlig av den engelske rettens utgangspunkt om et objektivt erstatningsansvar ved kontraktsbrudd.

Som følge av utgangspunktet om et naturaloppfyllelseskrev i norsk rett, vil kjøpslovens system først og fremst søke å oppnå kontraktsmessig oppfyllelse. Når selger ikke kan oppfylle kontrakten som følge av hans egen bebreidende handling, vil kjøpers underliggende naturaloppfyllelseskrev derfor gi utslag ved at selgers erstatningsansvar i slike tilfeller kan bli utvidet – culpaansvaret. Det potensielle omfanget av selgers erstatningsansvar vil med dette øke i samsvar med skyldgraden hos selger. Selgers ansvar vil ikke utvides på denne måten etter engelsk rett. Dette følger av den engelske rettens utgangspunkt med direkte krav på erstatning ved kontraktsbrudd. Kjøper må etter engelsk rett i utgangspunktet være

¹³¹ Jf. Hagstrøm (2009) s. 532.

¹³² Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 398.

¹³³ Jf. SOGA s. 51 (2).

innforstått med at han kun vil få utbetalt sitt erstatningskrav dersom selger ikke overholder sine forpliktelser.

Adekvansvurderingen ved erstatningsutmålingen etter norsk rett blir ulik adekvansvurderingen i engelsk rett, i to henseender, som følge av naturaloppfyllelseskravets stilling som utgangspunktet i norsk rett.

For det første er spørsmålet også ved adekvansvurderingen ved culpaansvaret hvilke tap som er rimelige og nærliggende følger av kontraktsbruddet. Imidlertid skal adekvansvurderingen av culpaansvaret "skje ut fra den tid *kontraktbruddet* skjedde (min uth.)",¹³⁴ til forskjell fra adekvansvurderingen for det objektive erstatningsansvaret. Adekvansvurderingen for culpaansvaret ser med andre ord på de forhold selger kjente eller burde kjenne til da han foretok den ansvarsbetingende handlingen. Selger vil ofte kjenne til andre forhold på kontraktsbruddstidspunktet, enn de forhold han med rimelighet burde tatt i betraktning på kontraktinngåelsestidspunktet. Tap som faller innenfor denne adekvansgrensen kan derfor utgjøre tap som ikke ville vært en del av erstatningskravet ved objektivt ansvar.

For det andre kan adekvansbegrensningen i tilfellet av et culpaansvar bli mindre enn ved det objektive erstatningsansvaret etter engelsk rett. I samsvar med den alminnelige erstatningsretten, som skjerper erstatningsansvaret etter graden av skyld, og alminnelige rimelighetsbetraktninger, vil graden av selgers klanderverdige opptreden føre til at han lettere vil kunne pådra seg ansvar for mer fjerntliggende følger.¹³⁵ Hvor selgers kontraktsbrudd er grovt uaktsomt, eller til og med forsettlig, vil adekvansgrensen kunne tøyes, og selger kan et stykke på vei tenkes å bli ansvarlig også for det som ellers regnes som inadekvate tap.¹³⁶

¹³⁴ Jf. Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) s. 123.

¹³⁵ Jf. Hagstrøm (2009) s. 531.

¹³⁶ Ibid. s. 532.

7.3.3 Naturaloppfyllelseskravets stilling får virkning for selgers adgang til å begrense sitt erstatningsansvar

Partene i et kontraktsforhold har i norsk og engelsk kjøpsrett adgang til å avtale misligholdsvirkninger som avviker fra den aktuelle lovgivningens reguleringer.¹³⁷ I de tilfeller hvor partene på forhånd har avtalt en form for misligholdserstatning, fører naturaloppfyllelseskravet til at selgers erstatningsansvar kan få ulikt omfang i engelsk og norsk rett. En slik forhåndsbestemt erstatning, for eksempel konvensjonalbot, gjelder i stedet for de regler om erstatningsgrunnlag og utmåling som følger av lovgivningen. Både i norsk og engelsk rett er det adgang til dette ettersom begge land opererer med et generelt prinsipp om avtalefrihet.¹³⁸ Konvensjonalbøter er nok mest aktuelt og benyttet innenfor tilvirkningskontrakter eller tjenesteavtaler. Det er likevel aktuelt for parter i en kommersiell kjøpskontrakt å benytte seg av en slik ordning, for eksempel ved tilvirkningskjøp. Å anvende parters bruk av konvensjonalbøter som eksempel, er derfor anvendelig også for denne oppgaven.

En konvensjonalbot er en standardisert erstatning, som skal utbetales ved kontraktsbrudd. Beløpets størrelse fastsettes som regel i lys av de tap en part kan forvente å få som følge av de forpliktelser den aktuelle kontrakten påfører partene. En slik kontraktbestemmelse setter dermed en "prislapp" på den risikoen partene tar ved å gå inn i kontraktsforholdet. Dette skaper større forutberegnelighet i kontraktsforholdet, da partene vet hvilket erstatningskrav de vil stå ansvarlig for, dersom deres forpliktelser ikke overholdes. En slikt forhåndsavtalt erstatningsbeløp kalles "liquidated damages" i engelsk rett.¹³⁹

¹³⁷ Med unntak for blant annet misligholdsvirkninger knyttet til preseptorisk forbrukerlovgivning, men dette er det i dette arbeidet avgrenset mot, jf. 1.1.2 ovenfor.

¹³⁸ I common law ble dette prinsippet fremtredende i kontraktsretten fra det 19. århundret, se *Treitel; The Law of Contract (2007)*, s. 2. I norsk rett kommer dette kontraktrettslige prinsippet til uttrykk i Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2.

¹³⁹ Dette begrepet omfatter ikke konvensjonalbøter som tar sikte på å påskynde kontraktsmessig oppfyllelse ved å fastsette et erstatningsbeløp høyere enn et forventet tap. Denne formen for dagsmukt kalles "penalty clauses" i engelsk kontraktsrett, og er ikke et gyldig kontraktsvilkår etter engelsk rett, se *Treitel; The Law of Contract (2007)*, s. 1074.

Selgeren kan komme i en situasjon hvor det vil være mest tjenlig for han å betale seg ut av kontraktsforholdet ved å utbetale det på forhånd avtalte erstatningskravet til kjøperen. Der selgers kostnader eller ulemper ved å oppfylle kontraktsmessig overgår konvensjonalbotens størrelse kan dette være tilfellet. En forskjell i norsk og engelsk kjøpsrett er virkningen av at selger selv velger å betale seg ut av kontraktsforholdet. I engelsk rett er dette som regel en mindre belastende løsning for selger enn å oppfylle kontraktsmessig. Denne forskjellen er blant annet en følge av de to rettssystemenes ulike utgangspunkter for adgangen til naturaloppfyllelse.

Etter engelsk rett vil det ikke føre til noen ytterligere problemer for selger at han ønsker å gjøre nytte av misligholdserstatningen. Selger kan som utgangspunkt velge om han ønsker å betale seg ut av kontraktsforholdet ved å betale konvensjonalboten, i stedet for å forsøke å oppfylle innen avtalt leveringstid. Dette følger naturlig av at erstatningsansvaret i engelsk rett uansett er konsekvensen av et kontraktsbrudd.

I norsk rett er det imidlertid satt en grense for hvilke kontraktsbrudd en part kan unngå eller begrense sitt ansvar for ved å avtale misligholdsvirkninger, for eksempel i form av konvensjonalbøter. Ett av disse unntakene er hvor en part grovt uaktsomt eller forsettlig misligholder kontrakten.¹⁴⁰ Dette ble først forankret i Rt. 1948 s. 370 og NL 5-1-2 som setter en absolutt grense for kravet til ærbarhet i et kontraktsforhold. I dag vil spørsmålet om en avtalt misligholdserstatning kan opprettholdes, falle inn under den generelle rimelighetsvurderingen i avtaleloven¹⁴¹ § 36. Et eksempel er Rt. 1926 s. 712, der en pakke ble stjålet under forsendelsen per post. Postverket nektet å betale annet en normalerstatning, og ikke den maksimale erstatningen etter pakkens vekt, som på den tiden var postens reglement. Det viste seg at låsen på skapet hvor pakkene ble oppbevart var ødelagt, men denne ble ikke

¹⁴⁰ Jf. Hagstrøm (2009) s. 632.

¹⁴¹ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4.

skiftet ut før 14 dager etter at det ble oppdaget. Høyesterett sluttet seg her til byrettens dom, som hadde kommet til at

"naar der foreligger grov uagtsomhet, kan postvesenets ansvar efter min mening ikke være begrenset til den fikserte erstatning".

I tilfeller der selger selv velger ikke å oppfylle kontrakten, men i stedet utbetale den avtalte misligholdserstatningen til kjøper, vil dette ofte kvalifisere som grov uaktsom opptreden fra selgers side. Dermed avskjæres selger fra å nyttiggjøre seg av ansvarsbegrensningen som konvensjonalboten utgjør. Selgers adgang til å begrense sitt erstatningsansvar gjennom konvensjonalbøter er med dette større i engelsk rett enn i norsk rett, som følge av naturaloppfyllelseskravets forskjellige stilling i de to landenes kontraktsrett.

En ytterligere konsekvens av naturaloppfyllelseskravet i tilfeller som nevnt ovenfor, er at den grovt uaktsomme selgers erstatningsansvar vil fastsettes etter adekvansvurderingen for culpaansvaret etter norsk rett. Tidspunktet for adekvansvurderingen blir som tidligere forklart derfor kontraktsbruddstidspunktet, og ikke kontraktinngåelsestidspunktet, slik det er i den engelske erstatningsutmålingen. Selgeren kan av den grunn risikere å bli erstatningsansvarlig for tap som i utgangspunktet lå utenfor adekvansgrensen.

7.3.4 Kjøpers adgang til å påvirke erstatningskravets størrelse ved å fastholde kontrakten

I både norsk og engelsk rett vil kjøper kunne påvirke erstatningskravet, som følge av selgers mislighold, i de tilfeller hvor han fastholder kjøpet og krever naturaloppfyllelse. I både norsk og engelsk rett vil det i disse tilfellene være mulig at tapsbegrensningsplikten ikke inntre, slik at erstatningskravet følgelig ikke avkortes på grunn av kjøpers manglende begrensning av sitt tap. Dette forekommer på ulike måter i de to rettssystemene.

I norsk rett, vil kjøper ha en tapsbegrensningsplikt ved mislighold av en kontrakt om en fungibel ytelse, når det er "klart" at selger ikke vil kunne oppfylle.¹⁴² Kjøpers tapsbegrensningsplikt kan med dette inntre så snart det foreligger et kontraktsbrudd eller et antesipert mislighold. Med andre ord, kan kjøper nødvendigvis ikke pålegges en tapsbegrensningsplikt i tilfeller hvor det *ikke* er helt "klart" at selger ikke kan oppfylle, men hvor det foreligger et antesipert mislighold eller hvor det foreligger et kontraktsbrudd. Der kjøper i disse tilfellene har valget mellom å heve kontrakten eller å fastholde den og kreve naturaloppfyllelse, og velger det siste, vil han berettiget kunne fastholde kjøpet uten å foreta en dekningsstransaksjon. Dersom kjøper på et senere tidspunkt likevel velger å heve kjøpet og kreve erstatning, vil ikke erstatningen avkortes, ettersom kjøper ikke har hatt noen plikt til å begrense sitt tap.¹⁴³ Dersom det har skjedd en prisstigning i markedet i tidsrommet fra kjøperen får kunnskap om kontraktsbruddet til kontrakten heves,¹⁴⁴ vil kjøper kunne fastholde "avtalens økonomiske realitet".¹⁴⁵ Der kjøper av en eller annen grunn ikke lenger har behov for naturaloppfyllelse, vil han kunne anvende de alternative misligholdsbeføyelsene slik at han kan tjene på medkontrahentens mislighold. Ved å fastholde avtalen og kreve naturaloppfyllelse, for så å heve kjøpet, vil han få en høyere erstatning dersom det foreligger en prisstigning. På tross av kjøpers mulighet til å utnytte denne posisjonen, er han likevel ikke pålagt noen tapsbegrensningsplikt. Dette samsvarer med naturaloppfyllelseskrevet som utgangspunkt i norsk kontraktsrett. Hensynet til at kjøper skal ha muligheten til å kreve oppfyllelse overgår den negative følge det har at selgeren kan bli erstatningsansvarlig for et større krav, som følge av kjøpers anvendelse av de tilgjengelige misligholdsbeføyelsene.

Etter engelsk rett vil kjøper generelt ha en tapsbegrensningsplikt.¹⁴⁶ Dette følger naturlig av at erstatning her vil være kjøpers utgangspunkt i valget av misligholdsbeføyelser ved kon-

¹⁴² Jf. Rt. 1954 s. 482.

¹⁴³ Jf. kjl. § 70 (2).

¹⁴⁴ Ibid. § 69 (1) 1. punktum.

¹⁴⁵ Jf. Hagstrøm (2009) s. 364.

¹⁴⁶ Jf. Goode on Commercial Law (2009) s. 136.

traktsbrudd. Kjøper har umiddelbart et krav på erstatning ved kontraktsbrudd og vil med dette umiddelbart også ha en plikt til å begrense sitt tap dersom han ikke velger å benytte seg av sitt erstatningskrav. Selger skal ikke "lide" av kjøperens valg.

Det kan derfor være interessant å påpeke at kjøper også etter engelsk rett kan ha en mulighet til å fastholde kjøpet med virkning for erstatningskravet. Kjøperen har ingen tapsbegrensningsplikt i det tilfellet hvor det foreligger et antesipert mislighold.¹⁴⁷ I tilfellet hvor selger melder fra om at levering ikke vil skje i tide, men at han kan levere til et utsatt tidspunkt, vil kjøper etter engelsk rett ha valget mellom å heve kjøpet eller å fastholde det.¹⁴⁸ Hvor kjøper velger å fastholde kjøpet vil han ikke ha noen tapsbegrensningsplikt før det nye tidspunktet for levering har kommet. Dersom selger da igjen misligholder eller det igjen er grunnlag for et antesipert mislighold, vil kjøper kunne heve kontrakten og kreve erstatning. Dersom det har skjedd en prisstigning, skal kjøper uavkortet få erstattet differansen mellom avtalt pris og markedsverdien,¹⁴⁹ eller en beregnet normalverdi,¹⁵⁰ som kontraktsgjenstanden har på tidspunktet for når levering skulle ha skjedd, eller på tidspunktet for selgers gjentakende antesiperte mislighold. På samme måte som i norsk rett vil altså erstatningskravets størrelse kunne påvirkes dersom kjøper velger å fastholde, for senere å likevel heve kjøpet.

Dette unntaket fra tapsbegrensningsplikten i engelsk rett kan ikke begrunnes i hensynet til naturaloppfyllelseskravets stilling, slik kjøpers lignende mulighet etter norsk rett kan begrunnes. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvorfor engelsk rett har åpnet for en slik adgang i det snevre tilfellet av antesipert mislighold. Det må her gjøres oppmerksom på at kjøper i utgangspunktet bare unntas sin tapsbegrensningsplikt hvor selger kan oppfylle in

¹⁴⁷ Jf. *Brown v. Muller* (1871-72) L.R. 7 Ex. 319.

¹⁴⁸ Jf. *Goode on Commercial Law* (2009) s. 140.

¹⁴⁹ Jf. SOGA s. 51 (3). Bestemmelsen gjelder fungible varer.

¹⁵⁰ For ikke-fungible varer finnes egne beregningsregler, se for eksempel *J. Leavey & Co Ltd. V. George H. Hirst & Co Ltd.* [1944] KB 24.

natura, men til et utsatt leveringstidspunkt. Der selger fastholder at han ikke vil oppfylle, vil kjøper i de fleste tilfeller ha en umiddelbar tapsbegrensningsplikt,¹⁵¹ i tillegg til at kjøper vil ha en umiddelbar tapsbegrensningsplikt når kontraktsbrudd ikke foreligger før etter tidspunktet for levering. Hvorfor det er gjort unntak fra kjøpers tapsbegrensningsplikt i nettopp det begrensede tilfellet av et antesipert mislighold er tatt opp i juridisk teori, som også ser ut til kun å peke på at dette er et noe ubegrunnet unntak.¹⁵²

¹⁵¹ Unntak kan tenkes hvor kjøper ikke lenger behøver selgers bistand for å kunne oppfylle kontrakten, jf. Goode on Commercial Law (2009), s. 140-141.

¹⁵² Se for eksempel *ibid.* s. 140, fotnote 440.

8 Avslutning

Oppgaven har gjort rede for kjøpers krav på naturaloppfyllelse i norsk og engelsk kjøpsrett. Utgangspunktene for kjøpers adgang til å kreve naturaloppfyllelse er svært ulike i de to landenes kontraktsrett. Flere lignende forhold og momenter i vurderingen av kjøpers naturaloppfyllelseskrev finner man imidlertid i både norsk og engelsk kjøpsrett. Selv om anvendelsen av "specific performance" i utgangspunktet fremstår betydelig mer begrenset i forhold til naturaloppfyllelseskrevet etter kjøpsloven, har det i denne oppgaven blitt vist til at dette nødvendigvis ikke er tilfellet. Unntakene for naturaloppfyllelseskrevet i kjl. § 23 (1) 2. punktum, spesielt sammenholdt med den begrensning kjøpers tapsbegrensningsplikt utgjør for kjøpers krav på naturaloppfyllelse, fører til at naturaloppfyllelseskrevets virkeområde i norsk kjøpsrett ikke er så ulikt virkeområdet til den engelske rettens "specific performance". Selv om kjøpere etter norsk rett i utgangspunktet har krav på naturaloppfyllelse, vil ikke dette i praksis nødvendigvis bety at kjøper får avtalen oppfylt i større grad enn hva kjøpere etter engelsk rett vil ha mulighet til. Dette vitner også fraværet av norsk rettspraksis på området om.

Det er i denne oppgaven likevel pekt på at naturaloppfyllelseskrevets stilling i norsk rett leder til ulike virkninger på andre områder i kjøpsretten, sammenlignet med engelsk rett. Dette gjelder spesielt virkninger på kjøperens alternative erstatningsansvar i kombinasjon med at kjøpet heves. Vi har blant annet sett at naturaloppfyllelseskrevets stilling i norsk rett påvirker adekvansvurderingen ved fastsettelsen av hvilke tap som kan falle inn under culpaansvarsregelen. Selger vil kunne bli erstatningsansvarlig etter culpaansvaret for tap som ikke nødvendigvis vil falle inn under den engelske erstatningsansvarsregelen. Vi har også sett at omfanget av selgers erstatningsansvar etter culpaansvaret kan utvides, og dekke mer fjerntliggende tap enn hva området for det objektive erstatningsansvaret etter engelsk rett kan dekke. Selgers erstatningsansvar kan også øke som følge av kjøpers adgang til å fastholde kjøpet og kreve oppfyllelse, etterfulgt av et hevingskrav.

Naturaloppfyllelseskravets stilling som kjøpers utgangspunkt ved kontraktsbrudd på selgers side, har med dette en virkning ut over bestemmelsen selv. Naturaloppfyllelse er et underliggende mål i norsk kontraktsrett, som for eksempel får den følge at det potensielle omfanget av selgers erstatningsansvar, i utgangspunktet er videre i tilfeller der selger selv kan klandres for ikke å ha overholdt sine kontraktsrettslige forpliktelser. Ettersom man i engelsk rett ikke opererer med et slikt utgangspunkt, men i stedet har erstatningsansvar som kjøpers umiddelbare sanksjon ved kontraktsbrudd, får naturaloppfyllelseskrevet i engelsk rett kun virkning for kjøpers adgang til å få avtalen oppfylt in natura.

Det kan synes som om anvendelsen av kravet på naturaloppfyllelse nærmer seg hverandre i norsk og engelsk rett. Uavhengig av hvorvidt anvendelsen av naturaloppfyllelseskrevet vil fortsette å utvikle seg i retning av hverandre, kan det virke som at kjøper etter norsk rett i de fleste tilfeller vil stå sterkere enn kjøper etter engelsk rett når det kommer til kjøpers krav ved mislighold. Dette kommer av at naturaloppfyllelseskrevet i norsk kontraktsrett ser ut til å være et grunnleggende hensyn, som også kan påvirke andre områder innenfor kjøpsretten. "Specific performance" vil tilsynelatende ikke være annet enn en alternativ misligholdsbeføyelse til erstatningsansvaret.

9 Litteraturliste

Lover

Norske lover

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687
- 1907 Lov om kjøb (Opphevd) 24. mai 1907 nr. 2
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4
- 1969 Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 26
- 1988 Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse 26. juni 1992 nr. 86

Engelske lover

- 1873 The Judicature Acts 1873
- 1893 Sale of Goods Act 1893
- 1968 Misrepresentation Act 1967
- 1977 Unfair Contract Terms Act 1977
- 1981 The Supreme Court Act 1981

Dommer

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1926 s. 712

Rt. 1948 s. 370

Rt. 1954 s. 482

Engelske rettsavgjørelser

Behnke v. Bede Shipping Co [1927] 1 K.B. 649

British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Limited Appellants v Underground Electric Railways Company of London, Limited Respondents [1912] A.C. 673 (HL)

Brown v. Muller (1871-72) L.R. 7 Ex. 319

C. H. Giles & Co. Ltd. v Morris and Others [1972] 1 W.L.R. 307

Cohen v. Roche [1927] 1 K.B. 169

Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998] AC 1 (HL)

Decro Wall International S.A v. Practitioners in Marketing Ltd [1963] 3 All ER 402

Falcke v. Gray (1859) 62 E.R. 250

Francis v. Cowlcliffe Ltd. (1977) 33 P. & C.R. 368

Hadley v. Baxendale (1854) 156 E.R. 145

J H Ritchie Ltd v. Lloyd Ltd [2007] 1 WLR 670 (HL)

J. Leavey & Co Ltd. v. George H. Hirst & Co Ltd. [1944] KB 24.

Lowther v. Lord Lowther (1806) 13 Vesey Junior 95

Patel v. Ali [1984] Ch 283

Phillips v. Lamdin [1949] 2 KB 33

R. v. Incorporated Froebel Educational Institute Ex p. L [1999] E.L.R. 488

Re Wait [1927] 1 Ch. 606, s. 617 (CA)

Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd. [1974] 1 WLR 576

Sociétés des Industries Metallurgiques S v. Bronx Engineering Co. Ltd [1975] 1 Lloyd's Rep 465 (CA)

Stickney v. Keeble [1915] A.C. 386 (HL)

Sudbrook Trading Estate Ltd. Appellants v Eggleton and Others Respondents [1983] 1 A.C. 444

Tito and Others v Waddell and Others (No. 2) [1977] Ch. 106

Walters v. Morgan (1861) 45 E.R. 1056

Wedgwood v. Adams [1843] 49 ER 958

Forarbeider

NOU 1976:34. Lov om kjøp

NU 1984:5. Nordiska köplagar: Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning

Ot.prp.nr.80 (1986-1987). Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp

Bøker

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. Oslo, 2003.

Andrews, Neil. *Contract law*. Cambridge, 2011.

Anners, Erik. *Den europeiske rettens historie*. Oslo, 2007.

Bergem, John Egil, Konow, Berte Elen og Rognlien, Stein. *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løseprekjøp med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 2007.

Bruserud, Herman. *Hardshipklausuler*. Bergen, 2010.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.

Geldart, William. *Introduction to English Law*. 11. Utg. Oxford, 1995.

Goldschmidt, Hans W. *English Law from the Foreign Standpoint*. London, 1937.

Goode on Commercial Law. Redigert av Ewan McKendrick. 4. utg. London, 2009.

Hagstrøm, Viggo. *Kjøpsrett*. Oslo, 2005.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2009.

Hellner, Jan. *Pacta sunt servanda*. I: Samfunn, Rett, Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoff. Otta, 1986, s. 335-349.

Merryman, John Henry. *The Civil Law Tradition; an Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2. Utg. California, 1985.

Rowan, Solène. *Remedies for Breach of Contract: A comparative Analysis of the Protection of Performance*. Oxford, 2012.

Selvig, Erling. *Om dom på naturaloppfyllelse, særlig i befraktningsforhold*. Utkom som særtrykk 1962. I: Arkiv for Sjørett. Bind 5. Oslo, 1964, s. 553-600.

Smith, Lionel. *Understanding Specific Performance*. I: Comparative Remedies for Breach of Contract. Redigert av Nili Cohen og Ewan McKendrick. Oregon, 2005, s. 221-233.

Treitel; *The Law of Contract*. Redigert av Edwin Peel. 12. utg. London, 2007.

Tvedt, Odd R. og Bruserud, Herman. *Entreprenørens kontraktsoppfyllelse - «oppfyllelseterskler»*. I: På Rett Grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Oslo, 2010, s. 430-452.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 6. Utg. Oslo, 2006.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York, 1996.

Artikler

Holmes, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. I: Harvard Law Review. Vol. 10, Nr. 8 (1897), s. 457-478.

Szladits, Charles. *The Concept of Specific Performance in Civil Law*. I: The American Journal of Comparative Law. Vol. 4, Nr. 2 (1955), s. 208-234.

Regelverk for internasjonal kontraktsrett

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010