

Økonomisk analyse af kontraktrettens misligholdelsesbeføjelser

Artiklen foretager en økonomisk analyse af kontraktrettens misligholdelsesbeføjelser, som er betegnelsen for de rettigheder en part kan gøre gældende i et kontraktforhold, når modparten ikke lever op til aftalen. Efficiet kontraktbrud diskuteres med udgangspunktet i dansk ret og der drages paralleller til Angloamerikansk ret, som på dette punkt adskiller sig fra dansk ret. Der redegøres for, hvordan forskellige misligholdelsesbeføjelser påvirker parternes incitament til at bryde inefficiet kontrakter samt hvorledes løftemodtagers investeringer påvirkes. Desuden beskrives hvordan de enkelte misligholdelsesbeføjelser allokerer risikoen mellem parterne.



Caspar Rose,
Ph.D. studerende,
Institut for finansiering,
Handelshøjskolen i København

Indledning¹

Inden for mange kontraktforhold forekommer det ofte når leveringstiden oprinder, at sælger vælger at bryde kontrakten ved ikke at levere den aftalte ydelse. Årsagen til at en part ikke lever op til aftalen skyldes tit forhold, parterne ikke var bekendt med på selve aftaletidspunktet f.eks. at sælgers produktionsomkostninger vil stige mere end forventet eller at køber vil modtage et billigere tilbud fra en anden leverandør.

En *juridisk tilgang* til dette spørgsmål, ville som udgangspunkt være at betragte kontrakten som bin-

dende jfr. læresætningen om aftalers bindende karakter, *pacta sunt servanda*, der stammer fra den middelalderlige kirkeret, som anså det for umoralsk at bryde en kontrakt. En traditionel juridiske indfaldsvinkel ville samtidig være at overveje reglerne om *force majeure*, der i givet fald ville kunne frigøre sælger fra sin forpligtelse. Retspraksis stiller imidlertid strenge krav til, at sælger kan frigøre sig fra at levere varen til køber i dette tilfælde.

I modsætning hertil tager den *økonomisk analyse* udgangspunkt i den *perfekte kontrakt*, som er en hypotetisk kontrakt, der specificerer alle parternes forpligtelser i alle eventuelle tilstande. Den perfekte kontrakt er således udtryk for, hvad parterne *selv ville have aftalt*, hvis de havde fuldstændig viden og den ville dermed afspejle deres forskellige præferencer f.eks. m.h.t. deres holdning over for risiko. Hvis parterne i den perfekte kontrakt ville have aftalt at sælger ikke skulle levere, hvis en given omstændighed efter aftaleindgåelsen indtraf, vil det således ikke være samfundsøkonomisk efficient (Pareto optimalt), hvis lovgivningen i denne situation kræver levering.

Den retsøkonomiske analyse går ud på at under-

søge, hvilken baggrundsret parterne initialt selv vil have foretrukket og dernæst sammenholde dette med de gældende kontraktretlige regler på området. Opmærksomheden rettes derfor mod besvarelsen af, hvilken misligholdelsesbeføjelse, der maksimerer parternes samlede forventede nytte. Parterne har i optimum *ex ante* sammenfaldende interesser (dette er formuleret i det såkaldte Coase teorem).

Artiklen vil indledningsvist redegøre kort for kontraktrettens vigtigste misligholdelsesbeføjelser. Dernæst vil begrebet *efficient kontraktbrud* blive diskuteret d.v.s. hvorledes de enkelte misligholdelsesbeføjelser giver parterne forskellige incitamenter til at bryde kontrakten. Gennemgangen foretages først under forudsætning af, at problemfri genforhandling ikke lader sig gøre, derefter gennemgås eksemplet når problemfri genforhandling antages at kunne finde sted. Herefter vil artiklen diskutere, hvordan parternes incitamenter til at foretage kontraktrelaterede *investeringer* påvirkes af de forskellige misligholdelsesbeføjelser. Endelig vil artiklen diskutere, hvordan de forskellige beføjelser allokere *risikoen* mellem parterne f.eks. hvem der skal bære risikoen for at sælgers omkostninger bliver ekstraordinært høje. Dette spørgsmål ville være afgjort i den perfekte kontrakt, mens en juridisk besvarelse derimod ville tage udgangspunkt i rimelighedsbetragtninger, og ikke som økonomisk teori tilsiger, parternes holdning over for risiko.

Kontraktrettens misligholdelsesbeføjelser

I mange kontraktforhold specificerer parterne ofte kun en pris og en fremtidig leveringsdato og lader dermed kontrakten være *ufuldstændig*. Dette skyldes både tilstedeværelsen af begrænset rationalitet samt at det vil være forbundet med betydelige transaktionsomkostninger at specificere den perfekte kontrakt. Købeloven har netop til formål at regulere parternes retsstilling ved kontraktbrud, når parterne lader aftalen være ufuldstændig på dette punkt og beskriver desuden betingelserne for anvendelsen af de enkelte beføjelser. Købeloven kan i handelskøb fraviges af parterne. Man kunne eksempelvis forestille sig at parterne i den perfekte kontrakt sandsynligvis ville have indført en klausul, der frigjorte sælger fra at levere, hvis råvarepriserne steg mere end X%. Sådanne klausuler genfindes i mange kommercielle kontraktforhold og dette viser netop parternes ønske om at specificere retsvirkningen af eventuelle fremtidig tilstande, der på afgørende

punkter kan ændre styrkeforholdet i kontraktforholdet.²

Denne artikel behandler de væsentligste misligholdelsesbeføjelser indenfor kontraktretten nemlig, *naturalopfyldelse* og *erstatning*, herunder *positiv opfyldelsesinteresse* og *negativ kontraktinteresse*.³ Naturalopfyldelse indebærer, at løftegiver skal færdiggøre og levere varen til løftemodtager og er den teoretiske hovedregel i kontinental europæisk ret (Civil law). I Angloamerikansk ret (Common law) er den altovervejende hovedregel imidlertid erstatning. Efter en dom til naturalopfyldelse kan løftegiver således i princippet gennemtvinge sit krav med fogdens hjælp, hvilket er reguleret i Retsplejelovens regler. Ved positiv opfyldelsesinteresse forstås, at erstatningen udmåles som om kontrakten var opfyldt, hvilket er ensbetydende med at køber modtager nytteværdien af genstanden. Erstatning af den negative kontraktinteresse indebærer, at løftemodtager skal stilles i samme situation som om aftalen aldrig var indgået. En sådan erstatning kunne eksempelvis udgøres af købers handelsomkostninger (der f.eks. spiller en betydelig rolle inden for handel med fast ejendom) eller erstatning af købers afholdte investeringer i tiltro til kontraktens opfyldelse.

Efficient misligholdelse

Ved *efficient misligholdelse* forstås, at det under nogle omstændigheder er mere fordelagtigt for parterne, at en part misligholder sin forpligtelse, end at han opfylder aftalen. Begrebet er i sin natur således i modstrid med traditionel juridisk betragtningsmåde, hvor løfters bindende virkning er fundamentet i retsvidenskaben, som netop koncentrerer sig om løfter der kan tvangsfuldbyrdes af domstolene.

For bedre at belyse problemstillingen vil vi konstruere et eksempel.⁴ Der indgås en gyldig købsaftale om fabrikation af et skib til levering om 3 måneder til en fast pris på 10 mio. kr. (bestillingskøb), som køber værdsætter til 12 mio. kr.⁵ Muligheden for problemfri genforhandling udelukkes i den følgende gennemgang. Ved aftaletidspunktet kender sælger ikke de faktiske omkostninger, men kun de forventede omkostninger på 8 mio. kr., hvilket er den eneste risiko i forholdet. Efter aftaleindgåelsen foretager køber sine investeringer i tiltro til at kontrakten opfyldes f.eks. annoncering, ansættelse af personale og leje af havneplads. Sælger opnår derefter kendskab til de faktiske omkostninger og beslutter derefter, om han vil levere skibet eller i ste-

det misligholde aftalen. For at forenkle problemstillingen antages det, at kun sælger kan beslutte at misligholde aftalen. Hvis de faktiske omkostninger viser sig f.eks. at udgøre 13 mio. kr. eller at sælger opnår et mere favorabelt tilbud fra en tredjemand på f.eks. 14 mio. kr., vil det således ikke være pareto optimalt at levere skibet til den oprindelige køber.

Den første problemstilling vedrører hvilken form for erstatning der er mest efficient, enten *positiv opfyldelsesinteresse* eller den *negative kontraktsinteresse*. Hvis de realiserede omkostningerne viser sig at udgøre f.eks. 9 mio. kr. så er der ingen problemer og sælger vil naturligvis levere skibet. Der ville derfor være skabt et positivt nytteoverskud ved handlen på 3 mio. kr. (12 mio.-10 mio.) + (10 mio.-9 mio.). I den perfekte kontrakt ville parterne have specificeret, at der kun skulle ske levering så længe omkostningerne er under 12 mio. kr. d.v.s ingen levering når sælgers omkostninger er større end købers nytte af skibet.

Af ovenstående ses endvidere, at hvis erstatningen var sat højere end købers nytte af skibet f.eks. 15 mio. kr., så ville sælger levere alligevel, forudsat at sælgers omkostninger viser sig at være mindre end dette beløb. Ud fra et efficienssynspunkt er dette *ikke* optimalt, eftersom køber kun værdsætter skibet til 12 mio. kr. og dette skaber derfor et negativt nytteoverskud (på 3 mio.kr) Men hvis erstatningen er identisk med købers nytte af genstanden ses det, at sælger kun vil hæve i de situationer, hvor omkostningerne viser sig at overstige købers nytte af genstanden, eftersom det så er billigere for sælger at betale erstatning end at levere skibet. Dette er ensbetydende med, at netop positiv opfyldelsesinteresse giver det optimale incitament til at bryde kontrakten når det ellers vil være inefficiant at opfylde aftalen.⁶

Samtidig ses det, at erstatning efter negativ kontraktsinteresse ikke giver sælger optimale incitament til at bryde. Negativ kontraktsinteresse giver køber en mindre erstatning end købers nytte af varen og sælger vil derfor være tilbøjelig til at bryde kontrakten, selvom de faktiske omkostninger ikke overstiger købers værdi af skibet. Dette er kun tilfældet hvis sælgers omkostninger overstiger prisen, da han altid vil levere hvis prisen er højere end omkostningerne d.v.s. hvor der er et positivt dækningsbidrag. Hvis eksempelvis købers investeringer udgør 1 mio. kr. og omkostningerne er 10,5 mio. kr., så vil sælger hellere betale erstatning og undlade at

levere skibet. Men da køber jo værdsætter skibet til 12 mio. kr. bør der ske levering. Eksemplet viser at negativ kontraktsinteresse ikke altid, som det var tilfældet med positiv opfyldelsesinteresse giver sælger de optimale incitament.

En belysning af hvorvidt *naturalopfyldelse* giver optimale incitament til at bryde en inefficiant kontrakt, afhænger i høj grad af muligheden for genforhandling.⁷ Hvis man ikke antager muligheden for problemfri genforhandling vil *naturalopfyldelse* ikke være efficient. Hvis eksempelvis omkostningerne viser sig at blive større end købers værdi af skibet, vil dette bidrage til et velfærdstab og give et negativt nytteoverskud.

Når man inddrager muligheden for, at sælger giver køber et beløb for at blive frigjort fra kravet om levering, er det muligt at undgå et inefficiant udfald. Hvis man antager at de faktiske omkostninger udgør 14 mio. kr. så vil sælger være interesseret i at give køber et beløb, der er mindre end eller lig med 14 mio. kr. Køber vil i sådan en situation mindst kræve hvad skibet er værd for ham ved opfyldelse d.v.s. 12 mio. kr. Hvis køber skal levere skibet bliver der med de givne tal tale om et negativt nytteoverskud på 2 mio. kr. Men hvis sælger f.eks. aftaler med køber, at han i stedet for skibet får et beløb på 13 mio. kr. (den refunderede pris og »bestikkelsen«), så bliver det negative velfærdstab ved levering af skibet undgået og nytteoverskuddet bliver 0 kr. Genforhandling vil i teorien kunne sikre efficient misligholdelse, under forudsætning af ingen transaktionsomkostninger, symmetrisk information og at tilstanden vil være fuldt verificerbar af en tredjepart f.eks. en domstol, hvilket i mange situationer er noget tvivlsomt.

Naturalopfyldelse spiller en rolle både i sammenligning med erstatning og dels i forbindelse med genforhandling, hvor selve tilstedeværelsen af muligheden for at kræve *naturalopfyldelse*, fungerer som et trusselspunkt i genforhandlingssituationen, ved at man altid har muligheden for at kræve varen udleveret. Det at man har muligheden for at kræve varen udleveret i genforhandlingssituationen, synes ikke at være dækkende for retspraksis,⁸ således at man i nogen grad kan betvivle de resultater, hvor retten til at kræve *naturalopfyldelse* anses for problemfri. Som det ses af ovenstående afhænger graden af misligholdelsesbeføjelsernes efficiens i høj grad af antagelsen om problemfri genforhandling.

Hvis man ser på retspraksis, både i Danmark og i

Common law er reglen også, at man i langt de fleste tilfælde anvender positiv opfyldelsesinteresse. Dette sker ved at køber ofte foretager et dækningskøb af samme slags type og kræver differencen erstattet. Naturalopfyldelse har især sin berettigelse ved unikke varer, hvor det er svært objektivt at måle købers (affektions)værdi af varen og her kan naturalopfyldelse undgå at køber bliver over/underkompenseret.

I eksemplet var skibet ikke fabrikeret i forvejen, men hvis man alternativt antog, at skibet allerede eksisterede hos sælger, så afhænger effciensen af naturalopfyldelse af, hvorvidt køber har de samme muligheder for at videresælge skibet til en tredjepart. Hvis dette er tilfælde vil naturalopfyldelse sikre at køber får udleveret skibet og kun vil sælge det videre, hvis tredjeparten er villig til at give en højere pris end hvad køber selv værdsætter skibet til. Dette sikrer således at varen ender hos den part, der værdsætter den mest. Det vil endvidere i praksis være nemmere at fuldbyrde en sådan retsafgørelsen om naturalopfyldelse end ved produktionskontrakten i eksemplet. Ofte vil dette imidlertid være forbundet med transaktionsomkostninger og køber vil i mange tilfælde ikke have samme adgang som den oprindelige sælger til at identificere potentielle nye købere, eller være i stand til at afhjælpe potentielle fejl og mangler ved skibet, hvilket reducerer sandsynligheden for et videresalg.

Påvirkningen af købers investeringer

Efter at parterne har indgået en aftale om levering af en vare, vil det ikke sjældent være tilfældet, at parterne foretager nogle investeringer. Hvis sælger ikke har varen på lager men derimod skal producere varen i henhold til nogle specifikationer udarbejdet af køber (bestillingskøb), vil sælger eksempelvis ofte skulle investere i maskiner eller uddannelse af arbejdskraft (betegnes *reliance investments*). I nærværende artikel behandles dog kun købers investeringer i tiltro til kontraktens opfyldelse jfr. investeringseksemplerne i forrige afsnit.⁹

Shavell (1980) har vist, at køber vil have en tendens til *overinvestering ved positiv opfyldelsesinteresse*, eftersom køber betragter afkastet som et sikkert afkast, mens det faktiske afkast vil være usikkert p.g.a. sandsynligheden for at sælger ikke leverer varen. Positiv opfyldelsesinteresse fungerer altså som en slags forsikring (man stilles jo som om kontrakten var opfyldt). Det samme er imidlertid tilfæl-

det med erstatning efter den negative kontraktsinteresse. Da køber stilles ringere ved negativ kontraktsinteresse, eftersom købers nytteværdi af varen er større end hans investeringer, så vil køber derfor have et incitament til at mindske sandsynligheden for misligholdelse fra sælgers side. Dette kan ske ved at øge hans investeringer, da erstatningen jo øges hermed, hvilket antyder at negativ kontraktsinteresse bidrager til øgede investeringer ud over hvad der er Pareto efficient.

Optimal risiko deling

Hidtil har det været antaget at parterne er risikoneutrale, men hvis en eller begge parter er risikoaverse bliver spørgsmålet hvilken misligholdelsesbeføjelse, som optimalt allokere risikoen mellem parterne. I den perfekte kontrakt ville der være taget stilling til risikodelingen, da den perfekte kontrakt også afspejler parternes holdning til dette spørgsmål. Risikoen defineres her som usikkerheden omkring den fremtidige fortjeneste ved handlen, hvilket som nævnt er påvirket af sælgers produktionsomkostninger til skibet.

Traditionelt har man i retspraksis behandlet ovennævnte risikospørgsmål med udgangspunkt i rimeligheds- og billighedsbetragtninger og især lagt vægt på hvad parterne har kunne forudse ved køkets afslutning. Force majeure reglerne udspringer heraf og giver sælger ansvarsfrihed for erstatning og naturalopfyldelse. Købelovens § 24 beskriver kravet til ansvarsfrihed vedr. erstatning med », muligheden af at opfylde aftalen må anses for udelukket ved omstændigheder, der ikke er af sådan beskaffenhed, at sælgeren ved køkets afslutning burde have taget dem i betragtning,«.

Som det ses af formuleringen indgår parternes holdning over for risikoen ikke særlig klart og domstolene tager ved vurderingen af risikospørgsmålet udelukkende udgangspunkt i hvilken part, som kunne undgå risikoen ved afholdelse af færrest mulige omkostninger f.eks. ved at tegne forsikring eller indgå aftaler med mere pålidelige underleverandører.

Sat på spidsen kan man sige, at det alt andet lige ikke spiller nogen rolle, om køber er et børsnoteret multinationalt selskab, mens sælger er en mindre familiedrevet virksomhed, hvis holdning over for f.eks. uventede prisstigninger på råvarer højst sandsynligt ikke er identisk. Forskellen kan dog spille en rolle i en eventuel rimelighedsvurdering. Optimal

risikodeling indebærer imidlertid, at risikoen bør deles i forholdet til parternes relative *risikotolerancer*, hvilket er et mål for en persons villighed til at bære risiko. Problemet er dog, at domstolene ikke uden videre vil kunne verificere en parts risikotolerance og at risikodelingen i stedet for, ofte vil afspejle parternes relative forhandlingsstyrke. Billedet må desuden nuanceres når en eller begge parter er børsnoterede selskaber, da risikospørgsmålet i denne situation, afhænger af en række andre forhold. Det kommer eksempelvis an på, i hvor høj grad aktionærerne holder en veldiversificeret portefølje af aktier, som eliminerer den selskabsspecifikke risiko.

Polinsky¹⁰ har vist, at når parternes marginale substitutionsrate er identisk mellem situationen ved levering og når der ikke sker levering, kan *ingen* af de betragtede misligholdelsesbeføjelser allokere risikoen optimalt. Det viser sig dog, at positiv opfyldelsesinteresse er at foretrække når sælger er risikoneutral. I denne situation vil positiv opfyldelsesinteresse medvirke til en efficient risiko allokering. Polinsky viser desuden, at den optimale regel, udgøres af et beløb, som er større end produktionsomkostningerne, men mindre end købers værdi af varen, hvilket afstedkommer at naturalopfyldelse ikke kan være en optimal beføjelse.

Konklusion

Den økonomiske analyse af kontraktrettens misligholdelsesbeføjelser ser på, i hvor høj grad den betragtede misligholdelse er i stand til at erstatte den perfekte kontrakt. Dette indebærer, at det ikke nødvendigvis er efficient at håndhæve enhver indgået aftale samt at moralske overvejelser i forbindelse med rimeligheden af kontraktbrud ikke spiller nogen rolle. Hvilke misligholdelsesbeføjelser der medvirker til efficient kontraktbrud, afhænger i særdeleshed af om, man antager at genforhandling er problemfri eller ej. Når problemfri genforhandling ikke antages at være til stede, så er erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse mest efficient, mens negativ kontraktinteresse ikke giver sælger optimale incitamenter til at bryde inefficente kontrakter, da sælger vil bryde for ofte. Naturalopfyldelse synes kun fordelagtigt, hvis man antager, at parterne kan foretage problemfri genforhandling efter at tilstanden har vist sig samt når domstolene ikke kan verificere eller måle købers (subjektive) nytte af varen.

Ved både positiv opfyldelseinteresse, og negativ

kontraktinteresse vil køber i begge situationer imidlertid foretage investeringer i tiltro til kontrakten, der overstiger det Paretooptimale niveau. Når spørgsmålet om risiko inddrages kompliceres analysen, men desuagtet er positiv opfyldelsesinteresse at foretrække, når sælger er risikoneutral. Den meget store udbredelse af positiv opfyldelsesinteresse i både dansk og Angloamerikansk ret indikerer derfor, at kontraktrettens misligholdelsesbeføjelser er forholdsvist efficiente.

Noter

1. Henrik Lando, Institut for finansiering, HHK takkes for konstruktive kommentarer til artiklen.

2. Parterne har ifølge Købeloven fri adgang til at aftale en såkaldt konventionalbod, som er en aftalt misligholdelsesbeføjelse, der specificerer hvor meget sælger skal betale køber, når sælger ikke leverer varen. Teoretisk set vil anvendelsen af konventionalbod være efficient jfr. Shavell 1980, da den bl.a. er udtryk for parternes forventninger og frie vilje ved selve aftaleindgåelsen, men da det er Købeloven som er genstand for artiklens analyse, vil spørgsmålet om aftalt misligholdelse ikke blive inddraget.

3. Købeloven indeholder en kodifikation af misligholdelsesbeføjelserne i dansk ret, der i vid udstrækning også anvendes inden for andre obligationsretlige retsområder. Af andre beføjelser der ikke behandles i artiklen kan nævnes; standningsretten, retten til et forholdsmæssigt afslag, afhjælpningspligten/retten og hævebeføjelsen.

4. For at simplificere analyse vil købelovens mange facetter og sondringer omkring mangler og forsinkelse ikke blive inddraget f.eks. vedr. ansvarsgrundlaget for erstatning, retlige/faktiske og oprindelige/efterfølgende mangler o.s.v. I tilfældet med manglende levering er der tale om uendelig forsinkelse. Det forudsættes, at der er tale om et køb bestemt efter art (genuskøb).

5. Eksemplet er inspireret af dommen gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1995 side 974 H. Sagen angik et dansk værft, som solgte en motorsejler til en svensk køber til brug for udlejning. Da sælger ikke kunne levere motorsejleren uden mangler ved leveringen, kunne køber hæve handlen.

6. Dette blev formelt vist af Steven Shavell 1980, »Damages measure for breach of contract«. Bell Journal of Economics Vol. 11 1980 pp. 466-490.

7. Jfr. Cooter 1984 »The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies« Michigan Law Review 83 pp.341-403.

8. Lando og Rose jfr. WP 2000, der undersøger anvendelsen af naturalopfyldelse i den internationale købelov, CISG og finder, at der ikke er nogen sager overhovedet, hvor et sådan krav eksisterer. Forfatterne peger bl.a. på følgende faktorer der begrænser muligheden i at kræve naturalopfyldelse fra købers side; tabsbegrænsningspligt for køber, internationale fuldbyrdelsesproblemer og at naturalopfyldelse ikke i sig selv sikrer en retmæssig ydelse,. Men selv i dansk ret er naturalopfyldelse meget sjældent og forskellen mellem Civil og Common law synes mere at være af teoretisk karakter på dette punkt.

9. Hvis sælger også investerer og dermed stokastisk øger købers fordel af varen uden af sænke sælgers omkostninger til levering af varen, er der tale om cooperative investments jfr. Che & Chung »Contracts damages and cooperative investments« jfr. Rand Journal of Economics Vol. 30 1999.

10. Jfr. Polinsky 1993 »Risk Sharing through breach of contract remedies« Journal of Legal Studies Vol. 12.