

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
ERAÕIGUSE INSTITUUT

Ave Hussar

LEPINGU TÄITMISE NÕUE ÕIGUSKAITSEVAHENDINA
Magistritöö

Juhendaja dr (iur) Irene Kull

TARTU
2006

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1 TÄITMISNÕUDE OLEMUS JA EESMÄRGID	8
1.1 TÄITMISNÕUDE MÕISTE	8
1.2 TÄITMISNÕUDE AJALOOLINE KUJUNEMINE	13
1.3 TÄITMISNÕUE ERINEVATE LEPINGUTE OORiate VALGUSES	23
1.4 TÄITMISNÕUE MAJANDUSLIKU ANALÜÜSI OBJEKTINA	29
1.5 TÄITMISNÕUDE IDEOLOOGILISED EESMÄRGID	34
2 TÄITMISNÕUDE EELDUSED	39
2.1 LEPINGU RIKKUMINE JA SELLELE TUGINEMISE ÕIGUS	39
2.2 VASTUTUS RIKKUMISE EEST	42
2.3 TÄITMISNÕUDE KUI ÕIGUSKAITSEVAHENDI LUBATAVUS	47
2.4 ÕIGUS NÕUDA TÄITMIST VERSUS ÕIGUS TÄITA	50
3 PIIRANGUD TÄITMISNÕUDELE	55
3.1 PIIRANGUD TÄITMISNÕUDELE – ÕIGUSE PUUDUMINE VÕI VASTUVÄITEÕIGUS?	55
3.2 PIIRANGUD MITTERAHALISE KOHUSTUSE TÄITMISNÕUDELE	57
3.2.1 Täitmise võimatus	57
3.2.2 Ebamõistlikult koormav või kulukas täitmine	62
3.2.3 Mõistlik võimalus saavutada taotletav tulemus muul viisil	71
3.2.4 Isikliku iseloomuga kohustuse täitmisest keeldumise õigus	77
3.2.5 Nõude esitamise ajalised piirangud	80
3.2.6 Piirangute kohaldatavus parandamise või asendamise nõudele	83
3.3 PIIRANGUD RAHALISE KOHUSTUSE TÄITMISNÕUDELE	88
3.3.1 Üldine põhimõte	88
3.3.2 Majanduslikud argumendid tasu sissenõutavuse piiramiseks	89
3.3.3 Piirangud tasu sissenõutavusele	92
3.4 TÄITMISNÕUDE PUUDUMISE TAGAJÄRJED	98
3.4.1 Hüvitise väljaandmise kohustus	98
3.4.2 Kahju hüvitamise nõue	103
4 TÄITMISNÕUDE MENETLUSLIKUD ASPEKTID	106
4.1 MITTERAHALISE KOHUSTUSE SISSENÕUDMINE	106
4.2 TÄITMINE VÕLGNIKU ARVEL	111
4.3 TÄIENDAVAD SANKTSIOONID TÄITMISNÕUDE MENETLEMISEL	113
KOKKUVÕTE	118
SUMMARY	121
KASUTATUD KIRJANDUS	124
KASUTATUD NORMATIIVMATERJAL	131
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	132
LISA 1	134

SISSEJUHATUS

Lepinguõigus kui vana ja auväärne õiguse instituut on leidnud käsitlemist suurel hulgal õigusteaduslikes uurimustes. Seetõttu on õigustatud küsimus, mida saaks veel üks – käesolev magistritöö, lisada. Mõistetavalt on ennekõike ülesandeks arvestada rahvusliku õigusteaduse vajadusi.¹ Kuid millised on tänase rahvusliku õigusteaduse vajadused lepinguõiguse kontekstis?

Pikemata on selge, et ülemaailmastumine kõikides eluvaldkondades, kuid eelkõige majanduskäibes, on esitanud väljakutse nii õigusteaduse rahvuslikkusele kui seeläbi lepinguõiguse eesmärkidele ja sisule üldisemalt. Seetõttu on käesolevas töös lähtutud eeldusest, et lepinguõigus on väljunud siseriiklikest ja rahvuslikest raamidest, ning vajalik on eelduslikult küsida universaalselt toimiva süsteemi järele.

Lepinguõiguse võimalikust universaalsusest annab tunnistust muu hulgas lepinguõiguse harmoniseerimise diskussiooni hoogustumine Euroopas. Imperatiivsete kaitsenormide kõrval (nt tarbijaõiguses) on Euroopa Liit astunud samme² ka seni suuresti rahvusliku aardena kiivalt siseriiklikus pädevuses hoitud lepinguõiguse üldpõhimõtete ja dispositiivsete normide ühtlustamiseks. Siinkohal ei ole vajalik lasta end kaasa tõmmata paljukajastatud diskussiooni küsimuses, kas liikmesriikide lepinguõigus(t)e erinevus on ühendusesisese käibe barjääriks sel määral, et see õigustaks negatiivse või positiivse integratsiooni meetodite kasutamist dispositiivse lepinguõiguse osas³, või täpsemalt, kas EL õigusruumi jaoks on vajalik ühtne tsiviilseadustik või lepinguõiguse instrument ja kas see peaks olema *opt-in* või *opt-out* mehhanismiga rakendatud. Küll aga ei saa nimetatud küsimust ignoreerida kui võrdlevad uurimistööd ja teoreetilised mõtteharjutused just eesmärgiks omaette ei ole.

Teiseks toimub teatav lepinguõiguse ühtlustumine *lex mercatoria* vormis sõltumata administratiivsetest otsustest ning seda nii Euroopa kui üleilmsel tasandil. Siseriikliku majanduskäibe osakaalu vähenemine on reaalsus ning üha rohkem lepinguid on allutatud klassikalise rahvusvahelise eraõiguse reeglitele. *Lex mercatoria* kilbile tõstmine on õigustatud kahtlusega, kas rahvusvaheline eraõigus ja üksikud siseriiklikud „õigussaad“⁴, mille vahel hüpeldes ka sohu võib sattuda, suudavad kaasaegsete struktuuridega majanduskäivet teenindada.

Püüdlused kõige üldisemas tähenduses *efektiivse* lepinguõiguse poole erinevatel tasanditel on aktuaalne teema. Seega on esmalt vaja määratleda *eesmärk* (miks reguleerida?) ning selle saavutamiseks vajalikud *vahendid* ehk õiguslikud meetmed (kuidas reguleerida?). Nende kahe elemendi pinnalt formeerub – nimetagem seda nii – *ideaalne* lepinguõigus. Seevastu *reaalne* lepinguõigus peab püstitatud eesmärgi saavutamise õigusliku reguleerimismeetodi sobivuse

¹ Nii ka nt Pisuke, lk 1.

² Eelkõige An action plan 2003.

³ Analüüs selle kohta nt Hesselink, lk 74-86.

hindamisel arvesse võtma ka õigusliku meetme kasutuselevõtu kulusid. Nii võib osutuda vajalikuks teha mööndusi ideaalmudelis, kuivõrd täiuslikkuse saavutamine oleks seotud ülemääraste kuludega. Järelikult ei saa õigusteoreetikud lubada endale kaasajal pelgalt ideaalmudeli kallal töötamist, vaid peavad lähtuma süsteemi kõikidest komponentidest ning otsima *optimaalset* lahendust. Samal põhjusel peab piirama ka eelpoolmääratletud soovi otsida *universaalset* lahendust – ka universaalse õiguse kehtestamine ei pruugi olla kõige efektiivsem.

Universaalsuse küsimus ei tõusetu mitte üksnes tasandil rahvuslik – ülerahvuslik. Ka ideaalse lepinguõiguse sees tuleb lahendada küsimus universaalsusest ja selle piiridest. Nii tuleb otsustada, milliseid käibe ulatust (siseriiklikku, ühendusesiseste, rahvusvahelist), isikute gruppe (kaupmehi, tarbijaid), õigussuhete struktuure (B2B, B2P), lepingu liike jne ning millise detailsusega tuleks eristada.

Saksamaa tsiviilkoodeksi 2002. a. uuenduskuuri ja Hollandi 1992. a. uue tsiviilkoodeksiga ühes reas võib Eesti lepinguõiguse kohta kõhklusteta moderne. Kuid kas ka efektiivne? Vastust sellele küsimusele ei ole vahenditult tuletatav asjaolust, et seadusandja eeskujuks olnud rahvusvaheliste konventsioonide ja mudelseaduste – ÜRO rahvusvaheliste müügilepingute konventsioon⁴, Euroopa lepinguõiguse printsiibid⁵ või UNIDROIT rahvusvaheliste kaubanduslepingute printsiibid⁶ ja ka doonorriikide (loe: Saksamaa) vastava regulatsiooni koostajad olid juba silmas pidanud *õigeid* eesmärgi ja valinud *parimad* vahendid. Efektiivse lepinguõiguse elementide parameetrid on nende võrdlusobjektide puhul siiski individuaalsed. Nii võib kuulda etteheiteid muudatuste elluviimiseks vajalike kulude ületähtsustamise kohta Saksa võlaõiguse reformi puhul, kui ka nimetatud kulude arvestamata jätmine mudelseaduste puhul. Eesti puhul tuleb tõdeda, et sisuliste alternatiivide puudumisel olid õigustatud kõik kulud, mis uue ja eelduslikult ideaalse regulatsiooni kujundamiseks pidi tehtama. Kuigi ei alustatud mitte päris tühjalt kohalt, oli Eesti eraõiguse valdkond 90-ndate algul siiski õigusteadlaste eksperimentide jaoks avatud. Selles osas võib Eesti seadusandjat võrrelda Printsiiptide koostajatega, kes püüdsid luua uut toimivat süsteemi, hoidmata kinni valmis mudelitest kehtivate õiguskordade näol⁷.

Eelnevat kokku võttes võib käesoleva töö uurimisülesande sõnastada järgmiselt: millised valitud vahendid annavad konkreetse lepinguõiguse valdkonnas tulemuseks efektiivse õigusliku regulatsiooni, arvestades ühiskonna ootusi?

Lepinguõigus on mitmekesine õigusvaldkond ning käesoleva töö eesmärgiks ei ole anda vastust eelpoolesitatud küsimustele kõigis selle lõikudes ega ka mitte üldises plaanis. Analüüsi

⁴ Edaspidi CISG.

⁵ Edaspidi PECL.

⁶ Edaspidi PICC, edaspidi koos PECL-ga ühiselt ka Printsiibid.

⁷ Lando/Beale, sissejuhatus xxvi.

objektiks on valitud lepingu tuum - lepingu täitmise nõue. Tegemist on küsimusega, mida peetakse lepinguõiguses üheks enim diskuteeritud erinevuseks tsiviilõiguse ja üldise õiguse vahel. Ka Eesti, suuresti mudelseadusi usaldades, on tahes-tahmata suures osas üle võtnud segu tsiviilõigusemaade senisest täitmisnõude primaarsusel põhinevast lähenemisest ja üldise õiguse maade, selles küsimuses kardinaalselt teisest positsioonist lähtuvast käsitlusest. Vajab selgitamist, kuivõrd need nõ algsüsteemid praktikas sarnase tulemuseni jõuavad. Kui ühisele praktilisele tulemusele ei jõuta, siis kas põhjuseks on erinevad eesmärgid või reguleerimisviis.

On tõdetud⁸, et praegune Euroopa lepinguõiguse ühtlustamine on olnud pigem funktsionaalne ja kergem on olnud kokku leppida konkreetsetes normides kui ühtlustada aluspõhimõtteid. Nii äratav huvi, kas ühtlustatud normid on kõigutamas arusaamu erinevate õigussüsteemide aluspõhimõtteid samas küsimuses ja ühisosa on üldse võimalik. Tuleb ka nimetada, et töös ei leia käsitlemist mitte kõik täitmisnõudega seonduvad küsimused. Nii näiteks jääb välja küsimus eellepingu täitmise nõude esitamises, samuti seosed kohustuse vahekorra muutumise instituudi ja täitmisnõude piirangute vahel.

Määratlenud mida uurida ja miks, tuleks küsida ka uurimismeetodi järgi.

Nägime eespool, et selliselt esitatud *kuidas* küsimusele vastamiseks on vajalik eelnevalt vastata *miks* küsimusele. Küsimusele, millistest eesmärkidest peaks olema kantud ideaalne lepinguõigus, ei ole kerge vastata. Positiivne õiguskord ja ajaloo paratamatus mõjutavad meid seejuures kahesuunaliselt. Esiteks annab see võimaluse kasutada heas mõttes oma huvides õigusteaduse seniseid saavutusi, teisalt aga seab ohtu uurija võime näha selgelt sõltumatut normi eesmärki ja sünteesida selle saavutamiseks täitmiseks vanadest dogmadest sõltumatu lahendus. Õiguse ajalugu ja võrdlev õigusteadus meetoditena peavad esimesena käe ulatama aitamaks distantseeruda olemasolevast. Sealjuures peaks tarvitama võrdlevat õigusteadust kui mõõka, mille tera hoiavad vaheda mitte ainult analüütiline küsimus – milles seisneb õiguskordade erinevus, vaid ka normatiivne pärimine – miks see nii on. Normatiivsele küsimusele vastamiseks vajame lisaks nii õigusfilosoofilise, õigussotsioloogilise kui ka õigusmajandusliku meetodi abi. Viimase raames tuleks arvesse võtta ka ideaalse mudeli ellurakendamise kulud, mis omakorda valitud alternatiividele võivad muuta. Saadud teadmiste pinnalt tuleb formuleerida kui mitte veel vastused ideaalse mudeli enda kohta, siis vähemalt õiged küsimused, millele vastust otsides ideaalini võiks jõuda. Neist eesmärkidest on kantud töö esimene peatükk, mis ehitab üles taustsüsteemi edasise analüüsi jaoks, määratledes eelkõige täitmisnõude positsiooni mõjutavad tegurid nii ajaloolises, õigusteoreetilises, ideoloogilises kui õigusmajanduslikus plaanis.

⁸ Clive, lk 15-16.

Saadud teadmistega asutakse hindama kaasaegsete ühtlustatud lepinguõiguse instrumentide täitmisenõude regulatsiooni. Ühtlustatud lepinguõiguse allikatena määratletakse käesoleva töö kontekstis need instrumendid, mille sünni mõjutasid 20. sajandi teise poole majandusarengu ja üleilmastumise protsessid ning millised üldistatuna on kantud lepinguõiguse ühtlustamise ideest.

Esimesena neist tuleb nimetada CISG-i kui seni edukaimat rahvusvahelise lepinguõiguse instrumenti. Analüüsi objektina tuleb CISG-i puhul silmas pida, et tegemist vaid ühte osa lepinguõigusest, nimelt müügiõigust reguleeriva instrumendiga, mistõttu tuleb olla ettevaatlik üldistustega lepinguõiguse üldpõhimõtete ja teiste lepinguliikide regulatsiooni jaoks. Teiseks tuleb arvestada selle suunitlusega vaid rahvusvaheliste äritehingute reguleerimisele. Kolmandaks on tähtis fakt, et tegemist on suures osas kompromissiga üldise õiguse ja tsiviilõiguse maade vahel, mille tulemus ei pruugi peegeldada parimat lahendust õiguslikule probleemile. Siiski on CISG pannud aluse eraõiguse arengusuundadele ja mõjutanud paljude siseriiklike lepinguõiguse põhimõtteid. Tõsi, 2005. a seisuga tuleb tõdeda, et kohtupraktika täitmisenõude kohaldamise osas praktiliselt puudub.⁹

Teiseks on vaatluse all Printsiihid. Instrumendid ise lähemat tutvustamist ei vaja. Arvesse peab võtma küll seda, et esimene neist on koostatud suunitlusega rahvusvahelistele äritehingutele, kuivõrd teine ei ole oma kohaldamisalalt selliselt piiritletud ning võiks vabalt olla kasutatav ka siseriikliku lepinguõiguse üldosana. Olgugi et viimastes versioonides tunduvalt haaret laiendanud, tuleb siiski möönda, et tegemist on hetkel veel vaid fragmentaalset osa võlaõigusest katvate instrumentidega. Nimetatud puuduse mõju käesoleva analüüsi jaoks aga leevendavad Euroopa Liidu lepinguõiguse ühtlustamisele suunatud uurimisprojektid, eelkõige Study Group on a European Civil Code¹⁰, mille arvutivõrgus kättesaadavad projekttekstid¹¹ on aluseks eri lepinguliikide osas võimaliku ühtlustatud õiguse analüüsil. Kuigi lähitulevikus mitte üleeuroopalise siseriiklikku õigust asendava normatiivse baasina, siis Euroopa ühtseid põhimõtteid kandvate, esindusliku uurimisprojekti tulemusena sõnastatud ja käibes osalejatele *opt-in* põhimõttel kasutatavate sätetena käsitletavat on need tekstid arvestatavad. Vastavalt üld- ja eriosa vahekorras PECL ja SGECC projektid ei ole piiratud rahvusvahelistele tehingutele suunatusega, tegemist on võimaliku siseriikliku õiguse mudeliga nagu see võiks olla toimiv ühtlustatud õiguskorraga Euroopas.

Eelpoolnimetatud projektid arvestavad ka senise EL normistikuga, millest käesoleva töö raames on olulisim mais 1999. a vastu võetud nn Tarbijale müügi direktiiv¹², mille eesmärgiks

⁹ Lookofsky (2005), lk 199.

¹⁰ Lähemalt töögrupi plaanidest <http://www.sgecc.net/> (30. mai 2006).

¹¹ SGECC müügilepingute projekti alusel võib välja tuua tänase Euroopa müügiõiguse ühtsed põhimõtted (Sales - draft articles as at December 2004). Teenuse osutamise lepingute projektis leiavad käsitlemist töövõtulepingu alaliikidena ehituslepingud (construction) ja lepingud millegi valmistamiseks (Services - draft articles as at October 2005).

¹² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv 1999/44/EÜ, 25. mai 1999, tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta.

oli tagada ühetaolised õigused tarbijatele kõikides liikmesriikides suhetes majandustegevuse raames lepingu sõlminud müüjatega. Vastavalt on võimalus põgusalt hinnata direktiivi mõju täitmisenõude osas nii Eesti kui Saksa õigusele.

Eelnimetatud allikad on kõik¹³ olnud eeskujuks Eesti võlaõigusseaduse koostamisele. Võlaõigusseadus ongi selle peatüki analüüsi keskmes, olles eelpoolmääratatud kriteeriumite kohaselt ühtlasi kaasaegne ja ühtlustamisele püüdlev.

Printsiipide ja CISG kõrval, eriti arvestades nende puudusi kõikehõlmavuse ja Printsiipide puhul ka normatiivsuse osas, tuleb võlaõigusseadus asetada ka mõne teise siseriiklikult toimiva lepinguõiguse peegli ette. Ajaloolistes jälgedes astudes sobiks selleks kõige enam Saksamaa tsiviilkoodeks¹⁴, mille reformikavad suuresti ka võlaõigusseaduse ettevalmistamisel arvestati. Johtuvalt eelpoolviidatud täitmisenõude teema spetsiifikast, on olulisemates küsimustes kaasatud üldise õiguse ja Prantsuse õiguse võrdlev käsitus. Küsimustes, mille puhul mõne õiguskorra eripärane lahendus nõuab eraldi esiletõstmist, on kasutatud ka vastava riigi näiteid.

Nimetatud allikate pinnalt on materiaalsoiguse analüüs jagatud kahe küsimuse vahel. Esmalt leiavad käitlemist täitmisenõude üldised eeldused (2. peatükk) ning seejärel piirangud täitmisenõude esitamisele (3. peatükk). Piirangute osas on struktuur allutatud kohustuse peamistele liikidele (rahaline, mitterahaline). Arvestades valitud uurimismeetodi, mis hõlmab ka õigusmajanduslikku käsitlust, leiavad eraldi käsitlemist kaudsed piirangud täitmisenõudele, eelkõige poolte perspektiivne õiguslik positsioon pärast täitmisenõudele vastuväite esitamist.

Arvestades püstitatud ülesannet vaadelda täitmisenõuet kui sotsiaalset fenomeni, mis peab toimima ajendina ühiskonnaliikmete käitumises, jääks *tegelikku* lõpptulemust hindamata analüüs poolikuks. Seetõttu pole mitte vähemtähtis töö neljas peatükk, kus analüüsitakse täitmisenõude täitemenetluslikke aspekte. Eesmärk on uurida, kas materiaalsoiguslikud ja menetluslikud lahendused on kantud ühisest eesmärgist, milline roll peaks kummalgi olema ja kuivõrd täitmisenõue ka praktiliselt täidetav on.

Töö koostamisel on allikatena kasutatud eelkõige võõrkeelset kirjandust. Allikate rohkuse tõttu on kasutatud kirjanduse loetellu esitatud vaid olulisemad, otseselt viitamist leidnud allikad. Kohtupraktika täitmisenõude probleemküsimuste osas ei ole ulatuslik, mistõttu ei ole kohtupraktika olulisel määral töös kasutust leidnud. Kui üldiselt on arvestatud Eestis kasutusel olevat terminoloogiat, siis terminoloogiliste erisuste puhul on peetud vajalikuks esitada terminid enamasti ka algkeeles.

¹³ Välja arvatud SGECC projektid kui hilisemad.

¹⁴ Edaspidi BGB.

1 Täitmisenõude olemus ja eesmärgid

1.1 Täitmisenõude mõiste

Lepingu täitmise nõue kui võlaõiguslik nõudeõigus tuleb eelkõige seostada võlasuhtega, millest nõue tekib. Samavõrd mängib täitmisenõude positsioneerimisel rolli selle käsitlemine kas iseseisva varalise väärtusena või pelgalt vahendina vara omandamiseks.

Inglise keeles tähistab *obligation* pigem kohustatud isiku positsiooni (ma võlgnen, mul on kohustus), ladina keeles aga pigem hõlmab kogu õigussuhet.¹⁵ Gaiuse Institutsioonide järgi kuulusid obligatsioonid mittekehaliste esemete hulka ning nende kaitseks oli ette nähtud *actio in personam*. *Res corporales* ja *res incorporales* moodustasid vara selle laiemas tähenduses. Hagid, st õigus minna kohtusse nõudma endale kuuluvat *in personam* jagunevad nõueteks lepingutest ja nõueteks õigusvastastest tegudest. Rooma õigusest pärit¹⁶ ja Romaani õigusperekonna kaudu säilinud obligatsiooni kui õiguse *in personam*, kui mittekehalise eseme tähtsustamine õigusobjektina aitab selgitada lepinguga loodava õiguse eristamise võimalikkust ja vajadust seda kaitsvatest nõuetest. Nii on *actio in rem* aluseks väide „see asi on minu“, nõude *actio in personam* („sa võlgned mulle“), puhul tuleb hagiõiguse aluseks olev õigus määratleda millegina, mille puudumist või rikkumist hageja saaks kaevata.¹⁷ Selle koha täidab õiguslik konstruktsioon *obligatione*.

Grotiusel oluline teos *Introduction to the Jurisprudence of Holland* (1631) järgis ülesehituselt ja terminoloogiliselt põhimõtteliselt Gaiuse Institutsioone, koosnedes kolmest osast - isikud, vara (ka pärimine) ja obligatsioonid. Hagidele eraldi raamatut ei pühendatud. Vara osas leidis käsitlemist vaid asjadesse puutuv (vara kitsamas tähenduses), ning obligatsioonid said oluliselt iseseisvama positsiooni kui see oli Institutsioonides. Selline ülesehitus pani aluse ka kaasajal sageli kasutatavale vara kitsamale tähendusele, mis hõlmab vaid asjaõigused.¹⁸ Institutsioonidega võrreldes kujunes suuremaks vaheteo aluseks õigused nende *kaitse viisi järgi*. Seega nihkus rõhuasetus vaheteolt asjade ja õiguste vahel vaheteole õiguste, seega asjaõiguste ja obligatsioonide vahel.

Prantsuse tsiviilkoodeksi¹⁹ ülesehituse kohaselt on üldise kolmikjaotuse (isikud, vara (omand), vara omandamise viisid (pärimine, lepingud)) kõrval oluline ka vara sisemine jaotus (CC § 516). Vara hulgas eristatakse kinnisvara (sh kinnisasjaõigused) kõrval vallasvara. Vallasvara on selleks esiteks, kas *loomult* (vallasasjad) või teiseks, *seaduse alusel* (CC § 527). Vallasvaraks seaduse alusel on võlaõigused (obligatsioonid) ja hagid, mille objektiks on

¹⁵ *Obligatio est iuris vinculum...* Inst 3.13.pr. *Mea obligatio* võib tähendada nii õigustatud kui kohustatud poole positsiooni. Birks, lk 14.

¹⁶ Birks, lk 15.

¹⁷ Samas.

¹⁸ Birks, lk 22.

¹⁹ Code Civil, edaspidi CC.

rahasumma, vallasvara, aktsiad või osakud (CC § 529). Seega on alusmõisteks obligatsioon kui vara. Leping võlaõiguse tekkimise alusena on kokkulepe, millega üks või mitu isikut kohustuvad kellegi teise ees midagi andma, midagi tegema või midagi mitte tegema (CC § 1101). *Code Civili* mõtte kohaselt võetakse lepinguga *kohustus*, millele seadus lisab *hagid* kohustuse rikkumise puhuks. Seega on kohustus ja vastavad hagid (sh täitmisenõue) nõu paketina koheselt võlaõiguse kui vara koosseisus lepingu sõlmimisel.²⁰ Nagu ka Rooma õiguses, on võlaõiguse mõiste keskmeks just *kohustus*.

Rooma hagiliigid *actiones in rem/in personam* arenesid tsiviilõiguses materiaalõiguse jaotuseks *rights in rem/personam*. Teisiti aga üldises õiguses, kus nõuded kinnisvara osas (maa) kasutati nõudeid *in rem* (siit ka *real property*), seevastu vallasvara (*personal property*) kaitsti isiklike nõuetega. Viimaste puhul puudus absoluutne õigus asja suhtes ning nõudjal oli õigus vaid hüvitisele asja väärtuses; *rei vindicatio* nõuet, mis oleks vallasasjaõiguse lähendanud (kinnis)asjaõigusele välja ei kujunenud.²¹ Seetõttu asub vahetegu *personal/real actions* üldises õiguse nõu võlaõiguse sees aga mitte asjaõiguse ja võlaõiguse vahel, nagu see on tsiviilõiguse maades.²² Võlaõigus kui *personal right* kuulub laias tähenduses mõistetud vara koosseisu, mille suhtes rikkumine (*wrong*) toob kaasa õiguskaitsevahendite kohaldamise õiguse.

Germaani õiguses jookseb veelahel pigem asjade ja õiguste vahelt. Õiguse määratlemine relatiivse nõudeõigusena (ja mitte varana asjaõiguste kõrval) võimaldab tuletada lepingu alusel tekkivast õigusest vahetult ka vastava nõude.²³ Kuni 1. jaanuarini 2002. a. kehtinud lepinguõiguse struktuuril põhineva õigusdoktriini kohaselt annab õigus lepingu täitmisele ka vastava esmase nõude, mille äralangemise alused olid erandlikud. Õiguskaitsevahendite näol oli selles süsteemis tegemist esmase nõude *asendamiseks* või parandamiseks ette nähtud nõuetega ehk sekundaarsete nõuetega, millede hulgas omakorda esiplaanil kahjuhüvitusnõuded. Uuema BGB süstemaatika kohaselt on vaieldav, kas täitmisenõue on käsitletav esmase nõudena või kuulub ta õiguskaitsevahendite koosseisu.²⁴

Eesti ajaloolisele õigusmõtlemisele lubab pilku heita Tsiviilseadustiku 1940. a. eelnõu, mille § 1284 kohaselt: „võlaõiguse järgi kohustub võlgnik usaldaja kasuks teatavaks soorituseks, millel on tavaliselt varaline väärtus”. Nagu ka BGB § 241 mõtte kohaselt, oli ka eelnõu järgi õigus hageda lepingu täitmist kaasas juba lepingu endaga. Lepingu rikkumine kõrvuti nt lepinguvälise kahju tekitamisega, oli käsitletav lubamatu teona, mis eelnõu kohaselt oli iseseisvaks aluseks võlaõiguse tekkele (mh kahju hüvitamise nõudele).

²⁰ Birks, lk 22.

²¹ Ibbetson, lk 20.

²² Dalhuisen, lk 491, alamärkus 2.

²³ BGB § 241: Pflichten aus dem Schuldverhältnis (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.

²⁴ Vt ka töö p 2.1.

Eelöeldu põhjal saab teha üldistusi ka Eesti eraõiguse kohta, kus pandektilise süsteemi eeskujul tuleb eelkõige eristada asju ja nõudeõigusi, millest esimesed on käsitletavad varana kitsamas tähenduses. Eesti õigusele ei ole samas võõras ka vara laiemas tähenduses, mille TsÜS § 66 määratleb isikule *kuuluvate* rahaliselt hinnatavate õiguste ja kohustuste kogumi. Võlasuhtena mõistetakse õigussuhet, millest tuleneb ühe isiku (kohustatud isiku ehk võlgniku) *kohustus* teha teise isiku (õigustatud isiku ehk võlausaldaja) kasuks teatud tegu või jätta see tegemata ning võlausaldaja *õigus nõuda* võlgnikult kohustuse täitmist (nõue)²⁵. Näeme, et erinevalt Prantsuse õigusest, kuid sarnaselt Saksa õigusele rõhutatakse kohustuse tekkimise kõrval ka vastava nõude tekkimist. Niisiis on võlaõiguslik nõudeõigus (mh) lepingu alusel tekkinud subjektiivne relatiivne õigus, vastandatuna selliselt asjaõigustele, mis koos moodustavad vara laias tähenduses.

Tekkiva õigussuhte puhul peab olema määratletav ka selle ese. Esemeks on asjad ja õigused või muud esemed, mis võivad olla õiguse objektiks.²⁶ Niisiis võivad ka võlaõiguse enda esemeks olla õigused (sh võlaõiguslikud nõudeõigused), mis sel juhul on vastandatavad asjadega. Seega tuleb jaatada VÕS § 2 kohaselt laias tähenduses vara koosseisu kuuluva ja samas ka esemena käsitletava nõudeõiguse tekkimist lepingu sõlmimisel, mille sisuks on õigus nõuda kohustuse täitmist.

Sõltumata sellest, kas võlasuhtest nähakse tekkivat eelkõige kohustus või nõue, võib laiemas mõttes *obligatsiooni* käsitleda ka absoluutse subjektiivse õigusena²⁷, mille sisuks on õigus saada lepingujärgne sooritus, millel on eelduslikult rahaliselt hinnatav väärtus ning mis on kaitstud kõigi teiste isikute sekkumiste eest. See on võlaõiguse nõ väline aspekt, mille kaudu on ta käsitletav ka vara koosseisus.²⁸ Nagu iga teine absoluutne subjektiivne õigus, ei varusta see selle omanikku *per se* nõuetega konkreetse isiku vastu, - see toimub alles siis, kui absoluutse õiguse osas on toimunud rikkumine, mille parandamise vahendina annab seadus nõudeõigused konkreetse rikkuja vastu. On selge, et eelkõige võib seda õigust "rikkuda" lepingu teine pool, kellelt sooritust oodati. Kui lähtuda sellest, et sissenõutavat nõuet lepingu sõlmimisel iseenesest ei teki (nagu ka asja omandamisel), võib öelda, et lepingust tulenev õigus *midagi nõuda* on perspektiivne kaitseõigus omandatud õiguse rikkumisel, mille sisuks on ootuspärane sooritus konkreetse isikult (seepärast relatiivsus) ja mille rikkumisest tulenevad sissenõutavad nõuded on ka, vastavalt lepinguliste suhete eripärale reeglina sama isiku vastu.²⁹ Teine võimalik

²⁵ VÕS § 2 lg 1, TsÜS § 142.

²⁶ TsÜS § 48.

²⁷ Dalhuisen, lk 490, 493.

²⁸ Dalhuisen, lk 495.

²⁹ Samas. Teema leiab edasiarendamist töö p-s 1.3.

lähenemine oleks määratleda eraldi õigused ja nende kaitseks antavad nõuded analoogselt õigustele, mille esemeks on asjad.³⁰

Lepingu rikkumist võlasuhte tekkimise alusena VÕS otseselt ette ei näe. Samas ei vaja kaitseõigused eraldi võlasuhtega põhistamist, kuna erinevalt asjaõigusest on samade poolte vahel võlasuhe juba olemas. Seepärast, olgugi et VÕS § 3 p 6 järgi võiks lepingu kõrval olla võlasuhte tekkimise aluseks ka muu seadusest tulenev asjaolu, tuleks öelda, et VÕS loogika kohaselt eeldab lepingulise kohustuse rikkumine (VÕS § 100) olemasolevat võlasuhet ning lepingu rikkumine ise ei ole võlasuhte tekkimise aluseks.³¹ Õiguskaitsevahendid sellise lähenemise puhul on käsitletavad seaduse jõul tekkivate õigustena olemasoleva võlasuhte raames.

Mõneti ebaselgust tekitab küsimuse käsitus Eesti õiguskirjanduses, kus esmase kohustuse kõrval räägitakse sekundaarkohustusest, mis "tekib alles siis, kui võlasuhtest omandatud põhikohustust rikutakse".³² Nõustuda ei saa aga järeldusega nagu oleks sekundaarkohustuse puhul tegemist kohustustega, mille suhtes tekib nõudeõigus alles siis, kui põhikohustuse täitmist nõuda ei saa.³³ Seostanud teiseste kohustuste tekkimise põhikohustuse rikkumisega ja samas põhikohustuse täitmise nõude välistatusega, võiks teha järelduse, et need kaks asjaolu on omavahel seotud, ehk rikkumine toimub siis, kui esmase kohustuse nõudmine on välistatud. Sama kinnitab lisatud näide, mille kohaselt justkui tekiks õigus nõuda kahju hüvitamist, kui nõue täita on mõnel VÕS § 108 lg 2 toodud alusel takistatud. Kuigi nõ põhikohustuse ja sekundaarkohustuste osas tuleb teha sageli valik – nii ei saa nõuda korraga täitmist ja kahju hüvitamist selle asemel, ei ole täpne olukorda kirjeldada kui "põhikohustuse täitmist ei saa nõuda", kuna põhimõtteliselt ei ole küsimus saamises/võimises, vaid tahtmises. Käsitus on sellisena kooskõlas Saksa nn enamusarvamusega, mille kohaselt tekib kahju hüvitamise nõue lepingu rikkumisega, samas kuni täitmine on veel võimalik, ei ole formaalselt ka tegemist rikkumisega, mis käivitaks sekundaarnõuded, kuid ei sobi kokku Printsipiide ja VÕS struktuuriga.

Selline tõlgendus on aga ohtlik juba põhjustel, et kui põhikohustuse täitmist *ei või nõuda*, siis puudub võlasuhtel rangelt võttes selle mõiste kohane sisu – *õigus nõuda*, ja seetõttu on problemaatiline ka teiseste nõuete põhistamine. Seetõttu peaks esmane nõue jääma puutumata ning kõik tegelikult kasutatavaid nõudeid tuleks nimetada teisesteks, ehk siis laiemalt õiguskaitsevahenditeks. Nõustuda tuleb seetõttu sama allika käsitlust täitmisenõude olemuse kohta, mille kohaselt on üheks sekundaarseks nõudeks ehk õiguskaitsevahendiks ka

³⁰ Vastavad õiguse-õiguskaitsevahendi mudelid, vt töö p 1.3.

³¹ Lepingud/*Kull*, lk 99.

³² Kull/*Käerdi/Kõve*, lk 39.

³³ Samas.

täitmisnõue. Kohustuse rikkumise tagajärjel tekkival täitmisnõudel kui õiguskaitsevahendil ei pruugi olla sama sisu, mis oli algsel võlasuhtest tuleneval täitmisnõudel, millele vastavat kohustust rikuti.³⁴ Samas avaldatakse arvamust, et nõude esitamise seisukohalt ei ole tähtis, kas tegemist on esmase või teisese kohustusega ning et võlausaldaja õigus kohaldada õiguskaitsevahendeid sõltub üksnes sellest, kas seaduses sätestatud õiguskaitsevahendi kohaldamise eeldused on täidetud. Sellest järeldub, et ei täitmisnõudest Eesti õiguses võib rääkida kui õiguskaitsevahendist, samas jättes lahti küsimuse esmaste ja teiseste kohustuste vahekorra.

Ühtse lepinguõiguse kontseptsiooni puudumine on diskussiooniobjektiks ka Euroopa eraõiguse ühtlustamise protsessis.³⁵ Kui lepingu täitmine on seadusest tulenev kohustus, siis võib selles näha absoluutset õigushüve, mille kaitseks sobiks samahästi deliktiõigus. Enamasti on sel juhul lepinguõiguse esimene erisättega reguleeritud või tuletatav seaduse struktuurist. Kuid näiteks on Austria õiguses õigusvastasena käsitletav käitumine, mis tuleneb lepingulise või lepinguvälise kohustuse rikkumisest, kusjuures ka kahju hüvitamise sätted on positsioneeritud deliktiõiguse hulka (ABGB § 1295). Sealjuures ei ole selge, kas õigusvastasust tuleks käsitleda tulemuse-keskselt, nagu see on valitsev aramus, millisel juhul on lepingu rikkumine tõepoolest alati õigusvastane, või käitumise-keskselt, millisel juhul on õigusvastasusega tegemist vaid juhul, kui lepingu mittetäitmine kujutab endast ühtlasi hoolsuskohustuse rikkumist.³⁶ Kuivõrd mõlemal juhul on tegemist kohustuse rikkumise heastamisega, arutatakse ka vaheteo kaotamise üle delikti- ja lepinguõiguse vahel. Materiaalõiguse kaasaegseid tõekspidamisi arvesse võttes vaevalt see diskussioon siiski muudatusteni viib.³⁷

Sama ebaühtlus valitseb suunal lepinguõigus ja asjaõigus – ühe lähenemise kohaselt juba asjaõiguse loomisele suunatud lepingu sõlmimisega eksisteerib poolte vahel õigus *in rem*, millele *erga omnes* efekti saavutamiseks peab vastavalt lisama valduse üleandmise või registrisse kandmise. Teiseks põhimudeliks on tehingute eraldatus, kus *in rem* õigused luuakse alles vastava eraldi tehinguga.³⁸ Valikust nende lähenemisviiside vahel sõltub ajahetk, millal teatud isiku suhtes asjaõigus luuakse, samuti kui asjaõiguse kehtivuse sõltuvus aluseks olnud lepingu kehtivusest (st kausaal- või abstraktsiooniprintsiibi järgimine).

Eeltoodu ei täida teadlikult töö jaotise pealkirjast tulenevat ülesannet ühese ja õige täitmisnõude mõiste väljatoomisel. Küll on aga vaja kaasa võtta täitmisnõude mõiste sisustamiseks vajalik märksõna, milleks on obligatsioon ehk võlasuhe. Kuigi võlasuhe on määratletud kaude kohustuse ja vastava õiguse nõuda, on pigem võlasuhe kui selline abstraktselt

³⁴ Kull/Käerdi/Köve, lk 217.

³⁵ Bar/Drobnig, lk 39.

³⁶ Bar/Drobnig, lk 39-40, märkus 43.

³⁷ Bar/Drobnig, lk 70.

³⁸ Bar/Drobnig, lk 42.

ise käsitletav varalise väärtusena, nõ absoluutse õigusena oma välisest aspektist, jäädes sisemiselt eristuvaks asjaõigustest oma relatiivsuse poolest. Sõltuvalt kumba aspekti rõhutada või kuivõrd neid lahutada, paistab õigus nõuda lepingu täitmist õigusena või selle sama õiguse kaitsevahendina. Enne veel aga kui õiguse ja õiguskaitsevahendi seoste teoreetiliste käsitluste poole pöörduda, teeme põgusa ajaloolise tagasivaate. Järgnev käsitlus selgitab täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi, st kui tegelikult lepingu alusel sissenõutava hagi kujunemist selle arengus alates Rooma õigusest.

1.2 Täitmisenõude ajalooline kujunemine

Klassikalise Rooma õiguse formulaarprotsessis pidi hageja saama esmalt *praetor*'ilt hagivormi (*actio*).³⁹ Meid huvitavas valdkonnas võis *praetor*'ilt *actio* saanud kohtuniku otsus olla vaid kahesugune – kostja suhtes õigeks- või hukkamõistev. Õigeksmõistu puhul kaotas hageja oma nõude täielikult. Kostja hukkamõistu puhul sõltus tulemus aga nõude esemest. Kui selleks oli rahasumma nõue (*certa pecunia*⁴⁰), siis mõisteti vastavalt välja rahasumma. Kui aga võla esemeks oli kehaline objekt (*certum dare obligatio*⁴¹), pidi kohtunik hindama selle rahalist väärtust.⁴² Kohtuprotsessi alustamisega kaotas hageja oma esmase nõude millegi tegemiseks või millegi üleandmiseks rahalise nõude vastu.⁴³ Analoogne rahalise väärtuse hindamine toimus ka paljude teiste hagivormelite puhul – hindamise aluseks võis olla nii väärtus hindamise ajal kui ka delikti toimumise ajal. Formulaarprotsessi reegel – mistahes kohustus „lahustub” menetluse käigus kohustuseks maksta rahasumma⁴⁴ – *omnis condemnatio pecuniaria*⁴⁵ mõjutas omakorda Rooma materiaaõiguse põhimõtteid, väljendudes seoses *ubi remedium, ibi ius*.⁴⁶ Riikliku täitemenetluse puudumisel pidi otsuse täideviimise korraldama võlausaldaja ise.⁴⁷

Formulaarprotsessi taandudes vähem formaalse ja enam keiserliku jurisdiktsiooni alla kuuluva kognitsioonimenetluse ees vähenes ka *condemnatio pecuniaria* põhimõtte tähtsus.⁴⁸ Ametnikul, erinevalt preetori poolt etteantud vormeli põhjal otsustavast kohtunikust, oli õigus protsessi algusest peale ise juhtida ning teha õiglane otsus oma äranägemise kohaselt. Ühtlasi polnud ta seotud reegluga mõista välja võlgnetava ekvivalent rahas - ta võis hageja nõuet

³⁹ Hattenhauer (1995), lk 99; Ilus (2000), lk 64.

⁴⁰ Kindel raha(summa).

⁴¹ Kindlaks määratud andmise kohustus.

⁴² Zimmermann (1992), lk 771.

⁴³ Zimmermann (1992), lk 771, allmärkus 153.

⁴⁴ Zimmermann (1992), lk 772.

⁴⁵ Täielik rahaline hüvitus.

⁴⁶ Kuidas õiguskaitsevahend, nõnda õigus.

⁴⁷ Võlausaldajal oli õigus hoida maksimisest kõrvale hoiduvat võlgnikku kuni 60 päeva vangistuses. Selle aja jooksul võidi leida *vindex* (vastutaja, vastutuse võtja), kes võlgniku vabaks võis osta. Äärmusliku abinõuna võis võlgnikku oodata surm või väljapoole Roomat orjaks müümine. Manus *iniectio* protseduuri kirjeldab põhjalikult 12 tahvli seaduste 3. tahvel. Hattenhauer (1995), lk 87; Kaser/Knütel, lk 201, äärenr 18; Annus/*et al*, lk 270.

⁴⁸ Zimmermann (1992), lk 772.

vähendada või määrata täitmisele mitterahalisi kohustusi. Tähelepanuväärne on seejuures asjaolu, et täitmise nõude määramine kohtunike poolt sages kõrge inflatsiooni ja majanduslanguse perioodil 3.-4. sajandil. Kui täitmine *in specie* oli võimalik (nt kohustuse puhul anda üle konkreetne asi, osutada teenuseid, anda tagatis vms), siis see reeglina ka määrati. Määruste täitmine muutus täielikult riigi poolt kontrollitavaks ja see oli suunatud hagejale lubatud teo täideviimisele.⁴⁹

Justinianuse ajajärk, kuigi põhijoontes klassikalise Rooma õiguse elustumise ajajärk, ei taaselustanud formulaarprotsessi põhimõtteid ega seega ka *omnis condemnatio pecuniaria* reeglit põhiprintsiibina. Kohtunik pidi järgima õigluse ja mõistlikkuse printsiipi ning määrama asjaoludele kohase nõude rahuldamise viisi (*actio bonae fidei*). Võimalusel pidi kohtunik ebamäärase suurusega nõuete (*incerta quantitas*) puhul tegema otsuse kindla rahasumma või asja väljamõistmisena. Eeltoodust järeldatakse, et põhimõtteliselt oli võimalik nõuda täitmist *in specie*⁵⁰, kuid vaid restitutsioonile suunatud üle- ja tagasiandmise (*dare, reddere*) kohustuse puhul, st asjade suhtes, mida teati kindlalt kostja käsutuses olevat⁵¹ (nt asja tagastamise kohustus tasu eest kasutusse andmise lepingutest (*locatio-conductio* alaliigina)).

Kohustuste puhul midagi teha (*facere*) pöörduti arvatavalt tagasi *omnis condemnatio pecuniaria* põhimõtte juurde: kes ei tee, mida lubas, on kohustatud maksma kindla rahasumma, nagu juhtub igasuguste tegevus-kohustuste puhul.⁵² Müügilepingutest (*emptio venditio*) tuleneva *praestare*⁵³, kohustuse rikkumise puhul oli ostjal õigus (*actio empti*)⁵⁴ saada hüvitis „oma huvide kohaselt” – *id quod interest*⁵⁵. Teisalt on müüja kohustusena määratletud valduse ja omandi üleandmist (*tradere*)⁵⁶. Kaseri arvates võlgnes müüja *facere* kohustuse (st midagi teha ja mitte pelgalt üle anda (*dare*)). Müügilepingu klassifikatsiooni kõrval on seega teiseks

⁴⁹ Zimmermann (1992), lk 772.

⁵⁰ Kaser/Knütel, lk 170, äärenr 17; lk 211, äärenr 13; lk 481, äärenr 18. Ka Zimmermann (1992), lk 773.

⁵¹ Zimmermann (1992), lk 773.

⁵² D. 42.1.13.1.

⁵³ D. 44.7.3.pr.: *Obligationum substantia...in eo consistit...ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. Kohustuse olemus...see koosneb... ja hõlmab millegi võõrandamist, [millegi] tegemist või [muud] sooritust. Enamlevinud eestikeelse käsitluse kohaselt jagunesid roomlaste obligatsiooni objektid kolmeks: *dare* - midagi andma; *facere* - midagi tegema (või vastavalt *non facere*); *praestare* - tasuma tekitatud kahju. Ilus 2000, lk 127-128.

⁵⁴ Zimmermann (1992), lk 773.

⁵⁵ Ulp. D. 19.1.1.pr. *Id quod interest* sisu võib tänapäevases tähenduses määratleda huvina (ingl k *interest*). Kui tegu oli konkreetse esemega (*quanti ea res est*) kuulus *condemnatio pecuniaria* printsiibi alusel hüvitamisele eseme objektiivne väärtus, arvestamata hageja muud võimalikku kahju - *actio stricti iuris*. (Zimmermann (1992), lk 825). Teisiti toimiti aga *incertum* kohustuste osas, kus kohtunik pidi otsutama hüvitatava väärtuse õigluse printsiibil, mis võimaldas arvesse võtta pea kõiki kaotusi, mida hageja kostja käitumise tõttu pidi kandma (*actio bonae fidei*). Selliselt ei määratle *id quod interest* hüvisearvestuse meetodi (nagu saksa *Differenztheorie*), vaid küsib, milline oli hageja huvi ja ootus üldiselt. Väljend ise ei tulene, ehk üllatuslikult, mitte väljendist *interesse* (millegi vahel olema) vaid fraasist "*quod mea (tua, nostra etc) in re est*" - mis on selles minu (sinu, meie jne) jaoks. Sellise printsiibi abil lisati hüvisenõude arvestamisele subjektiivne kriteerium ning hõlmati lisaks saamata soorituse väärtusele ka saamata jäänud tulu. Samuti võidi arvestada ostja erihuvi (*quod actoris interest*), kui see ületas eseme objektiivset (turu)väärtust. Justinianuse ajal kahe põhimõtte vahetegemine hägustus ning *id quod interest* võeti aluseks ka hagide *stricti iuris* puhul. Omakorda püüti kehtestada limiidid selliselt määratlevate hüvitissummade suurusele - lepingute puhul enamasti ühe- või kahekordse asja (objektiivse) väärtuse ulatuses. Zimmermann (1992), lk 828.

⁵⁶ Zimmermann (1992), lk 773.

suuremaks küsimuseks *praestare* sisu – üldise soorituskohustuse kõrval võiks see hõlmata ka kohustuse vastutada, st garanteerida täitmine⁵⁷. Müügilepingute kontekstis võiks *praestare* kohustust seega nimetada ka hankimiskohustuseks, mille puhul vastutus ei sõltu sellest, kas üleandmisele (tehnilises mõttes *dare*) kuuluv asi on müüja käsutuses või mitte.

Seesugune mõneti ebamäärane pilt tekitas elava diskussiooni keskaja juristide hulgas. *Corpus iuris*'e kasuistika süstematiseerimiseks võeti lähtepunktiks kohustuse sisu kolmikjaotus *dare-facere-praestare*, mida täiendati omakorda alajaotustega.⁵⁸ Kõigi põhigruppide hulgas leidis kaasusi, mil täitmine oli *in specie* sissenõutav ning võlgniku õiguste kohta võis öelda *praecise tenetur* (ollakse seotud/kohustatakse otse). Selliselt käsitleti kohustust anda (*dare*)⁵⁹ ning enamuse arvamuse kohaselt ka olemuslikult sarnast *actio empti*'t. Ülejäänud üleandmiskohustused (*tradere*), kui nende üle üldse eraldi arutleti, paigutati *condemnatio pecuniaria* süsteemi alla. *Facere* kohustuste puhul toetasid mõned glossaatorid hageja valikuõigust, pooldades sellega sisuliselt täitmist *in specie*. Teised, esialgu tõrksad põhimõttest *nemo potest praecise cogi ad factum*⁶⁰ kõrvale kalduma, hakkasid üha enam sellest reeglist erandeid leidma - nt teenuse võlgnemisel, võlgniku maksejõuetuse puhul, vandega kinnitatud kohustuse puhul, kuni üldistuseni: "*quando est tale pactum, quod faciliter et de levi potest expediri*"⁶¹.

Edasine diskussioon jätkus sama vastuoluliselt. *Ad faciendum* kohustuste puhul domineeris *nemo potest...* reegel.⁶² Selle *communis opinio* staatusega põhimõtte kohaselt ei saa võlgnikku sundida midagi tegema, mistõttu vabanes viimane kohustusest hüvitades teise poole huvi (*id quam interest*).⁶³

Prantsuse õiguses oli kuni 18. sajandi teise pooleni täitmisenõue kui üks õiguskaitsevahend teiste hulgas, mida kohaldati juhul, kui kahju hüvitamine poleks viinud õiglase tulemuseni.⁶⁴ Seejärel aga muutus lepingu *exécution en nature*⁶⁵ vahendist eesmärgiks. Leiti, et rahaline hüvitus selles kontekstis oleks ebaloogiline ja ebaõiglane, kuivõrd see paneks kahtluse alla võetud kohustuse siduvuse.⁶⁶ Prantsuse õigus ei arvesta võimalusega vabaneda täitmisest, kui see on pelgalt ebapraktiline või täitjale koormav – selline olukord ei too kaasa *force majeure*

⁵⁷ *Praestare* ja *facere* võivad mõlemad tähistada täitmis- või soorituskohustust üldiselt. Oletatakse, et *praestare* tuleneb algselt väljendist *praes stare* - käendajaks olemisest, garantii andmist või siis võla ülevõtmist, mistõttu võib selles näha ka ükskõik millise soorituse tagamist. Kaser/Knütel, lk 208, äärenr 1.

⁵⁸ Zimmermann (1992), lk 774.

⁵⁹ V.a. reaalsete lepingute puhul. Zimmermann, (1992), lk 774.

⁶⁰ Kedagi ei saa otse sundida teoks (millegi tegemisele).

⁶¹ Lihtne ja kergesti teostav leping on täideviidav (Yason de Mayno). Zimmermann (1992), lk 775.

⁶² Zimmermann (1992), lk 775.

⁶³ Samas.

⁶⁴ Laithier, lk 109.

⁶⁵ Terminiga *exécution en nature* hõlmatakse täitmise nõudmine nii võlgnikult endalt ka täitmine võlgniku arvel võlausaldaja või kolmandate isikute poolt. Beale/*et al*, lk 675. Vt ka töö p 4.2.

⁶⁶ Laithier, lk 109.

olukorda, kui täitmine ise on veel võimalik.⁶⁷ Sellise positsiooni lähtekohaks on arusaam, et lepingu olemuseks on poolte vaba tahe ning vabatahtlikult võetud kohustus tuleb täita. Vastastikku kasulike väärtuste vahetuse funktsioon lepingu puhul on küll oluline, kuid ei kujuta endast lepingu olemuslikku sisu.⁶⁸ Eeltoodud teoreetiline lähtealus leiab kajastamist ka CC art-s 1134 (1), mille kohaselt „õiguslikult siduvatel lepingutel on seaduse jõud nende jaoks, kes selle on sõlminud“, mida peetakse Rooma õiguse *pacta sunt servanda* vasteks.⁶⁹ Vastav seotus vastutuse tähenduses annab aluse ka õiguskaitsevahendite kasutamisele poole suhtes, kes oma kohustust ei täida.

Prantsuse lepinguõiguse teooria 20. sajandil oli seega kantud täitmisenõude kui lepingu siduvuse otsesest edasiarenduse ideest. Täitmisenõude absoluutsust aga ei kinnita kohtupraktika ega ka viidatud artikli enda analüüs. Peetakse kahetsusväärseks, et viidatud artiklit on akadeemilise õigusteaduse poolt ära kasutatud rõhutamaks lepingute siduvust äärmusliku õiguskaitsevahendi esiletõstmisega. Artikli tegelik tähendus annab tunnistust sellest, et lepingut rikkunu on vastutav, st peab taluma õiguskaitsevahendeid, seal hulgas täitmisenõuet (kui see on kohane). Seega tuleb jällegi eristada õigust (kohustust) täita ja seda kaitsvat vahendit. Esimese osas tuleb lähtuda CC art-st 1134 (1) ning teise osas õiguskaitsevahendite kohta käivatest sätetest, eelkõige CC art-s 1184 (2) sätestatust.⁷⁰

Prantsuse tsiviilkoodeksi art 1101 kohaselt on leping kokkulepe, mille kohaselt üks või mitu isikut kohustuvad ühe või mitme isiku ees midagi anda („*obligation de donner*“, Rooma õiguse *dare* kohustuse eeskujul), midagi teha („*obligation de faire*“, Rooma õiguse *facere* kohustuse eeskujul) või midagi tegemata jätta. Täitmisenõude kohasust hinnatakse vastavalt nimetatud kohustuse liikidele.

Obligation de donner sisuks on kohustus "asja omand üle kanda ja hoida üleandmiseni hoolikalt, kahjuhüvitusnõude ähvardusel (CC art 1136)." Asja üleandmise kohustus loetakse täidetuks ja võlausaldajal tekib omand lepingu sõlmimisest (CC art-i 1138). Seega on individuaaltunnustega asja või liigitunnustega asjade hulgast eraldatud asja müük nõ isetoimiv ning müüja kohustuseks jääb anda üle asja valdus. Seega seostati müüja kohustus eelkõige *dare*– kohustustega⁷¹ ning valitseva seisukoha järgi võis ostja nõuda müügieseme üleandmist, kui see on müüja poolt veel võimalik. Selline põhimõte sisaldub eelpoolviidatud CC art-s 1184

⁶⁷ Laithier, lk 104. Autor vastandab sellist lähenemist eriti UCC § 2-615 ja Restatement (Second) of Contracts § 261 mõttele. Viimati viidatud sätte kohaselt: Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

⁶⁸ Laithier, lk 104.

⁶⁹ Laithier, lk 105.

⁷⁰ Laithier, lk 112.

⁷¹ Kuigi *actio empti* sisuks oli kohustus *vacuum possessionem tradere* (vaba valduse üleandmine), pidi üleandmisega saavutatama omandi üleandmine, mistõttu see kujutas tehnilises mõttes *dare obligatio* vormi. Zimmermann (1992), lk 774.

(2), mille kohaselt võib sünallagmaatilise lepingu pool, kes ei ole saanud teise poole poolt lubatud, nõuda lepingu lõpetamist ja kahju hüvitamist või nõuda täitmist, kuivõrd see on veel võimalik. Sellest sättest järeldatakse täitmisenõue erilist positsiooni Prantsuse õiguses.⁷² Müügilepingute osas toetab seda järel dust CC art 1610, mille kohaselt müüja poolt kaupade mittetarnimisel võib ostja lepingu lõpetamise asemel nõuda müüjalt kauba üleandmist.

Valduse üleandmise kohustus määratletakse üldiselt kohustusena midagi teha (*obligation de faire*). Samuti on tegemist kohustusega *midagi teha*, kui omandi ülekandmine ei ole nõ isetoimiv, nt kui kaubad ei ole kindlaks määratud. Nende puhul kohtud põhimõtteliselt tunnustavad täitmisenõuet kui see ei ole füüsiliselt, „moraalselt“ või õiguslikult võimatu. Sellised piirangud on siiski suhteliselt kitsad. Nt müüja kohustus tarnida kindlaks määratud kaupa on Prantsuse õiguse kohaselt võimalik sisse nõuda, lastes kauba arestida ning endale toimetada.⁷³

Obligation de faire osas tuleb arvestada ka CC art-gaa 1142, mille kohaselt "lahustub" kohustus midagi teha kohustuseks hüvitada kahju. Selliselt on õigusteadlase Pothieri tööde kaudu jõudnud *nemo potest...* põhimõte ka Prantsuse tsiviilkoodeksisse. CC koostamise ajal sobis see põhimõte vaba ja vastutusvõimelise kodaniku ideaaliga, keda ei tohiks riigi poolt sundida käituma mingil konkreetsel viisil, v.a. kui kaalul on tähtis avalik huvi.⁷⁴ Selliselt oli CC sõnastus enam inspireeritud isikuvabaduse kui lepinguvabaduse jõustatavuse küsimustest.⁷⁵ Artikli 1142 kaasaegse tõlgenduse kohaselt on tegemist vaid isiku vabadust tugevalt riivavate juhtude jaoks kohaldatava erandiga.⁷⁶ Põhireeglitena peaks olema kohaldatav kahes järgmises artiklis⁷⁷ sätestatu, millega antakse õiguse saada asendustäitmine võlgniku arvel mujalt (art 1144)⁷⁸ või saada kohtuotsus millegi lammutamiseks, mis oli ehitatud lepingut rikkudes (art 1143)⁷⁹.

Romaani-hollandi õigus seevastu oli märkimisväärselt progressiivne ning jättis Rooma õiguse *omnis condemnatio pecuniaria* põhimõtte otsustavalt kõrvale. Enamuse arvamuse kohaselt aga peeti *in specie* sissenõutavaks (lisaks kohustustele *ad dandum*) ka *facere* kohustusi. Sellest järel datakse, et sissenõutavad *in specie* olid ka *tradere* kohustused (st valduse üleandmine, mh müügilepingujärgse kohustusena), mida võib käsitleda olemuslikult *dare* ja *facere* kohustuse vahevormina. Erandiks oli olukord, kui täitmine ei olnud enam võimalik.⁸⁰

⁷² Zweigert/Kötz, lk 475; PECL art: 9:102, märkused.

⁷³ Astreinte ähvardusel, vt töö p 4.3.

⁷⁴ Zweigert/Kötz arvates on see küll auhinda väärt mõte, kuid liiga ebamäärane ning üldine. Zweigert/Kötz, lk 475.

⁷⁵ Bell/*et al*, lk 346.

⁷⁶ Laithier, lk 113; Beale/*et al*, lk 677.

⁷⁷ Bell/*et al*, lk 346. Meie mõistes reegel ja järgnevad erandid, või – tegemist kahju hüvitamise nõude täpsustusega asendustehingu hinna kaudu.

⁷⁸ Tuleb arvestada, et CC kohaselt on asendustehing võlgniku kulul võimalik vaid kohtule esitatav nõude kaudu. Laithier, lk 113.

⁷⁹ Laithier, lk 113.

⁸⁰ Zimmermann (1992), lk 776.

Romaani-hollandi eeskujuga järgijaks oli nt Lõuna-Aafrika õigussüsteem⁸¹, kus 19. sajandiks oli täitmisenõue reeglipäraselt teostatav õiguskaitsevahend, mille nõudmine oli hageja *õigus*.⁸² Seevastu 20. sajandi alguses hakkavad ilmema Inglise õiguse mõjud ja kohtulahenditest võib järeldada, et täitmisenõue oli "kahanenud" kohtu diskretsiooni alla. 1951. aasta olulises kohtulahendis⁸³ on määratletud juhud, mil sellise diskretsiooni kasutamine ei ole kohane: " a) kui kahjuhüvitus on hagejale adekvaatne kompensatsioon; b) kui kohtul oleks raske sellise määruuse täitmist korraldada; c) kui nõutava asja saaks hõlpsasti osta mujalt; d) kui täitmine puudutab isiklike teenuste osutamist; e) või kui kohustuse täitmine oleks oluliselt kostjat kahjustav või kui leping, millest kohustus tekkis on ebamõistlik või selline kohtuotsus kõiki asjaolusid arvestades toodaks ebaõigust (*injustice*) või oleks ebaõiglane (*inequitable*). Need põhimõtted hinnati ümber alles 1980-ndatel aastatel, kui loobuti Inglise õiglase õiguse kohtute jurisdiktsiooni mõjutatud reeglitest ning pöörduti tagasi hageja õiguse juurde nõuda täitmist. Samas säilitasid Lõuna-Aafrika kohtud, erinevalt Mandri-Euroopa süsteemist, diskretsiooniõiguse *keelduda täitmisenõude andmisest* kui see oleks ebaõiglane lahendus.⁸⁴ Seetõttu võib täheldada teoreetilist vastuolu hageja laiaulatusliku õiguse ja kohtute säilinud diskretsioonilise vetoõiguse vahel.⁸⁵

Enne kui pandektistid selle kui ajaloolise rudimendi 19. sajandi keskpaiku kõrvale heitsid⁸⁶, oli Saksamaal prevaleerivaks põhimõtteks *omnis condemnatio pecuniaria*. Saksa tsiviilseadustiku kandvaks ideeks on aga juba seisukoht, et kohustuse olemuseks on tema otsene jõustatavus. Põhimõtte ise on sedavõrd fundamentaalne, et ei leia sõnasõnalist väljendust seaduse tekstis, vaid tuleneb levinud arvamuse kohaselt otse juba eelpoolviidatud BGB §-st 241, mille kohaselt „kreeditoril on õigus võlasuhte alusel nõuda sooritust võlgnikult“. Seega ei defineeri BGB võlasuhte mõistet, kuid määratleb selle järeldused rõhuasetusega võlausaldaja õigustele nõuda täitmist, millest järeldatakse ka vastavat hagiõigust kohtus.⁸⁷

Saksa õiguse sümpaatiat täitmisenõude vastu illustreerib ka naturaalistitutsiooni esimene kahju hüvitamise viisina. BGB § 249 I järgi peab kahju hüvitamiseks kohustatu taastama olukorra, milline see oleks olnud ilma kompensatsioonikohustuse tekkimise aluseks olnud asjaoludeta. Seda täiendab BGB § 251 I, mille kohaselt kuivõrd restitutsioon ei ole võimalik või see on ebapiisav, tuleb maksta hüvitus rahas ning BGB § 251 II, mis lubab hüvituse rahas, kui kulud taastamisele on ebaproportsionaalselt suured.⁸⁸ Seega kuulub eelduslikult kahju

⁸¹ Nn *mixed legal system* esindajana.

⁸² Clive/Hutchison, lk 193.

⁸³ Haynes v. Kingwilliamstown Municipality, 1951 (2) SA 371 (A); viidatud Zimmermann (1992), lk 782 kaudu.

⁸⁴ Sama rahalise kohustuse osas, kui võlgnikul puudub huvi täitmise vastu. Clive/Hutchison, lk 193-194.

⁸⁵ Zimmermann (1992), lk 782; Zimmermann (2001), lk 144-146.

⁸⁶ Zimmermann (1992), lk 776.

⁸⁷ Zweigert/Kötz, lk 472.

⁸⁸ Zimmermann (1992), lk 824; Beale/*et al*, lk 678.

hüvitamisele naturaalistitutsiooni (*Naturalrestitution, restitution in kind*) korras.⁸⁹ Sätet on kasutatud juhtudel, kui objektiivne võimatus tooks kaasa erandina täitmisenõude reeglipärasest rakendamisest kahju hüvitamise kohustuse. Nt kui isik annab parandustöökotta kuldkella, mis töömehe hooletuse tõttu sealt varastatakse. Teise maailmasõja järel, mil raha oli peaaegu väärtusetu ning kuldkella ei olnud võimalik osta või ehk äärmisel juhul vahetada teise samaväärse kauba vastu, ei oleks rahaline kompensatsioon kellaomaniku kaotust hüvitanud. Rahalise kompensatsiooni, mis oli peaaegu väärtusetu, asemel kohustati võlgnikku üle andma samas väärtuses asi, mis võis pärineda tema enda varast või saadud vahetusena tema vara vastu. Seega kohustati kullasseppa hüvitama *samaväärse* kella üleandmisega. Sellised otsuseid enam ei tehtud, kui majanduslik olukord normaliseerus.⁹⁰

Reformiga põhimõtteliselt muutumatuks jäänud sätet sisustatakse tänapäeval näidetega avaldatud ebaõigete andmete ümberlükkamist, kahjustatud asja parandamist või asendatava asja muretsemist⁹¹, millest viimased üldise loogika kohaselt peaks kuuluma täitmisenõude küsimuse alla, või nt kahjustatud asja parandamise osas kahju hüvitamise ulatuse küsimus alla (VÕS §-d 132, 136).

Inglise kaasaegse lepinguõiguse ajalooliseks eellaseks *action of assumpsit*⁹², mis omakorda oli välja kujunenud deliktiõiguslikust, kahju hüvitamisele suunatud kaitsevahendist *trespass*. Siin võib näha sarnast arengut Rooma õigusega, kus leping kasvas välja deliktiõigusest, mistõttu ka *omnis condemnatio pecuniaria* oli valdav põhimõte.⁹³

*Covenant*⁹⁴–hagi oli 1340-ndateks aastateks settinud reegli järgi kohaldatav vaid erilise vorminõude (*sealed deed*) täitnud lepingute puhul.⁹⁵ Muude lepingute puhul leiti lahendus üldise kahju hüvitamise hagi või võla nõudmise hagi (*action of debt*) abil.⁹⁶ Kui nõude esemeks oli muu kui rahasumma, võis kõne alla tulla *action of detinue*⁹⁷, mis, olles asjaõigusliku alatooniga väljanõudeõigus, nõudis eeldusena valduse olemasolu konkreetse asja suhtes.⁹⁸ 14. sajandi keskpaigaks olid kohtud sellise valduse/omandi nõude kõrvale jätnud, öeldes, et müügileping ise toimib omandi ülekandmisena ostjale, mistõttu pole nõude sisuks lihtsalt nõue tarnida ostetud kaup, vaid seadusevastaselt kinni peetava nõudjale kuuluva asja väljanõudmine. Sellega kaugeneti Rooma õiguse struktuurist, kus müügileping oli eraldiseisev võlaõiguslik alus

⁸⁹ Palandt/*Heinrichs*, § 249 äärenr 2.

⁹⁰ Zweigert/Kötz, lk 472 – AG Hamburg Süddt. JZ 1946, 180.

⁹¹ Brox/Walker (AS, 2004), lk 326, äärenr 2.

⁹² Assumpsit et fideliter promisit – midagi eeldusena võtma ja pühalikult lubama. Ibbetson, lk 131.

⁹³ Zimmermann (1992), lk 777.

⁹⁴ Conventio, lähim vaste tänapäevasele lepingule. Beatson, lk 11.

⁹⁵ Ibbetson, lk 28; Beatson, lk 11; Furmston/Simpson, lk 2.

⁹⁶ *Action of debt* oli näiteks kohane tingimuslike võlakirjade puhul, millega vormistati sisuliselt leppetrahvi lepingu täitmata jätmise puhuks. Ibbetson, lk 24.

⁹⁷ *Detain* – kinni pidama.

⁹⁸ Ibbetson, lk 34.

ning põhimõttest, mis eraldamisprintsibi kaudu elab edasi vaid üksikutes õiguskordades, sh Saksamaal ja Eestis.

Varasem üldine õigus oli niisiis polariseerunud õigusrikkumise-põhise *trespass* hagi ja õiguse-põhise *action of debt* või *detinue* vahel. Esimene tähendas hageja kantud kahjude hüvitamise nõuet peamiselt süülise vastutuse alusel, teise määrati hagejale hüvis vastavalt *millele tal oli õigus* (huvi).⁹⁹ Nn õigusepõhise nõude puhul kohaldati reeglina süüta vastutust, mis juhtudel, kus lepingu sõlmimine ise annab pea omandilaadse õiguse, tundub õigustatud olevat. Aga ka puudustega täitmisele kohaldatav *trespass* hagi muutus üha enam süüst sõltumatuks. Kostjast mittesõltuvad asjaolud, mis tegid täitmise võimatuks, tulid vastutusest vabastava asjaoluna arvesse reeglina vaid teenuse osutamise lepingute puhul.¹⁰⁰

Edasi arenes Inglise õiguses *trespass* hagide hulgas välja grupp kaasuseid, kus kostja kohustus ja sellest tulenevalt vastutus põhines hagejaga eelnevalt sõlmitud mitteformaalsel tehingul, mille sooritamine ei olnud nõuetekohane (nt teenus osutati hooletult, mistõttu hageja kandis kahju asja hävimisega). Sellised kaasused said 14. sajandi jooksul üldnimetuse *assumpsit*.¹⁰¹ Hageja pidi tõendama, et kostja mitte üksnes ei jätnud täitmata lepinguga lubatud, vaid et viimane oli toime pannud konkreetse *rikkumise*, st teinud midagi valesti (*misfeasance*).¹⁰² Raskendatud oli sellise hagi kohaldamine juhtudele, kus kostja polnud teinud positiivset tegu (*nonfeasance*) ehk mittetäitmise juhtudele.¹⁰³ Selle probleemi ületamiseks esitati argumente, et mittetäitmisega oli rikkuja toime pannud positiivse teo, käitudes soodsalt hageja konkurentide suhtes, mis on vastuolus lubatuga¹⁰⁴, või et hageja tegelikult kandiski reaalselt kahju, sest kokkulepe välistas ka kolmandate isikute palkamise sama, nüüd siis tegemata töö jaoks, või kasutati *warranty* ehk garantiikohustuse analoogiat, mil hagi oleks kohane olnud.

16. sajand märgib Inglismaal pööret keskaegse hagikeskse õiguse juurest kaasaegse materiaalõiguse-keskse süsteemi poole.¹⁰⁵ *Assumpsit*-hagi hakati kohaldama ka juhtudele, kus rikkumine seisnes pelgalt lubatu mittetäitmisel.¹⁰⁶ Sellisest hagivormist kujunes üldine hagi

⁹⁹ Ibbetson, lk 87.

¹⁰⁰ Ibbetson, lk 91.

¹⁰¹ Furmston/Simpson, lk 5; Ibbetson, lk 94.

¹⁰² Nt hobust üle väina toimetades saab vedaja hooletuse tõttu hobune surma. Nõue põhineb hobuse surma põhjustamisega tekitatud kahju hüvitamisel ja mitte veolepingust tuleneva kohustuse täitmata jätmisel. Beatson, lk 13; Zimmermann (1992), lk 778.

¹⁰³ Nii tõrjuti seda argumendiga "... if this action be maintainable of this matter, for every broken covenant in the world a man shall have an action of trespass" (Martin J), Furmston/Simpson, lk 5.

¹⁰⁴ Nt oli kostja hagejale suuliselt lubanud müüa maatüki, kuid oli hoolimata ostja poolt müügihinna tasumisele, kandnud maatüki omandi üle kolmandale isikule. Hagina ei tulnud kõne alla covenant, kuivõrd täitmata olid formaalsusnõuded, ka ei sobi action of debt või detinue, kuivõrd ei ole tegemist raha ega vallasasjadega ega ka asjaõiguslik nõue, sest omand polnud üle kantud. King's Bench otsustas anda hagejale kahjuhüvitusnõude, kuid seda mitte lihtsalt põhjendusega, et kostja on lepingut rikkunud, vaid põhjusel, et kostja on maatüki omandi ülekandmisega kolmandale isikule rikkunud lepingut positiivse teoga, välistades sellega võimaluse täita leping hageja ees. Shepton v Dogge (1442). Ibbetson, lk 128; Beatson, lk 13-14.

¹⁰⁵ Ibbetson, lk 95.

¹⁰⁶ Furmston/Simpson, lk 5.

mitteformaalsete lubaduste rikkumise puhuks, milline põhines lepinguga lubatu ja seeläbi *lubamise* kui sellise iseseisval väärtustamisel. Et reeglipärastelt mõisteti välja kahju hüvitamine, andiski üldine õigus põhimõttelise valiku lubajale täita leping või kompenseerida mittetäitmine teisele poolele.¹⁰⁷ *Assumpsit*, tõrjudes lepinguliste nõuete osas välja vähem arenenud eellased, eemaldus ühtlasi kahju hüvitamise õigusest. 17. sajandi alguseks oli lepingud ja kahjuhüvitusõigus (*tort law*) selgelt eristunud ning kaasaegne õigus ei tunne *tort of breach of contract* mõistet.¹⁰⁸

Olukord eristus müügilepingute puhul, mille ese oli unikaalne, nagu nt maa. Kahju hüvitamise nõudega rahuldumata võis maaostja pöörduda jällegi õiglase õiguse ja *Chancellor*'i poole, kes pakkus õiglasema lahenduse. Sageli tugineti seejuures kanoonilisele õigusele, mille keskaegsed esindajad olid esindajad esimesi *omnis condemnatio pecuniaria* reegli hülgajaid ning seda isegi kohustuste *ad faciendum* puhul. Täitmise sissenõudmises nähti võimalust panna kostja käituma heas usus ja sundida teda täitma lubadusi, et pääseda patust. Selline lähenemine sobis kirikuteglasest *Chancellor*ile, kes ei pooldanud üldise õiguse lähenemist nagu võiks lepingut raha eest murda. Õiglase kohtu määrused kujutasid endast isikulist kohustust midagi teha või tegemata jätta. Sellest tulenevalt peeti õiglast õigust (*equity*) toimivaks *in personam*, ning üldist õigust (*common law*) toimivaks *in rem*.¹⁰⁹

Täitmisenõude jõustamine jäi diskretsioonilise õiguskaitsevahendina *Chancellor*'i kohtu ainupädevusse kuni 19. sajandi teise pooleni, mil üldise ja õiglase õiguse kohtud ühendati.¹¹⁰ Üldise ja õiglase õiguse kohtute vaheteo lõpetamine aitas kaasa lepinguõiguse ühtlustumisele.¹¹¹ Lahendid, mida *Chancellor* oli mõistlikkuse ja õigluse põhimõttest lähtuvalt õiglase õiguse kohtutes kohaldanud, võeti hiljem eeskujuks ka üldise õiguse kohtutes, laiendades ühtlasi üldise õiguse kohtute jurisdiktsiooni suuliste lepingute üle.¹¹² Pikemate vaidluste ja võitlustega positsioneerus õiglase õiguse jurisdiktsiooni täpne ulatus nn adekvaatsustesti abil: täitmisenõue on võimalik vaid juhul, kui kahjuhüvitusnõue osutub ebaadekvaatseks.¹¹³ Seega jäi täitmisenõue erandiks, mis pealegi ei olnud hageja *õigus*, vaid *Chancellor*'i suva, st õigluse- ja moraalitunde küsimus.

Üldise õiguse maades, kus tunnustatud vahetusteorია põhineb lepingute kui kasuliku vahetuse põhimõttele, on lepingute siduvus seotud kohustusega *vastutada*. Nii konstateerib Atiyah, et lepingu siduvuse küsimus on kaasaegses lepinguõiguse diskussioonis pigem *siduvuse määra* küsimus ja on sisuliselt võimatu arutada küsimust lepingu siduvusest, kui me ei tea, mil

¹⁰⁷ Zimmermann (1992), lk 779.

¹⁰⁸ Ibbetson, lk 130.

¹⁰⁹ Ibbetson, lk 256.

¹¹⁰ Ibbetson, lk 259.

¹¹¹ Ibbetson, lk 153.

¹¹² Zimmermann (1992), lk 778.

¹¹³ Zimmermann (1992), lk 780.

viisil saab hüvitatud kahju lepingu rikkumise puhul.¹¹⁴ Üldine õigus traditsiooniliselt ei lepingut sissenõutavate kohustuste allikana vaid näeb lubaja võtvat endale riski teatud asjaolude – olgu kanga hankimine või lubadus homse vihmasaju osas - toimumise eest. Ainukese universaalse tagajärjena sellise õiguslikult siduva lubaduse puhul on see, seadus kohustab lubajat maksma kahjutasu, kui lubatud ei toimu.¹¹⁵ Selline kohtunik Holmesi poolt 1881. aastal sõnastatud ja hiljem palju poleemikat tekitanud seisukoht ei jäta kahtlust, et lepingulist kohustust ei tohiks koormata muude ideeliste (nt moraalsete) eesmärkidega.¹¹⁶

Kokkuvõttes võib öelda, et täitmisenõude lubatavus on mh olnud seotud riigi majandusliku olukorraga, eelkõige raha väärtuse püsivusega ja aktiivse kaubaturu olemasoluga. Kui raha väärtus on kiirelt langev, ei saa täna hüvitatud kahju eest homme osta samaväärset eset, mistõttu on täitmise nõudmine *in specie* õigustatud. Suuresti mängib rolli ka lepinguõiguse kui õigusharu areng ning struktuur. Nii näiteks sõltusid nõuded müüja kohustuste osas suuresti sellest, kas *actio empti* nõuet käsitleti omandi ülekandmise (*dare*), valduse üleandmise (*tradere*), või nn hankimiskohustusena (*praestare*). Või ka vastupidi – müüja kohustuse olemus hinnati ümber vastavalt sellele, kas täitmisenõude osas sooviti esitada poolt- või vastuargumente. Nähtus samas, et selline jaotus jäi primitiivseks ega rahuldanud ootusi nõuete selguse osas.

Ühiskonnakorralduse muutused mõjutasid suuresti arusaamu lepingut ja selle siduvusest, samuti riigi rollist eraviisiliste kokkulepete jõustamisel. Seisukohtade kujunemist mõjutas ka samaaegselt kohtu- ja täitemenetluse arenguga toimunud eemaldumine *ubi remedium, ibi ius*'i kontseptsioonist, mistõttu sai prioriteetseks õigus teda kaitsva õiguskaitsevahendi ees.

Igal juhul ei ole lepingu täitmise nõue, nagu seda tsiviilõiguse maades täna valdavalt tunnustatakse, läbi ajaloo alati sellist kesket staatust omanud. Üldise õiguse osas tuleb lisaks arvestada asjaoluga, et lepingu rikkumise hagi põhineb ajalooliselt deliktil õiguskaitsevahendil, mis alati viis rahalise kompensatsiooni või kahjude hüvitamiseni. See meenutab omakorda juba töö esimeses osas käsitletut - kui võlaõiguse siseselt mõjutavad täitmisenõude positsiooni selle võimalik kõrvutamine lepinguvälise kahju hüvitamisega, siis väljapoole võlaõigust satub see kahekõnesse asjaõiguslike nõuetega.

Eelnev ajaloolis-deskriptiivne käsitus andis innustust uurida lähemalt lepingulise kohustuse olemust erinevate aspektide kaudu, et täiendavalt lahti mõtestada täitmisenõude olemus ja sõnastada selle normatiivne ülesanne. Nagu eespool näidatud, sõltub arusaam täitmisenõudest suuresti lepingu olemuse ja eesmärkide sisustamisest. Töö järgnevas osas käsitletakse

¹¹⁴ Atiyah (1986), lk 57, 61.

¹¹⁵ O. W. Holmes, *The Common Law*, lk 301; viidatud Zimmermann (1992), lk 777 kaudu. O. W. Holmes, *The Path of the Law*, (1897) 10 Harv. L. Rev. 457 at 462; viidatud Wheeler/Shaw, lk 799 kaudu.

¹¹⁶ Smith, L., lk 224.

lepinguteooriate peasuundi eesmärgiga leida seosed nende teooriate lähtealuste ja täitmisenõudesse suhtumise vahel.

1.3 Täitmisenõue erinevate lepinguteooriate valguses

Esmalt tuleb rõhutada, et lepinguõiguses ei ole unifitseeritud teooria veenvalt välja arenenud¹¹⁷ mistõttu ei piisa kogu lepinguõiguse kompaktselt käsitlemiseks sageli ühe teooria põhialustest, vaid tuleb appi võtta täiendavaid kontseptsioone ja argumente. Lepinguõiguse analüütilise küsimuse osas – mis on lepingulise kohustuse iseloomulikud tunnused, kuidas see tekib ja mis on selle sisuks – võib välja tuua kolm põhisuunda.

Esiteks võib eristada lubaduse *üleandmisel* põhinevaid mudeleid¹¹⁸ (*transfer theories, der translative Versprechungsvertrag*), mille lähtealused pärinevad Grotiuselt.¹¹⁹ Loomuõigusliku kontseptsiooni järgi „tuleb lubadusi pidada, mistahes vormis on need *antud*“.¹²⁰ Kolmeastmelise lubadusõpetuse kohaselt ei olnud leping mitte tahteavalduse kooskõlastamine, vaid üksnes ühepoolse lubaduse eesmärgipärane *üleandmine* teisele poolele. Väljendatud lubadus ei olnud siiski siduv iseenesest (esimene aste), siduvuseks peab lubaja tahe olema seotud tema enese poolt väljavalitud eesmärgiga (teine aste, *pollicitatio*) ning lõplikult saab lubadus siduva lepingulise iseloomu, kui *pollicitatio* kõrvale astub tahe *anda üle* lubaduse saajale õigus nõuda lubaduse täitmist (*alienatio*).¹²¹ Selle suuna kaasaegse esindajana tuntakse Bensonit, kelle seisukoha järgi antakse lepinguga üle, sarnaselt asjade üleandmisele, *olemasolevad* õigused täitmisele tulevikus.¹²²

Teise, eelkõige Anglo-Ameerika õigusruumis kõlapinda leidnud lepingute käsitlemise kohaselt on lepingu sisuks eelkõige kohustust kindlustada, et isikud, kes lepingule *tuginevad*, ei satuks sellega seoses halvemasse olukorda (*reliance theories*).¹²³ Hüvitada tuleb seetõttu eelkõige *negatiivne huvi*, kuid ka saamata jäänud tulu kasumi näol alternatiivsest tehingust, mis lepingule tuginedes jäi tegemata. Kui lepingulise kohustuse sisuks ongi vaid kohustus heastada negatiivne huvi, siis kahju hüvitamise nõuet võib pidada kompensatsiooniks selle kohustuse mittetäitmise eest. Seega ei tunnusta täitmisenõuet, kuivõrd ei saa nõuda millegi täitmist, mille osas puudub kohustus.

¹¹⁷ Kreitner, lk 28; Smith, S. A., lk 55, 107; Bar/Drobnig, lk 39.

¹¹⁸ Julgemata nimetada neid iseseisvateks teooriateks.

¹¹⁹ Grotius arvates, kuigi loomuõigusliku põhimõtte järgi olles seotud võetud kohustusega, võib võlgnik siiski vabaneda kohustusest makstes *id quam interest*. Zimmermann (1992), lk 775.

¹²⁰ Bejesky, lk 378.

¹²¹ R. Zimmermann (Hrsg). *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*. Heidelberg: 1999, lk 191-192. Viidatud Hallik, lk 8, märkus 9 kaudu.

¹²² Smith, S. A., lk 98.

¹²³ Smith, S. A., lk 78.

Selle teooria põhiprintsiibid on prominentseimalt kaitstud Fuller ja Perdue 1936. a. ilmunud artiklis¹²⁴ ja hiljem tuntud õigusteoreetikute Atiyah¹²⁵ ja Gilmore töödes.¹²⁶ Sellist käsitlust on aga raske kaitsta praktika pinnalt, kus valdavaks on *positiivse huvi* järgimine kahju hüvitamise ulatuse määramisel.¹²⁷ Tõsi, alternatiivkulu arvestades, mis aktiivse turuga kaupade puhul oleks nullilähedane, ei oleks ka täitmise väärtus enam kui negatiivse huvi suurus. Teisiti on see aga nn unikaalsete kaupade puhul, kus alternatiivse tehingu ja ühtlasi kulutuste tegemise võimalus puudub, ning seega täitmine – mille väärtus ületaks sel juhul kindlasti negatiivse huvi, tähendaks ülemäära hüvitust.

Ortodoksseks saab aga nimetada teooriaid, mille lähtealuseks on lubadus kui isiku väljendatud tahe olla kohustusega seotud (*promissory theories*), nende hulgas väljapaistvaim 19. sajandil arendatud tahteteooria.¹²⁸ Teooria lähtealuseks on arusaam lepingust kui poolte vaba tahteväljenduse kaudu loodavast iseseisvast kategooriast tsiviilõiguste- ja kohustuste alusena. Lepinguga allutavad pooled end vabatahtlikult omaenda loodud seadusele, mida riik aitab täita. Täitmisnõue kui lepinguga võetud kohustuse „sõna-sõnalt“ täitmisele sundimine ja ka kahju hüvitamise nõue *ootushuvi* ulatuses on selle teooria raames seega vägagi kohased¹²⁹.

Kriitikute sõnutsi on pisemate puuduste kõrval problemaatiline selle teooria moraalsus. Kaasaegse liberalismi põhiteesi nn *harm principle* kohaselt on riigi sekkumine isikute vabadustesse õigustatud vaid juhul, kui isik on oma õiguste teostamisega kahjustanud või kahjustamas teise isiku huve.¹³⁰ Et lepingus nähakse kohustust teise isiku kasuks midagi teha ja mitte kohustust „mitte teist isikut kahjustada“, siis tekitab küsitavusi riigi tegevuse õiguspärasus lepingute täitmisele sundimisel pelgalt lubaduse kui sellise alusel (*promises qua promises*).¹³¹

Fuller ja Perdue paljutsiteeritud kriitika kohaselt on pettunud võlausaldaja ootushuvi kompenseerimine üks „isevärki kompensatsioon, sest hüvitab selle saajat millegi eest, mida tal kunagi olnud pole“¹³². Selle teoreetilise suuna kaasaegne esindaja Fried¹³³ tõrjub selle kriitika Kanti moraaliprintsiipidele tuginedes, mille kohaselt pole lihtsalt sobilik kord antud lubadust murda. Selle argumendi nõrkus seisneb aga selles, et kui lubadus saab õiguslikult siduvaks vaid seetõttu, et enamus inimesi konventsionaalselt peab seda siduvaks, ei võta see riigilt kohustust süüvida esmalt, kas kahju on ka tegelikult tekitatud.

¹²⁴ Fuller/Perdue.

¹²⁵ Atiyah (1979).

¹²⁶ Smith, S. A., lk 78.

¹²⁷ Samas.

¹²⁸ Teooria kujunemisest lähemalt nt Atiyah (1979), lk 405-408; Ibbetson, lk 220-244.

¹²⁹ Teooria tuline kaitsja D Friedmann: „täitmine on ainuke tegelik huvi lepingust“, mida ei ole kindlasti restitutsiooniline või negatiivne huvi. D. Friedmann. The Performance Interest in Contract Damages. (1995) 11 Law Quarterly Review 628, 632, Kreiter, lk 23 kaudu.

¹³⁰ Smith, S. A., lk 69.

¹³¹ Samas.

¹³² Fuller/Perdue, lk 53.

¹³³ Eelkõige tema Contract as Promise, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1981. Smith, S. A., lk 71.

Kriitikale vastamiseks kasutatakse ka argumentatsiooni, mille kohaselt *luuakse*¹³⁴ lubadusega õigus võlgniku sooritusele tulevikus. Sel juhul oleks riigi poolt lepingu täitmisele sundimisel tegemist *harm principle* kontekstis vastuvõetava käitumisega olemasoleva varalise õiguse kaitse eesmärkidel. Et näidata, kuidas leping loob „tühjalt kohalt” iseseisva varalise huvi, selleks tuleks mõõtkava vähendada. Kogu tsiviilõiguse süsteemi hõlmaval pildil on lepinguõiguse lähimaks naabriks (näiliselt) lepinguvälise kahju hüvitamise õigus, mille eesmärk on kaitsta olemasolevaid hüvesid. Kui aga paigutada lepinguõigus asjaõiguse kõrvale, ilmneb, et sarnaselt asjaõiguste loomisega (nt intellektuaalse omand) luuakse ka lepingu sõlmimisel omaette varalise väärtusena¹³⁵ käsitletav õigus. Sellise lähenemise kohaselt lepingulise õiguse tekkimise, sisu ja käibe küsimustega tegelev lepinguõiguse osa on olemuselt võrreldav asjaõigusega. Seevastu juba loodud õiguste kaitse küsimused reastuvad kõrvuti kahju hüvitamise õigusega, mis teenib eelkõige asjaõiguste (ja muude absoluutsete õigushüvede) kaitse eesmärki.¹³⁶ Lepinguõigus tunnustab seega võimalust luua õigus nõuda täitmist.¹³⁷ Ühtlasi peab see õigus dikteerima oma kaitsevahendid ja mitte vastupidi (nagu see on Fuller/Perdue käsitluses).¹³⁸

Normatiivsele küsimusele, s.o *miks*-küsimusele antavate vastuste pinnalt jagunevad lepinguteooriad põhisuundadelt utilitaristlikeks ja nn õigus-põhisteks (*rights-based*).¹³⁹ Esimest võib iseloomustada selle ehk tuntuima esindaja efektiivsusteooria (*efficiency theories*) põhimõtete kaudu, mille kohaselt on lepinguõiguse ülesandeks ühiskonnaliikmete hüvede (subjektiivselt mõistetuna) maksimeerimine. Selle teooria kohaldamist õiguskaitsevahendite kujundamisel käsitletakse töö järgmises osas detailsemalt.

Õigus-põhise arusaama lähtealuseks on vajadus kaitsta isikute õigusi teiste isikute poolsete sekkumiste eest (nn negatiivse vabaduse õigused). Kuigi täitmisenõue võiks seda eesmärki kõige paremini teenida ja seetõttu *prima facie* olla õigustatud, põhjendatakse üldise õiguse teistsugust praktikat, lisaks ajaloolisele argumendile¹⁴⁰, vajadusega kaitsta isikute vabadusi. Kohane võiks täitmisenõue seetõttu olla vaid tegevusest hoidumise, unikaalsete asjade üleandmise või täiesti impersonaalsete kohustuste (nt raha maksmine) puhul.¹⁴¹ Ka pakutakse põhjenduseks, et eeldus, nagu saaks kord rikutud kohustust täita lubatud viisil ei ole õige - see ei ole võimalik kui mitte muul põhjusel, siis ajalise viivituse tõttu.¹⁴² Võib ka öelda, et eksituses ollakse poolte

¹³⁴ Erinevalt olemasoleva õiguse üleandmisest translatiivse teooria puhul, vt ülalpool.

¹³⁵ Mida väärtusena käsitleda, on tõlgendamise küsimus. Kasutatakse nii sisemine väärtuse kui instrumentalistliku väärtuse argumente. Smith, S. A., lk 74-77.

¹³⁶ Ajaloolisest seosest lepingu ja asjaõiguse vahel üldises õiguses, vt ka töö p 1.2.

¹³⁷ Smith, S. A., lk 77. Vt ka käsitus töö p 1.2. – täitmisenõue varana, kui absoluutse õigusena.

¹³⁸ Kreitner, lk 24.

¹³⁹ Smith, S. A., lk 106-163.

¹⁴⁰ Vt töö p 1.2.

¹⁴¹ Smith, S. A., lk 155, 400.

¹⁴² Smith, S. A., lk 399-400.

kokkuleppest tuleneva kohustuse sisu osas, mis on kahetine – kohustus täita lepinguga lubatu või see kompenseerida.¹⁴³ Selliselt sobib õiguse-põhine käsitus täienduseks tahteteooriale, kuivõrd tuginemise-õpetust seostatakse pigem utilitaristlike põhistustega.¹⁴⁴

Eeltoodud lepinguteooriate põhisuunad eristuvad suuresti ka vastuste osas küsimusele, kas õiguse olemus dikteerib õiguskaitsevahendid selle kaitseks või on õiguskaitsevahendid need, mis määravad õiguse tegeliku sisu.¹⁴⁵ Välja võib tuua neli peamist õiguse-õiguskaitsevahendi seose mudelit.

Esiteks võib nimetatud seoses anda esimuse õiguskaitsevahendile (*primacy of the remedy model*), mis määravad ära õiguse eksistentsi ja sisu. Selline *ubi remedium, ibi ius* lähenemine oli omane Rooma õiguses ja valdav üldises õiguses. Põhimõtte ühe prominentseima kaitsja USA kohtunik Holmesi sõnastuses saab see käsitluseks „pahast mehest“, kes ei huvitu mitte õigustest või kohustustest, vaid määratleb oma käitumise selle järgi, milliseid tagajärgi see kaasa toob. Holmesi kuulus väljaütlemine „Lepingu poolel on põhimõtteliselt valida, kas täita leping või maksta kahjutasu“¹⁴⁶ esindab selle lähenemise äärmuslikku vormi. Erinevaid õiguse-õiguskaitsevahendi vahelisi mudeleid analüüsinud Friedmann peab probleemseks eeldust, et õiguskaitsevahend on sobivaks asenduseks õigusele. Kuid ka Holmesi kriitikud, sh Ameerika 20. sajandi lepinguõiguse silmapaistvamaid teadlasi Lon Fuller – *reliance theory* tähtsamaid esindajaid, lähtuvad just õiguskaitsevahendite esimusest. Calabresi ja Melamed lisavad sellele lähenemisele nõude, et enne õiguskaitsevahendite positsioneerimisele peab eelnema siiski õiguste jagamine (analoogselt asjaõiguste sisu määramisele enne sobivate õiguskaitsevahendite kujundamist)¹⁴⁷, pehmedades selliselt õiguskaitsevahendite iseseisvust.

Teine, õiguste primaarsust rõhutav põhimudel on omane eelkõige tsiviilõiguse kodifikatsioonidele, mille lähtealuseks on õigused ja kohustused ning mis tunnustavad õiguse olemasolu iseseisvalt, sõltumata nende kaitsevahenditest. Selle mudeli puhul on problemaatiline õiguskaitsevahendite seotus õigusega, samuti kui küsimus iseseisva õiguse olemusest. Suuresti leiab see mudel õigustust nn õiguse-põhises argumentatsioonis, mida käsitleti eespool.¹⁴⁸

Kolmanda mudeli tööpealkirjaks võiks olla *õiguse-õiguskaitsevahendi ühtsusmudel*, millega see taotluslikult reedaks skepsist õiguse ja õiguskaitsevahendi kaksikjaotuse vajalikkuse osas. Õiguse kaitseks kättesaadavad vahendeid tuleb näha õiguse enda atribuutidena. Mudel ei välista õiguse eksisteerimise võimalikkust õiguskaitsevahendite puudumise tõttu, tunnustades nn

¹⁴³ Erinevalt efektiivsusteooria seisukohast ei oleks valiku võimaldajaks mitte seadus, vaid poolte endi kokkulepe. Smith, S. A., lk 400.

¹⁴⁴ Smith, S. A., lk 162-163.

¹⁴⁵ Friedmann, lk 3.

¹⁴⁶ O. W. Holmes, *The Common Law*, lk 301; viidatud Zimmermann (1992), lk 777 kaudu. O. W. Holmes, *The Path of the Law*, (1897) 10 Harv. L. Rev. 457 at 462; viidatud Wheeler/Shaw, lk 799 kaudu.

¹⁴⁷ Calabresi/Melamed. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View from the Cathedral*. (1972) 85 Harvard Law Review 1089; viidatud Friedmann, lk 6 kaudu.

¹⁴⁸ Friedmann, lk 9.

mittetäielikke kohustusi. Kui viimatinimetatud õigusi võib paigutada „nõrkade“ õiguste kategooriasse, siis ka nõ tugevate õiguste hulgas, tuleb näha diferentseeritust selle järgi, kui tugev on õiguse kaitseks kättesaadav õiguskaitsevahend. Nii on õigus, mille kaitseks on võimalik saada täitmisnõue, tugevam sellest õigusest, mille kaitseks on kättesaadav vaid kahju hüvitamise nõue. Friedmann, kelle analüüs on siinsele käsitlusele aluseks, möönab, et üldise õiguse maade kohtute diskretsiooniõigus kohaldatavate õiguskaitsevahendite küsimuses samuti kui mõningane kostja valikuõigus jätab õiguse tugevuse määratlemise sageli vaid *ex post* võimaluseks. Õiguse iseseisvus ja sõltumatus on seega mõneti näiline - õiguse olemus enamasti määrab ka õiguskaitsevahendite valiku, kuid mitte otsustavalt.¹⁴⁹

Neljas mudel põhineb Dan-Cohen'i nn akustilise eraldatuse (*acoustic separation*) mudelil¹⁵⁰, mis keskendub küll kriminaalõigusele, kuid on kasutatav ka üldisemalt.¹⁵¹ Mudeli idee põhineb sellel, et tuleb eristada käitumisreegleid (*conduct rules*), mis on kõigile käitumisjuhendiks ning otsustusreegleid (*decision rules*), mis on mõeldud juhisteks kohtunikele. Reeglitel on erinevad adreassaadid ja nad elavad iseseisvat elu. Käitumisreeglite järgija ei pea olema kuulnud otsustusreeglitest – sellest ka „akustiline eraldatus“. Kõnealusele mudelile on iseloomulik, et erinevate reeglite alusena nähakse erinevaid õiguspoliitilisi argumente, millest ka põhjendus nende eraldatusele.¹⁵² Nii võib põhimõtet lepinguõigusele üle kandes öelda, et käitumisreeglid, mis määratlevad esmased õigused ja kohutused on mõeldud juhisteks tavaolukorras, seevastu otsustusreeglid tegelevad „õnnetuse“ tagajärgede likvideerimisega. Erinevalt kriminaalõigusest, kus otsustusjuhised on suunatud kohtuinstantsidele, võib lepinguõigusega Friedmanni arvates¹⁵³ eristada kolm erinevat reeglitegruppi. „Esmased“ käitumisreeglid on mõeldud juhisteks tavalises olukorras – need peavad näitama, millise käitumise puhul ei ole karta õiguskaitsevahendite kohaldamist, reguleerides olukorra *ex ante*. Teine käitumisreeglite grupp, nn „teisesed“ käitumisreeglid on mõeldud poolte poolt järgimiseks lepingu rikkumise järgses olukorras. Kolmandas järgus tuleks nimetada otsustusreegleid kohtule (*remedies* kitsamas tähenduses). Teisesed käitumisreeglid ja otsustusreeglid vaatavad olukorrale *ex post*, pidades silmas konkreetset olukorda ja lubades ka praktilisi kaalutlusi lepingu rikkumise tagajärgede efektiivsemaks likvideerimiseks. Kuigi tõelise akustilise eraldatuse olukorras ei tea esmase käitumiskohustuse järgija võimalikke rikkumise tagajärgi, on lepingu potentsiaalsel rikkujal siiski ilmselt huvi võimalike tagajärgede vastu. Selline tõdemus viib tagasi eelpoolkäsitletud

¹⁴⁹ Friedmann, lk 12.

¹⁵⁰ M. Dan-Cohen. Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law. Harvard Law Review (1984) 97, lk 625; viidatud Friedmann, lk 12 kaudu.

¹⁵¹ Friedmann, lk 13.

¹⁵² Friedmann, lk 14.

¹⁵³ Samas.

Holmesi lähtekohani õiguskaitsevahendite primaarsusest ning tõstatab küsimuse ka õiguskaitsevahendi ettemääratletusest.

Kui kriminaalõiguses on *nulla poena sine lege* põhimõtte kohaselt nn käitumisreeglid alati ette teada (kuigi seda ei ole nn otsustusreeglid, kus kohtuniku diskretsiooniala on lai), siis lepinguõiguses on isegi otsustusreeglite kaudu kohtul retroaktiivselt võimalus sisustada poolte õigusi ja kohustusi.¹⁵⁴ Käepärase näitena võiks nimetada kõiki neid „valemeid“, kus üheks muutujaks on mõistlikkuse põhimõte. Kohtu diskretsiooniõigus õiguskaitsevahendite osas on eriti ilmekas täitmisenõude otsustamisel anglo-ameerika õiguses, kus käitumisreeglid nõuavad küll lepingu täitmist, kuid täitmisenõue õiguskaitsevahendina ei ole poole õigus, vaid kohtu diskretsiooniotsustus. Käitumis- ja otsustusnormide eristamine, muu hulgas ka nende aluseks olevate õiguspoliitiliste argumentide järgi (vrd *ex ante* ja *ex post* positsioonid) pakub sellele selgituse.

Kokkuvõttes võib tõdeda, et ühtset ja kõiki aspekte hõlmavat lepinguteooriat ei ole õnnestunud kujundada ning arvamused lahknevad isegi küsimuses, kas kogu lepinguõiguse ulatuses oleks see üldse võimalik või tuleks pigem tunnustada eesmärkide paljusust ja vastavalt eristada lepingu liigid.¹⁵⁵ Kuigi praktika jaoks ei oma siin käsitletud küsimused suuremat tähtsust, on õigussüsteemi koherentsuse tagamiseks *mis* ja *miks* küsimused siiski olulised selgelt vastata.

Olgu et kogu lepinguõiguse olemuse kohta võis vastakaid seisukohti esile tuua, on see nii ka küsimuses õiguse ja selle kaitsevahendite jõuvahekorra kohta, ehk sisuliselt täitmisenõude olemuse kohta. Ka õiguse-põhine põhistus ei aidanud meid lähemale vastusele, miks siiski üldise õiguse maade ja tsiviilõiguse maade lähtekohad nii erinevad on. Mööndes lubadusega loodud õiguse üldist kaitsmisväärsust ja täitmisenõude vastavat kohasust, põrkuvad üldise õiguse argumendid aga teiste kaitsmistväärvate õigustega – siin isiku vabadusega. Seega ebatäiuslikud¹⁵⁶ ja vastastikku kriitilised¹⁵⁷ on teooriad kinni oma erinevates lähtepositsioonides – olgu ajaloolised traditsioonid, suhtumine moraali- ja käibevajaduste vahekorda või õiguse rolli ühiskonnas üldiselt. Tunnistades seega täitmisenõude eesmärkide mitmetahulisust, on vajalik kaaluda mitme argumendi vahel. Järgmises töö jaotuses, vastukaaluks tsiviilõiguse maades valdavale dogmaatikale, hinnatakse lepinguõiguse majanduslike argumentide kaalukust täitmisenõude positsioonide tugevdamisel.

¹⁵⁴ Friedmann, lk 17.

¹⁵⁵ Kreitner, lk 40, 48.

¹⁵⁶ Smith, S. A., lk 161.

¹⁵⁷ Kreitner, lk 23.

1.4 Täitmisenõue majandusliku analüüsi objektina

Õiguse majanduslik analüüs (*law and economics, economic analysis of law*) ei anna iseenesest vastust küsimusele, kuidas hüved ja heaolu peaks olema jaotatud ühiskonna liikmete vahel, vaid näitab kätte võimaluse, kuidas õigus võiks kõige efektiivsemalt kaasa aidata õiguse väliste eesmärkide saavutamisele.

Lepinguteooriate hulgas¹⁵⁸ kasutavad majanduslikke meetodeid lepinguõiguse normatiivse olemuse määratlemiseks eelkõige nn efektiivsusteooriad (*efficiency theories*), mis lähtuvad eeldusest, et vaba vahetustehingu teinud isikud on eelduslikult olukorras, kus mõlemad on pärast tehingut paremas positsioonis, kuivõrd kumbki pool hindab saadavat hüve kõrgemalt kui selle eest omapoolt vastu antavat hüve. Väärtuste hindamisel võetakse enamasti aluseks subjektiivne hinnang individuaalsetele eelistustele koondnimetuse all "heaolu" (*welfare*)¹⁵⁹. Utilitaristliku teooriana näeb efektiivsusteooria lepinguõigust *vahendina* üldise heaolu suurendamiseks ühiskonnas (*welfare maximizing theories*).

Ideaalse hüvede jaotuse korral, nn Pareto-optimaalses olukorras ei ole võimalik (enam) ühe osaleja hüvede suurendamine ilma teis(t)e osaleja(te) hüvede vähenemiseta. Et sellise olukorra hindamine on raske, võeti kasutusele nn *potentsiaalse* Pareto-optimaalsuse printsiip, mida selle modelleerijate järgi nimetatakse ka Kaldor-Hicks efektiivsuseks. Selle kriteeriumi kohaselt on soovitatavad ainult need muudatustest hüvede olukorras, mille puhul isikud, kes olukorra muudatusest kasu saavad, saavad seda suuremal määral kui need, kes olukorra muudatustest kahju saavad. Igal juhul on oluline, et *arvesse võetaks*¹⁶⁰ kõik antud otsustusega seotud kulud, sh mõjutused kolmandatele isikutele.

Vajaliku optimaalsuse leidmisel tuleb arvestada õigusökonoomika kahte põhilist, teineteist täiendavat normatiivset printsiipi. Esiteks, õigus (regulatsioon) peab olema kehtestatud eesmärgiga kõrvaldada takistused eraviisiliste kokkulepete saavutamise teelt. Selline printsiip põhineb Coase teoreemil, mille kohaselt tehingukulude puudumisel saavutatakse ressursside efektiivne jaotus eraviisiliste kokkulepete kaudu sõltumata õiguste esmasest jaotusest.¹⁶¹ Teisiti öeldes, kui tehingukulud on kõrged, sõltub ressursside efektiivne jaotus õiguste esialgsest jaotusest. Sellest on omakorda tuletatav teine normatiivne printsiip, mille kohaselt olukorras, kus eraviisilised kokkulepped puuduvad või neid pole võimalik sõlmida (nt tõkestavate

¹⁵⁸ Vt töö p 1.4.

¹⁵⁹ Võib seisneda nt võimaluses tarbida teenuseid või kaupu, nautida sotsiaalseid või keskkonnaga seotud hüvesid (nt puhas õhk vms), saavutada individuaalne nauding või rahulolu jne.

¹⁶⁰ Internaliseerima sõltumata tegelikust kompensatsioonist, mille üle otsustamisel tuleb järgida täiendavaid tegureid (nt jaotuskulusid).

¹⁶¹ Coase' teoreem on kommentaatorite kokkuvõttev järeldus tema artiklis "The Problem of Social Cost" (Journal of Law & Economics 1, 1960) esitatud seisukohtadest. Eesti keeles: Ronald H. Coase. Firma, turg ja õigus. Tallinn: Pegasus, 2003, 234 lk. Põhiideeks on väide, et õigustega kauplemine on võimalik, kuni on olemas positiivne vahe väärtustes, mida õiguse soovija on õiguse eest nõus loovutama ja mille eest õiguse omaja nõus sellest loobuma. Algselt põhineb teoreem asjade käsutusõigusel, kuid samavõrd on see artikli autori arvates kohaldatav käsutusõigustele rahaliselt hinnatavate relatiivsete subjektiivsete õiguste osas.

tehingukulude või poolte oportunistliku käitumise tõttu), on õiguse eesmärgiks minimiseerida ühiskonnale langevad kulud.¹⁶² Sel viisil peaks saavutatama olukord, kus, juhul kui poolte eraviisiliste läbirääkimiste tulemuseks ei ole ressursside liikumine neid enim väärtustava kasutuse poole, peab õigus sekkuma korrigeerivalt, eelkõige seaduse dispositiivsete normide kujundamise kaudu, püüdes vähendada tehingukulusid ja määrates õiguste omajaks isiku, kelle kasutuses need omavad enam väärtust.¹⁶³ Seega on lepinguõiguse ülesandeks toetada efektiivset käitumist – sekkumata, kui see on võimalik saavutada poolte vahelise kokkuleppe kaudu, või sekkudes, kui vaba vahetustehing ei ole võimalik.

Efektiivsusteooria näeb objektiivses lepinguõiguses ratsionaalselt käituvate isikute jaoks toimivat *ajendite* süsteemi. Tähelepanu ei ole pööratud mitte niivõrd konkreetse olukorra õiglasele lahendamisele, vaid efektiivse olukorra kaudsele kujundamisele - eesmärgiks on suunata *tulevikus* lepingut sõlmivad pooled efektiivselt käituma.¹⁶⁴

Õiguskaitsevahendite analüüsil tuleb seega esmalt määratleda, mida püütakse nende vahendite kasutamisega saavutada. Nägime eespool, et tõhusus (*efficiency*) võiks olla üheks hindamise kriteeriumiks. Samuti meenutame, et kui lepingu sõlmimine oleks teostatav kuludeta, sõlmitaks lepinguid, mis arvestaksid iga võimaliku ettetuleva juhusega ning puuduks vajadus reguleerida õiguskaitsevahendeid seaduse tasandil.¹⁶⁵ Et tegelikkuses tehingukulud *on* suured, siis tuleb lüngad täita õiguskaitsevahenditega seaduse alusel. Et ka õiguskaitsevahendi kui vaikesätte¹⁶⁶ muutmisega tekivad igal juhul tehingukulud, peab nende kujundamisel sellega arvestama. Samas on vaikesätete näol tegemist õiguse kui rahaliselt hinnatava ressursi esialgse jaotamisega laiemas tähenduses,¹⁶⁷ mis suuresti määrab ka tulu- ja riskijaotuse poolte vahel. Poolte tegevuse suunamisel (nt kas üldse tehing sooritada, koostöövalmidus jne) ja sotsiaalse õigluse tasakaalustamisel on ka tulujaotusel oluline roll.

Õiguskaitsevahendid kujundatakse tavalisel nn enamusreegliteks. Eeldusel, et poolte soov on lepingutingimuste kujundamisel maksimeerida oma loodava õigussuhte efektiivsus võib sellistel alustel kujundatud dispositiivsed sätted nimetada reegliteks, mida pooled oleksid ise kokku leppinud, kui nad *oleksid püüdnud* vastavates küsimustes eraldi kokku leppida.¹⁶⁸ Sellist tüüpi dispositiivsete normide kasuks räägib võimalus säästa tehingukulusid lepingu sõlmimisel.

¹⁶² Esimene neist tuntud ka kui Coase' normatiivne teoreem või Esimene normatiivne õiguse põhimõte, teine kui Hobbes' normatiivne teoreem või Teine normatiivne õiguse põhimõte. Nt Cooter/Ulen, lk 96 jj; Posner R. A., lk-d 55-58.

¹⁶³ Nt Cooter/Ulen, lk 195 jj.

¹⁶⁴ Ülevaatlilikult nt Smith, S. A., lk 108-136.

¹⁶⁵ Cooter/Ulen, lk 189.

¹⁶⁶ *Default rule* -dispositiivsed lepinguõiguse normid, mis on õigussuhte aluseks, kuni pooled ei ole teisiti kokku leppinud.

¹⁶⁷ Vt nt üldiselt Sepp, lk 85-124.

¹⁶⁸ Seetõttu nimetatakse ka turgu matkivateks reegliteks (*market mimicking default rules*) või reegliteks, mis põhinevad poolte hüpoteetilisel kokkuleppel (*hypothetical consent*). Craswell, lk 2-6.

Tõhususkriteeriumi täitmiseks lepingu rikkumise olukorras on vajalik, et võlausaldaja olukord lepingu rikkumisega ei muutuks. Seega peab õigus tagama, et õiguskaitsevahendid oleksid kujundatud selliselt, et need annaksid võlausaldaja jaoks indifferentsse tulemust nii juhaks kui leping nõuetekohaselt täidetakse kui juhaks, mil lepingut teise poole poolt rikutakse.

Rikkumised kui käitumisviisid võib jagada oportunistlikeks ja mitteoportunistlikeks. Rikkumine on oportunistlik, kui võlgnik rikub kohustust sooviga kasutada ära võlausaldaja haavatavust (nt kasutab ettemaksu mittesihhipäraselt ega tooda või ei tärni lubatud kaupu). Selline käitumine ei ole majanduslike kriteeriumite kohaselt efektiivne ning on soovitatav kehtestada stiimulid sellisest käitumisest hoidumiseks. Tsiviilõiguslike vahenditega on see võimalik eelkõige muutes võlgniku indifferentsseks, kas täita lepingute või rikkuda lepingut rikkumisega saadu üleandmise kohustuse kehtestamisega.¹⁶⁹

Mitte-oportunistlikud rikkumised võib liigitada omakorda vabatahtlikeks või mitte-vabatahtlikeks. Rikkumist võib nimetada mitte-vabatahtlikuks kui täitmine muutub faktiliselt või praktiliselt võimatuks. Vabatahtlikud mitte-oportunistlikud rikkumised seevastu on õigustatud vaid juhul, kui need täidavad potentsiaalse Pareto-efektiivsuse kriteeriumi, st rikkumine on efektiivne. Majanduslikus mõttes on tegemist mitte-vabatahtliku rikkumisega.¹⁷⁰

On üldiselt tunnustatud õigusökoonoomika järeldus, et ootushuvi hüvitamise kohustus üldiselt suunab tegema võlgnikku efektiivseid valikuid rikkumise või täitmise vahel.¹⁷¹ Täiuslik kompensatsioon kannatanule peab internaliseerima kõik rikkumisega seotud kulud. Kui see aga ei ole võimalik, siis ei ole kõiki välismõjusid arvesse võetud ja otsustaja lähtub oma hinnangutes vaeleavastustest. Selline Kaldor-Hicks kriteeriumi ignoreerimine ei ole õigusökoonoomika analüüsis üldiselt lubatud. Õigusdogmaatikas peaks selline järeldus leidma väljenduse põhimõttes, et ebamäärase väärtusega soorituse puhul ei tohiks seda asendada kahjuhüvitusnõudega.¹⁷²

Õigusökoonoomika põhimõtete järgi on lepingu rikkumine tõhus (*efficient breach*) kui lepingu täitmine olukorras, kus kui täitmise kulud ületavad sellest poolte poolt saadava hüve. Selliseks kujuneb olukord, kui *juhusliku asjaolu* tõttu on täitmiseks vajalikud ressursid alternatiivses kasutuses väärtuslikumad. Olukorda mõjutavaid juhuslikke asjaolusid võib põhimõtteliselt olla kaheksa: nn õnneliku juhus (*fortunate contingency, windfall*) läbi tekib olukord, kus lepingu mittetäitmine on isegi veelgi tulusam kui täitmine, seevastu nn õnnetu juhus (*unfortunate contingency, accident*) läbi võib tekkida olukord, kus mittetäitmine toob kaasa väiksema kahju kui täitmine.¹⁷³

¹⁶⁹ Posner, R. A., lk 131.

¹⁷⁰ Samas.

¹⁷¹ Üldiselt nt Mahoney, lk 117-120.

¹⁷² Nagu üldise õiguse maad erandina, kui kahju hüvitamine pole adekvaatne, või nagu tsiviilõiguse maad enamasti.

¹⁷³ Üldiselt Cooter/Ulen, lk 237-245.

Õnneliku juhuse näitena võib tuua olukorra, kus A lubab müüa B-le maja 100 000 eest. Oletame et A hindab elamist selles majas 90 000, B aga 110 000 eest. Seega küsitud hinda arvestades realiseeriks A müüja lisaväärtuse 10 000 ulatuses ning B kliendi lisaväärtuse 10 000 ulatuses, kokku tekiks tehingust lisaväärtust 20 000. Enne tehingu lõpuleviimist aga pakub C sama maja eest 180 000. C ilmumine on õnnelik juhus, sest see tõstab võimaliku lisaväärtuse suuruse 20 000-lt vähemalt 28 000-ni. (C hindab maja vähemalt 118 000-le kuid pakutud hinnast ei saa järeldada maja täpset väärtust C jaoks). Efektiivsuse kriteeriumist lähtudes peaks seadus määratlema õiguskaitsevahendi, mis tagaks maja „suunamise“ isikule, kes seda kõige enam väärtustab, antud näites C, ning täidaks selle eesmärgi võimalikult väikeste kuludega. Nii võib seadus näiteks sundida A müüma maja B-le, kes omakorda müüks C-le. Alternatiivina võib seadus lubada aga A-l lepingut rikkuda, hüvitada kahjud B-le ning müüa maja otse C-le.¹⁷⁴

Õnnetu juhuse illustreerimiseks oletagem et B sooviks on osta A maja 100 000 eest, kuna ta teab, et ta tööandja planeerib kolida elama A maja lähiümbrusse. Selle asjaolu tõttu on maja tema jaoks väärt 110 000. Pärast kokkulepete saavutamist ostu-müügi osas aga muudab B tööandja oma plaane ning kolib teise linna. Nendes uutes tingimustes ei teki vahetusest lisaväärtust ning tekkivat kahju saaks minimiseerida tehingut mitte täites.

Kokkuvõtvalt on rikkumine efektiivne, kui õnneliku või õnnetu juhuse tõttu täitmiseks vajalikud ressursid on alternatiivses kasutuses väärtuslikumad. Ajend lepingu rikkumiseks on efektiivne kui vahendite suunamine kõrgeima väärtusega kasutusse saavutatakse madalate tehingukuludega ning viisil, millega keegi ei saa kahjustatud ning vähemalt keegi saab parema positsiooni võrreldes alternatiivse ajendiga. Seega on vajalik õiguskaitsevahendite kujundamisel otsustada, milline neist – kahju hüvitamine või täitmisenõue ajendab lepingurikkumisele vaid juhul, kui see on efektiivne.

Meie näites maja müük B-le looks lisaväärtuse 20 000. Müük C-le lisaks vähemalt 10 000. Maja müügil otse C-le oleks lisaväärtus samuti vähemalt 28 000. Kui kauplemine oleks kuluvaba, oleks lõpptulemuseks maja omamine C poolt olenemata kohtu kas otsustataks kahjude hüvitamise või täitmisenõude kasuks. Siiski, lisaväärtuse jagunemine toimub erinevalt. Kahju hüvitamise kaitsevahendit kasutades peaks B asetatama olukorda, kus ta oleks kui leping oleks täidetud. Kuna B lootis 10 000 ulatuses lisaväärtusele, peab ta saama selles ulatuses ka hüvituse. Seega A maksab 10 000 B-le, müüb 118 000 eest maja C-le ning on siiski tehingu järgselt 18 000 ulatuses lisaväärtuse omanik.¹⁷⁵

Täitmisenõude jõustamise puhul peab A müüma maja B-le 100 000 eest, viimane müüb edasi C-le 118 000 eest. Tehingute tulemusena on B lisaväärtuse suurus 18 000 ning A-l 10 000. Siit

¹⁷⁴ Cooter/Ulen, lk 202. Seda näidet illustreerib lisa 1 ning näidet kasutatakse too p-s 3.2.2.

¹⁷⁵ Cooter/Ulen, lk 191.

tuleneb, et õnneliku juhuse olukorras eelistab võlausaldaja täitmisenõuet ning võlgnik kahjude hüvitamist õiguskaitsevahendina.

Selgub, et kahe erineva õiguskaitsevahendi rakendamisel on vahe vaid siis, kui tehingukulud suuremad nullist. Veelgi enam, parim valitud vahend peab väärtuste suunamisel paremasse kasutusse tehingukulusid vähendama. Tegelikult ei ole maja müügitehingu kulud muidugi olematud. Seega võib meie näites kahju hüvitamise nõue vähendada tehingukulusid, kuivõrd ressursid suunatakse enim väärtustatud kasutusse st maja müüakse otse C-le väiksemate tehingukuludega, kui see oleks võimalik täitmisenõude puhul, mil ressursi efektiivne kasutus saavutatakse läbi kahe tehingu ja sedavõrd suuremate kulude arvel (A müüb B-le, kes müüb edasi C-le).

Tuleb aga arvestada nüanssi, mis toetab täitmisenõuet, kui efektiivsemat vahendit. Me eeldasime, et B, kes pakkus maja eest 100 000, väärtustab seda enda jaoks 110 000. Kuid A ei saa teada täpselt, kui kõrgelt B maja enda jaoks hindab. A teab, B hindab maja *vähemalt* 100 000-le. On võimalik, kuid ebatõenäoline, et C, kes pakub maja eest 118 000 ei hinda maja siiski kõrgemalt kui B. Kui A rikub lepingut B-ga, müües maja C-le ning hüvitades kahjud B-le, võib ilmned, et B väärtustab maja rohkem kui C ning ostab maja tagasi C-lt. Veel enam, eeldasime kahjusumma määramisel, et kohus teab, milliselt B maja väärtustab (110 000), tegelikult on seda siiski raske määratleda ning kohtul raske kalkuleerida efektiivset kahjuhüvitise määra. Nende võistlevate argumentide valguses vajab kahe erineva kohtu poolt kujundatava õiguskaitsevahendi võrdlus täiendavat analüüsi.¹⁷⁶

Kahjude hüvitamist ja täitmisenõuet tuleb vaadelda kui alternatiivseid vahendeid saavutamaks ressursside efektiivset paigutust arvestades erinevaid tehingukulusid. Kui kulud on madalad, on eraviisilised läbirääkimised võimalikud ning efektiivseim vahend on täitmisenõue. Vastupidiselt, kui tehingukulud on kõrged, peaks kohus peale suruma *vahetuse kollektiivselt määratud väärtuse järgi*, seega tunnustama kahjuhüvitusnõuet.¹⁷⁷

Selline seisukoht korrespondeerub õiguskaitsevahenditega, kus kahjuhüvitise eesmärk on kaitsta lepingupoole täitmishuvi (*expectation interest*), mõõdetavana rahasummaga, mis on vajalik, et panna kannatanud pool võimalikult sarnasesse olukorda olukorraga, kui leping oleks täidetud. Selliselt soodustatakse ebasoodsas olukorras oleva lepingupoole poolt rikkumist siis, kuid ainult siis, kui pool võidab lepingu rikkumisest piisavalt, et kompenseerida teise poole ootushuvi ning jätta endale teatud võit rikkumisest.¹⁷⁸

Niisiis ka õiguskaitsevahendite puhul, kui efektiivsuskriteeriumi täitmine eesmärgiks võtta, on Pareto-optimaalsus leitav mitme alternatiivi võrdluses. Siinses võrdluses täitmisenõude ja

¹⁷⁶ Cooter/Ulen, lk 192.

¹⁷⁷ Cooter/Ulen, lk 321.

¹⁷⁸ Farnsworth (1990), lk 847.

ootushuvi määras otseselt võitjat ei selgitatud, kuid selginesid kriteeriumid, mille abil optimaalsema lahenduse suunas sammu võiks astuda. Nii ei tohi unustada alates tehingukuludest, informatsiooni asümmeetriast, internaliseerimist vajavatest nn väliskuludest kuni lõpuks ka inimliku asjaoluni, et kõik subjektid ei käitu ratsionaalselt (mõni käitub isegi moraalselt!), mistõttu ei pruugi ka kõigi turutõrgete kõrvaldamisel mudel toimida. Moraali ja ratsionaalsuse küsimustega edasi minnes vaatleme alljärgnevalt nende mõjutatust ühiskonnas valitsevate ideoloogiliste arusaamade poolt.

1.5 Täitmisenõude ideoloogilised eesmärgid

Täitmisenõude positsiooni õiguskaitsevahendite hulgas mõjub lepinguõiguse aluseks olev ideoloogia vastavas õiguskorras. Ideoloogia on põhineb erinevatel moraalsel hinnangutel riigi ja üksikisiku suhtele ja majanduselus tegutsevate subjektide vahelistele suhetele. Järgnevalt analüüsitakse, mida erinevad ühiskonnakorrad majanduslikke ja sotsiaalsete eesmärkidena sõnastavad ja kuidas täitmisenõue kui õiguskaitsevahend nende täitmise vankri ette rakendatakse. Selleks võtame eeskuju Bejesky käsitlest¹⁷⁹, eristades ideoloogiamudelid nende suhtumise järgi lepingu alusel tekkivate õiguste ja kohustuste olemusse.

Riike, kus seaduse rolliks on isikute subjektiivsete õiguste, s.h. varaliste õiguste ja lepinguvabaduse kaitse, võib nimetada *reaktiivseteks*. Lepinguõiguse ülesandena nähakse poolte õiguse ja tahtväljenduse kaitsmist siduva kohustuse loomisel, ning seda eelkõige kannatanule vajaliku kompensatsiooni ulatuses, vältides samas võlgniku suhtes karistuslike õiguskaitsevahendite kasutamist. Seega ei nähta lepinguõiguse ülesannet mitte niivõrd lubaduse andjate täitmisele sundimises, vaid lubaduse saajatele rikkumise tagajärgede heastamises. Sel põhjusel ei ole õiguskaitsevahendite kohaldamisel oluline ka süü küsimus. Või teisipidi -kuna õiguskaitsevahendite süsteem on üles ehitatud range vastutuse (*strict liability*) põhimõttele, siis võib selles näha ka põhjust, miks lubaduse andja täitmisele sundimist peetakse õiguskaitsevahendi eesmärgina sobimatuks. Seega, mida kergemini ja kättesaadavamalt on õiguskaitsevahendid kohaldatavad, seda vähem peaksid nad ülemäära koormama võlgnikku ja olema suunatud pigem kannatanud positsiooni taastamisele.

Ajalooliselt *reaktiivse käitumisega* riikide tegevuse aluseks oli mõistmine, et liigne sunnimeetodite rakendamine võib viia individuaalse huvi languseni. Sellise tagajärje osas riski võtmist ei peetud õigustatuks, kui asenduslik hüvitis oli asjaoludele vastavalt sobiv – säilitas piisava kindluse poolte jaoks lepingu sõlmimise protsessis, samuti kui oli kohane säilitamaks turu funktsioneerimine. Sellist õiguse ja majanduselu seost nimetas Max Weber "ratsionaalseks õigussüsteemiks", mille reeglid põhinevad erasektori pragmatismil ja ökonoomikal ega ole

¹⁷⁹ Bejesky, lk 375.

pelgalt õiguse süstematiseerimise tulemus filosoofiliste või formaalsete meetodite abil. Sellised reeglid on irdunud religioonist, poliitikast ja isiklikest käitumistavadest.¹⁸⁰ Õiguse ülesandeks on eelkõige toetada sõltumatute majandussubjektide tehinguvabadust.

Reaktiivse mudeli võttis omaks Inglismaa ja hiljem ka USA. Neis riikides leitakse, et on kohasem soodustada lepingute sõlmimist julgustades isikuid tuginema¹⁸¹ neile antud lubadustele (usaldades õiglase kahjuhüvituse kättesaadavust), kui sundida lubaduse andjaid täitma oma lepinguid kartusest neid karistava seaduse ees. Sellise lähenemise puhul lisandub ülistatud vabadusele sõlmida lepinguid ka vabadus neid rikkuda.¹⁸²

Viimaste kümnendite muutusi suhtumises täitmishõlde – seda soosivas suunas¹⁸³ – seostatakse muu hulgas ka sellega, et nimetatud riigid on ühiskonnakorralduselt nihkunud enam haldusriigi poole, mistõttu ka üldine suhtumine õiguskaitsevahenditesse on teinud nihke tsiviilõigusmaade suunas nii kodifitseeritud allikate kui üldise õiguse kaasaegsema tõlgenduse kaudu. Üha enam tõstetakse esile üldisi huvisid ning kohtud on valmis kergemini langetama otsuseid, milliseid varem oleks peetud liigseks isiku vabadustesse sekkumiseks.¹⁸⁴

Kontrastina eelkäsitletud reaktiivsetele õiguskordadele on *aktiivse* sekkumisega riigi käitumismudeli baasiks arusaam, et riigil on erasektori osas huvid, mida peab kaitsma vajadusel ka sunnimeetoditega. Kui riik võtab endale otsustava rolli vaidluste lahendamisel ja järgib selles *lepingut-ei-tohi-rikkuda* moraalinormi, omandab erasektori vaidluste lahendamine üha enam avaliku õiguse mõõtme. Aktiivselt isikute õigusi kujundanud Nõukogude Liidu näol oli tegemist näitega riigist, kus majandusplaani oli seaduse staatuses ning vertikaalseid tootmissidemeid ei tohtinud mittetäitmisega katkestada. Turumehhanismide ja seega võimaliku asendustehingu puudumise tingimustes ei olnud kahju hüvitamine adekvaatne õiguskaitsevahend. Täitmishõlde majanduslikuks põhjenduseks oli seega vajadus täita plaan ja toota ühiskonna hüvanguks (ja mitte kasumi eesmärgil).¹⁸⁵ Tahtlik plaaniliste lepingute rikkumine võis kaasa tuua kriminaalkaristuse.¹⁸⁶

Nagu lepingu ühepoolse lõpetamise võimalust¹⁸⁷, nii ka täitmishõlde kergekäelist asendamist kahjuhüvitusnõudega ei peetud plaanimajanduse tingimustes võimalikuks. Lepingud tuli täita "rahvamajandusele majanduslikult kõige otstarbekamal viisil".¹⁸⁸

¹⁸⁰ Bejesky, lk 387.

¹⁸¹ Reliance theories, vt töö p 1.3.

¹⁸² E. Farnsworth, Legal Remedies for Breach of Contract, 1970 Colum. L. Rev. 1145 at 1145-7; viidatud Wheeler/Shaw, lk 792-793 kaudu.

¹⁸³ Vt ka nt töö p 2.3.

¹⁸⁴ Bejesky, lk 389.

¹⁸⁵ Samas.

¹⁸⁶ Bejesky, lk 381.

¹⁸⁷ Ühepoolset lepingu lõpetamise võimaluste puudumise kohta lähemalt Kõve, lk 226.

¹⁸⁸ ENSV TSK § 173 lg 2.

Planeerimisaktide alusel riiklike ettevõtete vahel kohustuslikult sõlmitud lepingute¹⁸⁹ pooli ei saa mingil tingimusel määratleda oma vaba tahet kõige paremal viisil realiseerivate isikutena ei lepingu sõlmimisel ega selle täitmisel — niikaua kui tegutsemine vastas plaanidele, oli see eelduslikult kõige kasulikum rahvamajandusele. Eesmärk panna lepingu rikkumise tõttu kannatanud pool võimalikult lähedasse olukorda, kus ta oleks olnud, kui kohustus oleks täidetud nõuetekohaselt, tuli saavutada täitmise *in natura* kaudu.

Täitmise nõudmine omandas erilise tähenduse sotsialistlike riikide jaoks rahvusvahelise kaubanduse kontekstis. Selle põhjuseks oli peamiselt asjaolu, et konverteeritav valuuta kahju hüvitamise nõude rahuldamiseks (täitmisnõude alternatiivina) ei olnud vabalt kättesaadav.¹⁹⁰ Sotsialistlike riikide koostöö raames kinnitati 1968. aastal Vastastikkuse majandusabi nõukogu poolt Tarnete üldised tingimused, kus sotsialistliku koostöö printsiip vastandati *caveat emptor* printsiibile ning täitmisnõude olulisust kinnistati veelgi. Huvitav on asjaolu, et just samal ajal tõstis Uniform Sales Law 1964¹⁹¹ CISGi eelkäijana esile kahjuhüvitusnõude kui vaba turumajanduse tingimustes loomuliku õiguskaitsevahendi.

Ka Eesti NSV õiguses kehtisid samad põhimõtted. "Sotsialistliku majanduse plaanikindel iseloom ja isemajandamise meetodi täielik rakendamine nõuavad ranget distsipliini kohustiste täitmisel, seda eriti sotsialistlike organisatsioonide vahel."¹⁹² Range distsipliini väljendusena võib näha "sotsialistliku kohustisõiguse tähtsaim printsiibina"¹⁹³ TsK §-s 224 sisalduvat kohustise reaalse täitmise nõuet. Selle kohaselt viivituse või kohustise muu mittenõuetekohase täitmise juhtudeks kindlaks määratud leppetrahvi (trahvi, viivise) maksmine ja mittenõuetekohase täitmisega tekitatud kahjude hüvitamine ei vabasta võlgnikku kohustise täitmisest natuuras, v.a. juhud, kui plaaniline ülesanne, millel põhines sotsialistlike organisatsioonide vaheline kohustis, on kaotanud jõu. Siit tuleneb selgelt, et võlgnik ei saa valida täitmise või kahju hüvitamise vahel, kui täitmine ei ole muutunud veel võimatuks. Vastav valikuõigus kuulus võlausaldajale (TsK § 248).

Ostja vastuvõtuviivituse korral müüjal õigust lepingust loobuda ei olnud – müüja pidi olema valmis jätkuvalt täitma, kui ostja omalt poolt kohustused täidab ja täitmist nõuab. Selline sunnitud olukord on jäiga täitmisele suunatud õiguskorra ilminguks – täitmist tahetakse saavutada ka juhul, kui teine pool sellest ei huvitu.

Reaalsele täitmisele sundimise viisid on esitatud samuti materiaalsoigustlike sätetena. Nii võis ENSV TsK § 225 kohaselt kreditoril nõuda individuaalselt piiritletud asja äravõtmist

¹⁸⁹ Ananjeva/*et al*, lk 187.

¹⁹⁰ Eörsi, lk 153.

¹⁹¹ Edaspidi ULIS.

¹⁹² Ananjeva/*et al*, lk 247.

¹⁹³ Samas.

võlgnikult ja üleandmist temale, v. a. juhul, kui individuaaltunnustega asi on antud kolmandale isikule, kellel on samasugune õigus asjale kui nõudjal.

Teatud töö tegemise kohustise täitmata jätmise puhul võis kreditor õiguse teha töö teha võlgniku arvel või nõuda kahjude hüvitamist (TsK § 226). Siin on kolmanda isiku täitmine – olgu kogu töö või ainult parandamine käsitletav reaalse täitmisena vastandina valikule hüvitada kahjud. Kommentaaride kohaselt ei välista kreditori õigus teha töö võlgniku arvel nõude esitamist võlgniku vastu.¹⁹⁴ Siin tuleb täiendavalt arvestada protsessinorme. TsPK § 208 lg 1 kohaselt võib sellise hagi puhul kohus otsuses märkida, et kui kindlaksmääratud tähtaja vältel otsust ei täideta, on hagejal õigus teostada need toimingud kostja arvel ja viimaselt vajalikud kulud sisse nõuda.¹⁹⁵ Kui toimingud sai teostada vaid võlgnik, võis täitmiseks kohtuotsusega antud tähtaja jooksul mittetäitnud võlgnikku trahvida.¹⁹⁶

Ülaltoodust järeldub, et läbi asendustehingu võimaldamise, ei olnud tegelik reaalsele täitmisele sundimine praktikas niivõrd laiaulatuslik kui ehk püütud teoreetilises plaanis turumajandusliku taustaga riikide võrdluses näidata.¹⁹⁷ Omakorda tuleb aga arvestada, et asendustehingud ei olnud vaba turu puudumisel sisuliselt teostatavad. Hinnangu andmisel tuleb ka arvestada, et erinevalt käsitleti plaanimajanduse elluviimiseks ettenähtud lepinguid ja isikutevahelisi lepinguid. Viimaste puhul on lepingu kujundamise õiguse vabam.

Kuigi sotsialistliku õigussüsteemi eristamine on tinglik ja enamuse sotsialistlikke riike mõne teise õiguskorra aspekti osas end ehk õigustatult tsiviilõigusmaade hulka loeb, nähtub eelöeldust, et just moraali ja ühiskonnakorralduse mõju on lepingulise kohustuse olemuse ja täitmisnõude olulisuse küsimuses suuresti määrav ning tulemuse poolest neid riike alljärgnevalt käsitletavatest eristav.

Nn *semi-aktiivsete* riikide käitumise aluseks on arusaam, et lepingu rikkumisega mitte üksnes ei rikuta võlausaldaja lepinguga saadud õigusi, vaid et sellel on kaugemaleulatuv kaasmõju (nn *spill-over*) ka ühiskonna jaoks tervikuna. Seega vajavad isikute huvid kaalumist, et mitte öelda piiramist ühiskonna huvidele vastavalt. Näideteks võib tuua Prantsusmaa ja Saksamaa LV, kus kõrvuti erasektoriga on traditsiooniliselt toiminud ka riiklik majandus ja isiku majandushuvid on tasakaalustatud ühiskonna omadega. Sellise mõttemalli aluseks, samuti kui Prantsuse revolutsiooni eostajaks, on 18. saj keskpaiga valgustusajastu filosoofia.¹⁹⁸ Revolutsiooniga omandas riik rahvalt volitused suunata muu hulgas ka ühiskonna moraali. Isiku ja ühiskonna huvide konflikti korral, erinevalt reaktiivsete riikide positsioonist, kalduti enam toetama ühiskonna huve. *Social contract* rahva ja valitsuse vahel andis volitused

¹⁹⁴ Ananjeva/ *et al*, lk 248.

¹⁹⁵ Asendustehingu ja täitmisnõude seostest vt ka töö p 4.2.

¹⁹⁶ Ananjeva/ *et al*, lk 248.

¹⁹⁷ Nt Bejesky, lk 372.

¹⁹⁸ Bejesky, lk 377.

sekkumiseks erasektori lepingulistesse suhetesse ühiskonna üldistes huvides.¹⁹⁹ Täitmisenõude õigustamisel majanduslik analüüs erilist rolli kodifitseerimiseelisel ajal ei mänginud – riigi kujundatud käitumismalli moraalsuses üldiselt ei kaheldud.²⁰⁰

Niisiis on täitmisenõude positsiooni kujunemisel suuresti määravaks riigi roll eraõiguslike suhete kujundamisel üldiselt. Riigil on erinevatel põhjustel huvi positiveerida lepinguõiguse kaudu oma suhtumine lepingu ja moraali seostesse. Kokkuvõttes võib öelda, et üldise õiguse maades lähtutakse kontseptsioonist, mille kohaselt on lepingu(õiguse) ülesandeks anda võlausaldaja käsutusse õiguskaitsevahendid lepingu rikkumise puhuks, seevastu tsiviilõigusemaades nähakse lepinguliste suhete olemusena võlgniku vabatahtlikult võetud kohustust võlausaldaja ees, mille täitmist riik peab üldjuhul tagama. Sotsialistlike õiguskordade modifikatsioon tsiviilõiguse arusaamast on, et võlgnik on kohustatud (ka) ühiskonna ees. Eesti lähtepositsioon on meil teada, praegune suund avatud turumajanduse ka. Selles kontekstis võiks öelda, et Eesti paigutub reaktiivsete riikide hulka, kus eesmärgiks on toetada lepinguvabadust.

Esimese peatüki kokkuvõttes võib öelda, et lepingu täitmise nõue on nii lepinguõiguse dogmaatika ja teooria tulipunktiks kui ka riigi ideoloogia sekkumisele avatud. Kokkuvõttes taandub küsimus siiski suuresti lepingu enda eesmärgile, milleks üldise õiguse radu käies tuleb tunnistada *vahetus*. Lubaduse enda väärtus, ilma eesmärgi silmas pidamata, on väljaspool moraalikategooriaid siiski raskesti hoomatav. Seni kuni moraali küsimus ei sekku otsustavalt, on alljärgnev lepinguõiguse instrumentide käsitus kantud pigem majanduslike kaalutluste otsinguist.

¹⁹⁹ Bejesky, lk 378.

²⁰⁰ Bejesky, lk 389.

2 Täitmisenõude eeldused

2.1 Lepingu rikkumine ja sellele tuginemise õigus

Õiguskaitsevahendite reguleerimiseks on kaks peamist viisi. Esiteks võib keskenduda rikkumise põhjustele (nt täitmise võimatus) ja rikkumise vormile, määratledes iga tüüpuhu (nt mittetäitmine, puudustega täitmine, viivitus) jaoks komplekti võimalikke kohaldatavaid õiguskaitsevahendeid (*the causes approach*) nagu see väljendus Saksa reformieelses võlaõiguses²⁰¹ ja on omane ka paljudele teistele tsiviilseadustikele.²⁰² Teiseks on võimalik reastada kõik võimalikud õiguskaitsevahendid, kehtestades igale selle kohaldamiseks vajalikud eeldused (*the remedies approach*). Printsüübid ja VÕS lähtuvad lepingu rikkumise ühtsest kontseptsioonist ning kasutavad õiguskaitsevahenditest lähtuvat reguleerimisviisi nagu see on tuntud ka üldise õiguse maades. Ka käesoleva töö uurimisülesande püstitusega sobib enam õiguskaitsevahenditest lähtuv käsitusviis, mis võimaldab esmalt esitada üldised eeldused täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi kohaldamisele (2. ptk) ning seejärel keskenduda konkreetse õiguskaitsevahendi, st täitmisenõude kohaldamise piirangutele (3. ptk).

Ka Saksa võlaõiguse reformi eesmärgiks²⁰³ oli muu hulgas ühtlustada õiguskaitsevahendite süsteem ning viia see kooskõlla rahvusvaheliste ja Euroopa kaasaegsete arusaamadega.²⁰⁴ Esmalt ühtlustati kohustuse rikkumise mõiste.²⁰⁵ Kasutusele võetud *Pflichtverletzung* tähistab analoogselt PECL, PICC ja GISG põhimõtetega objektiivselt igasugust kõrvalekallet § 241 alusel tekkinud kohustuste programmist.²⁰⁶ Küsimused, kas rikkumise on põhjustanud täitmise takistus või lihtsalt võlgniku meelemuutus ning kas see avaldub mittetäitmisel, mittenõuetekohase täitmisel või viivituses, muutuvad aktuaalseks alles konkreetse õiguskaitsevahendi valikul.²⁰⁷ Muutused jäävad siiski poolikuks ja ka Saksa reformitud võlaõigus jääb 20. sajandi Saksamaal prevaleerinud lähtepositsiooni juurde ning lubab

²⁰¹ BGB õiguskaitsevahendite süsteem enne 1. jaanuaril 2002 jõustunud võlaõiguse reformi baseerus rikkumise liikidel, mille hulgas eristati täitmise võimatust, viivitust ja puudustega täitmist. Reguleerimine keskendus rikkumise põhjustele, eelkõige täitmise võimatuse tüpoloogiale. Selle kohaselt peeti vajalikuks eristada algset (*anfänglicher Unmöglichkeit*, vana BGB § 306) ja järgnevat võimatust (*nachträgliche Unmöglichkeit*, vana BGB § 275), samuti võimatuse juhuseid, mille eest võlgnik vastutab (*zu vertretende*) juhustest, mil võlgnik võimatuse eest ei vastuta (*nicht zu vertretende*). Lisaks tehti vahet objektiivsel võimatusel (vana BGB § 275 I) ja subjektiivsel võimatusel (e võimetus, *Unvermögen*, vana BGB § 275 II) sõltuvalt sellest, kas asjaolude kohaselt ei ole täitmine võimalik enam mitte kellegi poolt või on täitmine võimatu vaid võlgniku jaoks. Kokkuvõttes oli võimatus nii kohustusest vabanemise aluseks (vana BGB §-d 275, 323), vastutuse aluseks (vana BGB §-d 280, 324, 325) kui ka lepingu tühisuse aluseks (vana BGB § 306). Lähemalt nt Zimmermann (2005), lk 39-41, Palandt/*Heinrichs*, eelmärkused §-le 275 jj, äärenr 6.

²⁰² Jones/Schlechtriem, lk 87.

²⁰³ Ülevaatlukult reformi eesmärkidest ja peamisest muudatusest BT-Druks 14/6040; nt AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, lk 21-25; Haas/*et al*, lk 1-17; Zimmermann (2005); Schwab/Witt/*Schwab*, lk 1-20.

²⁰⁴ Eesmärkide ja nende täitumise osas arvamused vastukäivad. Ei olda kindel, kas sellega hoopis "vastutustundetult, üksnes poliitilistel kaalutlustel Saksa tsiviilõigust korvamatut ei kahjustatud"; Huber/Faust/*Huber*, eessõna.

²⁰⁵ Ka varem oli õigusteaduses ja kohtute leksikas kasutusel kõiki rikkumise liike hõlmav *Leistungsstörung*. Jones/Schlechtriem, lk 87. Seda aga ei kasuta seadus ega ka õigusdogmaatika tehnilise terminina. Tegemist on Saksa õigusteadlase Heinrich Stoll'i poolt 1936. aastal kasutusele võetud koondnimetusega. Palandt/*Heinrichs*, eelmärkused §-le 275, äärenr 1.

²⁰⁶ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 220, äärenr 452.

²⁰⁷ Schlechtriem (2002), tekst pärast viidet nr 32.

täitmisnõuet otse muutmata sõnastuses § 241 I alusel esitada reeglina alati.²⁰⁸ Ühtlasi jätkatakse valdavalt esmase ja teiseste kohustuse/nõuete jaotuse kasutamist.²⁰⁹ Täitmisnõude, st esmase nõude tekkimise eeldusena ei ole lepingu rikkumine vajalik. Teisisõnu, kuni võlausaldajal on kasutada esmane nõue, pole rangelt võttes veel tegemist lepingu rikkumisega, mis tooks kaasa sekundaarnõuded. Saksa valdava õiguspõhisele mõtlemisele aga ka BGB enda sisemise loogika kohaselt ei ole täitmisnõue seega käsitletav õiguskaitsevahena.²¹⁰

Leidnud aga julgustust Euroopa lepinguõiguse ühtlustamise eestvedajate, professorite Schlechtriemi²¹¹ ja Zimmermanni²¹² reformitud Saksa võlaõiguse käsitlestest, kus täitmiseõue on paigutatud teise õiguskaitsevahendite hulka ja nõuab eeldusena lepingu rikkumist,²¹³ ei ole probleemne toimida sarnaselt ka alljärgneva analüüsi tarbeks. Eestis küll mõneti ebaselge konstruktsiooniga²¹⁴ on täitmiseõue siiski õiguskaitsevahendina selgelt määratletud ning sellisena ka edaspidi käsitletav.²¹⁵

Niisiis peab seadusega lubatud õiguskaitsevahendi kohaldamiseks esmalt kontrollima kehtiva (lepingulise) võlasuhte olemasolu ning lepingulise kohustuse rikkumise fakti. Seejärel tuleb kontrollida, kas rikkumisele tuginemine ja õiguskaitsevahendite kasutamine on üldse lubatav (nt VÕS § 101 lg 2, 3) ja kas ei esine vastutusest vabastavaid asjaolusid.²¹⁶ Sellise skeemi järgi analüüsitakse alljärgnevalt täitmisnõude kui õiguskaitsevahendi kohaldamise eeldusi.

Olles määratlenud uurimisobjekti õiguskaitsevahendina, ei ole põhimõtteliselt vajalik analüüsida võimalikke vastuväiteid lepingu kehtivuse ega sisu pinnalt. Samuti ei ole seega vajalik eraldi analüüsida, kas võlgnikul on õigus kasutada lepingu muutmise (VÕS § 97) või lepingust taganemise või ülesütlemise õigus²¹⁷, mis võiks tõepoolest konkreetse kohustuse täitmisele sundimisel takistuseks olla, kuivõrd need puudutavad küsimusi kohustuse olemasolu ja selle võimaliku rikkumise, aga mitte täitmisnõude kui õiguskaitsevahendi tasandil. Kui nimetatud kujundusõigusi pole maksmata pandud, tuleks lugeda täitmisnõuet takistavaks ka

²⁰⁸ Zimmermann (2005), lk 43; Palandt/*Heinrichs*, eelmärkused §-le 275, äärenr 3.

²⁰⁹ BT-Drucks 14/6040, I^k 127; Hütte/*et al.*; AnwKom-BGB.

²¹⁰ Stoll, pidades sellist lähenemist BGB süstemaatikaga sobimatuks: "Nii saksa kui ka teiste Rooma õigusel põhinevate kodifikatsioonide kohaselt on võlausaldajal võlasuhtest tulenev ühtne nõudeõigus, mis esmalt on naturaaltäitmisnõude vormis, kuid muutub kohustuse mittetäitmisel kahju hüvitamise nõudeks. Seega on täitmisnõue ja kahju hüvitamise nõue ühe ja sama võlasuhtest tuleneva ja võlausaldaja huve järgiva nõudeõiguse kaks ei aspekti. Selle kõigutamatu põhimõtte tõttu ei sobi täitmisnõuet käsitleda paljalt õiguskaitsevahendina." Stoll, lk 590.

²¹¹ Nt Schlechtriem/Schmidt-Kessel; Schlechtriem (2002).

²¹² Zimmermann (2005).

²¹³ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, I κ 220, äärenr 452.

214 Vt töö p 1.1.

²¹⁵ Nii ka Kull/Käerdi/Kõve, lk 211 j.

²¹⁶ Selliselt ka võlaõigusseaduse alusel. Lepingud/*Kull*, lk 111-112.

²¹⁷ Üldises õiguses on kohtu diskretsiooni põhimõtteks, et täitmisõuet ei anta poole vastu, kellel on lepingu lõpetamise õigus (nt teise poole rikkumise tõttu või lepingu tingimuste kohaselt), mille ta kohe maksuma võiks panna. On kaheldav, kas tsiviilõiguse maades oleks selline kaalumise kohtu enda poolt mõeldav.

võlgniku õigust oma täitmisest keelduda²¹⁸, kuid mis siinses käsitluse samuti eraldi tähelepanu ei vaja. Seetõttu võetakse alljärgneva käsitluse jaoks kehtiva võlasuhte olemasolu eeldusena ning esimese küsimusena tuleb käsitleda rikkumisega seonduvaid asjaolusid.

Et BGB kohustuse rikkumise mõistega seonduvat käsitleti põgusalt juba ülalpool, siis on kohane rikkumise mõiste põhiküsimustes sama teha ka CISG, Printsiipide ja VÕS raames. CISG toetab selgelt rikkumise ühtset kontseptsiooni. Artiklite 45 ja 61 pealkirjades kasutatakse väljendit *breach of contract*, mis viidatud artiklite kohaselt tähistab ükskõik millise kohustuse mittetäitmist (*fails to perform any of his obligations*), sõltumata vastutuse küsimusest.²¹⁹

Printsiipide²²⁰ mittetäitmise (*non-performance*) mõiste alla hõlmatakse nii kohustuse täitmata jätmine kui ka puudustega täitmine, sõltumata vastutusest. Sama põhimõtet järgib ka VÕS-i § 101, hõlmates rikkumise mõiste alla nii täitmata jätmise kui mittekohase täitmise sõltumata vastutuse küsimusest. Näeme, et VÕS-i sõnakasutus „kohustuse rikkumine” kattub BGB valikuga. Viimase puhul on aga probleemiks see, et termin *Pflichtverletzung*, mis sõnasõnalt tähendab kohustuse rikkumist, eeldaks kohustuse olemasolu, mis aga täitmise võimatuse tagajärgi reguleeriva § 275 sõnastust – *Ausschluss der Leistungspflicht* (kohustuse äralangemine) silmas pidades võib olla problemaatiline ja eksitav. Seetõttu kaaluti kasutusele võtta mittetäitmise (*Nichterfüllung*) termin.²²¹ Võlaõigusseaduse osas selliseid etteheiteid teha ei saa, sest võimatus piirab täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi teostatavust ega lõpeta võlgniku võlasuhte alusel tekkinud põhikohustust.

Kindlasti vabastab rikkunud poole täitmisenõudest GISG art 80, mille kohaselt ei saa pool tugineda teise poole kohustuste täitmatajätmisele ulatuses, milles täitmatajätmise oli põhjustanud tema enda tegu või tegemata jätmine. Tegemist on hea usu põhimõttest tuleneva keeluga oma õigusi kuritarvitada²²², mis võlaõigusseaduses leiab koha §-s 101 lg 3, samuti PICC art-s 7.1.2 ja PECL art-s 8:101 (3). Sätte kohaldamisel ei oma tähtsust täitmatajätmise põhjustanud poole süü, samuti ei ole tal võimalik oma käitumist vabandada. Võrreldes rikkumise vabandatavuse instituudiga, mida käsitletakse töö järgmises osas, on siin tegemist kaugemaleulatuva mõjuga, sest kuigi objektiivselt on toimunud lepingu rikkumine, ei saa teine pool sellele üleüldse tugineda ega kasutada ka mitte neid õiguskaitsevahendeid, mille kohaldamine rikkumise vabandatavusest ei sõltu.

²¹⁸ VÕS § 111, PECL art 9:201, PICC art 7.1.3.

²¹⁹ Seda erinevalt üldise õiguse maade *breach of contract* kontseptsioonist, mille alla hõlmatakse vaid rikkumine, mille eest võlgnik vastutab.

²²⁰ PECL art 8:101; PICC art 7.1.1.

²²¹ Canaris, lk 523. Samas peetakse „mittetäitmist” liialt tagajärjekeskeks. Valiku *Pflichtverletzung* versus *Nichterfüllung* problemaatilisuse kohta BGB kontekstis nt Schapp, lk 583 jj; Medicus, lk 137, äärenr 362a; Haas/*et al*, lk 84, äärenr 3, 4; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 220, äärenr 454.

²²² CISG/*Stoll*, art 80, äärenr 2. GISG 2005/*Stoll/Gruber*, art 79, äärenr 2; Kull/Käerdi/Köve, lk 216.

Saksa õiguses analoogne säte puudub, kuid leitakse, et BGB § 275 II²²³ alusel võib võlgnik vabaneda täitmiskohustusest ka juhul, kui võlausaldaja on täitmist takistavate asjaolude tekkimise eest vastutav või kui vastavad asjaolud, mille eest võlgnik ei vastuta²²⁴ tekkisid ajal, mil võlausaldaja oli vastuvõtuviivituses.²²⁵ Selline käsitus, arvestades BGB täitmisenõude eripära esmase nõudena, annab kokkuvõttes tulemuseks VÕS §-s 101 lg 3, PICC art 7.1.2, PECL 8:101 (3) lähedase tulemuse.

Kui Saksa õiguse pinnalt võis näidata täimisenõude tekkimist esmase nõudena, siis ka üldise õiguse autorid on nõus, et rangelt võttes ei ole lepingu rikkumine täitmisenõude tekkimise vajalikuks eelduseks, kuna lepingu täitmise nõue põhineb juba pelgalt lepingu olemasolul. Lisada tuleb vaid asjaolud, millal vastava nõude tunnustamine oleks õiglane.²²⁶ Siiski tuleb kinnitada, et täitmisenõue õiguskaitsevahendina vajab eeldusena lepingu rikkumist, tegemist ei ole pelgalt esmase nõude sissenõutavaks muutumise küsimusega. Et vastutuse järgi ei saa küsida enne rikkumist, on see järeldus ka igati loogiline. Nagu järgnevalt näeme, on siiski reaalsus, et sageli ei peeta vastutust täitmisenõude eeldusena vajalikuks, mis muidugi lubab tagasi minna esmase nõude sissenõutavuse juurde.

2.2 Vastutus rikkumise eest

Vastutus laiemalt tähendab õiguskaitsevahendi kohaldamise õigust üldiselt. Kitsamas tähenduses tuleb vastutuse all mõista rikkumise etteheidetavust. Siin edaspidi on kasutusel vastutuse kitsam tähendus, kuivõrd vastutus laiemas tähenduses on määratletud juba lepingu kohustuslikkuse lepingu täitmisele esitatavate nõuete ja rikkumise üldise määratluse või erisätete kaudu, ehk üldise vastutusstandardi tasandil.²²⁷

Vastutusest vabanemise alusena võivad kõne alla tulla rikkumise vabandatavus, süü puudumine või kokkuleppeline vastutusest vabastamine.²²⁸ Kuna VÕS on CISG ja Printsipiide eeskujul omaks võtnud vabandatavusel põhineva nn garantiivastutuse kontseptsiooni²²⁹, mille puhul vastutust eeldatakse ning ainukese peamise vastutusest vabastamise alusena on ette nähtud vääramatud jõud, tähistatakse kitsas tähenduses vastutust *vabandatavusena*.²³⁰ Juhul, kui rikkumine on vabandatav, on õiguskaitsevahendite valik üldjuhul piiratum. Nii puuduvad sel puhul lubatud õiguskaitsevahendite loetelust (VÕS § 105) võlausaldaja ootushuvi järgivad õiguskaitsevahendid nagu õigus nõuda täitmist ja õigus nõuda kahju hüvitamist.

²²³ Lähemalt töö p 3.2.2.

²²⁴ Vastavalt BGB § 300 I vastutab võlgnik vaid tahtluse ja raske hooletuse korral.

²²⁵ Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 50.

²²⁶ Snell, Snell's Equity (29th edn, 1990), lk-d 585-6; viidatud Burrows, lk 335 kaudu.

²²⁷ Vastavalt VÕS § 8 lg 2, VÕS § 76 jj, VÕS § 100, nt VÕS §-d 217-218 müügiõiguses.

²²⁸ Vastavalt VÕS § 103, VÕS § 104, VÕS § 106.

²²⁹ Kull/Kärderi/Köve, lk 192 – 197.

²³⁰ Analoogselt PICC art 7.1.7. – *non-performance is excused*, PECL art 8:108 - *excuse due to an impediment*, CISG art 79 - *exceptions*.

Rikkumine on vabandav, kui võlgnik rikkus kohustust asjaolu tõttu, mida võlgnik ei saanud mõjutada ja mõistlikkuse põhimõttest lähtudes ei saanud temalt oodata, et ta lepingu sõlmimise või lepinguvälise kohustuse tekkimise ajal selle asjaoluga arvestaks või seda väldiks või takistava asjaolu või selle tagajärje ületaks. Sel juhul on sisuliselt tegemist täitmise võimatusega²³¹, mille on põhjustas vääramatü jõud. Seega ei saa võlausaldaja kasutada täitmishuvi rahuldamisele suunatud õiguskaitsevahendeid, kuid saab kasutada teisi õiguskaitsevahendeid. Sellise tulemuse annavad VÕS §-d 103 ja § 105, PICC art 7.1.7. I ja IV, PECL art 8: 101 (2) ja 8:108 koosmõjus.

VÕS-i ja Printsipi ülesehitust arvestades võib võimatus seega sisuliselt olla analüüsi objektiks juba põhjuste hindamisel vastutuse analüüsi staadiumis. Kui täitmisenõue ei ole eelpoolnimetatud tingimustel välistatud, tuleb teises etapis küsida (uuesti) võimatuse järele, siis juba vastuväitena täitmisenõudele,²³² mis välistab õiguskaitsevahenditest täitmise *in natura*, kuivõrd kahju hüvitamise nõue jääb võlausaldajale kättesaadavaks. Seevastu käsitleb BGB võimatuse küsimust vaid ühes etapis (BGB § 275 I) ja seda sõltumata vastutusest, mis muutub oluliseks alles kahju hüvitamise nõude puhul.²³³

Väheseid Eesti õiguse käsitlusi sel teemal pakub Karin Sein²³⁴, kelle arvates vabandavuse tagajärgede selgitamiseks tuleb vaadata VÕS §-st 105, missuguste VÕS §-s 101 nimetatud õiguskaitsevahendite kasutamine on vääramatü jõu korral välistatud. Ta leiab, et "/.../ vääramatü jõu korral [jäävad] võlausaldajale alles kõik muud õiguskaitsevahendid peale õiguse nõuda kahju hüvitamist või leppetrahvi (teatud juhtudel ka viivist) ning seega tähendab väljend „võlgnik ei vastuta oma kohustuse rikkumise eest“ eelkõige kahju hüvitamise nõude välistamist.“²³⁵ Selline käsitlus on ilmselt mõjutatud BGB struktuurist. VÕS §-s 101 loetletud ja §-s 105 nimetatud õiguskaitsevahendite kõrvutamisel ei saa kuidagi jätta tähelepanuta täitmisenõude puudumist viimaste hulgas. Seetõttu ei saa nõustuda arvamusel nagu erineks võlaõigusseaduse regulatsioon täitmise nõude osas PECL-i omast seetõttu, et "PECL artikli 8:101 lõike 2 järgi ei saa võlausaldaja vääramatü jõu korral nõuda lepingu täitmist, kuid VÕS § 108 järgi ei sõlta aga täitmise nõude olemasolu vääramatust jõust ja mitterahalise kohustuse täitmise nõue langeb ära ainult § 108 lõike 2 punktides 1–4 toodud juhtudel, eelkõige siis, kui täitmine on võimatu.“²³⁶

Tähelepanuta jääb sel juhul asjaolu, et VÕS § 108 lg 2, PECL art 9:102 või PICC art 7.2.2

²³¹ CISG art 79 sisutamisel kasutatakse võimatust kui sätte kohaldamise vajalikku eeldust. Teisti, kuni täitmine on veel põhimõtteliselt võimalik, ei ole saa artiklit 79 reeglina kohaldada. Nt Oberlandesgericht Hamburg 4. 07.1997 [1 U 143/95; 410 O 21/95].

²³² VÕS § 108 lg 2 p 1; PECL art 9:102 (2) (a); PICC art 7.2.2. (a).

²³³ Samuti Zimmermann (2005), lk 44.

²³⁴ Sein.

²³⁵ Sein, lk 517. Tuleks ühemõttelisuse saavutamiseks lugeda "kui rikkumine on vabandav", vt põhjendus eespool.

²³⁶ Lisaks peab artikli autor täitmise nõude olemasolu või välistatus ebaselgeks PICC järgi (art-te 7.1.7 lg 4, 7.2.1 ning 7.2.2 sõnastuse võrdluses). Sein, allmärkus 26.

vastuväited on esitatavad täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi maksmapanekule, kuivõrd selline õiguskaitsevahend on võlausaldajale vastavalt viidatud PECL art 8:101 lg 2 (sama ka PECLi art 9:303 ja art 8:102 koosmõjus) ning vastavalt VÕS § 105 ja PICC 7.1.7 lg 4 reeglitele üleüldse kättesaadav. Seetõttu, erinevalt BGB ülesehitusest, kuid sarnaselt Printsipiide struktuurile, ei ole vajalik kontrollida § 108 lg 2 p 1 alusel võimatuse vastuväite olemasolu, kui vabandatavuse kontrolli etapis juba vastavalt §-le 105 on selge, et täitmisenõue õiguskaitsevahendina ei ole kättesaadav.

Möönda tuleb küll seda, et objektiivselt § 108 lg 2 p 1 kontekstis on võimatuse kui laiema kategooria hindamine kergem kui vabandatavuse kontrollimine vastavalt § 103 lg 2 kriteeriumitele, mistõttu on mõistetaav nõ otsema tee valik hindamaks täitmisenõude võimalikkust jättes vabandatavuse küsimuse üksnes kahju hüvitamise nõude kontrolli etapiks. Siiski ei ole õiguskaitsevahendite osas selgelt PICC ja PECLi struktuuri järgiva VÕSi puhul põhjust nimetatud eeskujudest erinevalt õiguskaitsevahendite kontrolli teostada või täitmisenõuet ümber positsioneerida.²³⁷ Struktuuriline vastuolu saab selgemaks, kui jälgida samade probleemide käsitlust CISG-s.

GISG art-i 79 (1) kohaselt vabaneb pool vastutusest mittetäitmise eest, kui ta tõendab, et selle olid põhjustanud väljaspool tema kontrolli olevad takistused ja et temalt polnud mõistlik oodata selle takistuse arvessevõtmist lepingu sõlmimise ajal või selle takistuse või takistuse tagajärgede vältimist või ületamist. Teatud õiguskaitsevahendite kasutamine on sel juhul piiratud. GISG-i eelkäija ULIS art-i 74 kohaselt võis võlausaldaja siiski kasutada hinna alandamise või taganemise õigust. CISG art 79 (5) aga sätestab, et vabandatavus selle artikli tähenduses ei takista teostamast teisi õigusi peale kahju hüvitamise nõude. Seega ei ütle CISG art 79 midagi otseselt täitmisenõude kohta, nagu seda võis välja lugeda VÕS-i ja Printsipiide regulatsioonist. Kuigi CISG art 79 (5) kohaselt on sellistel asjaoludel takistatud vaid kahju hüvitamise nõue, ei ole siiski kooskõlas sätte mõttega nõue täita, kui täitmist takistab asjaolu, mille ületamist võlgnikult ei saa nõuda. Selline järeldus ei ole siiski üksmeelne.²³⁸

CISG-i ettevalmistamisel oli Saksa delegatsiooni ettepanekuks lisada selgesõnaliselt, et kui täitmise takistused on püsivad, ei saa ka täitmist nõuda, lükati tagasi põhjendusega, et tegeliku võimatuse puhul ei saa selles küsimuses praktilist probleemi tekkida, samas kui täitmisenõude kategooriline välistamine võiks negatiivselt mõjuda võlausaldaja kõrvalnõuete (n aktsessoorsed tagatised) teostamisele.²³⁹ Selline argumentatsioon näitab jällegi ilmekalt "võitlust" esmase ja teisese nõude olemusest arusaamisel, kuivõrd täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi piiramine

²³⁷ Sellisel seisukohal põhimõtteliselt ka Kull, et al, lk 214 jj. Täitmisenõue leiab käsitlemist nii esmase nõudena (tinglik õigus nõuda kohustuse täitmist, mille aluseks on leping), kui ka sekundaarse nõude ehk õiguskaitsevahendina, mis tekib „seaduse jõul ja võlasuhte rikkumise tagajärjel“, lk 217. Nii ka põhimõtteliselt Lepingud/*Kull*, lk 112 jj.

²³⁸ CISG/*Stoll*, art 79, äärenr 5, 7; GISG 2005/*Stoll/Gruber*, art 79, äärenr 3.

²³⁹ CISG 2005/*Stoll/Gruber*, Art 79, äärenr 46.

kaasaegse mõtlemise järgi ei ohusta võlasuhet ennast ega sellega seonduvalt kõrvalkohustuste sissenõutavust. Kokkuvõttes ei välista CISG täitmisenõuet sõnaselgelt ei vääramatü jõu ega võimatuse²⁴⁰ alusel, samuti ei kuulu küsimus CISG art 28 kaudu kohtu diskretsioonialasse, kuna viidatud säte ei puuduta nõude sissenõutavust (*enforcement*) vaid selle tekkimist või lõppemist, mis tuleb lahendada CISG enda raames.²⁴¹

Esineb olukordi, kus täitmisenõue on kohane sõltumata sellest, et kahju hüvitamise kohustusest on võlgnik rikkumise vabandatavuse tõttu vabastatud²⁴². Näiteks tarnega viivitamise puhul on loomulik, et takistuse äralangemisel saab nõuda täitmist, kuid mitte kahju viivitatud aja eest. Niisamuti tõusetub küsimus lepingule mittevastava kauba tarnimise osas – kui võlgnikul põhimõtteliselt on võimalik täita parandamise või asendamise vormis, siis peaks saama temalt seda ka nõuda (arvestamata muid võimalike vastuväiteid) sõltumata sellest, mis põhjustel toimus täitmine esialgu puudustega ja kas need võiksid ta vabastada kahju hüvitamise nõudest.²⁴³

Niisiis tuleb järgmiseks küsida, kas lepingule mittevastava kauba üleandmisega seotud rikkumiste puhul kuulub art 79 üleüldse kohaldamisele.²⁴⁴ Anglo-ameerika õiguse vaimus on väljendatud arvamust, et vastus sellele küsimusele on eitav, kuna takistus (*impediment*) on mõeldav ainult tarne kui sellise takistusena. ULIS art 74, mis hõlmas ka puudusega asja tarnimise juhtusid, sõnastusega võrreldes sooviti teadlikult asendada „asjaolud” kitsama tähendusega „takistused”. Sellise seisukoha vastu räägivad aga argumendid, et erinevalt anglo-ameerika õigustraditsioonist ei pane CISG müüjale lisaks üldisele tarnimiskohustusele spetsiaalset garantiikohustust (*warranty*) asja omaduste suhtes (mida ei võiks ükski takistus halvata). Pigem võib öelda, et kohustus tarnida lepingujärgsed kaubad sisaldab kohustust need vajadusel parandada või asendada.²⁴⁵ Kuni asendamine või parandamise täitmisena on võimalik, seni ei ole ka nõ esmase kohustuse täitmine lõplikult takistatud ega seetõttu mittetäitmine kui selline potentsiaalselt vabandatav. Seega järeldub, et art 79 on kohaldatav puudustega asja tarnimisel.

Vabandatavus lepingutingimustele mittevastava asja tarnimisel tuleb kohaldamisele siiski vaid väga erandlikel juhtudel. Kohaldamise juhtudena võib kõne alla müügilepingu sõlmimise hetkel müüja valdused oleva asja varjatud puudused, kui neid ei olnud võimalik mõistlikke abinõusid kasutusele võttes avastada.²⁴⁶ Vabandatavus ilmselt ei tule kõne alla kui müüja on kaubad ise tootnud. Vaidlusaluseks on aga vabandatavuse küsimus liigitunnustega asjade müügi

²⁴⁰ Vt töö p 3.2.1.

²⁴¹ CISG 2005/*Stoll/Gruber*, Art 79, äärenr 46.

²⁴² Mis seetõttu õigustavad nt BGB struktuuri, mis täitmisenõude juures vastutuse järgi ei küsi.

²⁴³ CISG 2005/*Stoll/Gruber*, Art 79, äärenr 46.

²⁴⁴ Olulise küsimusena ka nt Schlechtriem (2005), lk 197, äärenr 292.

²⁴⁵ CISG/*Stoll*, art 79, äärenr 12; CISG 2005/*Stoll/Gruber*, art 79, äärenr 6.

²⁴⁶ CISG 2005/*Stoll/Gruber*, art 79, äärenr 39.

puhul, kus enamuse arvates müüja hankimiskohustus allub rangele vastutusele ilma ühegi võimaliku vastutuse välistamise aluseta.²⁴⁷

Vabandavuse küsimus õiguskaitsevahendite kohaldamisel asja lepingutingimustele mittevastavuse jääb lahtiseks ka VÕS-i puhul. Mittetäitmise vormis rikkumise puhul ei ole põhimõttelist vahet täitmise püsiva takistuse ja võimatuse vahel, mistõttu ei ole problemaatiline nende asjaolude puudumist kontrollida alternatiivselt vabandavuse kui üldise eelduse raames või konkreetse õiguskaitsevahendi, st täitmisenõude raames. Sama võib põhimõtteliselt öelda juhtude kohta, kus asja parandamine või asendamine on objektiivselt võimatu. Probleemseks osutub aga mittekohase täitmise nõude lubatavus muudel juhtudel. Siin saab arvestada CISG-i praktikaga range vastuse osas, lisaks arvestades, et VÕS kohaselt on vabandavuse puhul välistatud ka täitmisenõue. Esmalt tuleb öelda, et kuni täiendav täitmine on võimalik, ei ole tegemist täitmise *takistusega*.²⁴⁸ Kui palju peab võlgnik tegema pingutusi täiendavaks täitmiseks, on juba täitmisenõudele esitatavate vastuväidete küsimus. Ülejäänud juhtudel kohaldatakse küll artiklit 79, kuid ei jäeta selle sisustamiseks nn hankimiskohustuse osas praktiliselt üldse ruumi. Hinnang võimaliku vabandavuse osas peaks pigem lähtuma konkreetsetest asjaoludest (vastutus eelmise müüja või oma täitmisabiliste eest), samuti arvestama takistuse ettenähtavust ja pingutusi selle ületamiseks sõltuvalt müüja positsioonist, milleks annab võimaluse nii CISG-i, VÕS-i kui Printsipiide vabandavuse säte. Ka Tarbijadirektiivi kohast põhimõtteliselt absoluutset vastutust ei ole vaja seetõttu eraldi rõhutada, kuivõrd tarbijalemüügilepingute puhul on mõistlik oodata, et müüja vastava tagajärje ületaks. Rolli ei mängi ka teise vabandavuse puhul välistatud õiguskaitsevahendi – kahju hüvitamise nõude (VÕS § 115 lg 1) sõnastuses "välja arvatud kui võlgnik ei *vastuta*", kuna selle täiendi puhul on tegemist üleliigse kordusega.²⁴⁹

Alternatiivina võib öelda, et asja puuduste osas on vastutus ammendavalt reguleeritud müügiõiguse eriosas (§ 103 lg 4 mõttes seadusest tulenev vabandavusest sõltumatu vastutus), millisel juhul VÕS § 105 võrreldes üldise vastutusstandardiga midagi ei lisa.²⁵⁰

Kokkuvõttes võib öelda, et vastutusel täitmisenõude eeldusena on ebakindel positsioon. Arvestades vastutuse rangust on vastutusest vabanemise alused piiratud praktiliselt juhtudega, mil täitmise võimatuse kaudu saavutataks sama tulemuse vastuväite esitamisega täitmisenõudele kui õiguskaitsevahendile.

²⁴⁷ Nt leitakse, et allhankijate eest vastutab müüja nagu iseenda eest. BGH, 24.03.1999, CISG-online 396. Ka Sein (2004), lk 517. Kuid nt 19.01.1998 District Court Besançon (*Flippe Christian v. Douet Sport Collections*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html>, kus kohus tunnustas võimalust sellist sarnases olukorras erandit kohaldada.

²⁴⁸ Nii ka nt BGB § 275 I sisustamine: võimatu olema mitte täitmisooritus kui selline, vaid täitmise tulemuse saavutamine. Vt töö p 3.2.1.

²⁴⁹ Puudub nt Printsipiides.

²⁵⁰ Lugeses sealset "vastutama" etteheidetavuse tähenduses.

Vastutuse sisustamine sõltub ka kohustuse olemusest. Prantsuse õigusest pärit jaotust *obligation de résultat/obligation de moyens (Erfolgspflicht, Tätigkeitspflicht)* järgivad PICC Art 5.4 ja VÕS § 24. Nimetatud jaotus – kohustus saavutada teatud tulemus või kohustus teha kõik mõistlikult võimalik tulemuse saavutamiseks - omab väljundit mittekohase täitmise määratlemisel vastavalt PICC Art 5.5. ja VÕS § 24 lg 3 esitatud kriteeriumitele.²⁵¹ Kaheldakse²⁵², kas sellist jaotust on vaja määratleda, kui lepinguline vastutus on nn range vastutus kus süü olemasolu pole vajalik eeldus.²⁵³ Vastutuseks piisab põhimõtteliselt rikkumise näitamisest. Siiski on vahetegu aluseks tõendamiskoormuse määratlemisel.²⁵⁴ Kui kohustuse sisuks on saavutada teatud tulemus, piisab vastutuse alusena vastava tulemuse puudumise tõendamisest. Seevastu kui kohustuse sisuks on „vaid“ kohustus teha kõik mõistlikult võimalik tulemuse saavutamiseks, ei piisa tulemuse puudumise näitamisest vaid on vajalik tõendada, et lepingupool ei ole teinud pingutusi, nagu temaga samal tegevus- või kutsealal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel teeks (VÕS § 24 lg 2, PICC Art 5.4 (2)). Sisuliselt peab võlausaldaja vastutuse eeldusena näitama ära lepingut rikkunud poole (objektiivse) süü.²⁵⁵ Võlaõiguse süsteemides, kus vastutuse eelduseks on rikkuja käitumise süülisus, mida tavalisel juhul eeldatakse, kuulub selliste kohustuste, mille sisuks on teha kõik mõistlikult võimalik tulemuse saavutamiseks rikkumise puhul objektiivse süü tõendamine hageja kohustuste hulka, kuivõrd see element kuulub rikkumise koosseisu, välja arvatud *res ipsa loquitur* juhud.²⁵⁶ Kui kohustuse sisuks on teha kõik mõistlikult võimalik tulemuse saavutamiseks, ei ole täitmisenõue põhimõtteliselt kohaldatav, mistõttu hõlmab edaspidine analüüs täitmisenõuet tulemusele suunatud soorituste osas.

2.3 Täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi lubatavus

Et tsiviilõiguse maade täitmisenõudega seotud dogmaatikale pööratakse töö erinevates lõikudes piisavalt tähelepanu, siis käsitletakse siin esmalt üldise õiguse maade kaasaegset lähenemist täitmisenõudele, mis on mõjutanud ka ühtlustatud instrumentide otsuseid selles valdkonnas.

²⁵¹ Werro/Belser, lk 364.

²⁵² Jones/Schlechtriem, lk 147.

²⁵³ Prantsuse õiguses on nimetatud kohustuse liikide osas vastutus sätestatud erinevalt, vastavalt CC art 1137 obligation de résultat osas range vastutus, võimalusega tõendada süü puudumist ja CC art 1147 obligation de moyens osas nõutav teatud hooldus kohustuse täitmisel. Jones/Schlechtriem, lk 147.

²⁵⁴ Tähtsust toetavalt nt Werro/Belser, lk 364.

²⁵⁵ Sama üldise õiguse kohta: reeglipärane süüta vastuse põhimõte vajab täiendust nt äritegevuse käigus osutatavate teenuse osutamise lepingute osas, kus teenus lubatakse osutada vastaval alal tegutseva isiku kohaselt mõistlikku hoolikust ja vajalikke teadmisi rakendades. Nt Treitel (1991), lk 739.

²⁵⁶ Nt Sveitsi võlaõiguses CO Art 41 ja 97 vahekord. Werro/Belser, lk 369.

Terminiga *Specific Performance* tähistatakse õiglase õiguse juurtega õiguskaitsevahendit, millega sunnitakse isikut täitma lepinguga võetud kohustus positiivseks soorituseks.²⁵⁷ Seejuures ei ole mõistega hõlmatud lepingujärgse tasu maksmise kohustus, mis jõustatakse nõudega *action for agreed sum*. Õiglase õiguse õiguskaitsevahendina lähtus täitmisenõue sellest, et leping andis poolele teatud asjaõiguslike mõjudega õiguse või peeti vajalikuks täitmist *in specie* juhul, kui kahjuhüvitust ei saanud asjaolusid arvestades pidada adekvaatseks õiguskaitsevahendiks. Jätakuvalt on täitmisenõude andmine kohtuniku diskretsioonialas, kuid seda diskretsiooni on tänu rohkele kohtupraktikale hakatud kasutama kinnistunud reeglite kohaselt, vastavalt *stare decisis* printsiibile anglo-ameerika õiguses.²⁵⁸

Esimene oluline faktor adekvaatsustestis on kaupade asendatavus. Teiseks oluline faktoriks adekvaatsuse hindamisel on kahju täpse hindamise võimalikkus. Eelkõige on kahju arvestamise raskused põhjenduseks, miks unikaalsete esemete puhul täitmisenõue tavaliselt on kohane. Kaasaajal on adekvaatsustestist kujunenud pigem nn *sobivustest*. Kaasaja retoorika kohaselt ei ole küsimus seega mitte lihtsalt selles, kas kahju hüvitamine on adekvaatne õiguskaitsevahend, vaid kas täitmisele sundimine oleks sobivam ja täiuslikum vahend õigluse saavutamiseks kui kahjuhüvitusnõue²⁵⁹. Kuigi Burrows kahtleb²⁶⁰, kas retoorika muutumisega on toimunud ka sisulisi muudatusi positsioonides on Treiteli arvates²⁶¹ tulemuseks siiski täitmisenõuete sagedasem kinnitamine kohtu poolt.

Kui ülaltoodud argumentide abil kaalumisel jääb õiguskaitsevahendi sobivus selgusetuks, tulevad arvesse praktilised kaalutlused nagu tingimuste määratletus või täideviimise raskused. Mõned lepingud ei ole juba olemuselt sobivad täitmisenõude kohaldamiseks. Nende puhul keeldutakse täitmisenõuet tunnustamast, sõltumata sellest, kas kahjuhüvitusnõue on adekvaatne õiguskaitsevahend või mitte. Mittevajalikkuse asemel on siis täitmisenõudest keeldumise aluseks soovimatus seda kohaldada või ebapraktilisus selle täideviimisel. Esiteks kuuluvad selliste lepingute hulka need, millised kohustavad isiklikku laadi tegevuseks²⁶², teiseks need, kus üks pool on kohustatud kestvateks sooritusteks, mille täitmine vajab pidevat kohtupoolset järelevalvet²⁶³.

Kohus võib täitmisenõudest keelduda, kui see tooks kostjale kaasa liigselt koormavad tagajärjed või oleks muul põhjusel ebaõiglane.²⁶⁴ Õiglase õiguse õiguskaitsevahendina tuleb

²⁵⁷ Treitel/Chitty, lk 1202; Burrows, lk 335.

²⁵⁸ Zweigert/Kötz, lk 479; Burrows, lk 336; Treitel (2003), lk 1026.

²⁵⁹ Tito v. Waddell (No. 2) [1977] Ch. 106, 322. Treitel (2003), lk 1026.

²⁶⁰ Burrows, lk 350.

²⁶¹ Treitel (2003), lk 1026.

²⁶² Vt töö p 3.2.4.

²⁶³ Vt töö p 4.1.

²⁶⁴ Nt ei sunnitud ostjat vastu võtma kinnisasja, mille osas ilmnes maatükile juurepääsu võimatus. (Denne v Light (1857) D.M. & G. 774. Treitel (2003), lk 1026. Burrows, lk 375) või millel asuvas majas, kummalegi poolele üllatusena, pidas üürnik lõbumaja (Burrows, lk 375).

täitmisenõude kohaldamisel arvestada ka hageja enda käitumist.²⁶⁵ Esmalt ei võimaldata täitmisenõuet hagejale, kes ise on lepingut rikkunud olulisel määral. Põhimõtteliselt on tegemist olukorraga, kus kostjal oleks õigus lepingust hageja rikkumise tõttu taganeda, mistõttu ei vaja ta tüüpiliselt kohtulikku kaitset täitmisenõude ees.²⁶⁶ Üldiselt võimaldab *clean hands* diskretsiooni laialdast kasutamist, moodustades lahtise, kõiki hagejale lepingu sõlmimise või täitmise käigus tehtavaid võimalikke etteheiteid arvestava kategooria.²⁶⁷

CISG alusel (art-d 46, 62) on täitmisenõue õiguskaitsevahendina kättesaadav nii müüjale kui ostjale, valides seega üldise õiguse maade positsioonile vastupidise lähtekoha. Viidatud artikli 46 lõige 1 kohaldamise eelduseks müüja lepinguliste kohustuste rikkumine, mis ei seonu üleantud asja puudustega.²⁶⁸ Sama artikli 2. ja 3. lõige on aluseks täitmisenõudele, kui rikkumise sisuks on üleantud asja puudused. Müüjale kättesaadava õiguskaitsevahendina on täitmisenõue kohaldatav ostja kohustustele maksta ostuhind (art 53), võtta vastu kaup (art-d 53, 60) või täita muu kohustus (nt akreditiivi avamine).

Valiku tegemisel lähtuti paljudes riikides alusprintsipiks olevat *pacta sunt servanda* põhimõtet, mille loogilise järelmäna nähakse täitmisenõuet, vaigistades tsiviilõiguse maade kartust, et täitmisenõude väiksem tähtsustamine viiks äris spekulatsioonide suurenemisele. Üldise õiguse maade argumendid, et täitmisenõue on koormav ja ebaefektiivne õiguskaitsevahend, jäid tähelepanuta.²⁶⁹

Täitmisenõude kohaldamine on piiratud mõningate otseste ja kaudsete piirangutega. Otsesed piirangud leiavad käsitlemist töö järgmises peatükis. Kaudseks, kuid oluliseks piiranguks tuleb lugeda (kuri)kuulsat CISG artiklit 28²⁷⁰, mille kohaselt pole *kohus kohustatud* langetama otsust täitmise kohta natuuras, välja arvatud juhul, kui ta teeks seda omaenda seaduse alusel analoogsete müügilepingute suhtes, millele CISG ei kohaldu. Selline säte on kompromiss tsiviilõiguse ja üldise õiguse lähenemise vahel²⁷¹, mis lubab muidu tsiviilõiguse lähteasendist järgida konventsiooni puhul üldise õiguse maade kohtutel järgida oma traditsioone. Piirang

²⁶⁵ *One who comes into equity must come with clean hands* põhimõte.

²⁶⁶ Lepingu rikkumisega seotud hagejale tehtavad etteheiteid käsitletakse vahel „*clean hands*“ kategoorias, vahel eraldi grupina. Burrows, lk 376.

²⁶⁷ Näiteks 1993. a. kaasuses oli müügiobjektiks mobiilsideettevõtte, mille hind sõltus klientide arvust üleandmise päeval. Müüja oli klientide arvu suurendamiseks teostanud kaks turundusüritust, millega muuhulgas jagati tasuta telefone. Müüjale ei võimaldatud täitmisenõuet, kuivõrd ta oli ostjat teavitatud vaid ühest neist kampaaniatest ja mistõttu ei pöördunud ta „õigluse poole puhaste kätega“. *Quadrant Visual Communications Ltd v Hutchison Telephone (UK) Ltd* [1993] BCLC 442. Burrows, lk 376.

²⁶⁸ Nt ei tarni müüja kokkulepitud kaupa tähtaegselt (art-d 30, 31, 33), ei anna üle nõutud dokumente (art-d 30, 34), ei kanna üle omandit vabana kolmandate isikute õigustest (art 41 et seq) või ei täida muud lepingujärgset kohustust (nt seadmete installeerimine).

²⁶⁹ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 28, äärenr 1.

²⁷⁰ CISG art 28: If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.

²⁷¹ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 28, äärenr 1.

kohaldub nii müüja kui ostja täitmiskohtadele.²⁷² Ka ei ole selline kohtu diktsioon enamuse arvamuse kohaselt piiratud poolte kokkuleppega.²⁷³

Ka Printsibid ja VÕS²⁷⁴ seavad lähtekohaks täitmiskohtade tunnustamise nii rahaliste kui mitterahaliste kohtade osas. Sellise lähtepositsiooni valikul näha mitmeid eeliseid. Esiteks saab just täitmise kaudu võlausaldaja asetada kõige lähedasemasse positsiooni sellega, milleks ta lepingu järgi oli õigustatud. Teiseks tuuakse välja kahjude hindamise problemaatika ning kolmandaks asjaolu, et sellise lähtepositsiooniga rõhutatakse lepingu siduvuse põhimõtet.²⁷⁵

2.4 Õigus nõuda täitmist versus õigus täita

Võrreldavate allikate puhul on õiguskaitsevahendite valikuõigus põhimõtteliselt võlausaldajal, mis ühtlasi tähendab, et võlgnik ei saa valida, kas täita leping või lepingust taganeda ja olla valmis hüvitama kahju. Võlausaldaja valikuõigus on siiski teatud osas piiratud ning selle võrra võlgniku valikuõigust laiendatud.

Reeglina võib võlausaldaja omavahel sobivaid õiguskaitsevahendeid kasutada üheaegselt, st omal valikul kumulatiivselt.²⁷⁶ Täitmiskoht ei ole lubatud, kui ostja on asunud kasutama täitmiskohtade sobimatuid õiguskaitsevahendeid nagu lepingust taganemine või hinna alandamine. Kahju hüvitamise koht on põhimõtteliselt universaalne.²⁷⁷ Nii on õigustatud täimisega viivitamise või mittenkohtade täitmise tõttu tekkinud kahju hüvitamise koht (nn väike kahju hüvitamise koht), täites koos täitmiskohtade eesmärgi asetada kannatanud poole võimalikult olukorda, kus ta oleks olnud kui leping oleks korrektselt täidetud.

VÕS § 108 lg 8 kohaselt ei või võlausaldaja nõuda kohustuse täitmist, kui talle on kohustuse täitmise asemel (nn suur kahju hüvitamise koht) tema nõudel hüvitatud kohustuse rikkumisega tekitatud kahju. Sätte sõnastusest võib järeldada, nagu oleks võimalik enne kahju hüvitamise kohtade täitmist võlgniku poolt pöörduda tagasi täitmiskohtade poole. Üldiselt ollakse seisukohal, et olukorras, kus täitmise kohtade asemel kahju hüvitamise kohtade esitamisest võib järeldada poole tahet leping lõpetada ei ole täiendav taganemisavaldus vajalik.²⁷⁸ Täitmiskohtade ja lepingust taganemine teenivad õiguskaitsevahendina vastassuunalisi huve ega ole seetõttu samaaegselt kohaldatavad, mistõttu ei tohiks olla lubatud sellisel juhul täitmiskohtade juurde tagasipöördumine. Sellist lahendust toetab CISG art 77 kahju vähendamise kohustusega, samuti kui VÕS, PICC ja PECL otse väljendatud piiranguga teavitada täitmiskohtade valikust mõistliku

²⁷² CISG 2005/*Müller-Chen*, art 28, äärenr 15.

²⁷³ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 28, äärenr 24.

²⁷⁴ Vastavalt CISG art-d 46, 62; PICC art 7.2.1; PECL art 9:101; VÕS § 108 lg 1, 2.

²⁷⁵ Lando/Beale (2000), lk 395.

²⁷⁶ VÕS § 101 lg 2 1. lause, CISG artiklid 46 (1), 62, PECL art 8:102, PICC vastav reegel ei ole sõnastatud, kuid põhimõtet kinnitab artikli 7.1.1 kommentaar. PICC 2004, lk 193.

²⁷⁷ VÕS § 101 lg 2 2. lause, PECL art 8:102 2. lause.

²⁷⁸ Selline põhimõte on tunnustatud ka CISG tõlgendamisel. Nii ka Kull/Käerdi/Kõve, lk 215.

aja jooksul.²⁷⁹ Viimatinimetatud sätete eesmärgiks on suunata ostja konkreetsele ja õigeaegsele õiguskaitsevahendi valikule, et tagada müüjale selgus temalt oodatava käitumise osas. Seega ei ole määrav mitte üksnes ajaline mõõde, mis võib kaudselt viidata võlausaldaja loobumisele täitmisenõude esitamisest, vaid ka viimase poolt otseselt väljendatud vastupidine valik.

Kindlasti ei ole õigustatud täitmise nõude esitamine pärast seda, kui võlgnik on juba mõistlikult tuginenud võlausaldaja poolt tehtud taganemisavaldusele. Kuid ka vastupidisel juhul, nt kui võlgnik on hakanud tegema ettevalmistusi kohustuse parandamiseks või asendamiseks, võib lepingust taganemine tema jaoks kaasa tuua ebamõistlikke kulusi ja ei oleks asjaoludest sõltuvalt hea usu põhimõttega kooskõlas. Uue valiku võimalust pärast täiendava tähtaja või muidu mõistliku aja tulemusteta möödumisel võib võlausaldaja pöörduda teiste õiguskaitsevahendite poole toetab ka PICC 7.2.5.

Võlausaldaja valikuvabadus võib olla piiratud võlgniku õigusega rikkumine heastada ja sellega seonduva täitmiseks täiendava tähtaja andmise kohustusega.

Enamasti leitakse, et täitmisenõue on *prioriteetne* õiguskaitsevahend võrreldes lepingust taganemise ja kahju hüvitamise nõudega, milline tuleb kõne alla vaid olulise lepingurikkumise puhul (art 49 (1) a), või juhul, kui on kasutult möödunud täiendav tähtaeg (art 49 (1) b), või kui müüja ei ole lepingule mittevastavust täiendava täitmisega kõrvaldanud (art 48).²⁸⁰ Juhtudel, kui olukord ei vasta täitmisenõude või lepingust taganemise eeldustele, võib kahju hüvitamise nõue olla ainuke põhimõtteliselt alati kättesaadav õiguskaitsevahend. Sellest leiavad innustust need, kes püüdes reastada õiguskaitsevahendeid, pakuvad ka CISG alusel kahjuhüvitust nn esmaseks õiguskaitsevahendiks.

CISG art 48 kohaselt võib müüja rikkumise omal kulul heastada, kuni ostja ei ole kasutanud õigust lepingust taganeda. Viimane õigus aga on omakorda seotud olulise lepingurikkumise instituudiga või kohustusliku täiendava tähtaja andmisega müüjale. Heastamise tingimuseks on, et see teostatakse mõistliku aja jooksul, põhjustamata ostjale olulisi ebamugavusi või kindlusetust täiendavate kulude hüvitamise osas. Lisaks tuleb arvestada CISG art-i 37 reegluga, mille kohaselt võib müüja ennetähtaegse tarnimise puhul heastada rikkumine täiendava täitmisega vaid tingimusel, et sellega ei põhjustata ostjale ebamõistlikke kulusid ega põhjendamatuid ebamugavusi.

Ka VÕS § 107 annab müüjale/töövõtjale esmalt õiguse rikkumine oma kulul heastada tingimusel, et võlausaldaja ei ole lepingust taganenud või nõudnud kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamist. Lepingust taganemine ja kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõude eelduseks on omakorda oluline lepingurikkumine või võlgnikule täitmiseks täiendava tähtaja andmine (VÕS §-d 114, 116). Viimasel juhul on müüja õigus rikkumine heastada sisuliselt

²⁷⁹ Lähemalt töö p 3.2.5.

²⁸⁰ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 46, äärenr 1.

kaitstud läbi ostja kohustuse anda täitmiseks täiendav tähtaeg. Lisaks peab heastamine olema vastavalt asjaoludele mõistlik ning sellega ei tohi põhjustata kahjustatud lepingupoolele põhjendamatuid ebamugavusi ega kulutusi. Vastavalt asjaoludele võib kahjustatud lepingupoolel ei ole õigustatud huvi heastamisest keeldumiseks ka muudel põhjustel. Müüjal on eelnimetatud tingimuste täitmisel õigus rikkumine heastada üksnes mõistliku aja jooksul pärast seda, kui ta on kahjustatud lepingupoolele teatanud heastamise kavatsusest, pakutavast heastamise viisist ja ajast ning kahjustatud lepingupool, kellel on heastamisest keeldumiseks õigustatud huvi, ei ole mõistliku aja jooksul teatanud, et ta ei ole heastamisega nõus.

VÕS §-st 646 tuleneva lepingu täitmise nõude puhul on oluline ka VÕS § 647 lõige 1, mille kohaselt kujutab igasugune ebaõnnestunud töö parandamine või uue töö tegemine endast automaatselt olulist lepingurikkumist, mis annab tellijale õiguse töövõtulepingust taganeda. Müügilepingute puhul sisaldub sama põhimõte VÕS §-s 223 lg 1. Samas tuleb arvestada piiranguid ostuhinna või tasu alandamiseks (VÕS § 224, 648) ning täiendav kaitse tarbijale täitmise eest, kui see põhjustaks viimasele põhjendamatuid ebamugavusi (VÕS §-d 223 lg 2, 647 lg 2).

PECL vastav art 8:104 on üldsõnalisem ja lubab heastada rikkumine poolel, kelle täitmise pakkumine on tagasilükatud tingimusel, et täitmise tähtaeg ei ole veel möödunud või viivitus ei kujuta endast olulist lepingurikkumist. Seevastu PICC vastava art 7.1.4. näol pakub detailsemat sõnastust, kuid ka küsitavusi. Artikli kohaselt võib lepingut rikkunud pool omal kulul igasuguse rikkumise heastada tingimustel, et ta annab viivitusega teada heastamise viisist ja ajast, selline heastamine on antud olukorras asjakohane, kahjustatud poolel puudub õigustatud huvi heastamisest keeldumiseks ja heastamine teostatakse viivitamatult. Vastupidiselt aga eelkäsitletud allikatele, ei ole muude eelduste olemasolul takistuseks asjaolu, et kahjustatud pool oli teatanud lepingust taganemisest (art 7.1.4. (2)). Heastamisest teatamisel peatuvad kõik kahjustatud poole õigused, mille teostamine oleks vastuolus õigusega heastada. Küll aga on kahjustatud poolel kuni heastamise lõppemiseni õigus keelduda oma kohustuse täitmisest, samuti kui nõuda kahju hüvitamist osas, mida heastamine ei kata.

SGECC müügilepingute projekti artikli 4:203 kohaselt on ostja *kohustatud* andma müüjale võimaluse asja puudus heastada, kui müüja koheselt pärast asja puuduse kohta teate saamist pakub heastamist ja ostjal ei ole põhjust uskuda, et müüja ei ole võimeline heastama mõistliku aja jooksul, ja, juhul kui ostja on tarbija, tegema seda oluliste ebamugavusteta tarbija jaoks. Teenuse lepingute projekti artiklite 209 (3) ja 310 (2)) kohaselt on nii ehitus- kui muud liiki töövõtjal õigus rikkumise heastamiseks kliendi poolt antud mõistliku pikkusega täiendava tähtaja jooksul. Õigus teiste õiguskaitsevahendite kasutamisele, välja arvatud oma täitmisest

keeldumise õigus, on kuni ehitajal²⁸¹ on olnud võimalus puudus heastada. Lisaks on alati võimalus nõuda kahju hüvitamist, selles osas, milles ehitaja tegevus kahju ei kata. Teisi õiguskaitsevahendeid on tellijal õigus kasutada vaid juhul kui (a) ehitaja keeldub õigustatult heastamises vastavalt art 209(1) tingimustele või (b) ehitaja ei ole võimeline või heastamine ebaõnnestub mõistliku aja jooksul (art 209(3)). Kui tegemist on olulise lepingurikkumisega PECL art 8:103(b) or (c) mõttes, on kliendil õigus leping üles öelda, muul juhul on kliendile õiguskaitsevahenditena kättesaadavad hinna alandamine ja kahju hüvitamine. Kahju hüvitamise nõue hõlmab kulutusi parandamisele või asendamisele, mida klient võis puuduste kõrvaldamiseks teha.

Saksa õiguses on üldisel nõutav, et ostja annaks heastamiseks täiendava tähtaja, välja arvatud siiski juhul kui see osutub kasutuks vastavalt §-dele 323 II²⁸² ja 281 II²⁸³ või kui müüja kasutab § 275 tulenevaid vastuväiteid. Käsitlused erinevad selle poolest, kas esmase nõude esitamist peetakse primaarseks²⁸⁴ või annab täitmiseks täiendava tähtaja andmine vaid väikese eelise täitmisenõudele.²⁸⁵ Kui see väike eelis tähtaja möödumisega või muudel asjaoludel kõrvaldatakse, on täitmisenõue võrdne teiste õiguskaitsevahendite seas.²⁸⁶ Ostja õiguste tagamiseks vastavalt Tarbijamüügidirektiivile sätestab BGB § 440 täiendavalt, et lepingust taganemiseks ja kahju hüvitamise nõude esitamiseks ei ole vajalik täiendavat tähtaega anda ka siis kui müüja on õigustamatult keeldunud puudust heastamast parandamise või asendamise teel või kui täiendava täitmine viisil, milleks ostja oli õigustatud, nurjus või on ostja suhtes ebamõistlik. Parandamine loetakse nurjunuks pärast kahte ebaõnnestunud katset, kui mitte asja, selle puuduse või muudest erelistest asjaoludest tulenevalt oleks õiglane teistsugune järeldus.

Tarbijadirektiivi kontekstis peetakse üldiselt piisavaks, kui tarbija annab müüjale ühe võimaluse puudus heastada. Selle võimaluse ebaõnnestumisel võib tarbija kasutada teisi õiguskaitsevahendeid, sealhulgas taganeda lepingust.²⁸⁷

Üldiselt lähenemiselt vastanduvad sellegi küsimuse puhul üldise õiguse maad, kus kannatanud poolel on alati paralleelselt võimalus valida õiguskaitsevahendiks kahju

²⁸¹ Analoogselt ehituslepingutega muud töövõtulepingud.

²⁸² Sätte kohaselt ei ole lepingust taganemiseks vajalik täiendava tähtaja andmine, kui võlgnik teatab et ta oma kohustust ei täida või kui võlgnik ei ole täitnud kohustust tähtpäevaks või tähtaja jooksul, mille järgimine oli lepingu kohaselt eelduseks lepingupoole huvi säilimiseks lepingu täitmise vastu.

²⁸³ Sätte kohaselt ei ole vaja kahju hüvitamise nõude esitamiseks täitmise asemel anda täitmiseks täiendavat tähtaega kui võlgnik teatab et ta oma kohustust ei täida või kui ilmnevad asjaolud, mis arvestades poolte huvisid õigustavad kahju hüvitamise nõude kohest esitamist.

²⁸⁴ Huber/Faust/Huber, lk 10-11, äärenr-d 5-11. Rückgrat der Obligation nagu väljendas Ernst Rabel (Recht des Warenkaufs, 1936), Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 225, äärenr 466 kaudu.

²⁸⁵ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 225, äärenr 459.

²⁸⁶ Samas.

²⁸⁷ Kuigi tegemist on direktiivis otseselt puutumata küsimusega, võib Green Paper, lk 89 jj ning direktiivi preambula p 10 sellist tulemust siiski välja lugeda. See tähendab, et ebaõnnestunud parandamise või asendamise korral ei kohaldu art 3 (6).

hüvitamine²⁸⁸ ja tsiviilõiguse maad, kus teatud osas võib täitmisenõue olla võlausaldaja õiguse asemel tema kohustuseks.

Kokkuvõttes võib öelda, et täitmisenõude eeldustena tuleb nõudjal näidata on lepingu rikkumise asjaolud (esmase kohustuse sissenõutavus), vastutus üldise vastutusstandardi järgi. Tulemusele suunatud kohustuste osas jääb seega võlgnikule tõendada kohustuse rikkumise vabandatavus, või, sõltuvalt regulatsiooni ülesehitusest võimatus. Võimatus on ka esimene täitmisenõude piirang, mis pärast piirangute liigitamist vaieteks ja vastuväideteks, järgmisena käsitlemisele tuleb. Võlausaldaja valikuõigus seevastu võib olla näiline ning olla piiratud võlgniku valikuõigustega õiguskaitsevahendi osas.

²⁸⁸ Aga ka riikides, kus on tunda üldise õiguse mõjusid nagu Šotimaa, Quebec (tsiviilkoodeksi art 1065), Louisiana (tsiviilkoodeksi art-d 1758, 1986), Lõuna-Aafrika Vabariik. Sama ka Prantsusmaal, samuti ULIS, CISG. Treitel (1991), lk 48.

3 Piirangud täitmisenõudele

3.1 Piirangud täitmisenõudele – õiguse puudumine või vastuväiteõigus?

Võlaõigusliku nõude maksmapanekuks on põhimõtteliselt nõudjal vaja tõendada nõude eeldused, kostjal on õigus esitada vastuargumendi, millega näidata ära nõudeks vajaliku eelduse puudumine või tõkestada nõude maksmapanek. Saksa õigusteooria eristab nimetatud kahte vastuargumentide gruppi vastuväidete (*Einwendungen*) ja vaietena (*Einreden*).²⁸⁹ Vastuväitega näidatakse, et nõudeõigust pole, kuna puudub alus – puudub kehtiv lepingu kohustuse alusena või on kohustus lõppenud. Vaied on vastuargumendid nõudele, mis tuginevad väitele, et nõuet ei saa teostada (n aegumisvaie). Mõlemaid ühiselt võib nimetada vastuväideteks protsessiõiguslikus mõttes, mida võib jagada seega nõuet välistavateks, nõuet lõpetavateks ja nõuet takistavateks vastuväideteks.²⁹⁰ Protsessiõigusliku vastuväite asjaolud peab esitama kostja. Sealjuures nõuet välistavad ja nõuet lõpetavad asjaolud (*Eiwendungen*) peab kohus ise arvesse võtma, samas kui nõuet takistavate vastuväidete osas peab kostja lisaks tõendamisele väljendama ka soovi neile asjaoludele tugineda, st esitada vastav konkreetne vastuväide (*Einrede*). Eeltoodu alusel tuleb ka täitmisenõude osas küsida, millised asjaolud on nõude tekkimise eelduseks (mida peab tõendama hageja) ja milliste asjaolude osas on võlgnikul vastuväiteõigus?

Probleem on eriti ilmikas uue BGB § 275 puhul. Esimese reformikomisjoni²⁹¹ poolt oli välja pakutud sõnastus, mille kohaselt võlgnik *võib keelduda* sooritusest niivõrd ja nii kaua kui see ei ole võimalik selliste jõupingutustega, milleks ta võlasuhte sisu ja olemust on kohustatud.²⁹² Sellise mõjuga säte sisaldub jõustatud §-s 275 II. Teise reformikomisjoni²⁹³ arvates oli vaja seaduse olulised põhimõtted aga selgelt väljendada²⁹⁴ ning tulemuseks on § 275 I sõnastus, mille kohaselt *välistab* võimatus võlausaldaja nõude võlgniku vastu kohustuse täitmiseks *ipso iure*.²⁹⁵ Seega on täitmistakistused jagatud seadusest tulenevaks (*Einwendung*, § 275 I) ja võlgniku valikuõigusel vastuväiteõigusena (*Einrede*) kasutatavateks (nn praktilise võimatuse juhtumid, § 275 II ja III).

Loodetavasti kujuneb selline küsimus vaid teoreetiliseks, kuna müüja, seistes kohtus vastu täitmisenõudele esitab ilmselt ka asjaolud, millele kohus ise õigusliku hinnangu annab. Praktiline probleem võib olla seotud juhustega, kus võlgnik ei kasuta vastuväiteõigust (protsessiõiguse mõttes) ja loodab tegeliku võimatuse kui BGB § 275 I alusel seadusest tuleneva täitmisenõude

²⁸⁹ Köhler, lk 286-287, äärenr 10-14.

²⁹⁰ Köhler, lk 287-288, äärenr 17.

²⁹¹ Schuldrechtskommission, BGB-KE.

²⁹² AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 275, äärenr 3.

²⁹³ Regierungsentwurf, BT-Drucks 14/6040.

²⁹⁴ BT-Drucks 14/6040, lk 129.

²⁹⁵ Selle paragrahvi sõnastust peab Schlechtriem näiteks takistustest, mida peab ületama vanade dogmade kõigutamisel. Siin ei suutnud teine reformikomisjon esimese reformikomisjoni poolt kõrvaleheidetud *impossibilium nulla est obligatio* põhimõttest eemalduda; Schlechtriem (2002), tekst pärast viidet 34.

äralangemise aluse iseseisvat kohaldamist kohtu poolt. See aga on ilma võlgniku selgitusteta võimalik vaid füüsilise võimatuse korral, mil võlgnik ei saa isegi teoreetiliselt mitte täita. Ka siis jääb selgusetuks küsimus, kas kohtul on võimalik selline teadmine ilma poole abita hankida (nt kostja ei vasta ja asi lahendatakse tagaseljaotsusega) või tuleb probleem jätta täitemenetluse lahendada, kus täitmise võimatus uuesti päevakorda kerkib? Hea usu põhimõttest tulenevalt võiks tunnustada võlgniku kohustust teavitada võlausaldajat ka ehtsa võimatuse asjaoludest.²⁹⁶ Selle kohustuse rikkumisel peaks võlgnik kandma ka vastavad negatiivsed tagajärjed, eelkõige hüvitama kohtu- ja täitemenetluse kulud. Eesti õiguses on vastav teavitamiskohustus positiveeritud VÕS §-s 102.

Kui BGB § 275 I sõnastus "täitmise nõue on välistatud" ja vastavalt § 275 II " võib täitmisenõudele esitada vastuväite" ei jäta kahtlust, et tegemist on esimesel juhul vastuväitega ning teisel juhul vaide esitamise õigusega, siis Printsipiide ega VÕS-i sõnastus nii võimatuse kui ka teiste piirangute osas²⁹⁷ vastuväidetel sellist vahet ei tee. PICC art 7.2.2 kommentaar 2 kohaselt peab kohus otsustama täitmisenõude kasuks, v.a. kui ei kohaldu mõni täitmisenõude piirangutest, ei selgu aga, millisel alusel piirangud võiks kohaldada. PECL art 9:101 kommentaaride²⁹⁸ kohaselt on erandite tõendamise kohustus võlgnikul, kuid märkus puudutab rahaliste kohustuste osas täitmisenõude piiramist, mis aga ei puuduta võimatuse vastuväidet.²⁹⁹

Õiguskindluse eesmärki silmas pidades peaks sellise vaiete ja vastuväidete eristamine olema õiguskäibes osalejate jaoks piisavalt selge. Kokkuvõttes võib järeldada esmalt, et hageja ei pea tõendama, et täitmine on võimalik või puuduvad teised alused täitmisenõude piiramiseks. Teiseks on asjakohane, et subjektiivsetel asjaoludel põhinevate vastuväidete esitamise valikuõigus on võlgnikul (nn vaie) ning kohus ei pea vastavat soovi lugema välja pelgalt asjaolude pinnalt, vajalik on neile tuginemine võlgniku poolt.³⁰⁰ Problemaatilisem on *impossibilium nulla est obligatio* põhimõtte rakendamisel, kus võrreldavate allikate lähenemised on erinevad. Kas võimatusele kui vastuväitele peab võlgnik tuginema, või piisab vastavate asjaolude esitamisest? BGB § 275 I järgi peaks piisama viimasest, kuid ka Printsipiide ja VÕS kohaselt ei tohiks kohus täitmisenõuet anda ka siis, kui võlgnik vaikib, aga samas on objektiivse võimatuse asjaolud kohtule selged. Nii võib öelda, et Printsipiide ja VÕS sõnastuses on piirangud täitmisenõudele protsessuaalses mõttes vastuväiteõigused (vt käsitus ülalpool), mille sisemine eristamine vaide või vastuväiteõigusena peaks jooksuma objektiivse võimatuse ja võlgniku subjektiivsete takistuste vahelt, mille kohus Printsipiide ja VÕSi puhul peab ise tõmbama. BGB puhul jääb

²⁹⁶ Hk-BGB/*Schulze*, § 275, äärenr 5.

²⁹⁷ Vastavalt: "kohustuse täitmist ei või nõuda, kui: (VÕS § 108 lg 2), „täitmisenõuet ei ole võimalik saada kui...(PECL art 9:102 (2)), võib teine pool nõuda täitmist, välja arvatud kui...(PICC art 7.2.2.).

²⁹⁸ PECL art 9:101 komm IV, samas küsimuses rahaliste kohustuste kohta.

²⁹⁹ Vt töö p 3.4.

³⁰⁰ Eelduseks täitmisenõude üldine lubatavus, vt töö p 2.3. Teisiti üldise õiguse maades.

selles mõttes problemaatiliseks küsimus täitmistakistuste eristamisest subjektiivse võimatusena (§ 275 I, *Einwendung*) ja ebamõistlikult koormava kohustusena (§ 275 II, *Einrede*)³⁰¹, mis koos teiste võimatuse küsimustega järgnevalt ka käsitlemist leiab.

3.2 Piirangud mitterahalise kohustuse täitmise nõudele

3.2.1 Täitmise võimatus

Täitmise võimatuse küsimuses on põhimõtteliselt võrreldavad VÕS § 108 lg 2 p 1, PECL art 9:102 (2) a), PICC art 7.2.2. (a). Eraldi tuleks nimetada BGB § 275 I, millega hõlmatakse võimatuse juhtumid sõltumata rikkumise etteheidetavusest. Võimatuse kui objektiivse olukorra sisustamine ei sõltu rikkumise etteheidetavusest ka viidatud VÕSi ja Printsipiide sätete järgi, kuid vastutus, nagu eespool nägime, on nende allikate kohaselt üldiseks eelduseks täitmise nõude kui õiguskaitsevahendi kohaldamisele. Eristudes seega vaid tehniliselt, on sätted võimatuse kui vastuväite sisustamisel siiski võrreldavad.³⁰²

Viidatud sätted loovad erandi üldisest täitmise nõude lubatavusest, kui kohustuse täitmine "on võimatu" (VÕS § 108 lg 2 p 1), täitmine oleks "seadusele mittevastav või võimatu" (PECL art 9:102 (2) (a)), täitmine on "võimatu õiguslikult või faktiliselt" PICC art 7.2.2 (a)) või täitmise nõue on "välistatud niivõrd, kuivõrd selle täitmine on võlgniku või igapähe jaoks võimatu" (BGB § 275 I). Selline täitmise nõude välistamise alus on iseenesestmõistetav, säte põhineb kaudselt *impossibilia nulla est obligatio* põhimõttel.³⁰³

Hoolimata VÕS vastava paragrahvi suhteliselt lakoonilisemast sõnastusest pole põhjust vastavaid sätteid sisustada võrreldavatest Printsipiide ja BGB sätetest erinevalt. Võimatus käsitletavate sätete kohaselt võib olla nii objektiivne (kõigi isikute jaoks võimatu) kui subjektiivne (võlgniku jaoks võimatu), nii algne³⁰⁴ kui hilisem, kuid see peab olema nn tegelik võimatus (*echte, wirkliche*), st tulemuse saavutamine ei ole tegelikult või õiguslikult võimalik „mitte mingi hinna“ eest.³⁰⁵ See tähendab, et tegemist on võimatusega *stricto sensu*. Tegeliku võimatusega on tegemist, kui soorituse eset ei ole olemas (hävinud, teadmata isiku käes) või sooritus ei ole looduseaduste või teaduse ja tehnika kaasaegset seisust arvestades võimalik.³⁰⁶

BGB § 275 I kontekstis peab võimatu olema mitte täitmissooritus kui selline, vaid täitmise tulemuse saavutamine.³⁰⁷ Eristatavad on seejuures juhused, kus tulemus on saavutatud muul viisil (*zweckerreichung*), eelkõige kui täitmine toimub võlausaldaja või kolmanda isiku

³⁰¹ Zimmermann (2005), lk 45; Schulze/Ebers, lk 265.

³⁰² Nii ka nt BT-Drucks 14/6040, lk 129. Vastutuse, väärmatu jõu ja võimatuse kui vastuväite seosed, samuti kui BGB vastavate sätete võrreldavuse võimalikkust vt töö p 2.2.

³⁰³ Zimmermann (2002), lk 10.

³⁰⁴ Algse võimatuse osas täiendavalt BGB § 311a.

³⁰⁵ BT-Drucks 14/6040, lk 129; Zimmermann (2002), lk 11. Huber/Faust/Faust, lk 22, äärenr 4.

³⁰⁶ Palandt/Heinrichs, § 275, äärenr 14.

³⁰⁷ Palandt/Heinrichs, § 275, äärenr 18.

soorituse kaudu, mistõttu võlgnikul ei ole enam võimalik sooritust teha (nt on arsti kohale jõudes patsient tervenunud; puksiirabi kohale jõudes on laev lainete jõul madalikult vabanenud).³⁰⁸ Teiseks võib tulemuse saavutamine osutuda võimatuks (*zweckfortfall*), kui objekt hävib või muutub kõlbmatuks (nt on arsti kohale jõudes patsient surnud või puksiirabi kohale jõudes on laev juba uppunud).³⁰⁹ Nende näidete puhul tuleb aga arvestada, et BGB § 275 I on hõlmatud ka juhud, mis Printsipiide ja VÕS järgi on kaetud vabandatavuse instituudiga.

Õigusliku võimatuse puhul on õigustoiming seadusega vastuolus. Isegi juhul, kui selline seadusega vastuolu ei too kaasa tehingu tühisust, võib selle täitmine olla seadusevastane.³¹⁰ Õigusliku võimatusega on tegemist ka juhul kui müüja kohustub üle andma asja, mille omanik ostja juba on, kaubatarned on takistatud ekspordikeelu tõttu või on reisilepingu täitmine võimatu sissesõidukeelu tõttu,³¹¹ tööleping tööloa puudumise tõttu³¹² vms. Samaselt ei ole võimalik oodatavat tulemust saavutada, kui kolmandal isikul on prevaleeriv õiguslik võim lepingu eseme suhtes.³¹³ Riigikohtu 2004. a. on lahendis³¹⁴ Tsiviilkoodeksi § 225 kohaldamisel märkinud (kohustus anda üle individuaalselt piiritletud asi langeb ära, kui asi oli juba antud kolmandale isikule, kellel on samasugune õigus asjale), et sama tulemus on saavutatav ka VÕS § 108 lg 2 p-de 1 ja 2 kohaldamisel.

BGB § 275 I sõnastusega „niivõrd kui võrd“ annab alust järeldada, et kui võimatus on ajutise iseloomuga ja võlausaldaja ei ole kasutanud lepingu lõpetamise õigust, võib võimatuse lõppemisel esitada võlgnikule täitmise nõude. Osalise või ajutise võimatuse kohta puudub Printsipiides ja VÕS-is eraldi säte, kuid võib teha järeldusi ajutise vääramatu jõu mõju kohta käivate sätete (PECL art 8:108 (2), PICC 7.1.7. (2), VÕS § 103 lg 3) põhjal. Kui vastutusest saab rääkida alates vääramatu jõu möödumisest, siis ka küsimus täitmisnõude olemasolu üle tõusetub alles koos vastutuse „taastumisega“ ja mitte varem. Selleks ajaks on aga kadunud ka võimatus kui vastuväite alus. Samuti kehtib säte osalise võimatuse korral, mil see vabastab täitmistest osaliselt kvalitatiivse või kvantitatiivse määrangu kaudu.

Käsitletavate allikate eriosa sätted täiendavat regulatsiooni võimatuse vastuväite osas ei paku, mistõttu tuleb kohaldada eelpoolkäsitletud üldosa põhimõtteid. Individuaaltunnustega asja müügil ei ole täitmine võimalik juhul kui asi on hävinud, kaotsi läinud või on kolmandal isikul õigused lepingu eseme suhtes, mis takistavad võlgnikul oma kohustuste täitmist.³¹⁵ Seevastu ei vabane võlgnik liigitunnustega asjade hävimisel või kahjustumisel soorituskohustusest, kui

³⁰⁸ Palandt/*Heinrichs*, § 275, äärenr 18.

³⁰⁹ Staudinger/*Eckpfeiler/Kaiser*, lk 309; Hütte/*et al*, lk 147.

³¹⁰ PECL art 9:102 komm. E.

³¹¹ Palandt/*Heinrichs*, § 275, äärenr 16;

³¹² BT-Drucks, 14/6040, lk 129.

³¹³ PECL art 9:102 komm E.

³¹⁴ Riigikohtu 16. septembri 2004. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-91-04.

³¹⁵ Lepingud/*Käerdi*, lk 317.

sooritus tegemine antud liigist on veel põhimõtteliselt võimalik.³¹⁶ Kui uue kauba hankimisraskus ületab hankimisriski, siis võib rääkida majanduslikust võimatusest, mis annab aluse kohaldada kohustuste muutmise nõuet lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise tõttu (VÕS § 97).³¹⁷ Teisiti on olukord juhul, kui tarnitav liigitunnustega kaup on juba lepingu sõlmimisel individuaalselt määratud, millisel juhul on tegemist tükivõlaga ja selle kauba juhuslikul hävimisel oleks lepingu täitmine võimatu, kuna hävines lepingu järgi üleandmisele kuuluv konkreetne kaup.³¹⁸ Kokkuvõttes võib liigivõla puhul saabuda selline võimatus vaid juhul, kui liigivarud on ammendunud, müügiese on konkretiseeritud (BGB § 243 II) või kui võlausaldaja vastuvõtuviivituse tõttu on sooritusriisiko võlausaldajale üle läinud (BGB § 300 II, VÕS § 77 lg 3, § 214). Kas tegemist on liigivõla või tükivõlaga võib olla mõningal juhul problemaatiline, kuid selgitatav eelkõige tõlgendamise kaudu.

Kohustuse täitmise võimatus töövõtulepingu puhul võib esineda eelkõige juhul, kui kokkulepitud tulemuse saavutamine pole tehniliselt võimalik. Sellised juhtumid on siiski harvad.³¹⁹ Kui täitmine on üleantav, on see alati teostatav ka võlgniku poolt, olgu siis, et kolmandate isikute abil.

Ka *eesmärgi saavutamise* võimaluse rikutus (*Zweckstörung*) ei anna alust selle erandi kohaldamiseks. Sellisel juhul on täitmine ise veel võimalik, kuid muutnud või valesti hinnatud asjaolude tõttu on võlausaldaja kaotanud huvi täitmise vastu (nt pulm, milleks kirik reserveeriti, jääb ära) ning äärmisel juhul võib kohaldamisele võib vastavate eelduste täitmisel tulla jällegi BGB § 313³²⁰ või vastavalt VÕS § 97, PECL art 6:111, PICC art-d 6.2.2-6.2.3 Võimatusena tuleb aga käsitleda juhuseid, mil sellise eesmärgi saavutamine oli seatud lepingu tingimuseks ning vastavat tulemust ei ole võimalik uues olukorras saavutada (nt tellitakse buss sõiduks konkreetsele üritusele, kuid üritus jääb ära)³²¹. Analoogselt on täitmine võimatu kui mööda on lastud täitmiseks kehtestatud nn absoluutne tähtaeg (*absolutes Fixgeschäft*).³²²

Käsitletava erandi alla ei kuulu juhused, mil täitmine on mingil tingimusel veel võimalik, kuid ebamõistlikult koormav või kulukas või võrreldes võlausaldaja täitmishuvi või vastusooritusega. BGB puhul võib sel juhul kohalduda § 275 II (*Praktische Unmöglichkeit*)³²³, ning kui ka see mitte (nt on samavõrd suurenenud võlausaldaja täitmishuvi), võib kõne alla tulla veel BGB § 313 (*Wirtschaftliche Unmöglichkeit*).

³¹⁶ Kull/Käerdi/Köve, lk 220.

³¹⁷ Kull/Käerdi/Köve, lk 220.

³¹⁸ Kull/Käerdi/Köve, lk 220. Ka Wenzel, et al, lk 64.

³¹⁹ Lepingud/Käerdi, lk 666.

³²⁰ Palandt/*Heinrichs*, § 275, äärenr 20; Hütte/*et al*, lk 147.

³²¹ Hütte/*et al*, lk 147.

³²² Staudinger/Eckpfeiler/*Kaiser*, lk 309.

³²³ BT-Drucks 14/6040, lk 129.

CISG-i puhul väärub võimatus täitmisenõude vastuväitena eraldi analüüsi. Nägime eespool³²⁴, et CISG art 79, mis vabastab võlgniku erandjuhtudel vastutusest, ei võta otsesõnu võlausaldajalt õigust nõuda täitmist. Ka puudub CISG raames regulatsioon, mis sõnaselgelt välistaks täitmisenõude, kui täitmine on võimatu. Siiski on selge, et ka rahvusvahelises kaubanduses ei ole võimalik nõuda võimatut sooritust. Arvamusi sellise CISG-i „puuduse” osas on erinevaid. Nii ütleb Lando, et täitmisenõude lubamine, isegi kui see on takistatud *force majeure* olukorras Art 79 järgi, on selge koostajate mõõdapane, mida tuleviku lepinguõiguse instrumente kujundades tuleks vältida.³²⁵

Kas sellise ebakõla lahendamine on jäetud siseriikliku õiguskorra hooleks CISG artikli 28 kaudu? Prevaleerib seisukoht, et art 28 kohaldub rangelt täitmisenõude *jõustamise* küsimustele ja mitte küsimusele, kas täitmisenõue on tekkinud või vabandatavuse tingimustes ära langenud. Seetõttu peaks jääma antud küsimuse lahendamine üksnes CISG-i raamidesse.³²⁶ Nii järeldatakse artikli 66³²⁷ mõttest, et kui täitmine on võimatu individuaaltunnustega asja juhusliku hävimise tõttu enne riski üleminekut ostjale, vabaneb viimane kohustusest maksta tasu ning kohustuste vastastikkuse seose tõttu langeb sel juhul ära ka müüja soorituskohustus.³²⁸ Järeldus on kooskõlas VÕS § 214 lg 1 ja § 109 lg 1 mõttega. Lihtsamalt siiski tunnustatakse püsiva objektiivse võimatuse vastuväidet täitmisenõudele kui kirjutamata reeglit, mis kohaldub sõltumata art 79 kohaldumisest³²⁹ ja mida võiks välja lugeda ka otse artiklist 46 ilma art 28 poole pöördumata.³³⁰

Impossibilium nulla est obligatio põhimõtte kaasaegse tõlgenduse jaoks – nagu see analüüsitava täitmisenõude välistamise alusena esitatakse, tuleb rangelt eristada võlasuhet (lepingut) ja sellest tulenevat täitmiskohustust. Sellega ei tulnud rahuldavalt toime BGB reformikomisjon. Schlechtriemi hinnangu kohaselt: „hüljanud Rooma õiguse maksiimi *impossibilium nulla est obligatio* (selle vales tähenduses) ei ole uues sõnastuses BGB kohaselt leping ega ka üksik kohustus võimatuse alusel tühine“, mida kinnitavad tema arvates nii uus BGB § 311a I kui § 275 (viimane, tõsi, problemaatilises sõnastuses)”³³¹. Väide kohustuste kehtivuse osas peaks paika, kui täitmisenõue ei oleks seotud esmase nõudega. Kuid see ei ole seadusandja ja Saksa õigusteadlaste poolt kasutatav leksika. Probleemi sõnastus reformi ettevalmistamisel oli siiski, millistel tingimustel peaks võlgnik *vabanema* § 241 lg 1 alusel tekkinud esmasest soorituskohustusest (*Primärleistungspflicht*), kas see peaks toimuma *ipso*

³²⁴ Vt töö p 2.2.

³²⁵ Lando (2004), lk 45.

³²⁶ CISG 2005/*Stoll/Gruber*, art 79, äärenr 47.

³²⁷ CISG art 66: Kauba kaotsimineku või riknemine pärast seda, kui risk on ostjale üle läinud, ei vabasta teda kohustusest tasuda hind, juhul kui kaotsimineku või riknemist polnud põhjustanud müüja tegevus või tegemata jätmine.

³²⁸ CISG/*Stoll*, art 79, äärenr 56.

³²⁹ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 46, äärenr 12, aga eriti CISG/*Huber*, art 46, äärenr 15.

³³⁰ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 28, äärenr 15.

³³¹ Schlechtriem (2002), tekst pärast viidet 32.

iure või võlgniku vastuväite esitamise kaudu, ning, kas sellisel täitmiskohustusest vabanemisel astub asemele teisene soorituskohustus (*Sekundärleistungspflicht*), st kohustuse täitmata jätmisega tekitatud kahju hüvitamise kohustus. Lisaks sooviti lahendada küsimus, kas võlausaldaja võiks kasutada teiseseid nõudeid ilma, et esineks võlgnikku esmasest soorituskohustusest vabastavaid asjaolusid.³³² Seaduse koostajad kinnitavad, et uued sätted ei too kaasa sisulisi muudatusi *pacta sunt servanda* põhimõtte kohaldamisel võlgniku kasuks.³³³

VÕS § 12 lg 1 näol kohaselt ei mõjuta lepingu kehtivust asjaolu, et lepingu sõlmimise ajal oli selle täitmine võimatu või kui lepingupoolel ei olnud õigus lepingu sõlmimise ajal lepingu esemeks olnud asja või õigust käsutada.³³⁴ Algse ja hilisema võimatuse eristamisest seaduse tasandil on loobunud ka Saksamaal. Uue BGB § 311a kohaselt ei too lepingu sõlmimise ajal esinenud võimatus kaasa lepingu kehtetust. Seega nii algse kui hilisema võimatuse korral ei ole kannatanud poolel küll täitmisenõuet, kuid ta võib kasutada muid õiguskaitsevahendeid kehtivast lepingust tuleneva kohustuse rikkumise heastamiseks. Samal põhimõtet kannavad ka Printsiihid.³³⁵

Võlasuhte alusel tekkinud soorituskohustuse äralangemine (BGB § 275 pealkirja sõnastus) ei välista *per se* teisi võimalikke kohustusi nagu kahju hüvitamine, saadu tagastamine vms. Vastus küsimusele, kas täitmisenõude äralangemisel selle võimatuse tõttu on võlausaldajal õigus nõuda teisi täitmishuvi järgivaid õiguskaitsevahendeid, eelkõige kahju hüvitamist, sõltub sellest, kas võlgnik rikkumise eest vastutab.

Ka üldise õiguse kohaselt ei saa nõuda täitmist, kui see on füüsiliselt või õiguslikult võimatu.³³⁶ Ka võetakse arvesse asjaolu, et täitmisenõuet ei saa täitmisele pöörata kuna üleandmisele kuuluv vara ei asu kohtu jurisdiktsioonis.³³⁷ Lisaks ei saa kostjalt nõuda tegevust, mis oleks seadusega vastuolus. Nt rentnikku ei saa sundida täitma allrendilepingut, millega ta rikuks vastava lepingu sõlmimise keeldu rendilepingus omanikuga.³³⁸

Kokkuvõttes võib öelda, et esmapilgul lihtsa ja alati kehtiva põhimõtte *impossibilium nulla est obligatio* rakendamine eri ole niisama lihtne ega ühtne – alates selle üle-ekspluateerimisest Saksa õiguses kuni selle kirjutamata reegli enesestmõistetavuseni CISG-is. Võimatus võib olla tagajärjeks nii õnneliku juhuse (parema pakkumine) kui õnnetu juhuse (asja hävimine) puhul. Nimetatute vahele peab tagajärgede osas vahet tegema läbi vabandatavuse kriteeriumi. Lisaks

³³² BT-Drucks 14/6040, lk 127.

³³³ AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 275, äärenr 6. Veelgi vähem puudutab lepingu kehtivust ja täitmiskohustuse olemasolu võimatus Printsiiptide ja VÕS puhul, kus see on määratletud pelgalt võlgniku võimaliku vastuväitena täitmise nõudele kui õiguskaitsevahendile mõjutamata selliselt täitmise kohustust kui esmast kohustust.

³³⁴ Sama sisuga PICC art 3.3 (Initial impossibility) ja PECL art 4:102.

³³⁵ PICC art 7.2.2. komm 3. a.

³³⁶ Burrows, lk 374.

³³⁷ The Sea Hawk [1986] 1 W.L.R. 657-665. Treitel (2003), lk 1029.

³³⁸ Warmington v Miller [1973] QB 877. Burrows, lk 374.

piiritlemisprobleemidele seonduvalt vääramatü jõuga tekivad need ka subjektiivse võimatuse ja täitmise liigse koormavuse eristamisel.

3.2.2 Ebamõistlikult koormav või kulukas täitmine

Asjaolude oluline muutumine pärast lepingu sõlmimist võib viia nn praktilise võimatuse olukorrani, kus täitmine on muutunud sedavõrd koormavaks ja kulukas, et täitmisele sundimine, arvestades selle väärtust võlausaldajale, oleks vastuolus hea usu ja ausa kauplemise põhimõttega.³³⁹ Majandusliku analüüsi valguses on tegemist tüüpilise õnnetu juhuse olukorraga, mil tekib potentsiaalne efektiivse lepingurikkumise võimalus.³⁴⁰ Käsitletavate allikate kohaselt ei või üldiselt lepingu täitmist nõuda, kui kohustuse täitmine on võlgnikule ebamõistlikult koormav või kulukas³⁴¹ (VÕS § 108 lg 2 p 2, PICC 7.2.2. lit b); PECL 9:102 (2) lit b), mõningate erisustega ka BGB § 275 II).

Täitmise väärtuse ja selle teostamiseks vajalike kulude ebakõla võib tuleneb täitmise kulude suurenemisest või täitmise väärtuse vähenemisest (muu hulgas huvi puudumise tõttu)³⁴². Nii tuuakse PECL kommentaarides sätte võimaliku kohaldamise kohta näide, kus kaevandusega tegelev ettevõtte oli lubanud maaomanikule taastada pinnas pärast tööde lõppu, kuid et vahepeal oli omanik rentinud maa sõjaväepolügoni rajamiseks, siis oleks taastustööde kulud ületanud mitmekordselt maa väärtuse tõusu, mis selle tööga, arvestades uut kasutusotstarvet, saavutataks.³⁴³

Vajalik on eristada käsitletavaid praktilise võimatuse juhtumeid nn majandusliku võimatuse juhtudest, mil muutub lepingulise vahekorra tasakaal, st võlgniku soorituskulud on ebaproportsionaalselt suured võrreldes vastusoorituse väärtusega (n ostuhind), mis siin käsitletataval juhtudel aga relevantne ei ole.³⁴⁴ Samas ei ole siinse vastuväite puhul täitmistakistuse olemuse kohta esitatud nii ranged piiranguid, kui see on PECL 6:111 (*Change of Circumstances*), PICC art 6.2.1. (*Hardship*) ka VÕS § 97 (Lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise) tingimustes. Viimati nimetatud sätted on täitmisenõude vastuväitena kasutatava liigse koormavuse suhtes spetsiifilised ning vastavalt asjaoludele prevaleerivad.³⁴⁵

BGB 2002. a. reformi seletuskirja kohaselt vastavad Printsipiide vastavad sätted funktsionaalselt küll BGB §-le 275 II³⁴⁶, kuid on muus osas negatiivseks näiteks:

³³⁹ PICC art 7.2.2. komm 3.b.

³⁴⁰ Vt töö p 1.4.

³⁴¹ VÕS § 108 lg 2 p 2, PICC 7.2.2. lit b); PECL 9:102 (2) lit b), mõningate erisustega ka BGB § 275 II.

³⁴² Lando/Beale, lk 395.

³⁴³ Lando/Beale, illustratsioon 4, lk 395.

³⁴⁴ Lando/Beale, lk 395.

³⁴⁵ Samas.

³⁴⁶ Viidatud BGB sätte kohaselt võib võlgnik esitada täitmisenõudele vastuväite, kui täitmine nõuab sellised kulutusi, millised oleksid võlasuhte sisu ja olemust ning hea usu põhimõtet arvestades võrreldes võlausaldaja täitmishuviga oluliselt ebaproportsionaalsed. Sealjuures tuleb võlgnikult nõutavate pingutuste hindamisel tuleb, kas võlgnik vastutab

proportionaalsuse printsiipi ei nimetata, rääkimata sellest, et oleks määravana võlausaldaja huve või ebaproportsionaalsuse määra nimetatud.³⁴⁷ PECL kommentaaride illustratsioon³⁴⁸ uppunud laevast, mille ülestõstmise kulud müüjale on 40 korda suuremad asja enda väärtusest ja seetõttu ebamõistlikud lubavad järeldada siiski järeldada, et põhimõtteliselt peetakse silmas samu eesmärke, BGB § 275 II siiski täpsemas sõnastuses.³⁴⁹ Nagu BGB, nii ka Printsiibid ja VÕS lahendavad muutunud lepingulise vahekorra problemaatika teiste sätete alusel. Seega peaks Saksa õiguskirjanduses esitatud pidepunktid, mida järgnevalt vaatleme, olema abiks ka Printsiipide ja vastavalt VÕS-i regulatsiooni mõistmisel.

Sätte sisustamiseks tuleks seega esmalt küsida, millised on täitmiseks vajalikud kulud ja kuidas hinnata võlausaldaja täitmishuvi.³⁵⁰ Nii kulude kui täitmishuvi hindamisel tuleks arvesse võtta ka poolte mittemateriaalse huvid.³⁵¹ Täitmishuvi puhul on lähtealuseks võlausaldaja huvide kaitse. Seda eesmärki eirates võiks teatripileti ostul või tenniselplatsi üürimisel koheselt pidada kulusid ebaproportsionaalselt suureks, kuivõrd sportimisest või kultuuri nautimisest saadav hüve ei ole materiaalne.³⁵² Ka tuleb arvesse võtta eriline huvi asja vastu, eelkõige perekondlikel või isiklikel põhjustel, aga ka nt kogumisväärtuse vms kaudu.³⁵³ Sellisele järeldusele ei räägi vastu ka mittemateriaalse kahju hüvitamise piiratus (BGB § 253) kahju hüvitamise instituudi raames, mida pealegi ei peeta kohalduvaks kahju hüvitamisel naturaalsestitutsiooni vormis.³⁵⁴ Kahju hüvitamine naturaalsestitutsiooni vormis aga on eesmärkidelt täitmisnõudega lähedane. Ka ei tohiks lasta häirida mittemateriaalse kahju suuruse (st *huvi*) hindamise probleemidest.³⁵⁵ Sätte grammatilise tõlgenduse kohaselt³⁵⁶ tulevad ka võlgniku poolel lisaks rahalistele kulutustele arvesse muud asjaolud, sh isiklikud takistused.³⁵⁷ Et aga § 275 III on kujundatud just isiklike soorituste tarbeks³⁵⁸, siis jääb lg 2 kohaldamisalasse vaevast kohustusi, mida kolmas isik ei saaks täita ning mille kulud ei oleks seetõttu rahaliselt hinnatavad.³⁵⁹

täitmistakistuse tekkimise eest. Selle nn praktiline võimatus (*faktische (praktische) Unmöglichkeit*) enimkorratud näiteks on merepõhja kukkunud sõrmus, mille ülestõstmise on oluliselt kulukam, kui sõrmuse enda väärtus. BT-Drucks 14/6040, lk 129; Palandt/*Heinrichs*, § 275, äärenr 22.

³⁴⁷ BT-Drucks 14/6040, lk 129.

³⁴⁸ Lando/Beale, illustratsioon 3, lk 395.

³⁴⁹ Zimmermann (2002), lk 13.

³⁵⁰ Oluline just võlausaldaja täitmishuvi kirteerium, BT-Drucks 14/6040, lk 130.

³⁵¹ Huber/Faust/*Faust*, lk 32, äärenr 27; Hütte, et al, lk 152.

³⁵² Huber/Faust/*Faust*, lk 32, äärenr 27.

³⁵³ Hütte/*et al*, lk 152.

³⁵⁴ Huber/Faust/*Faust*, lk 32, äärenr 28.

³⁵⁵ Huber/Faust/*Faust*, lk 33, äärenr 29.

³⁵⁶ Sellest annab tunnistust seadusandja sõnavalik aufwand (koormavus) võlgniku täitmise „kulukust“ määratledes.

³⁵⁷ BT-Drucks, 14/6040, lk 130.

³⁵⁸ Vt töö p 3.2.4.

³⁵⁹ Hütte/*et al*, lk 152.

Arvesse ei tohiks võtta poolte õiguslikku positsiooni pärast täitmisenõude äralangemist.³⁶⁰ Nii ei tohiks olla määrav, et võlgnik, kes kohustuse täidab, on õigustatud saama ka vastusoorituse, samas kui võlgnik, kes kasutab BGB § 275 II vastuväidet, kaotab reeglina õiguse saada vastusooritus ning peab juhul kui ta vastavate asjaolude eest vastutab, lisaks teisele poolele ka kahju hüvitama.³⁶¹ Kuigi BGB § 275 II kohaldamisel seega mitte arvesse tulevad, on täitmisenõude äralangemise õiguslikud tagajärjed siiski praktilise otsustuse tegemisel olulisteks faktoriteks. Kui täitmine on majanduslikult kasulikum (säästab kahju hüvitamise kulud, võimaldab vastusoorituse saamise), täidab võlgnik lepingu sõltumata sellest, kas tal vastuväiteõigus on või ei ole, samas kui vastuväiteõiguse enda olemasolu hindamisel need faktorid arvesse ei lähe.³⁶²

Kulusid ja täitmishuvi tuleks hinnata viimase (suulise) kommunikatsiooni aja järgi.³⁶³ Ei ole oluline, palju võlgnik on juba täitmiseks kulusid teinud või palju tuleks veel teha, oluline on kulutuste kogusumma konkreetse kohustuse täitmiseks arvestades ilmnenud täitmistakistusi.³⁶⁴ Võlgnik peaks saama arvesse võtta vaid mõistliku majandamisega tehtud kulud, millest järeldub, et arvesse ei tule kulud, mis on varem tehtud, aga tuleks täitma asumisel uuesti teha.³⁶⁵ Teisalt jällegi ei tohiks võlgniku „vabanemise” lootused väheneda seetõttu, et ta on suure osa täitmiseks vajalikke kulutusi juba teinud. Selline positsioon vajab rõhutamist põhjusel, et seda ei saa lugeda päris iseenesest mõistetavaks – võib ju mõelda, et arvesse tulevad vaid need kulutused, mis veel teha tuleks, kuivõrd kulud, mis on juba tehtud ilmselt mittetäitmisel kasutust ei leia ning on võlgniku jaoks niikuinii raisatud. Kuid kui üksiku isoleeritud täitmistakistuse osas oleks see lähenemine veel vastuvõetav, siis ei saa võlgnikule siiski panna riisikot, et iga järgneva võimaliku täitmistakistuse puhul peab ta tegema üha enam ja enam pingutusi.³⁶⁶

Teiseks sätte kohaldamise eelduseks on võrreldavate suuruste ebaproportsionaalsus, milline peab hea usu põhimõtte järgi olema „talumatult suur”.³⁶⁷ Säte annab vaid üldised juhised – järgida tuleb lepingu olemust, hea usu põhimõtet ning võlgniku vastutust täitmistakistuse tekkimisel.

Esmalt on oluline tähele panna, et otsitav suurus on *ebaproportsionaalsus*. Seetõttu ei hõlma sätte olukordi, mil võrreldavad suurused muutuvad *samas proportsioonis* (nt turuhinna tõus), mis võib mõnel juhul viia BGB § 313 kohaldamiseni. § 275 II kohaldamisalaks on juhused, mil

³⁶⁰ Hütte/*et al.*, lk 153; Huber/Faust/*Faust*, lk 33, äärenr 31.

³⁶¹ Hütte/*et al.*, lk 153; Huber/Faust/*Faust*, lk 33, äärenr 31.

³⁶² Huber/Faust/*Faust*, lk 35, äärenr 32.

³⁶³ Huber/Faust/*Faust*, lk 35, äärenr 33.

³⁶⁴ Huber/Faust/*Faust*, lk 35, äärenr 34.

³⁶⁵ Huber/Faust/*Faust*, lk 35, äärenr 35.

³⁶⁶ Huber/Faust/*Faust*, lk 35, äärenr 36.

³⁶⁷ BT-Drucks 14/6040, lk 130; Hütte/*et al.*, lk 153.

vastav proportsioon muutub – kulud tõusevad olukorras, kus täitmishuvi jääb samaks või tõuseb vähem (nt ei suurene perenaise täitmishuvi pesumasina parandamise vastu, kui parandusfirma haiguste perioodil täiendavat personali peab palkama, mistõttu vastav proportsioon muutub).³⁶⁸

Teiseks tuleks täpsustada, kas võrdlus täitmiskulude ja täitmishuvi vahel on absoluutne või relatiivne. Viimase variandi puhul tuleks leida, palju on suhe täitmistakistuse tõttu *muutunud*. Näiteks lubab A B-le soorituse, mille osas B täitmishuvi on 1000 eurot ja A täitmiskulud 400 eurot. Täitmistakistuse ilmnemisel, mis tõstab A kulud 800 eurole, tuleks relatiivse hinnangu kohaselt öelda, et suhe on muutunud 2 korda ($4/10 - 8/10$). Absoluutse võrdluse kohaselt ei tule A täitmiskohustusest vabanemine üldse veel kõne alla, sest täitmiskulud on veel madalamad kui täitmishuvi.³⁶⁹ Toetust absoluutsele võrdlusele loeb välja ka sätte sõnastusest, mis relatiivsele kaalumisele mingil moel ei viita. Relatiivse võrdluse puhul oleks probleemiks puhul algsete suuruste leidmine, samuti „tavaliste“ ja täitmistakistuse tõttu tekkinud lisakulude eristamine. Näite põhjal relatiivse võrdluse tulemust vaadates ei saa sellega ka põhimõttelisel nõustuda, et võlgnik võiks täitmiskohustusest vabaneda, kuigi kulud ei ületa veel täitmishuvi. Majanduslikel kaalutlustel - nagu sätte eesmärk nõuab - on ainuvõimalik võrrelda just hetkel vajalikke kulusid täitmishuviga, mitte suhte muutumist asjaolude muutumisel.³⁷⁰

Ollakse arvamusel³⁷¹, et võlgnik ei tohiks analüüsitava sätte alusel³⁷² täitmiskohustusest vabaneda, kui kulud on suured absoluutnumbrites, kuid siiski vastavuses täitmishuviga. Seadusandja tahte³⁷³ ja tavalise keelekasutuse kohaselt ei saa suhet 1/1 pidada „talumatult suureks ebaproportsionaalsuseks“. Õiguskirjandus kasutab ka siin majanduslikku argumenti, selgitades, et ressursside raiskamine on probleemiks alles siis, kui kulud on suuremad täitmishuvist. Kuni nad on väiksemad, on kogu tehingu saldo positiivne (võlausaldaja kasum ületab võlgniku kahjumi) ning täitmisenõudest vabastamine oleks rahvamajandusele kahjulik.³⁷⁴

Võrreldes Printsiiptide ja VÕS regulatsiooniga, kus vastutus oli üleüldse täitmisenõude eelduseks, on BGB analüüsitava sätte puhul tähelepanuväärne, et võlgnikult oodatavate pingutuste määr sõltub võlgniku vastutusest tekkinud takistuste eest. Nii leitakse, et võlgnik, kes teadlikult või mittevabandatava eksimuse tõttu lepingueseme kolmandale isikule võõrandab, peab käsitletava sätte alusel täitmiskohustusest vabanemiseks kolmandale isikule pakkuma eseme tagasi ostmiseks turuhinnast oluliselt kõrgemat hinda.³⁷⁵ Teatud ulatuses on pingutused

³⁶⁸ Hütte/*et al*, lk 153; Huber/Faust/*Faust*, lk 38, äärenr 42.

³⁶⁹ Huber/Faust/*Faust*, lk 38, äärenr 44.

³⁷⁰ Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 44.

³⁷¹ Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 45.

³⁷² Juhtudel, mil täitmise kulud on küll väiksemad kui täitmishuvi, kuid tasakaalust väljas vastutasu väärtusega, võib võlgnik saada kaitset vastavalt BGB §-i 313 tingimustele. Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 47.

³⁷³ BT-Drucks14/6040, lk 130.

³⁷⁴ Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 47.

³⁷⁵ BT-Drucks, 14/6040, lk 131.

vajalikud ka juhul, kui võlgnik takistuste eest ei vastuta,³⁷⁶ st kui võlgnikule ei saa minimaalselt hooletust ette heita, on siiski objektiivselt hinnates lepingut rikutud ja ta peab laskma selle võlasuhte olemusest lähtuvalt oma riisikoalasse kanda.³⁷⁷ Juhul kui täitmistakistuse eest aga vastutab võlausaldaja või kui see asub võlausaldaja riisikoalas „tänu” vastuvõtuviivitusele, ei saa rääkida võlgniku riisikoalasse jäävast asjaolust.³⁷⁸ Vastutuse määra arvesse võttes pakub Faust, et kulude ülempiiriks võiks olla vastavalt 110 %, kui võlgnike ei vastuta, 120 % vastutab süüta vastutuse põhimõttel, 130 % hooletuse, 140 % raske hooletuse ja 150 % tahtluse puhul. Üle 150 % piiri peab ta liiga suureks ohtu, et pooled ei jõua kokkuleppele ja täidetakse äärmiselt ebamajanduslik leping.³⁷⁹

Ka Saksa õiguskirjanduses nõustutakse, et BGB vastava sätte eesmärgiks on vabastada võlgnik (rahva)majanduslikult kahjulikust täitmisest.³⁸⁰ Rangelt võttes tuleks võlgnik vabastada alati kui täitmise kulud ületavad täitmishuvi. Et see nii ei ole – muidu oleks säte kõlanud lihtsalt „võlgnik võib keelduda täitmisest, kui vastavad kulud ületavad võlausaldaja täitmishuvi”³⁸¹ – võib § 275 sõnastusest selgelt välja lugeda. Tähelepanu väärrib aga põhjendus, miks seadus, kuigi selget eesmärki silmas pidades, ei peaks seda ka sõnaselgelt välja ütlema. Nimelt arvatakse, et praktikas ei täideta rahvamajanduslikult kahjulikke tehinguid, kuna pooled lepivad kokku vastastikku kasulikus lahenduses.³⁸² Kui võlgnik pakub täitmise asemel täitmishuvist kõrgemat, kuid veel täitmiskuludest madalamat hüvitust, on kokkulepe mõlemale poolele kasulik. Nägime eespool, et selline eeldus töötab vaid madalate tehingukulude puhul.³⁸³

BGB reformikavade varases versioonis omas kõrvuti vastutuse küsimusega täimiskulude ja täitmishuvi ebaproportsionaalsuse kaalumisel tähtsust asjaolu, kas võlausaldajale oli pakutud kohast hüvitust.³⁸⁴ Selline kriteerium kadus lõppversioonis kui kritiseerijate sõnutsi lihtsalt „kummaline ja süsteemile võõras”.³⁸⁵ Fausti arvates on aga nõ kokkuleppel täitmisnõude väljaostmisel seadusega reguleerimise ees järgmised eelised. Esiteks saavad paremini järgitud võlausaldaja mittemateriaalsed huvid, mida viimane „sobiva” hüvitise määramisel saab arvesse võtta. Teiseks annab see tulemuseks õiglasema hüvede jaotuse, võimaldades võlausaldajal võlgniku poolt mittetäitmisega kokkuhoitut jagada. Selle käsitluse kohaselt peetakse õiglaseks,

³⁷⁶ BT-Drucks, 14/6040, lk 131. Sellega ei nõustu seadusandja mõnede kommentaatoritega, kes vana § 275 tõlgendamisel sellisele seisukohale on jõudnud.

³⁷⁷ BT-Drucks 14/6040, lk 131.

³⁷⁸ Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 52.

³⁷⁹ Huber/Faust/*Faust*, lk 50, äärenr 68.

³⁸⁰ Nt Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 53.

³⁸¹ Nt Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 53.

³⁸² Huber/Faust/*Faust*, lk 40, äärenr 53.

³⁸³ Vt töö p 1.4.

³⁸⁴ BGB-KF § 275 (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit und solange diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat und ob er dem Gläubiger einen angemessenen Ausgleich anbietet.

³⁸⁵ AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 275, äärenr 15.

et võlgnik mitte ei vabane täitmisest, vaid peab end välja ostma ning, sõltumata vastutusest täitmistakistuste tekkimise eest, lisaks võlausaldaja materiaalsete ja mittemateriaalsete huvide silmas pidamisele jagama ka kasumit (säätetud kulu), mis kahjuliku täitmise ärajäämisega saadakse.³⁸⁶ Teisalt tuleb arvestada, et kui kulude piir seatakse väga kõrgele, suureneb lepingute arv, mil täitmine oleks ilmselt kahjulik ja võlausaldajale antaks liiga suur ruum hüvitise kauplemiseks, mis omakorda tõstab riski, et mõistlikule kokkuleppele ei jõuta ning toimub üldiselt ebamajanduslik lepingu täitmine. Kui seadus suunab võlgniku end kahjulikust lepingust välja ostma on see olemuselt lähedane kahju hüvitamise kohustuse pealepanekuga, mis tekitab omakorda ohu minna vastuollu seaduse põhimõttega, et kahju hüvitamise nõude eelduseks on rikkuja vastutus.³⁸⁷

Käsitletav säte suunab olukorda hindama ka võlasuhte sisu pinnalt. Nii leitakse, et nn tükivõla puhul, mille ese varastatakse, ei peaks võlgnikule esitatavaid nõuded väga kõrged olema, sest pingutuste tulemuslikkus on kaheldav³⁸⁸. Teisalt aga oodatakse võlgniku poolt suuremaid pingutusi liigivõla puhul.³⁸⁹ BGB § 276 I 1. lause määratleb eelduslikuna süüliste vastutuse, kui seda ei ole võlasuhte sisu kohaselt poole poolt garantiikohustuse või hankimisriisiko (*Beschaffungsrisiko*) ülevõtmisega modifitseeritud. Viidatud mõttes pelgalt *garantii* ülevõtmisel kohustub võlgnik süüst sõltumatult positiivse huvi ulatuses täitmise asemel kahju hüvitama, kuid BGB § 275 II kohaldamise kriteeriumid ei muutu.³⁹⁰ Seevastu kui pool on võtnud enda kanda hankimisriisiko, nagu seda liigivõla puhul eeldatakse, on ka § 275 II kohaldatav vaid väga erandlikel juhtudel.³⁹¹ Tavaliselt nõuab võlgnik sellise täiendava riisiko kandmise eest ka suuremat vastutasu. Võrreldes garantiivastutusega on täiendav hüvitus hankimisriisiko ülevõtmisel isegi suurem. Võlausaldaja peaks olema huvitatud kõrgema tasu maksmisest vaid juhul kui sellega saavad kaitstud tema mittemateriaalsed huvid; pelgalt materiaalsete huvide korral piisab garantiivastutuse rakendamisest.³⁹² Niisiis on oluline seos võlausaldaja mittemateriaalsete huvide ja täitmisenõude kohasuse vahel.

Et võlgnik liigivõla puhul isegi enam pingutusi peaks tegema ja seetõttu talle § 275 II vastuväide enamasti kättesaamatuks jääb, ei ole siiski ainuke võimalik järeldus. Nagu eelpool öeldud, vajavad kaitset eelkõige mittemateriaalsed huvid ning seetõttu on Schlechtriemi arvates on õigem hinnata mitte lihtsalt ostja ootushuvi, vaid tema *huvi saada täitmine natuuras*³⁹³, mis aga asendustehingu kättesaadavust arvestades ei ole eraldi kaitsmist vääriv. Kui kaitsmist

³⁸⁶ Huber/Faust/*Faust*, lk 44, äärenr 55.

³⁸⁷ Huber/Faust/*Faust*, lk 45, äärenr 56.

³⁸⁸ Huber/Faust/*Faust*, lk 46, äärenr 59; Hütte/*et al*, lk 154.

³⁸⁹ Canaris, lk 502.

³⁹⁰ Huber/Faust/*Faust*, lk 48, äärenr 62.

³⁹¹ Canaris, lk 502; Hütte/*et al*, lk 154; AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 275, äärenr 15.

³⁹² Hütte/*et al*, lk 154.

³⁹³ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 232, äärenr 483.

väärivat mittemateriaalset huvi ei ole, piisab garantiivastutuse kohaldamisest, mis tagab võlausaldajale kahju hüvitamise nõude süüst sõltumatult.³⁹⁴ Ka ei tohiks varasema õiguse riisikojaotuse põhimõtteid (*Opfergrenze*) üldse uuele BGB §-le 275 II üle kanda³⁹⁵ ega pidada sätet kohalduvaks vaid ekstreemjuhtudel.³⁹⁶

Uue BGB §-i 275 II paralleeliks on vana BGB § 251 II³⁹⁷, § 633 II 3. lause³⁹⁸ ning § 651c II 2. lause³⁹⁹. Need sätted väljendasid üldiselt aktsepteeritud põhimõtet⁴⁰⁰ ning nende tõlgendamise ja rakendamise praktikat saab üldistatult kasutada ka uue sätte puhul.⁴⁰¹ Näiteks ei peeta veel ebaproportsionaalseks kulusid 150 000 DM ulatuses 80 000 DM suuruse väärtuse languse kõrvaldamiseks.⁴⁰² Teisalt on pingutused ebaproportsionaalsed nt juhul, kui nt 200-aastane maja saab osaliselt kahjustada, mille kõrvaldamiseks tuleks ette võtte parandused mahus, mis on võrreldavad uue maja ehitamisega.⁴⁰³ Ka viidatud varasemate sätete puhul oli nii kohtupraktika kui valitseva arvamuse poolt võrdlusalusena tunnustatud võlausaldaja täitmishuvi, mille uus BGB § 275 II nüüd sõnaselgelt sätestab.⁴⁰⁴ Vastustuse võlgniku poolt vajalike pingutuste mõõdupuuna kasutamine oli tunnustatud ka § 633 II 3. lause rakenduspraktikas.⁴⁰⁵

Võrreldes eelviidatud sätetega on BGB § 275 II kohaldamiseks vajalik, et ebaproportsionaalsus võrreldavate suuruste vahel oleks suur.⁴⁰⁶ Rangemat nõuet legitimeeritakse esmalt sellega, et säte on kohaldatav ka juhtudele kui võlgnik ei vastuta rikkumise eest, mistõttu võlausaldaja kaotab täitmisenõude ilma hüvitiseta.⁴⁰⁷ Kahju kuulub BGB § 275 II kohaldamise kõrval hüvitamisele, kui võlgnik vastutab rikkumise eest, st ka võrreldava, vaid „tavalist” ebaproportsionaalsust nõudva sätte § 251 lg 2 kohaldamisalas olevate juhtude puhul on kahju naturaalkorras hüvitamise kohustuse äralangemisel kahju alati hüvitatav „tavalisel” viisil. Saksa seadusandja mõtte kohaselt oleks siiski paradoks, kui pelgalt seetõttu, et võimatuse puhul, mille eest võlgnik vastutab ja võlausaldaja saab vastavalt uue BGB §§ 280, 283 kahju hüvitamise nõude, võiks võlgnik oma esmasest kohustusest

³⁹⁴ Huber/Faust/*Faust*, lk 48, äärenr 62.

³⁹⁵ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 232, äärenr 482.

³⁹⁶ Nagu Canaris, lk 503.

³⁹⁷ Naturaalkorras kahju hüvitamise kohustuse äralangemine, kui see on võimalik vaid ebaproportsionaalsete kuludega võrreldes likvideeritava kahju suurusega; sama uus BGB § 251 lg 2.

³⁹⁸ Vastuväide töö puuduste kõrvaldamise nõudele töövõtulepingu raames, kui sellega kaasneksid ebaproportsionaalselt suured kulud; sama uus BGB § 635 lg 3.

³⁹⁹ Rikkumise kõrvaldamine reisilepingu puhul, piiratud mõistlike kuludega; reformiga muutmata.

⁴⁰⁰ BT-Drucks 14/6040, lk 130.

⁴⁰¹ Nt BGH NJW 1988, 699, 700; BGHZ 62, 388, 393 f.; Canaris, lk 503, viide 44 kaudu.

⁴⁰² BGH NJW 96, 3269, Palandt/*Heinrichs*, § 275, äärenr 28 kaudu.

⁴⁰³ Karls NJW-RR 95, 849, Palandt/*Heinrichs*, § 275, äärenr 28 kaudu.

⁴⁰⁴ BT-Drucks 14/6040, lk 130.

⁴⁰⁵ Canaris, lk 503.

⁴⁰⁶ Kommentaaride kohaselt nõuab § 251 lg 2 kohaldamiseks siiski ilmse ebaproportsionaalsuse (krasses Misverhältnis) olemasolu. Erman/Kuckuk, § 251, äärenr 21.

⁴⁰⁷ Hütte/*et al*, lk 154.

kergemini vabaneda.⁴⁰⁸ Igal juhul nähakse just piirangus „suur” *pacta sunt servanda* kaitseesmärki ning sätet tuleks seetõttu rangelt tõlgendada. Samas on ka leitud, et viidatud "vanade" paragrahvide regulatsioonist oleks piisanud ja ilmaaegu toodi sisse üldine säte, mis nüüd *pacta sunt servanda* põhimõtet on ohustamas.⁴⁰⁹

Diskussiooniobjektiks on ka BGB § 275 I ja II vahetegu, ning seda eelkõige subjektiivse võimatuse kontekstis.⁴¹⁰ Tõusetub küsimus, kui palju peaks võlgnik pingutama, et täitmine kolmandate isikute abil täita. Kas absoluutse võimatuse, st § 275 I alla kuuluvad ka juhud, kui võlgnik ei saa asja üle anda, kuivõrd ta pole omanik (vana BGB § 275 II *võimetus* laias tähenduses), või ainult need juhtumid, mil ei saa võlgnikult mõistlikult oodata, et ta vastava takistuse ületaks, nt püüaks asja kolmanda isiku käest välja osta (varasemas mõistes *võimetus* kitsas tähenduses)?⁴¹¹ Kui eeldada, et ta peaks lepingu täitmiseks pakkuma omanikule asja väljaostmist mitmekordse hinnaga, langeks kõik subjektiivse võimatuse juhtumid § 275 II alla.⁴¹² Schlechtriem kasutab seda küsimust arutades näite luksusautost, mis peale müügilepingu sõlmimist varastatakse ja Venemaale transporditakse. Vahendajate kaudu oleks võimalik auto tagasi osta, kuid äärmiselt kõrge hinna eest. Kas sellist olukorda tuleb pidada subjektiivseks võimatuseks või pelgalt ebamõistlikult koormavaks? Jõutakse järeldusele, et uue süstemaatika kohaselt subjektiivse võimatuse juhtumid enamasti lg 1 alla ei mahu. Lõike 1 kohaldamisalaks jäävad kitsalt juhtumid, kus võlgnikul ei ole võimalik mingi hinna eest asja käsutada (nt ei nõustu asja omanik seda müüma) või n tükivõla puhul (n müügi- või üürilepingu raames) asi varastatakse ja selle asukoht ega varas pole teada, st olukorrad, kus võlgnik mis iganes pingutuste hinnaga ei suuda kohustust täita.⁴¹³ Täitmisenõue langeb sel juhul ära *ipso iure*. Kui võlgnikul põhimõtteliselt on veel võimalik täita, peab talle uue § 275 II ja III loogika järgi jääma ka otsustusõigus võimaliku vastuväite esitamise üle.

Kuid ka siis, kui subjektiivne võimatus allub §-le 275 II, võib ebaproportsionaalsuse kriteeriumi järgimine anda ebasoovitavaid tagajärgi. Näitena⁴¹⁴ võib tuua olukorra, kus A sureb, olles müünud oma maali X-le 50 000 EUR eest. A pärija B tehingust ei tea ning müüb ja annab omandi üle Y-le 70 000 EUR eest. Y on nõus maali tagastama 75 000 EUR eest. Oletades, et X on vahepeal maali edasi müünud hinnaga 80 000 EUR, ei ole B-l õigust § 275 II kohasele vastuväitele, kuivõrd tema kulud (75 000 EUR) ei ole ebaproportsionaalsed võlausaldaja huviga täitmisse (80 000 EUR). B kaotab seetõttu 5 000 EUR asjaolu tõttu, mille eest ta ei olnud

⁴⁰⁸ BT-Drucks 14/6040, lk 130.

⁴⁰⁹ Stoll, lk 592.

⁴¹⁰ Schulze/Ebers, lk 265.

⁴¹¹ Zimmermann (2002), lk 11; Hütte/*et al*, lk 144.

⁴¹² Huber/Faust/*Faust*, lk 27, äärenr 14.

⁴¹³ BT-Druck 14/6040, lk 18; Hütte/*et al*, lk 144; Zimmermann (2002), lk 15; Schulze/Ebers, lk 265.

⁴¹⁴ S. Meier, Neues Leistungsstörungenrecht (2002) Jura, 128, 130; viidatud Zimmermann (2002), lk 15 kaudu.

vastutav ega seetõttu vaevalt kohustatud sellest üle saama. Näide peaks illustreerima ohte, mis tekivad, kui püüda erandite jaoks formuleerida üldisi reegleid.⁴¹⁵

CISG-i alusel on ostja võimalik kaitse täitmise ebamõistlikkuse vastu ebaselge. Nii ei kuulu artikli 79 kohaldamisalasse üldjuhul juhtumid, mil täitmine on ebapraktiline ja rangelt võttes ka mitte juhtumid, mil on tegemist majandusliku võimatusega (soorituse-vastusoorituse ebaproportsionaalsus) muutunud asjaolude tõttu. Viimasel juhul võib tulla kõne alla täitmiskohustuse modifitseerimine või lepingust taganemine hea usu põhimõtte rakendusena (art 7(1)), kuid mitte pelgalt kahju hüvitamise kohustuse äralangemine, nagu see on tagajärjeks artikli 79 kohaldamisalasse kuuluvate juhtumite puhul.⁴¹⁶ Kui müüja rikkumise eest CISG art 79 mõttes vastutab, kuid peab täitmiseks kandma ebamõistlikke kulutusi võrreldes ostja materiaalsete ja mittemateriaalsete huvidega täitmise vastu, võib üksikjuhtumi kaalumise siiski viia täitmishuvi piiramiseni.⁴¹⁷ Kirjanduses kasutatakse sellise järelduse põhistamiseks art 7 (1) abi, st täitmise nõudmine, kui ostjal puudub kaalukas õiguslik huvi võrreldes müüja poolt täitmiseks tehtavate kuludega, tuleks täitmise nõudmist lugeda hea usu põhimõttega vastuolus olevaks õiguste kuritarvitamiseks ning seda ei tohiks lubada.⁴¹⁸ Sellise hinnangu andmiseks tuleb arvesse võtta nii lepingu olemust, lepingu hind kui ka väidetavate ebamõistlike kulude põhjused ja võlgniku roll nende kujunemises.⁴¹⁹

Printsiipide ja VÕS-i pinnalt on vastutuse arvesse võtmise osas raske ühest järeldust teha. Millal on võlgniku kulutused ja võlausaldaja huvi ebaproportsionaalses vahekorras, ei ole üheselt määratletav.⁴²⁰ Eesti õiguskirjanduses avaldatakse arvamust, et käsitletaval alusel esitatud vastuväide oleks kohane, kui kohustuse täitmise kulud ületavad vähemalt kahekordselt võlausaldaja täitmishuvi väärtuse.⁴²¹ Samas leitakse, et töövõtulepingu puhul saab vastuväide kõne alla tulla vaid siis, "kui töö teostamiseks vajalike kulude suurenemine on põhjustatud objektiivselt ettenägematute asjaolude tõttu /.../ ning kulude suurenemine toob kaasa töövõtja ja tellija kohustuste olulise ebavõrdsuse. Sõltuvalt lepingu iseloomust ei pruugi isegi juhtum, kus lepingu täitmise kulud ületavad kahekordselt töövõtjale võlgnetavat tasu, kujutada endast "ebamõistlikku kulukust" VÕS § 108 lõike 2 punkti 2 mõttes."⁴²² Kuigi tasu ei saa analüüsitava sätte juures eelpoolkäsitletud põhjustel olla mõõdupuuks (võib olla VÕS § 97 rakendamisel), tundub siiski tõlgendus pigem lähenemas BGB kui Printsiipide käsitlusele.

⁴¹⁵ Zimmermann (2002), lk 15.

⁴¹⁶ CISG/*Stoll*, art 79, äärenr 39, 40, 57; GISG2005/*Stoll/Gruber*, art 79, äärenr-d 30, 31, 48.

⁴¹⁷ GISG 2005/*Müller-Chen*, art 46, äärenr 13.

⁴¹⁸ CISG/*Huber*, art 46, äärenr 18.

⁴¹⁹ GISG 2005/*Müller-Chen*, art 46, äärenr 13.

⁴²⁰ PECL art 9:102, komm F, Lando/Beale, lk 396. Nii ka Lepingud/*Kull*, lk 114.

⁴²¹ Lepingud/*Kull*, lk 114.

⁴²² Lepingud/*Käerdi*, lk 666.

Printsiipide ja VÕS-i ühelt poolt ja BGB vastavate sätete kõrvutamisel teiselt poolt puhul tuleb arvestada nende erinevat vastutuse režiimi ja täiendavat võimalust esitada vastuväide asendustehingu kättesaadavuse pinnalt, mida järgnevalt analüüsitakse.

3.2.3 Mõistlik võimalus saavutada taotletav tulemus muul viisil

Üldise õiguse maades on tooniandvaks „täitmisenõue, kui kahju rahas hüvitamine osutuks ebaadekvaatseks õiguskaitsevahendiks“ põhimõtte kõrval ka majanduslikud argumendid üldisemalt. Eelkõige tuleb silmas pidada kohustust vähendada kahjusid - see kohustus suunab võlausaldajat otsima asendustehingut. Seega - aktiivse turuga kaupade puhul, kus asendustehing on kergesti kättesaadav, on kiiremaks ja ratsionaalsemaks õiguskaitsevahendiks ostjale lepingust taganemine, asendusostu sooritamine ning kahju hüvitamise nõude esitamine hinnaava ulatuses.⁴²³ Sellist ideed kannab VÕS § 108 lg 2 p 3, mille kohaselt täitmist ei saa nõuda, kui on olemas mõistlik võimalus saada täitmisega taotletav tulemus muul viisil. Veidi kitsamalt sõnastatuna⁴²⁴ leiame vastava piirangu mitterahalise kohustuse täitmise nõude esitamisele PECL art-st 9:102 (d) ja PICC art-st 7.2.2. (c).

Seevastu on CC (art 1144) kohaselt asendustehing võlgniku kulul vaid võimalik kohtule esitatav nõue, mitte võlausaldaja õiguse ega ammugi kohustus (selle kaudu kahju suurust vähendada). Ühtlasi puudub Prantsuse kohtutel alus keelduda täitmisenõudest põhjendusel, et asendustehing oleks olnud mõistlikult võimalik.⁴²⁵

Kuigi Saksa materiaalsoigus ei näe ette üldist vastuväiteõigust täitmisenõudele asendustehingu kättesaadavuse pinnalt, võib nõustuda Schlechtriemiaga, et BGB reformi järgselt on täitmisenõue liigivõla puhul sissenõutav siiski vaid erandkorras.⁴²⁶ See saavutatakse § 275 II avarama sisustamisega.⁴²⁷ Ka printsiipide ja VÕS pinnalt võib öelda, et asendatavuse ja täitmise koormavuse küsimused on omavahel seotud ja sageli võib võlgnik tugineda samaaegselt kahele alusele.⁴²⁸

Viidatud Printsiipide ja VÕSi sätete kohaldamisala on eelkõige standardsed tehingud, st müügi ja töövõtulepingud, sest vaid selliste tehingute puhul on sisukas rääkida mõistlikust võimalusest asendustehinguks. Vastava võimaluse mõistlikuks hindamisel ei ole piisa asendustehingu võimaluse faktilisest olemasolust kui ei saa mõistlikult eeldada, et kannatanud pool pöörduks teise teenuse või kauba pakkuja poole.⁴²⁹ Vastavaid asjaolusid peab tõendama lepingut rikkunud pool. Ka peab rikkunud lepingupool tõendama, et ta on võimeline täitma

⁴²³ Ka nt Dalhuisen, lk 169-172.

⁴²⁴ Printsiipides: “täitmise võib mõistlikult saada teisest allikast” versus VÕS “täitmisega taotletava tulemuse muul viisil”

⁴²⁵ Laithier, lk 115. Lähemalt töö p

⁴²⁶ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 233, äärenr 484.

⁴²⁷ Vt töö p 3.2.2.

⁴²⁸ Lepingud/*Kull*, lk 114.

⁴²⁹ PICC, art 7.2.2 komm 3.c).

vastava kahju hüvitamise nõude, mis täitmisenõude asemel esitatakse. Asendustehingu kulud võivad mõnel juhul küündida suuruseni, kus need välistavad *efektiivse* rikkumise võimaluse.

Asendustehingu võimalikkus on õiguskaitsevahendite majandusliku analüüsi puhul võtmesõnaks nii õnneliku kui õnnetu juhuse situatsioonides.⁴³⁰ On kaheldav, kas piisava konkurentsiga turul on reaalsetl võimalik "parema pakkumise" juhul, mis ajendaks müüjat "asendatavuse" vastuväidet kasutama. Lisaks on lepingupoolte vahel loodud enamasti pikaajaline, vastastikku eelised andev ärisuhe, milline samuti iseenesest loob stiimuli mitte kergekäeliselt reageerida igale juhuse läbi toimunud muutusele või kui ilmneb siiski oluline asjaolude muutus võib eeldada, et pikaajaliste partnerite puhul on läbirääkimistega seonduv kulu suhteliselt madalam ning tõenäosus saavutada vastastikku rahuldavat kokkulepet tulude jaotuse osas on suurem. Teine on olukord aga unikaalsete kaupade osas, kus asenduskaup praktiliselt puudub, mistõttu ei ole taotletava saavutamine muul moel mõistlikult võimalik. Ka on asja väärtuse aluseks, mis kahju hüvitamise korras tuleks määrata, suuresti ostja subjektiivne hinnang, mistõttu tuleb täitmisenõudest vabanemise alusena kõne alla veel üksnes täitmise ülemäärase koormavuse vastuväide. Tõsi, omaette probleemiks on asendatavuse küsimus üldse – kas banaan on apelsiniga asendatav või mitte?

CISG asendustehingu kättesaadavuse alusel erandit täitmisenõude osas otsesõnu ei tunnusta. Kuid kas juhtudel, kui lepingust taganemise ja asendustehingu tegemisega on võimalik kahjude suurenemine peatada, võiks täitmise nõuet käsitleda kahjude vähendamise kohustuse (CISG art 77) rikkumisena? Sellele küsimusele vastatakse põhimõtteliselt eitavalt.⁴³¹ Kuigi CISG art 77 lg 1 sätestab laialdase kahju vähendamise kohustuse, määratleb valitseva arvamuse kohaselt lg 2 selle kohustuse rikkumise tagajärjena vaid vastavas osas kahju hüvitamise nõude minetamise, aga mitte muude õiguskaitsevahendite kasutamise õigusest ilmajäämise. Kui ostja arvab täitmise nõude endale kättesaadavatest õiguskaitsevahenditest sobivaima olevat, ei takista teda selleks muud argumendid kui ehk hea usu põhimõte (CISG art 7 (1)).

Tähelepanu väärib asjaolu, et ULIS peegeldas enam üldise õiguse maade seisukohti. Nimelt ei olnud vastavalt selle artiklile 25 ostjal õigust nõuda täitmist, kui tavadega kooskõlas on mõistlikult võimalik sooritada asendusost. Sellisel juhul oli leping *ipso facto* lõpetatud asjast mil selline asendusost oleks pidanud sooritatama. CISG-i ja ULIS-i erinevuse põhjuseks võib olla üldise õiguse maade parem esindatus eelmistel läbirääkimistel, samuti kui ka tegelik nihe suhtumises täitmisenõudesse rahvusvahelisel foorumil.⁴³² Igal juhul nimetab PECL vastava erandi taasestustamisel ühe peamise mõjutajana just ULIS-i vastavat sätet.⁴³³

⁴³⁰ Vt lähemalt töö p 1.4.

⁴³¹ CISG 2005/*Müller-Chen*, Art 46, äärenr 14.

⁴³² Nt Bejesky, lk 399, alaviide 421.

⁴³³ Lando/Beale, lk 401.

Kui tsiviilõiguse maades on asendustehingu tegemine ostja õigus, kui erandlikult ei tulene vastav kohustus kaubandustavast, siis üldise õiguse maades on asendustehingu võimalus peamiseks täitmiseõudest keeldumise aluseks. Printsibid, väidetavalt mitte ühtegi süsteemi kopeerides, on loonud kompromissvariandi ja jätab vastava vastuväite esitamise võlgniku otsustada.⁴³⁴ Millal sellise vastuväite esitamise õigus võiks olla majanduslikult ja õiguslikult põhjendatud võib järeldada üldise õiguse praktika alusel, mida alljärgnevalt sel eesmärgil üldistatakse.

Kaupade asendatavus on üldise õiguse maades täitmiseõude kohasuse hindamisel kasutatavas nn adekvaatsustestis esimene faktor.⁴³⁵ Kahju hüvitamist õiguskaitsevahendina peetakse reeglina adekvaatseks olukorras, kus hageja võib mõistlike pingutustega sooritada sarnastel tingimustel asendustehingu e. saada lepingu eseme ekvivalent teisest allikast. Mitmed lahendid Inglismaal kinnitavad, et täitmiseõuet ei anta laiatarbekauba või vabalt kaubeldavate aktsiate müügilepingute täitmiseks. Adekvaatseks kompensatsiooniks on sellisel juhul lepingu hinna ja asendustehingu (või turuhinna) vahe hüvitamine. Oluliseks peetakse seejuures *mitigation of damages* – põhimõtte järgimist: hageja peab mõistlikel tingimustel võimaliku asendusostuga vähendama võimalikke kahjusid.⁴³⁶ Lisaks ajaloolisele taustale, on sellisel positsioonil ka majanduslik põhjendus. See väidetakse toetavat efektiivsust vähendades lepingu läbirääkimiskulusid, kuivõrd see tõmbab joone kahjuhüvitusnõude ja täitmiseõude vahel selliselt nagu seda teeksid lepingupooled, kes on vabad ise kujundama õiguskaitsevahendeid ning oleks selle üle mõelnud lepingu sõlmimise ajal.⁴³⁷

Kui lepingulise kohustuse objektiks on nt kinnisasja omandi või muu asjaõiguse üleandmine, siis ei kompenseeri rahaliselt arvatav hüvitis võlgniku huvi maatüki vastu, eeldusel, et pole saadaval sarnaste või identsete omadustega maatükki. Kuid ka ridaelamu boksi või identsete kruntide puhul lubatakse täitmiseõuet ning tähtsust ei oma ka asjaolu, et ost toimub edasimüügi eesmärgil põhjendusega, et maa hind on spekulatiivne, mistõttu ei ole võimalik täpselt kahjusid hinnata.⁴³⁸ Need argumendid leidnud vastuseisu - edasimüügi puhul kahju täpselt teada, kuivõrd ostja huvid on pelgalt rahalised, samuti ei saa sama boniteediga põllumaatükke, tüüpprojektiga maju, ühesuurusi krunte pidada unikaalseteks.⁴³⁹ Rahaline kompensatsioon oleks neis situatsioonides kohane õiguskaitsevahend.⁴⁴⁰ Kokkuvõttes võib

⁴³⁴ Lando/Beale, lk 401, märkused 3 (e).

⁴³⁵ Ka Restatement of Contracts 2d, §-d 359, 360 (b). Nii ka nt United States 7.12.1999 Federal District Court [Illinois] (*Magellan International v. Salzgitter Handel*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>, kus kohtul tuli CISG art 28 raames kontrollida, kas täitmiseõue oleks sobiv UCC § 2-716(1) alusel "where the goods are unique or in other proper circumstances" ning mille tugevaks tõendiks on kostja väited selle kohta, et kaup ei ole võimalik asendada.

⁴³⁶ Treitel (2003), lk 1020 koos viidetega kohtupraktikale.

⁴³⁷ Farnsworth (1990), lk 857. Vt ka töö p 1.4.

⁴³⁸ Atiyah (1995), lk 425.

⁴³⁹ Treitel/Chitty, lk 1204.

⁴⁴⁰ Farnsworth (1990), lk 860.

öelda, et kuigi õiguskirjanduses suuresti kriitiliselt hinnatud⁴⁴¹, on maa müügilepingute puhul täitmisenõue primaarne õiguskaitsevahend.

Üldisest põhimõttest erandina on täitmisenõude andmine kohtuniku diskretsiooniaias kui hagi puudutab, mille esemeks on spetsiifilised või määratletud (*specific or ascertained*⁴⁴²) kaubad. Kuigi viidatud säte puudutab otseselt ostjale kättesaadavaid õiguskaitsevahendeid, on sama õigus kohtul ka täitmisenõude osas, kui selle esitab müüja. Kuigi sätte eesmärk oli täitmisenõude kohaldatavust laiendada, on kohtud siiski leidnud, et antud diskretsiooni tuleb kasutada „säästvalt“ ega ole unikaalsuse-asendatavuse testist kuigivõrd eemaldunud.⁴⁴³ Ühe argumendina täitmisenõude kohaldamisala laiendamise vastu esitatakse kahtlus, et täitmisenõude andmine võiks hagejale ühtlasi anda teatud asjaõiguslikud eelised kolmandate isikute nt võlausaldajate ees, kes sellisest õigusest ei ole teadlikud. See omakorda annaks maksejõuetuse korral ostjale õigustamatu eelise.⁴⁴⁴

Kuid ka ilma pankrotiohuta olukordades ei ole täitmisenõude kasutusala laiendatud. Kohtute arvates on ka nt klaver tavaline kaubaartikkel (*an ordinary article of commerce*), mille puhul kahju hüvitamine on adekvaatne ja piisav õiguskaitsevahend.⁴⁴⁵ Samal põhjusel keelduti täitmisenõudest mööbli osas, mis maja ostjale eraldi lepinguga pidi kuuluma.⁴⁴⁶ Nii nt keeldus kohus andmast täitmisenõuet komplekti Hepplewhite toolide ostjale, nimetades need tavaliseks kaubaartiklaks, millel puudub eriline väärtus või kaitsmist vääriv huvi.⁴⁴⁷ Sel juhul ei olnud tegemist unikaalsete kaupadega vanema õiguse mõttes, kuid Treiteli sõnul on raske näha *müüja* kaitsmist väärivat huvi, mille alusel täitmisenõue tagasi lükata, samuti ei leia tema arvates piisavalt toetust argument, et kahju hüvitamine on alati adekvaatne, kui tegemist pole unikaalse esemega. Kõnealuse kaasuse puhul oli selge, et ostjal ei ole võimalik asendustehinguks, tema kahjud on raskesti hinnatavad või on osa neist hüvituselast väljas (nt liiga kaudsed kahjud).⁴⁴⁸ Teisiti näiteks on otsustatud kindlaks määratud raiumiskavaga kasvava metsa ostmisel.

Kohtu diskretsioon on piiratud siiski "spetsiifiliste või määratletud" kaupadega. Seega kerkib küsimus sätte kohaldamisest lepingutele, millega müüakse suuremast kogusest eraldamata osa. Selles osas tuleb arvestada 1995 a. sisseviidud täpsustust, mille kohaselt loetakse kaubad määratletuks, kui kokku on lepitud ja määratletud laadung (*bulk*), mille hulgast kaubad müüakse. Seega nt osa või protsendina (nt konkreetse laeval asuvast) laadungist määratletud kaup on määratletud kauba müük ning kuulub seetõttu Sec 52 kohaldamisalasse.

⁴⁴¹ Eriti nt Burrows, lk 338. Aga ka Treitel (2003), lk 1021.

⁴⁴² *Specific* – identifitseeritud ja kokkulepitud lepingu sõlmimise ajal; *ascertained* – identifitseeritud lepingu kohaselt pärast lepingu sõlmimist või muul viisil. Sale of Goods Act sec. 52 Treitel (2003), lk 1022.

⁴⁴³ Treitel/Chitty, lk 1207.

⁴⁴⁴ Treitel (2003), lk 1023.

⁴⁴⁵ Beatson, lk 634.

⁴⁴⁶ Record v. Bell [1991] 1 W.L.R. 853, Beatson, lk 634, alamärkus 33.

⁴⁴⁷ Selle kaasuse pinnalt on esitatud ka näide PECL vastava artikli illustreerimiseks. Lando/Beale, lk 398.

⁴⁴⁸ Cohen v. Roche [1927] 1 K.B. 169. Treitel (2003), lk 1023.

Kõnealune Sec 52 ei ütle sõnaselgelt, et täitmisenõue oleks ostjale kättesaadav *ainult* siis kui kaubad on spetsiifilised või määratletud, ning on vaieldav, kas see õiguskaitsevahend peaks olema kättesaadav ka muudel juhtudel, nt kui ostja tegelikult ei saa asendust või adekvaatset hüvitust kahjuhüvitusnõude abil, mis tõttu võib neid kaupu nimetada *äriselt unikaalseteks*.⁴⁴⁹ Nt tarnelepingute puhul, mil kahju hüvitus saamata jäänud tulu eest ei ole adekvaatne, kuivõrd see "on väike lohutus tootjale, kes tarnete katkemise tõttu peab vallandama töötajad, veab alt oma kliente (kes selle lepingurikkumise mõjud edasi kannab oma lepingupartneritele) ning liigub maksejõuetuse poole".⁴⁵⁰ See lähenemine leidis uut toetust 1980-ndate aastate terasestreikide ajal, mil terase tootjale anti täitmisenõue teatud koguse temale kuuluva terase osas seda valdava British Railways Board vastu, kes streigi kartuses keelasid kaupa liigutada.⁴⁵¹ Leiti, et sellistes tingimustes on pea võimatu sooritada asendusostu, mistõttu võimaldati ostjale täitmisenõue. Samast põhimõttest on kantud ka Sky Petroleum Ltd. v. V.S.P. Petroleum Ltd.⁴⁵² lahend. Poolte vahel oli pikaajaline tarnesuhe hageja bensiinijaamade varustamiseks. Kütuse tooraine hindade olulise tõusuga seonduvalt ei soovinud tarnija enam lepingut täita. Kohus tunnustas hageja täitmisenõuet tarnete jätkamiseks, kuivõrd bensiin oli defitsiitne ning hagejal ei olnud võimalust mõistlikul moel saada uut tarnijat.⁴⁵³ Treiteli arvates toetab praktika seisukohta, et täitmisenõue on kohane teatud juhtudel ka väljaspool Sec 52 mõjuala ning see on laiendatud nn *äriselt unikaalsete* kaupadele. Burrows ei jaga aga Treiteli optimismi. Sky Petroleumi näol oli tegemist esimese astme lahendiga, kusjuures on Apellatsioonikohus hiljem keeldunud täitmisenõuet andmast suurte, 220 tonni kaaluvate ning £270 000,00 maksvate masinate puhul, mida oli võimalus saada mujalt alles 9-12 kuulise tarnetähtajaga.⁴⁵⁴ Hilisem British Railways kaasus veel ei aita usaldusväärselt kinnitada, et täitmisenõue antakse ostjale, kelle jaoks kaubad on ärilises mõttes unikaalsed.⁴⁵⁵

Uniform Commercial Code (edaspidi UCC) § 2-716 (1) kohaselt võib täitmisenõue olla kohane, kui „tegemist on unikaalsete kaupadega või teistel sobivatel tingimustel“.⁴⁵⁶ Täitmisenõue rahuldatakse eelkõige kui tegemist on haruldase kaubaga või kaubaga, millel on ostja jaoks eriline väärtus, näiteks pärandiese, haruldane kunstiese, teisele poolele „tuttav“ hobune.⁴⁵⁷ Sõnastus „teistel sobivatel asjaoludel“ on küllalt lai formuleering ning jätab kohtutele võimaluse anda täitmisenõue mitte ainult unikaalse kauba müügilepingute puhul vaid ka nt juhul

⁴⁴⁹ *Commercially unique*. Väljendi kasutuselevõttu omistatakse Treitelile. Burrows (1994), lk 342.

⁴⁵⁰ Treitel (2003), lk 1024.

⁴⁵¹ Howard E. Perry ja Co. v. British Railways Board [1980] 1 W.L.R. 1375, 1383. Treitel (2003), lk 1024.

⁴⁵² [1974] 1 W.L.R. 576, Burrows, lk 343; Treitel (2003), lk 1024.

⁴⁵³ Treitel/Chitty, lk 1209.

⁴⁵⁴ Société des Industries Métallurgiques SA v. Bronx Engineering Co Ltd [1975] 1 Lloyd's Rep. 465. Atiyah (1995), lk 425 kaudu.

⁴⁵⁵ Burrows, lk 342.

⁴⁵⁶ UCC 2-716 (1): Specific Performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances.

⁴⁵⁷ Zweigert/Kötz, lk 480.

kui ostjal pole võimalik turult saada võrreldavat lepingut, või, kuigi kaup ise pole unikaalne, on seda lepingu tingimused (n tarnekohustuse pikaajalisus).

Üldiselt nähakse trendi täitmisenõude kohaldamisele seatud piirangute nõrgenemise suunas. UCC kommentaaride kohaselt soovitakse liberaliseerida mõnede kohtute senist suhtumist täitmisenõudesse ning viiakse sisse uus kontseptsioon, mida tähendab *unikaalsed kaubad*. Unikaalsuse test peab arvestama kõiki lepingusse puutuvad asjaolusid. Ostja võimetus teha asendustehing on oluliseks tõenduseks, et täitmisenõue on kohane ning kui kauba haruldus tingib turuhinna puudumise, on tõenäoline, et kaasus sobib täitmisenõude kohaldamiseks.⁴⁵⁸ Koodeksi tekst ise on siiski rangem, adekvaatsustesti hülgamata jätab see täitmisenõude õiguskaitsevahendina siiski pigem erandiks.⁴⁵⁹

Siiski on kohtud hakanud andma täitmisenõuet ka liigitunnustega asja müügil, eriti kui kahju täpne hindamine ei ole võimalik. Näiteks juhul kui ostjale on tooraine tarded hädavajalikud ning kuigi võimalik põhimõtteliselt võimalik, oleks teise tarnija leidmine väga ebakindel, ebausaldusväärne või seotud eriliste raskustega. UCC § 2-716 ametliku kommentaari kohaselt on sellised situatsioonid tüüpilised ärilise täitmisenõude situatsioonid.⁴⁶⁰ Tarne- või hankelepingud, mis puudutavad erilist või eriomadustega kättesaadavat allikat või turgu, esindavad tänapäeval tüüpilist ärilise täitmisenõude olukorda. Pikaajaliste lepingute puhul on raske hinnata hilisemate aastate jooksul tekkida võivaid kahjusid.⁴⁶¹

Kaubandusseadustikud, nii Sale of Goods Act Inglismaal kui UCC USA-s laiendavad täitmisenõude andmise aluseid võrreldes traditsioonilise üldise õigusega. Omavahelises võrdluses usutakse UCC kui hilisem (1950) ja veel enam progressiivsetest ideedest mõjutatud allikas võimaldavat täitmisenõuet laiemas ulatuses kui Sale of Goods Act (1890-ndad).⁴⁶² Kuigi veel 1988 a pidas Supreme Court täitmisenõuet võimalikuks vaid ekstreemsetel juhtudel⁴⁶³, ei peeta seda üldiselt enam paikapidavaks. Ulatusliku analüüsi tulemusena järeldatakse, et kohus, selle asemel et järgida ajaloolisi piiranguid võimalike isikuõiguste rikkumiste vältimiseks arvestab enam poolte ootusi ning adekvaatsustesti tõlgendatakse paindlikumalt eesmärgiga saavutada *funktsionaalne* tulemus.⁴⁶⁴

Niisiis on Printsiipide ja VÕS järgi vastuväite esitamise õigus võlgnikul, kuid kohtud peavad vastuväite arvesse võtmisel kasutama suuresti üldise õiguse praktikat, kus vastava "vastuväite" esitamise õigus on olnud põhimõtteliselt kohtu diskretsioonialas. Kui Saksa õiguse pinnalt võib teha järelduse, et isegi kui BGB § 275 II kohaldamisel kaupade asendatavus tuleb kaudselt

⁴⁵⁸ UCC 2-713, comment 3. Farnsworth, lk 856.

⁴⁵⁹ Farnsworth (1990), lk 862.

⁴⁶⁰ ...the typical commercial specific performance situation.

⁴⁶¹ UCC 2-716, Comment 2. Farnsworth, lk 859.

⁴⁶² Bejesky, lk 393.

⁴⁶³ Bowen v. Massachusetts, 108 S. Ct. 2722, 2748 (1988), viidatud Bejesky, lk 393 kaudu.

⁴⁶⁴ Bejesky, lk 394.

arvesse, siis ei tohiks arvestada poolte õigusliku positsiooni pärast täitmise nõude (võimalikku) äralangemist⁴⁶⁵, siis Printsipiide ja VÕS seisukohalt oleks kohatu, kui õiguskaitsevahendi valikul ei arvestataks sellega, kas kahju hüvitamine ka tegelikult adekvaatselt võlausaldajat hüvitab. Eeskujuna sobib eeltoodud USA kohtute viimase aja praktika, arvestada kõiki lepinguga seotud asjaolusid ja võimalust kahju hüvis mõistlikult määrata. Eriti VÕS-i avar sõnastus "mõistlik võimalus muul viisil täitmisega taotletav tulemus saavutada" annab selliseks tõlgenduseks piisavalt ruumi.

Enne järgmise teema - isikliku iseloomuga kohustuste pinnalt esitatavate vastuväidete käsitlemise juurde liikudes on sobiv peatuda mõlemat teemat ühendaval küsimusel. Nimelt on käsunduslepingute puhul tunnustatud eelduslikult isikliku täitmise kohustus (VÕS § 622) Tähtajatu käsunduslepingu ülesütlemine (VÕS § 630 lg 2; BGB § 671 II 1. lause) ilma tagajärjeta hüvitada vastav kahju on lubatud tingimusel, et käsundiandja võib käsundi esemeks oleva teenuse saada või tehingu teha muul viisil. Siin saavad kokku ühelt poolt asendustehingu võimalikkuse kontroll käsundiandja kaitse eesmärgil ja kui isikliku iseloomuga kohustuse täitmisele mittesunnitavuse põhimõtte võlgniku kaitse eesmärgil.

3.2.4 Isikliku iseloomuga kohustuse täitmisest keeldumise õigus

Võlaõigusseadus, järgides Printsipiide vastavaid sätteid⁴⁶⁶, ei luba täitmist nõuda, kui kohustuse täitmine seisneb isikliku iseloomuga teenuse osutamises (VÕS § 108 lg 2 p 4). Müügileping kui asja üleandmisele ja omandi ülekandmisele suunatud leping ei ole isikliku iseloomuga, mistõttu ei leidu vastavat vastuväidet ka CISG regulatsioonis.

Seadus ei anna isikliku iseloomuga teenuse täpsemat definitsiooni. Normi eesmärgist võib järeldada, et isikliku iseloomuga on selline teenus, mille osutamise korral muu kui kohustatud isiku poolt oleks oluline mõju vastava teenuse sisule. Isiklikku laadi soorituskohustust ei saa delegeerida⁴⁶⁷ ja selle täitmisel on olulised konkreetse isiku ettevalmistus, võimed ja kogemused. Sedalaadi kohustus võib tuleneda ka poolte erilisest usaldus- ja konfidentsiaalsussuhtest.⁴⁶⁸ Isiklikuks teenuseks on ka teenused, mis on seotud sunniga astuda või jätkata isiklikel suhetel rajanevat võlasuhet, nt seltsingulepingust tulenevad kohustused.⁴⁶⁹

Printsipiide regulatsioon ja kommentaarid järgivad üldise õiguse traditsioone, kus lepinguid, millised kohustavad isiklikku laadi tegevuseks, peetakse täitmise nõudeks sobimatuteks.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Vt töö p 3.2.2.

⁴⁶⁶ PECL art 9:102 (c); PICC art 7.2.2 (d).

⁴⁶⁷ Samas ei pruugi keeld lepingu täitmist mitte üle anda kolmandatele isikutele olla aluseks isiklikku laadi kohustuse tekkeks, kuivõrd keeld hõlmab eelduslikult üleandmist teisele ettevõtjatele, ja mitte piirangut lasta kohustus täita oma töötajatel. Lando/Beale, lk 397; PICC art 7.2.2. komm 3. d.

⁴⁶⁸ PECL art 9:102 (c) sõnastus „põhineb isiklikel suhetel”.

⁴⁶⁹ PECL art 9:102 (c) komm G.

⁴⁷⁰ Treitel (2003), lk 1029; Treitel (1991), lk 67.

Sõltumata sellest, kas kahjuhüvitusnõue on adekvaatne õiguskaitsevahend või mitte, sel puhul on täitmisenõudest keeldumise aluseks soovimatus seda kohaldada või ebapraktilisus selle täide viimisel, mille põhjustena võib välja tuua järgmist.⁴⁷¹ Peamise probleemina nähakse asjaolu, et täitmisele sundimine viiks neil juhtudel isikuvabaduste lubamatu rikkumiseni, sundides isikut põhimõtteliselt sunnitööle. Teiseks põhjuseks on kindlasti asjaolu, et usaldussuhe on eelduslikult juba rikutud ning sunnitud teenused kaotavad kvaliteedis ning lepinguga lubatule lähedast tulemust ei ole võimalik saavutada ka mitte täitmisenõude abil. Kolmanda põhjusena selliste lepingute puhul täitmisenõude mitteandmiseks tuuakse asjaolu, et kohtul on raske hinnata, kas teenuseid osutatakse vastavalt lepingule (sisuliselt järelevalveprobleem). Nende kriteeriumite järgi tuleks hinnata, kas tegu isiklikku laadi sooritusega, mille puhul täitmisenõue ei ole kohane.⁴⁷²

Eelpool nimetatud alustel toimub täitmisenõude piiramine ka lepingute puhul, mis hõlmavad isiklike sooritusi, isegi kui need ei ole rangelt võttes isiklikku laadi teenuse osutamise lepingud. Nõnda on leitud, et leping oksjonipidajaga kunstikollektsiooni mahamüümiseks ei ole täitmisenõude kaudu jõustatav kummagi poole poolt.⁴⁷³ Kuivõrd ei ole mõeldav äritegevus ühiste eesmärkide nimel inimeste vahel, kes omavahel läbi ei saa, et anta täitmisenõuet ka nt lepingule asutada täisühing, jätkata ühist äritegevust vms.⁴⁷⁴ Nende näidete puhul on täitmisenõudest keeldumise aluseks eelkõige soovimatus hoida pooli isiklikus suhtes, kui üks pooltest on sellele vastu. Samas ei ole üldist reeglit, et täitmisenõuet ei saa rakendada teenuste osutamise lepingute puhul, täiendavalt on vajalik, et teenus oleks *olemuselt* isiklik.⁴⁷⁵

Seega väljendub isiklikku laadi lepingute puhul täitmisenõude sissenõudmise ja järelevalve teostamine problemaatilisus puhul eriti eredalt ning seda lisaks isikuõiguste kaitse seisukohast ka majanduslikus mõttes. Värvika näitena võib tuua lepingu, kus A sõlmib B-ga lepingu Hamleti mängimiseks B teatris. Lahkhelide korral ei saa A-d küll sundida Hamletit mängima, kuid sündinud vaidluse õhkkonnas on A ilmselt valmis B kiuste mängima Taani printsi „oma sõnadega“ ning kulud kontrollimaks, kas A oma mänguga on täitnud lepingulised kohustused B ees on ülemääraselt kõrged. Sellisel puhul on kahju hüvitamise nõue selgelt kohasem õiguskaitsevahend.⁴⁷⁶

Käsitletav piirang Printsipiides puudutab täitmisenõude esitamist positiivse soorituse osas. Mingist teost hoidumise kohustust saab seetõttu vabalt sundida täitma, kuid seda piirini, mil see kaudselt toimiks täitmisenõudena positiivse soorituse osas (ja vastav piirang oleks uuesti

⁴⁷¹ Nii ka Lando/Beale ja PICC art 7.2.2. komm 3. d.

⁴⁷² Farnsworth (1990), lk 868.

⁴⁷³ Hiljuti nt Young v Robson Rhodes [1999] 3 All. E.R. 524. Treitel (2003), lk 1031.

⁴⁷⁴ Treitel (2003), lk 1031.

⁴⁷⁵ Nõnda on täitmisenõue antud kohustuse osas avaldada muusikateos, ning mõnikord ka chituslepingutele. Treitel/Chitty (1989), lk 1212; Treitel (2003), lk 1032.

⁴⁷⁶ Cooter/Ulen, lk 323.

kohaldatav).⁴⁷⁷ Sama põhimõtet rakendatakse ka üldises õiguses, kus tunnustatakse negatiivse lepingutingimuse täitmisenõuet (*prohibitory injunctioni*) konkurentsikeelu funktsioonides. *Injunction* kohaldamiseks on vajalik, et isiku unikaalsete võimetega seonduv keeld sisalduks selgelt lepingus ning et keeld jätaks isikule mõistliku võimaluse muul moel elatist teenida.⁴⁷⁸ Kuid on piiripealseid juhtumeid, kus *injunction* oma eesmärgilt ja mõttelt toob kaasa täitmisenõudele sarnaseid tagajärjed, mis aga eespool toodud põhjustel ei ole soovitatavad. Kritiseerimist õiguskirjanduses ja hilisemates lahendites leiab 1937. aasta kaasus⁴⁷⁹, kus näitleja Bette Davis oli lubanud mitte töötada teise filmikompanii heaks aasta jooksul. Ta siiski tegi seda ning WB taotles keelu jõustamist, mille kohus ka rahuldas põhjendusega, et tegemist ei ole otseselt sundusega töötada WB juures, kuivõrd keelates töötamast teiste filmikompaniide heaks jääb näitlejal (teoreetiline) võimalus lepingu tähtaja jooksul (3 aastat) elatist teenida ka muul viisil kui filmides esinedes.

Kohtud üldiselt püüavad järjest enam leida sellistes lepingutes kaudse sunduse elementi ning piirata *injunction* andmist sellises olukorras.⁴⁸⁰

Saksa reformieelses lepinguõiguses tunti selliseid juhtumeid nn moraalse võimatuse juhtumitena, millised lahendati asjaolude muutmise reeglite kaudu.⁴⁸¹ Nüüdse regulatsiooni järgi võib võlgnik esitada täitmisenõudele vastuväite § 275 III⁴⁸² alusel, kui täitmine tuleks sooritada isiklikult (nt töö- või teenistuskohustused, teatud juhtudel ka töövõtu- ja käsunduslepingu järgsed kohustused⁴⁸³) ning täitmistakistust ja võlausaldaja huve kaaludes on täitmine liigselt koormav. Sellise nn isikliku võimatuse (*persönliche Unmöglichkeit*) õpikunäideteks on laulja, kelle poeg pärast esinemiseks lepingu sõlmimist raskelt haigestub⁴⁸⁴ või sõjaväekohuslane, kes teenistusse mitteilumisel peab karmi karistusega arvestama ega saa seetõttu töökohustusi täita.⁴⁸⁵

⁴⁷⁷ PECL art 9:102 (c) komm. G.

⁴⁷⁸ Lumley v. Wagner, (1852) 64 Eng. Rep. 1209; Whitwood Chemical Co. V. Hardman, [1891] 2 Ch. 416; Mortimer v. Beckett, [1920] 1 Ch. 571; viidatud Zweigert/Kötz, lk 482 kaudu; Farnsworth (1990), lk 868; Beatson, lk 639.

⁴⁷⁹ Warner Bros. v. Nelson, [1937] 1 KB 209. Elliott/Quinn, lk 257; Beatson, lk 639-40; Treitel (2003), lk 1043.

⁴⁸⁰ Nt 1968 aasta kaasuses oli popgrupp palganud hageja eksklusiivõigustega manageriks. Hiljem soovisid nad lepingut lõpetada ning manager soovis *injunction* kaudu keelata neil palgata uus manager. Kohus taotlust ei rahuldanud, kuna praktiline tulem oleks olnud, et nad oleksid pidanud palkama manageriks hageja, sest ilma poleks nad saanud töötada. Page One Records Ltd v Britton [1968] 1 W.L.R. 157. Elliott/Quinn, lk 258. Samalaadsete argumentidega keelduti *injunction*'i andmast 1989 aasta kohtuasjas⁴⁸⁰ kus tegu oli poksija ja tema manageri Warreniga, kellele oli antud eksklusiivõigused kolmeks aastaks. Selle aja jooksul kadus poksijal usaldus Warreni vastu ja ta lasi ennast nõustada Mendy'l. Warren taotles kohtult *injunction* Mendy vastu, et see ei soodustaks rikkuma tema lepingut poksijaga. Court of Appeal keeldus andmast *injunction*, sest see oleks kaudselt olnud tema ja poksija vahelise lepingu täitmisenõue.

⁴⁸¹ Zimmermann (2005), lk 48.

⁴⁸² BGB § 275 III: Der Schuldner kann die Leistung fernrer verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

⁴⁸³ Hk-BGB/*Schulze*, § 275, äärenr 23.

⁴⁸⁴ AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 275, äärenr 19; Hk-BGB/*Schulze*, § 275, äärenr 23; BT-Drucks 14/6040, lk 130; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 234, äärenr 486.

⁴⁸⁵ Hk-BGB/*Schulze*, § 275, äärenr 23; BT-Drucks 14/6040, lk 130; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, lk 234, äärenr 486.

BGB § 275 II ja III võrdlusest võib välja lugeda, et § 275 III alusel esitatav vastuväiteõigus ei sõltu sellest, kas takistava asjaolu tekkimisel on võlgnik vastutav (nt nakatas last teadlikult).⁴⁸⁶ Erinevuseks on ka see, et määrav ei ole suur ebaproportsionaalsus täitmiskulude ja -huvi vahel, vaid pelgalt täitmise koormavus võlgnikule. Seega tuleb lisaks võlausaldaja huvidele arvesse võtta ka võlgniku ees seisva takistuse ületamise kulud ja mõistlikkus (üldistatult - võlgniku huvid) nagu see muidu on kohane vaid § 313 raames. Võiks öelda, et § 275 III alla mahuvad seetõttu kõik juhud, mil isiklikku täitmist nõudva kohustuse täitmine muutub koormavamaks, muutes sätte asjaolude muutumise reeglitega võrreldes erikorraks ja rikkudes §-ga 275 II kindlaks määratud vahetegemise võimatuse (§ 275) ja asjaolude muutumise instituudil (§ 313).⁴⁸⁷ Seadusandja seletustes aga tuuakse näiteid vaid nõ isiklikku laadi takistustest ja mitte majanduslikest, millest võib järeldada, et § 275 III reserveeritakse üksnes mittemajanduslike takistuste puhuks.⁴⁸⁸ Teisalt võiksid kõik nn moraalsete takistuste juhud olla ka § 313 või hea usu põhimõtet järgides lahendatud.⁴⁸⁹ Seega jäävad mitteisiklike kohustuste osas esitatavad nii majanduslikud kui mittemajanduslikud takistused hinnatavateks § 313 raames, samas kui § 275 III jääb üksnes isiklike kohustuste mittemajanduslike takistuste pinnalt vastuväidete esitamise aluseks.⁴⁹⁰

Võlaõiguse regulatsioon, nagu ka Printsipiid on suhteliselt lakoonilised ega nõua eeldusena täitmise koormavust võlgnikule, millest võib järeldada, et kuigi sätted ise on kohaldatavad sarnastele kohustustele, on vabanemine BGB alusel siiski komplitseeritud.

3.2.5 Nõude esitamise ajalised piirangud

Võlausaldaja võib kaotada õiguse nõuda täitmist, kui ta ei esita vastavat nõuet mõistliku aja jooksul rikkumisest teada saamisest või teadma pidamisest. Et täitmine nõuab sageli spetsiaalset ettevalmistust ja kulusid võlgnikult, on vajalik viimast kaitsta ebamõistlikult hilise täitmisenõude eest, mille esitamist ta ei võinud teiselt poolelt hea usu põhimõtte kohaselt enam oodata ja mille täitmine tooks kaasa täiendavad kahjud võrreldes õigeaegselt esitatud täitmisenõude täitmisega.⁴⁹¹ Selline kaitse-eesmärk kaalub üles võlausaldaja õigused, mis täitmisenõude äralangemisel käsitletava piirangu tõttu saavad kaitstud teiste õiguskaitsevahenditega. Võlgniku pikalt ebaselgesse positsiooni jättes peaks viimane kandma võlausaldaja spekulatsioonide riski näiteks juhul, kui hiline täitmisenõue on ajendatud vastava kaubaturu soodsast arengust.⁴⁹²

⁴⁸⁶ Sellisel seisukohal nt, kuivõrd lg 3 on sihiteadlikult eraldi välja toodud, AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 275, äärenr 20; Hk-BGB/Schulze, § 275 äärenr 23.

⁴⁸⁷ Zimmermann (2005), lk 49. Sama probleemi kohta nt AnwKomm-BGB-Dauner-Lieb, § 275, äärenr 19.

⁴⁸⁸ AnwKomm-BGB-Krebs, § 313, äärenr 16.

⁴⁸⁹ Schulze/Ebers, lk 267.

⁴⁹⁰ Schulze/Ebers, lk 267.

⁴⁹¹ Hea usu põhimõtte raames vt Kull (2002), lk 192-195.

⁴⁹² PICC 2004, art 7.2.3, komm 3. e).

Esmalt võib selline tagajärg saabuda juhul kui võlausaldaja ei esita kohustuse vastavat nõuet mõistliku aja jooksul pärast seda, kui ta sai rikkumisest teada või pidi sellest teada saama (VÕS § 108 lg 3, PECL art 9:102 (3), PICC art 7.2.2(e)). Teiseks võib võlgnik ka ise astuda samme oma majandusliku ja õigusliku positsiooni täpsustamisel. Nimelt võib võlgnik määrata tähtaja, mille jooksul teine pool peab teatama täitmisenõude esitamisest (VÕS § 108 lg 4). Et anda võimalust kannatanud poolele kaaluda täitmisenõude vastavust lepingu eesmärgile ja rikkumise asjaoludele, peab nimetatud tähtaeg olema mõistliku pikkusega.

Ühel või teisel viisil määratletud tähtaja jooksul nõude esitamata jätmisel ei ole võlausaldajal hiljem õigust nõuda kohustuse täitmist, küll aga säilib õigus kasutada kõiki muid kohaseid õiguskaitsevahendeid (VÕS § 108 lg 5). Sel viisil määratletuna, ei ole tegemist aegumistähtajaga vaid õigust lõpetava e. preklusioonitähajaga. Kuigi kohus peab põhimõtteliselt sellise asjaolu omal algatusel arvesse võtma, lasub tõendamiskoormus küsimuses, kas täitmisenõue esitati ebamõistliku viivitusega, siiski võlgnikul.⁴⁹³ Sellist tõendamiskoormuse jaotust arvestades võib võlgnik jätta vastavad asjaolud välja toomata kui asjaolude muutumisel on täitmine huvipakkuv, samas kui võlausaldaja ei saa sel juhul omakorda kergekäeliselt meelt muuta valitud õiguskaitsevahendi osas viidates täitmisenõude kaotusele objektiivsete kriteeriumide järgi. Seega, kuni on täidetud VÕS § 107 tingimused, peab võlausaldaja võlgnikupoolse täitmise siiski vastu võtma.

Põhimõte korrespondeerub õigust lõpetava tähtajaga lepingust taganemise õiguse piiramisel (VÕS § 118; PECL 9:303; PICC art 7.3.2.(2)). Seega võib öelda, et täitmisenõude või taganemise, st lepingu saatust pöördeliselt määravate õiguskaitsevahendite valiku õigust piiravad võlgniku huvide kaitseks seatud absoluutsed tähtjad.

Saksa võlaõigus sellist aegumistähtsagadest sõltumatut õiguse maksmapaneku takistust üldosa normi kaudu väljendatud ei ole, kuid seda peetakse hea usu põhimõtte rakenduseks (*Verwirkung*, BGB § 242) võlausaldaja ebalojaalse käitumise takistamise eesmärgil.⁴⁹⁴ Majandustegevuse raames sõlmitud kindlaks määratud täitmise tähtajaga või tähtpäevaga müügilepingute (*Fixgeschäft*) puhul tuleb arvestada HGB § 376 (1) reegleid. Et äritehingute puhul, erinevalt BGB-st üldisest, eeldatakse lepingust taganemise ja kahju hüvitamise nõude valikut, peab täitmisenõude esitama koheselt nn absoluutse tähtaja möödumisel.⁴⁹⁵

Olulise näitena ajalise piirangu kohaldamisel on ULIS, mille kohaselt loetakse leping *ipso facto* lõppenuks olulise lepingurikkumise puhul, kui kannatanud pool ei teata mõistliku aja jooksul täitmise nõudmisest rikkumise ilmnemisel.⁴⁹⁶ Mitteolulise lepingurikkumise puhul ei

⁴⁹³ PECL art 9:102 comment I; AnwKom-BGB-*Krebs* § 242, äärenr 31.

⁴⁹⁴ Palandt/*Heinrichs*, BGB § 242.

⁴⁹⁵ Nõue teatada koheselt siis rangema sisuga kui "viivitamatult" nt BGB § 121 tähenduses. Baumbach/*Hopt/Hopt*, § 376, äärenr-d 4, 9; Treitel (1991), lk 50, Beale/*et al*, 678.

⁴⁹⁶ Vastavalt art 26 ostja ja art 62 müüja vastavate õiguste kohta.

ole poole õigus nõuda täitmist mõjutatud enne kui ta ei määratle täitmiseks täiendavat tähtaega. Teade ise ei pea sisaldama avaldust hilisema täitmise vastuvõtmisest keeldumise kohta. Samuti erineb täiendava tähtaja andmine nn Saksa versioonist selle poolest, et ka pärast selle lõppu on võimalik esitada täitmise nõue ja sellise tähtaja andmisel on pigem „tavalise“ rikkumise „oluliseks“ muutmisel, mille järel rakenduvad olulise rikkumise kohta käivad sättes, sh täitmisenõude esitamise ajaline piiramine mõistliku tähtajaga. Müüja poolt täiendava tähtaja andmine, mingid muudatusi täitmisenõude esitamise õiguse (st hinna tasumise nõudmine) osas kaasa ei too, v.a. kui müüja otsustab lepingust taganeda ning nõuda kahju hüvitamist. Et ostja kohustuseks on raha maksmine nii täitmise kui kahju hüvitamise korral, ei ole täitmise hilisem sissenõudmine ostjale niivõrd koormav kui spetsiifilise täitmise hilisem „ootamatu“ nõudmine müüjalt. Koormav võiks see olla juhul, kui müüja oleks pidanud asendustehingu kaudu kahjusid vähendama (*mitigation*–reegel), kuid sellisel juhul ei ole täitmisenõue ULIS kohaselt üldse kättesaadav. *Ipsa facto* lõppemine ei puuduta puudustega täitmise juhuseid, mistõttu on ka vastavad täitmisenõuded kättesaadavad kuni kannatanud pool lepingust ei tagane (art 43, 44 (2)).

CISG palju kritiseeritud *ipso facto* kontseptsiooni üle ei võtnud ning lubab nõuda täitmist, kuni ei ole pöördutud täitmisenõudega sobimatu õiguskaitsevahendi poole (art-d 46 (1), 62), milleks on kindlasti lepingust taganemine, kuid mitte kõikidel juhtudel kahju hüvitamise nõue. Üldises õiguses tuntakse sellist piirangut *doctrine of „laches“* nime all. Autoriteetseks allikaks on siin *Milward v Earl of Thanet*⁴⁹⁷, kus täitmisenõude hagejalt nõuti, et ta oleks „*ready, desirous, prompt and eager*“. 19. sajandi kaasustes võis mitmekuuline viivitus võtta õiguse täitmisenõudele, eriti kui sellega kaasnes kahju kostjale või oli tegemist muutuva väärtusega kaupadega.⁴⁹⁸ Kohtuotsus 1977. aastast⁴⁹⁹ pehmendab nõudeid hageja käitumisele ega takista täitmisenõude andmist üksnes põhjendusega, et selle nõudmisega viivitati. Seega ei ole selge kui pikka viivitust kohtud võiksid tänapäeval lubada, kuid täiendavate asjaolude (nt viivitusest tekkivad kahjulikud tagajärjed kostjale) puudumisel võib eeldada, et oluliseks viivituseks ei ole mõni kuu.⁵⁰⁰

Ka SGECC projektis on mittenõuetekohasest täimisest teavitamise õigeaegsusel kriitiline tähendus. Ostja kaotab õiguse tugineda lepingutingimustele mittevastavusele kui ta ei ole puudusest teatanud mõistliku aja jooksul peale seda, kui ta puudusest teada sai või teada saama pidi (art 4:302). Tarbijamüügi puhul loetakse mõistlikuks maksimaalselt kahe kuu pikkust perioodi (art 4:302 (2)). Muu kui tarbijamüügi puhul on selline kohustus ühtlasi seotud asja ülevaatamise kohustusega mõistliku aja jooksul (art 4: 301 (1)). Absoluutse tähtajana, mille

⁴⁹⁷ (1801) 5 Ves 720n. Burrows, lk 377.

⁴⁹⁸ Burrows, lk 377, koos näidetega kohtulahenditest, kus ülemääraseks viivituseks loeti ühel juhul 3,5 kuud, teisel juhul 5 kuud.

⁴⁹⁹ Lazard Bros & Co Ltd v Fairfield Properties Co (Mayfair) Ltd (1977) 121 Sol Jo 793. Burrows, lk 378.

⁵⁰⁰ Burrowsi arvates võiks kehtestada aegumistähtaaja, Burrows, lk 378.

jooksul ostja peab asja lepingutingimustele mittevastavusest teatama, kehtestab projekt kaks aastat alates asja üleandmisest ostjale (art 4:302 (3)), seda välja arvatud puuduste osas, mis väljenduvad kolmanda isiku õigustena asja suhtes.

Niisamuti kaotab ostja VÕS § 222 lg 6 kohaselt õiguse nõuda müüjalt asja parandamist või asendamist, kui ta ei nõua seda müüjalt üheaegselt teatega asja lepingutingimustele mittevastavuse kohta või mõistliku aja jooksul pärast teate esitamist, välja arvatud juhul, kui müüja käitumine on vastuolus hea usu põhimõttega. Sätet ei kohaldata tarbijalemüügi suhtes.⁵⁰¹

Selle õigustus sõltumatult aegumistähtaegadest on mõnevõrra problemaatiline. Lisada tuleb veel seosed asja/töö puudustest teatamise tähtajad, ülevaatamise tähtajad ja lõpuks tähtajad, mille jooksul ilmnenu puudused loetakse müüja/töövõtja vastutusalasse. Kõigi nimetatud piirangute ühine analüüs ei ole käesoleva töö eesmärgiks, mistõttu tuleb siin märkida vaid järgmist. Üldiselt tunnustavad nii tsiviil- kui üldise õiguse maad täitmisenõude esitamise ajalist piiramist mõistliku tähtajaga selle esitamiseks. Mõneti puudutab küsimus õiguste kuritarvitamist üldiselt, kuid esmajoonel lubab teenida efektiivsuskaalutlusi kulude kokkuhoiu kaudu. Siin on õigustatud võlgniku huvide eelistamine, kuivõrd "pall" on võlausaldaja väravas otsustamiseks kogu tehingu saatus. Omakorda kaitseb, erinevalt nt TsÜSi aegumistähtaja kulgemise alguse regulatsioonist, siin käsitletud tähtaja kulgemise alguse seostamine rikkumisest teada saamise või teada saamise pidamisega võlausaldajat.

3.2.6 Piirangute kohaldatavus parandamise või asendamise nõudele

Tunnustades küll rikkumise mõiste ühtsust nii mittetäitmise kui mittenõuetekohase täitmise osas (nii PECL, PICC, VÕS kui reformitud BGB) ja täitmisenõude ühtsust nii mittetäitmise kui mittenõuetekohase täitmise puhuks, on oluline välja tuua siiski mõningad erisused täitmisenõude kohaldamise osas, kui rikkumine seisneb lepingu mittenõuetekohases täitmisel.⁵⁰² Eelkõige on küsimus täitmisenõudest õiguskaitsevahendina asja või töö lepingule mittevastavuse puhul.

Võlaõigusseaduse § 108 lg 6 kohaselt hõlmab õigus nõuda kohustuse täitmist ka võlausaldaja õiguse nõuda mittekohase täitmise parandamist, asendamist või muul viisil heastamist, kuivõrd seda võib *võlgnikult mõistlikult oodata*. Selline üldine sõnastus tõstatab küsimuse, kas ja kuivõrd on § 108 ülejäänud lõigetes kehtestatud piirangud ja õiguslikud järeloomid kohaldatavad täitmisenõudele parandamise ja asendamise vormis. Võiks öelda, et kuivõrd parandamise või asendamisega täidetakse mitterahaline kohustus (eelkõige) üle anda *puudusteta* asi, siis kuuluvad kohaldamisele § 108 lg 2 nimetatud piirangud ka parandamise ja asendamise nõudele kui sama paragrahvi lõike 6 tähenduses ühele täitmise vormile. Sellise tõlgenduse juures tekitab aga küsitavuse, kas lõike 6 määratlusel „kuivõrd seda saab võlgnikult

⁵⁰¹ Samad põhimõtted töövõtulepingu puhul, VÕS § 646 lg 6, 7.

⁵⁰² Töö mahu piiratud tõttu tulevad arutusele siiski vaid üksikküsimused.

mõistlikult oodata” on sisuliselt lisada midagi juba lg 2 kohaselt täitmisenõudele kehtivatele piirangutele, või vastupidi?

Omaette probleemne on ka selgitada, mil määral asendab spetsiifiline eriosa regulatsioon, eelkõige § 222 müügi- ja § 646 töövõtulepingute osas, üldosa § 108 regulatsiooni. Kirjanduses on avaldatud seisukoht, mille kohaselt on vastavalt VÕS § 222 ja § 646 üldosa mittenõuetekohase täitmise puhuks lepingu täitmise nõude ammendavaks regulatsiooniks, mistõttu ei tule VÕS § 108 selle kõrval üleüldse kohaldamisele.⁵⁰³ Sama väljaande teise autori arvates on § 108 lg 2 p 2 kohaldatav ka parandamise ja asendamise nõuetele.⁵⁰⁴ Sellest võib järeldada toetust vastupidisele seisukohale, mille kohaselt on parandamise ja asendamise osas kohaldatavad põhimõtteliselt kõik § 108 piirangud, mida omakorda erinormidega mõnes küsimuses täpsustatakse.

PICC art 7.2.3⁵⁰⁵ kohaselt hõlmab õigus nõuda täitmist ka õigust mittenõuetekohase täitmise heastamisele parandamise või asendamise kaudu. Vastavalt kohalduvad artiklid 7.2.1-7.2.2., st piirangud täitmisenõudele üldises korras. Sama põhimõte järeldub PECL artiklist 9:102 (1)⁵⁰⁶ ja vastava artikli kommentaaridest.⁵⁰⁷

Ostja õigused CISG art 46 alusel võib jagada kolme kategooriasse (vastavalt ka lõigete numbrid): 1) õigus nõuda täitmist; 2) õigus nõuda kaupade asendamist; 3) õigus nõuda parandamist. CISG koostamisel ei pööratud tähelepanu olukorrale, kui asja puudus on õiguslik, mistõttu on art 46 (2) ja sellest tulenev piirang kohaldatav vaid füüsiliste puuduste osas. Õigusliku puuduse osas on õigus nõuda puuduse kõrvaldamist vastavalt art 46 (1).⁵⁰⁸ Art lõigete 2 ja 3, st asendamise ja parandamise regulatsiooni peetakse koos „tavalise” täitmisenõudega ühtseks täitmise nõudeks, kuigi aluste poolest eraldi reguleeritud.

Tarbijadirektiiv preambula p 6 kohaselt “tarbijate põhilised raskused ning müüjatega ettetulevate vaidluste peamised põhjused tulenevad sellest, et kaup ei vasta lepingule;/.../”, mistõttu ei käsitleta direktiiviga mittetäitmise vormis toimuva rikkumise järgseid õiguskaitsevahendeid (jättes need siseriikliku õiguse valdkonda), küll aga tarbija õigusi juhul kui kaup ei vasta lepingutingimustele. Õigus asja parandamisele või asendamisele on sealjuures direktiivi kandvaks põhimõtteks.

⁵⁰³ Lepingud/Käerdi, lk 329, 679.

⁵⁰⁴ Kommentaar VÕS § 108 lg 2 p 2 kohaldamise kohta: “Nüüsguseks ebamõistlikuks kuluks võib olla näiteks olukord, kus asja parandamise kulud ületavad mitmekordselt sama asja omandamise kulud. /.../ Ebamõistlikult koormav võib olla nt mittetöötava seadme remontimise nõue, kui müüjal puuduvad selleks vahendid ja tööjõud ning selle hankimine tooks kaasa ebamõistlikke kulutusi. Lepingud/Kull, lk 114.

⁵⁰⁵ Repair and replacement of defective performance: The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly.

⁵⁰⁶ Non-Monetary Obligations (1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.

⁵⁰⁷ Lando/Beale, art 9:102, kommentaar C, lk 394.

⁵⁰⁸ CISG/Huber, art 46, äärenr 27-28.

SGECC Projektide kohaselt on müügilepingu rikkumise puhul üldiselt kohaldatav PECL vastav regulatsioon (8. ja 9. jagu). Seevastu vastavalt artiklile 4:201 (1) a) võib ostja nõuda mittenõuetekohase täitmise heastamist (*is entitled to have remedied*) parandamisega, asendamisega või muul viisil vastavalt eriosa artiklites 4:202 - 4:204 sätestatule, mis sel juhul kohalduvad PECL art 8:104 ja 9. peatüki, 1. jaotuse asemel. Teiste õiguskaitsevahendite osas jäävad üldsätetena kohaldatavaks PECL vastavad sätted.⁵⁰⁹

BGB reformi üheks suuremaks ülesandeks oli ka asja või töö lepingule mittevastavusega seotud nõuded ühildada üldise rikkumise regulatsiooni alla. Süsteemselt ei tohiks tunnustada erilisi sekundaarnõudeid, vaid iga mittenõuetekohane täitmine võib olla kvalifitseeritav puudusteta täitmisega viivitamisena või puudusteta täitmise võimatusena. Kui puudust ei ole võimalik kõrvaldada, on tegemist osalise võimatusega kvaliteedi osas.⁵¹⁰ Seega, juhul kui rikkumine seisneb lepingu mittenõuetekohases täitmisel, viitavad müügilepingu osas BGB § 437 ja töövõtulepingu osas § 634 üldosa õiguskaitsevahenditele, teiste hulgas täitmisnõudele (*Nacherfüllung*) parandamise või asendamise vormis eriosas sätestatud erisustega (vastavalt §-d 439, 635).⁵¹¹ Saksa dogmaatika kohaselt on §-de 439 ja 635 kaudu reguleeritud täitmisnõude puhul on tegemist esmase nõude, mis nt müügilepingu puhul tuleneb müüja põhikohustustest müügilepingu definitsiooni alusel §-st 433 I, modifikatsiooniga.⁵¹² Nii müügi- kui töövõtulepingute puhul on müüjal/töövõtjal kasutada üldosa § 275 tulenevad vastuväited täitmisnõudele. Lisaks neile piirangutele, ei saa täitmist nõuda § 439 III ja 635 III kohaselt ka juhul, kui täiendav täitmine on võimalik vaid ebamõistlike kuludega.

Näitena nõ täiendava täitmisnõue regulatsiooni problemaatilisusest vaatleme asendamise või parandamise nõudele võimatuse vastuväite esitamise võimalust. Parandamine on võimatu, kui tehniliselt ei ole võimalik puudust kõrvaldada. Tegemist peab olema objektiivse võimatusega, st küsimus ei ole selles, kas konkreetne müüja ise suudaks asja parandada olemasolevate võimaluste juures. Asendus ei ole võimalik spetsiifiliste kaupade puhul, kuid ka liigitunnusega asjade müügi puhul võib asendamine osutada võimatuks kui vastava liigi allikas on ammendunud.

Projekti art 4:202 (1), mis kohaldub PECL 9:102 (2) (a) asemel, kohaselt on ostjal õigus lasta asi tasuta asendada või parandada tingimustel, et see pole võimatu ega ebaseaduslik. Võimatuse vastuväide on eriosas sätestatud samuti Projekti ehituslepingute jaoks art 209 (1) (a) näol, mis sellega dubleerib samuti kohalduvat PECL 9:102 (2) (a)) vastavat piirangut

⁵⁰⁹ 2003. a. versioonis PECL ptk 9 kohaldamise välistus puudus.

⁵¹⁰ Lorenz, lk 40. BT-Drucks 14/6040, lk 94.

⁵¹¹ Schlechtriem (2002).

⁵¹² Staudinger/Eckpfeiler/*Beckmann*, lk 535; CISG 2005/*Müller-Chen*, Art 28, äärenr 10. Rõhutades erinevust kohtuliku õiguskaitsevahendi specific performance ja Saksa ning Prantsuse traditsioonil põhineva „õigus nõuda täitmist”, mis tuleneb otse seadusest vahel.

mitterahalise kohustuse täitmise nõudmisele. Ka Tarbijadirektiivi art 3 (3) piirab tarbija vastava nõude sõnaselgelt juhuks kui sel viisil täitmine on võimatu.

BGB järgi kohalduvad ka täiendava täitmise puhul vastuväidetena üldosa § 275, mistõttu eriosa vastavates sätetes (§ 439, § 635) kordus võimatuse vastuväite osas puudub.⁵¹³ Siiski pole kahtlust, et ostja ei saa täitmist nõuda kui, mõlemad täiendava täitmise viisid on võimatud § 275 I tähenduses⁵¹⁴ – nt ei saa võltsitud Mona Lisa maali müüja mõistlikult asendada (subjektiivne võimatus) ega ka parandada (objektiivselt võimatu).⁵¹⁵ Kui täitmine ei ole võimalik ühes vormis, on täitmisenõue piiratud selles ulatuses (§ 275 I sõnastus „niivõrd kui..”) ja ostja valik on piiratud teise täiendava täitmise viisiga. Näiteks ei ole kasutatud autol ilmnenud puuduste osas võimalik nõuetekohast täitmist saavutada asendamisega, kuivõrd on tegemist individuaaltunnustega asjaga, küll aga asja parandamisega.⁵¹⁶

CISG ei tee võimatuse vastuväite kohta sõnaselget viidet ka parandamise või asendamise nõuete osas. Küll aga art 46 (3) puhul loetakse, et parandamise ebamõistlikkus on ilmne ka juhtudel, kui parandamine on võimatu.⁵¹⁷ Ka spetsiaalse piiranguta on CISGi kontekstis eelõeldu pinnalt selge, et asendamist ei ole õigust nõuda, kui vastavalt asja omadustele on asendamine võimatu, st puuduvad samaliigilised asjad.⁵¹⁸

VÕS-i puhul saab probleemideta tugineda müügilepingute puhul saab selgelt tarbijadirektiivist inspireeritud VÕS § 222 lg 1 1. lause sõnastusele „võib /.../nõuda /.../ kui see on võimalik /.../“. Tarbijadirektiivi puhul aga peab silmas pidama, et sellel puudub nõ üldosa ja selles sisalduv regulatsioon peab olema ammendav, mistõttu on ka võimatuse äramärgimine korrektne. Samast direktiivist juhindunud Saksa õigus selgelt viidanud üldosa põhimõte kohaldumisele ega asenda seda võimatuse küsimuses eriregulatsiooniga. Kas sama loogikat tuleks kasutada VÕS töövõtulepingute puhul, kus täiendava täitmise kriteeriume (muus osas valdavalt sarnaselt § 222 sõnastusele) käsitlev § 646 lg 1 võimatuse vastuväidet ei määratle? Kirjanduses seda järeldust toetatakse: lepingu täitmise nõue on välistatud, kui töö parandamine või uue töö tegemine (ehk: töövõtulepingus ettenähtud tulemuse saavutamine) on objektiivselt võimatu.⁵¹⁹ Väite aluseks võib olla ka § 646 mõte, mille kohaselt ilmselt võimatu täitmine on seotud ebamõistlike kuludega ja juba sel alusel nõudena tagasi lükatav. Kokkuvõttes tekitab küsimusi võlaõigusseaduse süsteemsus ja järjekindlus, kuid selgineb ühtlasi arusaam, et § 108

⁵¹³ Müügilepingu kohta nt Palandt/*Putzo*, § 439, äärenr 15; Brox/Walker (BS, 2005), lk 49., äärenr 43. Töövõtulepingu kohta nt Palandt/*Sprau*, § 635, äärenr 8; Brox/Walker (BS, 2005), lk 280, äärenr 16.

⁵¹⁴ Wenzel/ *et al*, lk 66.

⁵¹⁵ Brox/Walker (BS, 2005), lk 49, äärenr 43.

⁵¹⁶ Wenzel/ *et al*, lk 63.

⁵¹⁷ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 28, äärenr 15.

⁵¹⁸ CISG 2005/*Müller-Chen*, art 46, äärenr 18.

⁵¹⁹ Lepingud/*Käerdi*, lk 679.

täielik välistamine ei ole kohane – küsimustes, milles eriregulatsioon puudub, peab olema võimalik lahendus leida.

Kui juba sellise lihtsa ja enesestmõistetava aluse põhistamisel nagu võimatus põrkume eeltoodud struktuuralsele probleemidele, on veel enam huvitavaks küsimuseks, kas käsitletavate nõuete puhul tuleb vastuväitena kõne alla *võimalus saada soovitud tulemus muul viisil või teisest allikast*. Kui üldiselt Projektide puhul tuli PECL-i sätted üldosana kohaldamisele, siis PECL art 9:102 (2)(d) kohaldumine st vastuväide, et võlausaldaja saaks mõistlikult saavutada kohustuse täitmisega taotletava tulemuse muul viisil, välistatakse.⁵²⁰ Kuigi müügilepingute projektis välistatakse viimase kättesaadava versiooni kohaselt PECL 9. jao sätete kohaldamine, siis peetakse mitmeti tõlgendamise võimaluse välistamiseks vajalikuks art 4:202 (3) kaudu sõnaselgelt keelata müüjal asja puuduse heastamisest pelgalt seetõttu, et ostjal oleks võimalik saada heastamist (parandamist, asendamist) muul viisil (teisest allikast). Varasemas versioonis⁵²¹, mille kohaselt PECL 9. ptk üldiselt oli kohaldatav, esines sama keeld analoogselt töövõtulepingu projekti sõnastusele, konkreetse viitega PECL artiklile 9:102 (d). Selline piirang täitmishõudele leitakse⁵²² olevat vastuolus Tarbijamüügidirektiiviga, kuivõrd enamuse müügilepingute puhul oleks ostjal võimalik lasta asi parandada või asendada *muul viisil*, mis muudaks vastavad õiguskaitsevahendid sisutuks. Mõistetamatu on siiski sellise piirangu välistamine ka väljaspool tarbijamüügilepinguid, arvestades PECL Art 9:102 eesmärki, mille kohta kommentaarides rõhutatakse, et olgugi, et ostja võib põhimõtteliselt täitmist nõuda hagimenetluses, siis mõistlik on, et ostja kasutaks alternatiivseid õiguskaitsevahendeid nagu hinna alandamine või lepingust taganemine püüdes vältida mõlemale poolele koormavat kohtumenetlust. Siiski tõdetakse, et puuduse heastamine oleks soovitav ja projekti vastava sätte teksti kaudu ka õiguslikult toetatud. Nähtavalt on selles küsimuses toimunud Tarbijadirektiivist mõjutatud muutusi - PECL olemasolevad kommentaarid toovad lepingule mittevastava asja puuduse kõrvaldamise nõudele võimaliku esitatava vastuväite näitena just art 9:102 (d) toodud piirangu.⁵²³

Võlaõigusseaduse raames sõltub tulemus esmalt vastusest küsimusele, kas § 222 ja 646 regulatsioon on täitmise nõude osas ammendav, mistõttu § 108 ei tule üldse kohaldamisele või saab lisaks eriosa regulatsioonile esitada vastuväiteid § 108 lg 2 pinnalt. Viimasel juhul saab väita, et ka § 108 lg 2 p 3 vastuväide on kasutatav. Samas tuleks sisustada „mõistlik võimalus“ küllaltki rangelt, st vastavalt konkreetse ostja jaoks mõistlikusse hindamise kaudu. Kui § 108 lg 2 vastuväited kohaldamisele ei tule, peaks andma hinnangu § 222 lg 1 sõnastuses sisalduvale

⁵²⁰ Art 209 (2); art 310 (1) 2. lause.

⁵²¹ Helsinki draft 12, May 2003.

⁵²² Comment C; Art 402, Helsinki draft.

⁵²³ Lando/Beale, art 9:102 komm C, näide 2.

klauslile võtta müüjal kulude ebamõistlikkus hindamisel arvesse muu hulgas *ostja võimalust saada lepingutingimustele vastav asi oluliste ebamugavusteta mujalt*. Tundub, et säte sellisena on kõigest ebaõnnestunud tõlge Tarbijadirektiivi tekstist⁵²⁴ ja mis veel problemaatilisem, ka selle eelpoolkäsitletud mõttest. Konflikti leevendamiseks tuleks kasutada tõlgendust, mille kohaselt kui selline *võimalus puudub*, peab müüja olema valmis kandma suhteliselt suuremaid täiendava täitmise kulusid. Siiski ei asenda see puuduvat parandamise ja asendusnõude vahelise valikukriteeriumi puudumist võrreldes Tarbijadirektiiviga. Väljaspool tarbijalemüüki ei oma kriteerium määravat tähendust. Problemaatiline on küll asjaolu, et võlgniku arvel parandamise õigus säilib vaid juhul (§ 222 lg 5), kui täitmise nõue ise oli õigustatud. Seetõttu on nonsenss, et täitmisenõude õigustatust kontrollitakse sellesama võlgniku arvel parandamise võimaluse kättesaadavuse kaudu. Teisiti öeldes, kui teine remonditöökoda asub kõrvalmajas, ei oleks ostja asja parandamise nõue ilmselt õigustatud, mistõttu ei ole müüja keeldumine õigustamatu lg 5 mõttes ega anna alust sellest lõikest tuleneva ostja õiguse rakendamiseks. Ostja õiguskaitsevahendiks jääb kahju hüvitamise nõue, mis, tõsi annab kulutuste hüvitamise nõudega lähedase tulemuse.⁵²⁵

Eeltoodu, nagu öeldud, oli vaid täitmise parandamise ja asendamise üksiküsimused struktuuriliste probleemide illustreerimiseks. Niisiis ei ole probleemiks mitte ainult kohustuse liik või vastutus, vaid ka rikkumise olemus. Viimane aga sõltub nii või teisiti omakorda kohustuse olemusest ja vastutusest, mistõttu ei saa nimetatud asjaolusid käsitleda eraldiseisvate küsimustena jätmata kogu lepingu eesmärgi tähelepanuta. Millest omakorda järeldus, et liigne abstraktsus esitab tõelise väljakutse lepingu eesmärgi järgimisel, mistõttu saab üha enam mõistetakse nt Skandinaavia müügilepingute regulatsiooni suhtelise iseseisvuse põhjendatus.

3.3 Piirangud rahalise kohustuse täitmisenõudele

3.3.1 Üldine põhimõte

Üldise põhimõttena võib rahalise kohustuse täitmist nõuda, kui kohustus on sissenõutav, kuid kohustatud pool ei ole kohustust täitnud. Vastavalt on nõue reguleeritud VÕS § 108 lg 1, PECL 9:101 (1), PICC 7.2.1., CISG art 62. Rahalise kohustuse kui liigitunnusega asja (st rahasumma) muretsemise kohustuse puhul ei saa rääkida täitmise võimatusest.⁵²⁶

Meenutame, et üldise õiguse mõistes ei ole tegemist täitmisenõudega *specific performance* tähenduses. Samuti ei ole tegemist Prantsuse õiguses *exécution en nature* alla kuuluva nõudega,

⁵²⁴ Art 3: /.../ õiguskaitsevahendi võib lugeda eaproportsionaalseks, kui sellega seoses tekivad müüjale kulud, mis on põhjendamatud võrreldes alternatiivse õiguskaitsevahendiga, võttes arvesse järgmisi asjaolusid - väärtus, mis kaubal oleks juhul, kui lepingule mittevastavust ei esineks, mittevastavuse olulisust ning asjaolu, kas alternatiivne õiguskaitsevahend on täidetav ilma märkimisväärtete ebamugavusteta tarbijale.

⁵²⁵ Täitmisest võlgniku arvel vt ka töö p 4.2.

⁵²⁶ Palandt/*Heinrichs*, § 275, äärenr 3. AnwKomm-BGB-*Dauner-Lieb*, § 275, äärenr 22-24; Brox/Walker (AS, 2004), § 22, äärenr 8, lk 207.

vaid nõudega kokkulepitud rahasumma maksmiseks.⁵²⁷ BGB kontekstis tuleneb nõue võlasuhtest endast § 241 ja vastava lepingu põhikohustusest.

Rahalise kohustuse täitmisele sundimine tehniliselt raskusi ei valmista. Esmalt on nõue ise piisavalt määratletud lepingu hinna kaudu, rahalise kohustuse näol on tegemist kohustusega anda üle asendatav asi ja nõude täitmisel ei riivata isikuvabadust, nagu see võiks argumendina kõne alla tulla nt teenuse osutamise lepingu puhul. Rahalise kohustuse kui liigivõla puhul ei tule põhimõtteliselt kõne alla ka täitmise võimatus. Ühtlasi tähendab see, et rahalise kohustuse täitmise nõuet ei ohusta ka vastutuse küsimus - rahalise kohustuse rikkumine ei ole põhimõtteliselt kunagi vabandatav.

Rahavõlgniku vastuväitena võib tulla kõne alla lepinguliste kohustuste vahekorra muutumine ja sellega seonduv õigus leping muuta või lõpetada (mõningate modifikatsioonidega vastavalt VÕS § 97, BGB § 313, PICC 6.2.2., PECL 6:111). Eeldused vastava vastuväite kasutamiseks on küllaltki ranged.

Olulisemaks on rahalise kohustuse täitmise nõude puhul on küsimus, millal muutub selline nõue kohustus sissenõutavaks. Probleemi ei ole olukorras, kus rahalise kohustuse sissenõutavus on määratud konkreetse tähtajaga või kui see on vastastikkuse lepingu puhul tekkinud läbi täitmise – teenuse osutamise või kauba üleandmise vms. Põhimõtteliselt võib võlausaldaja omapoolse täitmise pakkumise kaudu muuta rahalise kohustuse sissenõutavaks. Küsimusele, kas seda tuleks igas olukorras lubada vastamiseks peaks abi saama järgnevalt käsitletavatest majanduslikest argumentidest.

3.3.2 Majanduslikud argumendid tasu sissenõutavuse piiramiseks

Rahavõlgnik võib tehingu vastu huvi kaotada mitmel põhjusel. Esiteks võib ilmned, et tehingu hind on ebasoodne – lepingu järgi saadav võib olla pakkumisel parematel tingimustel ja ta soovib õnnelikust juhusest kinni haarata. Teiseks võib lepingu ese olla muutunud tema jaoks väärtusetuks ning olukorda saab nimetada õnnetuks juhuseks.

Sellise olukorra lahendus sisaldub töövõtulepingu jaoks § 655, mille kohaselt võib tellija lepingu igal ajal üles öelda § 655, hüvitades teisele poolele täitmishuvi. Majandusliku mõttekuse jaoks on vajalik, et hüvitatav töövõtja täitmishuvi oleks väiksem, kui sellega ärahoitav kahju tellijale. Samuti on käsundiandjal reeglina käsundusleping kuni käsundi täitmiseni § 630. Analooget ülesütlemis- või taganemisõigust me ei näe aga müügiõiguse puhul. Miks peaks tellijat kaitsma rohkem kui ostjat mõttetuks muutunud asja omandamise eest?

⁵²⁷ CISG 2005, art 62, äärenr 9.

Vastavalt sellele, millist laadi asjadega on tegemist ja millises järgus on täitmine tootja või müüja poolt, on võimalik määrata kriteeriumid efektiivseks valikuks täitmishõude või kahjude hüvitamise vahel.

Esmalt vaatleme juhust, mil juba toodetud või hangitud kaubad on vabalt edasi müüdavad - st asendusmüük on võimalik mõistlikel tingimustel ja selline müük ei oleks müüjale oluliselt koormav ega kulukas. Sel juhul oleks kulusid kokku hoidvaks ja seetõttu efektiivseks käitumiseks lasta müüjal korraldada edasimüük, selle asemel et tarnida need ostjale, kelle jaoks need on kasutud. Ostjal tuleks kanda suhteliselt suuremad tehingukulud uue ostja leidmisel arvestades tema vähest kogemust vastava kaubaturu müügipoleel, samuti kui on ebamõistlik saata kaubad esiteks ostjale, kes omakorda peab korraldama transpordi uue ostjani, kandes sellega põhjendamatuid lisakulusid. Sõltumata sellest, kas müüja teostab asendusmüügi või mitte, hüvitatakse talle kahju esialgse tehingu hinna ja asendustehingu või turuhinna vahe ulatuses. Kui aga sarnased kaubad on juba ostja valduses, siis toetab efektiivsusargument õigust nõuda täitmist, kuivõrd selles olukorras ei ole võimalik tehingukulud enam säästa.⁵²⁸

Teiseks võib eristada juhust, mil juba toodetud kaubad ole turustatavad. Sel juhul ei ole võimalik kahju edasimüügiga vähendada ning reeglina peab müüjal olema õigus nõuda kokkulepitud hinna tasumist.

Kokkuvõttes on ebamõistlik sundida ostjat vastu võtma kaupu, kui veel on võimalik kasutat tootmist ja sellega seonduvate kulutuste tegemist peatada. Müüja huvi on selgelt ainult finantsiline ja adekvaatseks õiguskaitsevahendiks kahjude hüvitamine kokkulepitud hinna ja kokkuhoiutud kulutuste vahena. Tuleb siiski arvestada, et alati ei ole võimalik tootmise püsikuludelt oluliselt kokku hoida või loobuda lepingutest kolmandate isikutega, mistõttu on siin poolte omavaheline kommunikatsioon efektiivsuskriteeriumit järgiva otsuse tegemiseks kriitilise tähendusega.

Kahjude hüvitamise puhul on reeglits, et kannatanu, kuigi õigustatud saada oma ootushuvi kohast hüvitist, on samas kohustatud vähendama kahjusid niivõrd kui see on mõistlikult võimalik. Selline nõue omakorda ajendab võlausaldajat tegema vaid efektiivseid nõusalduskulutusi. Kui aga täitmishõude puhul ei ole võlausaldaja kohustuseks kahjude vähendamine, siis ei saa seda pidada sama efektiivseks kui kahju hüvitamise nõuet. Olgu tegemist näiteks selliste kiirestirikneva kauba müügiga nagu seda on tomatid. B on lubanud osta 1000 t värskeid tomateid S-lt, kes on hulgikaupmees, hinnaga \$10 tonn. S saaks tehingu pealt kasumit \$2000. S hangib kauba oma tarnijalt, kuid restoranipidaja B finantsolukord on lepingu sõlmimise järgselt muutunud (nn õnnetu juhul) ning ta teatab kavatsusest lepingut rikkuda. Kui kaitsevahendina tuleks kohaldamisele kahjude hüvitamine, oleks S õigustatud saada oma

⁵²⁸ Üldiselt nt Posner R. A., lk 131-132.

ootushuvi kohaselt \$2000 pluss võimalikud kulud, mida ta kandis kahjude vähendamiseks ehk tomatite müümiseks teisele ostjale. Kui aga kohaldamisele tuleks täitmisenõue, tekib oht, et S laseb tomatitel lihtsalt ära mädaneda või, mis on tõenäolisem, tema innustatus leida tomatitele uus ostja on väiksem kui see oli kahjude hüvituse puhul. Alternatiivselt võib B lasta tomatid endale tarnida, maksta \$10000 ning püüda neid siis edasi müüa. Kui B on võrreldes S-ga halvemas positsioonis müümaks tomateid edasi, siis võiks öelda, et täitmisenõue on viinud ebaefektiivse olukorrani, kus edasimüügi kohustus on pandud poolele, kellele sellega kaasnevad kõrgemad tehingukulud.

Klassikalise vastuväitena kriitikale täitmisenõude esitatakse järgmine mõttekäik. B võiks osta S käest S õiguse leping jõustada hinnaga \$2000 pluss S kulud edasimüügil. See rahuldaks S, sest ta pannakse sellega olukorda, kus ta oleks olnud, kui B oleks lepingu täitnud. Samuti oleks selline tasu võrdne summaga, mis kuuluks tasumisele kahju hüvitamise nõude korral, millega B peab niikuinii arvestama.⁵²⁹ B, kelle edasimüügi kulud on suuremad kui S omad on nüüd paremas olukorras kui ta oleks siis, kui ta oleks pidanud kauba vastu võtma. Sellise "täitmisenõude väljaostmisega" saavutatakse seega sama tulemus, kui saavutataks kahjuhüvitusnõude rakendamisega õiguskaitsevahendina. See tähendab, et isegi kahjude vähendamise kohustuse puudumisel nagu see on täitmisenõude korral on ostja poolse lepingu rikkumise puhul tulemus sama olenemata seaduse poolt etteantud õiguskaitsevahendist. Sellise elegantse Coase teoreemi rakendusega võiks rahul olla, kui mitte ei tuleks meenutada, et see kehtiv tingimustes, kui *tehingukulud B ja S vahel on madalad*. Kui tehingukulud on kõrged, tekitab vaikimisi peale surutud täitmisenõude ületamine liigseid kulusid, mistõttu ei tohiks täitmisenõue olla lubatav.

Kui seadus annab võlausaldajale valida täitmisenõude ja kahjuhüvitusnõude vahel, siis juhul kui tehingukulud on madalad ning B ja S saavutaksid kergesti teineteisemõistmise, valiks S juba algselt kahjuhüvitusnõude, kui ta seda aga ei tee, ei ole tõenäoline et ta muudaks oma seisukohta ilma täiendava hüvitiseta. Täiendava hüvitise suuruse maksimumpiir on B ja S edasimüügikulude vahe. On küsitav, kas tohiks lubada sellist väljapressimist, mis lubab võlausaldajal saada ekstra tulu võlgnikku tabanud õnnetust juhusest ning vähendada võlgniku võimalust kahjude vähendamiseks määrani, mil efektiivse lepingurikkumise olukord üldse kahtluse alla langeb. Täiendava hüvitise nõudmist tuleks käsitleda võlausaldaja oportunistliku käitumisena ning määratleda see täiendava tehingukuluna. Tulemuseks on järeldus, et seadusandja peaks olukorras kus tehingukulude suurust ei ole võimalik määratleda eelistama täitmisenõude piiramist. Madalate tehingukulude puhul, tõsi, jõuavad pooled sama efektiivsusolukorrani ka täitmisenõude kehtestamise puhul, kuid juhul, kui tehingukulud on

⁵²⁹ Cooter/Ulen, lk 322.

kõrged või suurenevad võlausaldaja oportunistliku käitumisega eelpooltoodud viisil, ei ole võimalik loodetud efektiivsusolukorrani jõuda.

Ülaltoodu näitab ilmekalt, et kohustuse olemuse määratlemise probleem⁵³⁰ ei ole kuhugi kadunud. Eristuvad olukorrad, kus soorituse eseme peab veel tootma või muul moel hankima. Sellel põhimõttel on kõrvutatavad töövõtuleping ja sellise asja müügileping, mis ei ole veel müüja käsutuses vastukaaluks pelgalt asja üleandmise kohustusele. Järgnevalt analüüsitakse, kas siintoodud argumendid on tähelepanu pälvinud ka Printsipiide ja VÕS raames.

3.3.3 Piirangud tasu sissenõutavusele

Ärimaailma jaoks on partneri tegelike võimalustega arvestamine, eeldusel, et enda positsioone ei halvendata, tavaline. Pigem tuleks nimetada ostja sellist käitumist *tellimuse tühistamiseks* ja mitte lepingu rikkumiseks. Vaadeldavate ühtlustatud reeglite hulgas on teemale regulatsiooni tasandil erandi tähelepanu pööratud PECL art-s 9:101 (2), kuid kõigi rahvusvaheliste allikate kommentaarid pööravad sellele olulist tähelepanu⁵³¹.

Esmalt väärib tähelepanu asjaolu, et CISG eelkäija ULIS toetas art 61 (2) näol põhimõtet, mille kohaselt ei saa müüja nõuda hinna tasumist, kui vastavalt tavadele on kohane ja vastavalt asjaoludele ka mõistlikult võimalik müüjal realiseerida kaubad kolmandale isikule. Sätte kohaldamise tagajärjeks oli lepingust taganemine *ipso facto* ja müüja õiguskaitsevahendiks kahju hüvitamise. Samuti loeti müüja lepingust taganenuks *ipso facto* juhul, kui hinna tasumisega viivitamine kujutas endast olulist rikkumist ja müüja ei ole nõudnud täitmist mõistliku aja jooksul (art 62 (1) 2. lause).⁵³² Sellise lahenduse aluseks oli soov võtta kannatanud poolelt võimalus mõjutada kahjude arvestuse aluseks võetavat aega jättes lepingu kehtima ja spekulierides sel viisil rikkunud poole arvel.⁵³³

CISG koostamisel *ipso facto* lepingust taganemise tehnikat selle tagajärgede ebaselguse tõttu ei toetatud.⁵³⁴ CISG (art 62) võimaldab müüjal võimaldab esitada nõue maksta ostuhind (art 53), võtta vastu kaup (art-d 53, 60) või täita muu kohustus (nt akreditiivi avamine). Nimetatute seast problemaatilisim on kohustus kaup vastu võtta, kuivõrd see ei ole iseseisvalt jõustatav Inglise ja Ameerika kohtutes, oleks jõustatav Saksamaal, kuid ei oma seal ostuhinna tasumise nõude kõrval iseseisvat tähendust. Sveitsi ja Austria õiguse kohaselt on tegemist aga pelgalt kõrvalkohustusega, mille iseseisvat sissenõutavust eitatakse.⁵³⁵

⁵³⁰ Vt töö p 1.2.

⁵³¹ Benrstein/Lookofsky (1997), lk 111-113; Lando/Beale, art-i 9:101 komm-d.

⁵³² Sama tagajärg müüja poolt täitmise nõude esitamise viivitamisel, kui ostja poolne rikkumine kujutas endast olulist lepingurikkumist (ULIS art 25, 26 (1)).

⁵³³ CISG/Hager, äärenr 2; CISG 2005, art 62, äärenr 2.

⁵³⁴ CISG 2005, art 62, äärenr 3.

⁵³⁵ CISG 2005/Müller-Chen art 28, alaviide 24.

ULIS ei näinud ette ka õigust nõuda müüjalt kaupade vastuvõtmist sellise käitumise ebapraktilisuse tõttu.⁵³⁶ Kuigi CISG art 62 annab müüjale ühes hinna tasumise nõudega õiguse nõuda täitmise vastuvõtmist, on lepingu jätkuvat kehtivust sooviva müüja praktiliseks väljundiks CISG artiklite 87 ja 88 kohane kauba hoiustamine või omaabi korras edasi müümine, kui ostja on ebamõistlikult kaua vastuvõtmisega viivitanud.⁵³⁷ Omaabi korras müük omakorda on küll sobimatu nõudega võtta vastu täitmine, kuid mitte nõudega tasuda lepingu hind – ostjal on art 88 (3) alusel õigus sel viisil edasimüügist saadud vahenditele. Praktilise tulemina saab müüja nõuda loomulikult vaid müügihinna ja edasimüügist saadud tulemi vahe.⁵³⁸

CISG-i koostamise käigus toetas USA (UCC eeskujul) kahjude vähendamise kohustuse põhimõtte kaudu hinna tasumise nõude piiramist juhtudel, kui müüjal on võimalik peatada ebamajanduslik tootmine. Üldise täitmisenõude tähtsustamise keskkonnas sellise piirangu sõnastamist ei toetatud. Üldisel ei peeta kohaseks ka laiendada art 77 sisalduvat kahjude vähendamise kohustust täitmisenõude valikuõigusele. Mõõndakse siiski, et selgete asjaoludega juhtudel oleks tootmise jätkamine ja hinna tasumise nõue vastuolus hea usu põhimõttega, mida CISG art 7 (1) kaudu toetab.⁵³⁹

Oluliseks küsimuseks kujuneb, kuivõrd mõjutab art 28 klausel hinna tasumise nõuetele. Kõigepealt ei ole selge kas hinna tasumise nõudmine kuulub üldse *specific performance* hulka või mitte.⁵⁴⁰ Vastavalt võib täiendavalt olla piiratud hinna tasumise nõude esitamine eelkõige üldise õiguse maades, kus majanduslikud kaalutlustel - eelkõige põhjusel, et müüjal on lihtsam kaupa edasi müüa - ei peeta hinna tasumise nõuet sissenõutavaks, kui kaubad ei ole ostjale üle läinud (Sale of Goods Act 1979, section 49 (1)). Samadel kaalutlustel nt UCC § 2-709 (I) kohaselt ei ole õigus hinna tasumisele, kui ostja ei ole kaupu vastu võtnud ja kaupu on mõistlikult võimalik realiseerida muul viisil. Ka puudutab otsus USA võimalust tugineda eelpool käsitletud kahjude vähendamise vajaduse argumendile ebamajandusliku tootmise ja täitmisenõude piiramiseks. Schlechtriem jõuab sätte ajaloolist kujunemist ja CISGi sisemist loogikat analüüsides siiski järeldusele, et CISG art 28 kohaldub kindlasti õigusele sundida võtma vastu täitmine, aga sobivaima tõlgendusena ka nõudele hinna tasumiseks.⁵⁴¹

PICC art 7.2.1. lubab reeglina rahalise kohustuse täitmise nõuet piiranguteta. Artikli kommentaaride kohaselt võib, viitega tavade kohaldumisele lepinguliste kohustuste osas art 1.8 kaudu praktikas ette tulla erandlikke olukordi, kus nõue ei ole siiski lubatud. Seda eelkõige

⁵³⁶ CISG 2005, art 62, äärenr 4.

⁵³⁷ CISG/Hager, art 62, äärenr 4.

⁵³⁸ CISG/Hager, art 62, äärenr 5.

⁵³⁹ CISG/Hager, art 62, äärenr 14.

⁵⁴⁰ CISG/Hager, art 62, äärenr 7.

⁵⁴¹ CISG/Hager, art 62, äärenr 12. Sama CISG sekretariaadi kommentaarid artiklile 58 (hilisem art 62) p 6. Kinnitab nt 22.12. 2004 Berni kaubanduskohtu otsus, kus tasu nõude osas artikli 28 kohaldumist kontrolliti. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041222s1.html>.

juhtudel, kus kaubandustavade kohaselt on müüjal kohustus ostja poolt vastu võtmata ja tasumata kaubad edasi müüa.⁵⁴²

Lõpuks väärivad rahalise kohustuse täitmisenõude küsimuse puhul käsitlemist PECL art 9:101 toodud erandid, mis võiksid konkreetiseerida ka Eesti kontekstis võimalikke piiranguid rahalise kohustuse täitmise nõudele. Lähtekohaks on põhimõte, et võlausaldajal on õigus omapoolseks soorituseks ja tasu nõudmiseks ning seda vaatamata võlgniku soovimatusetele täitmine vastu võtta (PECL art 9:101 (2)). Sellest põhimõttest tehakse kaks erandit. Erandid puudutavad olukorda, kui rahalise kohustuse täitmine ei ole veel sissenõutav ja on selge, et võlgnik ei soovi võlausaldaja täitmist vastu võtta. Esiteks puudub täitmise nõue juhul, kui võlausaldajal oleks olnud mõistlik võimalus teostada asendustehing ilma olulise pingutuse ja kuludeta (PECL art 9:101 (2) lit a)) ja teiseks juhul, kui täitmine oleks antud olukorras ebamõistlik (PECL art 9:101 (2) lit b)).

Esimese erandi kohaldamiseks on lisaks reegli põhieeldustele, milleks on asjaolu, et võlausaldaja ei ole veel täitnud oma kohustust ja võlgniku väljendatud soovimatus täitmist saada vajalik ka, et asendustehing oleks võimalik mõistlikel tingimustel ja et selle teostamine ei tooks kaasa olulist pingutust või kulutusi. Sellised eeldused on eelkõige täidetud siis, kui müüja kaubal on kergesti ligipääsetav aktiivne turg. Kui aga müüja peaks uue ostja leidmiseks oluliselt vaeva nägema ja kulutusi tegema, või kui tehing ei ole võimalik mõistlikel tingimustel (nt lisanduvad olulised transpordikulud) ei ole erandi rakendamiseks eeldused täidetud.⁵⁴³ Oluline on märkida, et õiguspoolest ei tohiks asendustehingu kulud ületada mõistlikke ja vajalikke kulutusi, kuivõrd võivad need jääda müüjale hüvitamata. Kui erand kohaldub, on võlausaldajale kättesaadavaks õiguskaitsevahendiks lepingust taganemine ja kahju hüvitamise nõue hinna vahe või turuhinna alusel (PECL art 9:506). PECL kommentaatorid lisavad, et lisaks võib võlausaldaja teatud juhtudel kaubandustava alusel olla kohustatud asendustehingu tegemiseks.⁵⁴⁴ Selle erandiga on PECL taaselustanud ULIS Art 61 (2) põhimõtte, kuigi PECLi kommentaatorid möönavad, et CISG-i lähenemine, st sellistel juhtudel täitmisenõude üldine lubatavus, on Euroopa tsiviilõiguse maades siiski veel prevaleerivaks.⁵⁴⁵

Teine erand eristub esimesest selle poolest, et selle puhul on oluline täitmise ebamõistlikkus olukorras, kus täitmist pole veel alustatud ning võlgnik teatab, et tal puudub huvi täitmise vastu. Eelkõige puudutab olukord pikaajalisi teenuse osutamise (nt ehituslepingud) või tarnelepinguid. Erand on kohaldatav isegi juhul, kui pakutaval teenuse või kauba osas puuduks asendustehingu võimalus esimese erandi mõttes, mistõttu on oluline kriteerium, et täitmist pole veel alustatud.

⁵⁴² PICC, art 7.2.1. kommentaar.

⁵⁴³ Lando/Beale, lk 392.

⁵⁴⁴ Lando/Beale, lk 392.

⁵⁴⁵ Lando/Beale, lk 393.

Erandi aluseks olevat üldistused Inglise, Iiri ja Soti praktikast,⁵⁴⁶ kus sellistel puhkudel ei tunnustata tasu sissenõudmise õigust, kui lepingut rikkuv pool näitab, et teisel poolel puudub *õiguspärane huvi* täitmise (lõpuniviimise) vastu. Tsiviilõiguse maades on usutavasti võimalik näidata, et võlausaldaja nõue täitmisele kujutaks endast õiguse kuritarvitamist.

Näeme, et PECL erandid järgivad majanduslikku analüüsi ülal esitatud argumente juhtudel, mil kaup/teenus on olemas, kuid on võimalik säästa tehingukulusid ja teiseks juhtudel, kui mitte kellelegi kasuliku tegevuse lõpetamisega on võimalik vähendada kahjusid.

Suuremat tähelepanu siseriiklikest õiguskordadest on küsimusele pööranud üldise õiguse maad. Näitena võib tuua CISG kontekstis ülalviidatud Inglise Sale of Goods Act sec 49 (1), mis seab tasu nõudele selge põhimõtte, et see peab olema nõ välja teenitud. Ühtlasi ei ole võimalik tasu nõ vägisi ja ühiskonna üldisi majanduslikke huve järgimata välja teenida.

Niisiis võivad kaubandustavad, hea usu põhimõtte või õiguste kuritarvitamise keeld anda aluse vastuväideteks rahalise kohustuse täitmisenõudele. Kõiki neid põhimõtteid tunneme ka Eesti võlaõiguse tunnustatud põhimõtetena ning nende rakendusallana võiks näha ka viidatud piiranguid rahalise kohustuse täitmisele sundimisel. VÕS senised käsitletused selles küsimuses jäävad tagasihoidlikeks, viidates vaid mõningal täpsustamata juhul võimalusele täitmise nõuet keelata, kui see tooks kaasa tagajärje, mis ei ole hea usu põhimõttega kooskõlas.⁵⁴⁷

Esimese PECL-i poolt sõnastatud erandi rakendamise osas selget vastust anda ei ole võimalik. Müügi puhul tulevad arvesse VÕS § 208, mis järgib CISG sõnastust ja paneb müügilepingu mõiste kaudu ostjale kohustuse kaup vastu võtta, samuti kui § 214 (3), mis paneb ostuhinna tasumise kohustuse ostjale, kui asi on hävinud pärast ostja vastuvõtuviivituse sattumist. Analoogselt CISG regulatsiooniga toetavad samal ajal VÕS §-d 124 ja 125 vallasasjade hoiustamise ja müügi õigust võlausaldaja vastuvõtuviivituse korral. CISG art 88 (2) kohaselt on vastav kohustus müüjal juhul kui tegemist hoiustamise esemeks on kiiresti riknevad kaubad või on hoiukulud ebamõistlikult suured. VÕS annab sama sõnastusega § 125 lg 1 p 1-4 näol õiguse müügiks. Tähelepanu väärib siiski § 125 lg 3, mille kohaselt tekib müüjal *kohustus* asi müüa, "kui see on selgelt võlausaldaja huvides, või kui võlausaldaja teatab, et ta nõuab asja müümist." Sama paragrahvi lg 6 kohaselt arvestatakse võlausaldajale välja antavast müügitulemist maha võlgniku poolt müügiga seotud mõistlikud kulud. Kui hoiustamine täidab seega tasu nõudmise sissenõutavaks muutumise funktsiooni, siis kohustus müüa võlausaldaja huvides ning lõigetega 2 ja 4 lisatud müügi tingimused viitavad vajadusele arvestada kauba olemust ja sellele vastava turu tingimusi ning teostada asendusmüük PECL 9:101 (2) lit a) väljendatud erandi kohaldamise eeldustega sarnases olukorras. Seega, kui CISGi puhul läbi hoiustamise ja omaabi sätete kohaldamise jõutakse Schlechtriemi arvates samale *praktilisele*

⁵⁴⁶ Lando/Beale, lk 393.

⁵⁴⁷ Kull/Käerdi/Kõve, lk 219.

tulemusele, nagu ULIS art 61 (2) või PECL esimest erandit rakendades, siis VÕS § 125 lg 3 rangemat sõnastust arvestades võib järeldada, et müüjal on ostja vastuvõtuviivituse korral *seaduslik kohustus* teostada asendusmüük omaabi korras.

Olukord komplitseerub kui arvestada, et ostja "kohustus kaup vastu võtta" on mitterahaline kohustus, mille täitmise nõudmise piiranguna (erinevalt CISG-st) on käsitletav ka VÕS § 108 lg 2 p 3 vastuväide – müüja saab mõistlikult saavutada kohustuse täitmisega taotletava tulemuse muul viisil, st saab kauba mõistlikult realiseerida asendustehinguga. Kas selline piirang nõudele täitmine vastu võtta peaks piirama ka õigust panna hoiustamisega ostja olukorda, kus ta täidab selle kohustus vastu tahtmist, on küsitav. Praktilise probleemi lahendaks siiski omakorda § 125 lg 3 järgne kohustuse PECL põhimõtete järgne tõlgendamine. Kuigi, kui eitada õigust sundida kaupa vastu võtma, on müüja loomulikuks käitumiseks lepingust taganemine ja kahju hüvitamise nõue, eelduslikult VÕS § 135 alusel, kuivõrd §-s 125 sätestatud reeglite kohase müügi teostamisel asendab see lepingu täitmist ja müüjal on õigus nõuda lepingu hinda ja mõistlike kulude hüvitamist, mis omakorda tasaarvestatakse kohustusega välja anda müügitulem.

Milline ajend aga suunaks kõige enam efektiivsele käitumisele? Oletame, et tehingu hind on 100 ja asendustehingu hind 120. Sel juhul võiks öelda, et mõistliku asendustehingu võimaluse tõttu on VÕS § 108 lg 2 p 3 kohaldatav ja täitmise vastuvõtmisele ei saa sundida, müüjal on õigus taganeda lepingust ning nautida 20 %-list hinnatõusu. Omaabimüügi puhul, mis tähendab ikkagi kõigi lepingu riskide esialgse jaotuse säilitamist, peaks müüja välja andma hinnatõusu arvelt saadud kasumi ostja kasuks, jäädes ise võrreldes esialgse tehingu tulemiga tasa. Kas tuleks öelda, et VÕS § 108 lg 2 p 3 ei sekku ja hoiustamine või omaabimüük on lubatud, või on müüjal koguni kohustus teostada omaabimüük? Tõusva turu puhul müüja asendusmüügi kohustust VÕS § 125 lg 3 alusel jaatada ei saa (juhul kui ostja ise ei nõua müüki), sest tänase müügiga võetakse võimalus homseks täiendavaks kasumiks. Kas selleks on müüjal õigus, eelkõige hoiustamise ebamõistlikult suurte kulude tõttu? Sellist õigust tuleks jaatada tingimustel, kus hoiustamise ja asendustehingu võimalike kulude summa hakkab lähenema hinnatõusust loodetud kasumi, kuivõrd müüja ei pea võtma täiendavaid riske ostja suhtes. Kui ostja ise kaupa ei vaja, kuid peab valima täitmisenõude, omaabi või taganemise tagajärgede vahel, siis tuleb arvestada, et omaabi on riskide jaotuselt sarnane täitmisenõudele, kuid säästab tehingukulusid. Tõusev turg ahvatleb ostjat asja ja selle edasimüügist loodetud tulu saama, kuid efektiivsuse kriteeriumist lähtudes oleks vale lasta tekkida täiendavatel tehingukuludel. Seetõttu tuleks toetada omaabi korras müüki, st lubada hoiustamisega panna ostja nõu kaup vastu võtma – kui ostja ise vastu ei vaidle, siis ei kujuta see endast ka probleemi. Täiendavalt kohustab § 125 lg 3 alusel täitma müüjat korraldus asi müüa. Probleemiks ostja seiskohalt on siin see, kas mitte

müüjal ei teki kiusatust lepingust taganeda ning ise nautida tõusva turu hüve? Kui ostja pole oma soovimatusest leping täita teatanud, siis pelgalt kauba mitte vastuvõtmine ei ole käsitletav olulise lepingurikkumisena. Taganemisõigust tuleks jaatada pärast vastuvõtmiseks täiendava tähtaja andmist.

Teise erandiga hõlmatud olukorrad võivad potentsiaalselt tuua kaasa raskemad ebamajanduslikud tagajärjed. Samuti kui CISG-i puhul, puudub VÕS-is kahjude vähendamise kohustuse (§ 139 lg 2) ja õiguskaitsevahendi valikuõiguse vahel otsene seos. VÕS §-d 116 lg 2 p 4 ja 117 annavad täitmist ootavale poolele õiguse lepingust taganeda, kui on teatavaks saanud, et teine pool ei kavatse täita ning nõuda kahju hüvitamist. Sellise valikuõiguse kasutamine ebaefektiivsel ja teist poolt kahjustaval viisil täitmisenõude esitamisega kujutaks endast õiguste kuritarvitamist, mis aga hea usu põhimõtte kohaselt ei tohiks olla lubatav (VÕS § 6). Sellisel alusel võiks teotada VÕSi tõlgendust, mis vastaks ülalkäsitletud PECL teisele erandile.

Töövõtulepingu osas on lahendus selgem. Tellija tasu maksmise kohustuse sissenõutavus (VÕS § 637 lg-d 3-6) seondub töö valmimisega ja selle vastu võtmisega (kui see on tavaline või kokku lepitud). Töö vastuvõtmise kohustus ei ole määratletud põhikohustusena. Töö vastuvõtmise kohustust ei ole võimalik otseselt sisse nõuda, VÕS § 638 määratleb selleks nõ isetoimiva tagajärje – töö loetakse vastu võetuks kui tellija alusetult ei võta vastu valminud tööd talle selleks töövõtja poolt antud mõistlikku tähtaega. Kui tellija vastuvõtuviivitus kujutab endast olulist lepingurikkumist, saab töövõtja töövõtulepingust taganeda ning nõuda tellijalt *tehtud tööle vastava* tasu maksmist ning tasus mittesisalduvate töövõtja poolt kantud kulude hüvitamist, kui oli kokku lepitud ka töö tegemiseks vajalike kulutuste eraldi hüvitamine töövõtjale. Kui tellija vastuvõtuviivitus tekkis tellija süü tõttu (VÕS § 652 lg 3), võib tellijalt nõuda *kogu* kokkulepitud tasu maksmist, millest on maha arvatud summa, mille töövõtja hoiab kokku töövõtulepingu täitmata jäämise tõttu tegemata jäänud kulutuste näol või mille töövõtja võiks omandada oma tööjõu muuviisilisel rakendamisel. Tulemus on sama kui tellija kasutab oma ülesütlemisõigust (VÕS § 655). See toob tellijale kaasa kokkulepitud tasu maksmise kohustuse, millest on maha arvatud see, mille ta lepingu ülesütlemise tõttu kokku hoidis või mille ta omandas või oleks võinud mõistlikult omandada. Sellised tagajärjed on põhimõtteliselt sarnased VÕS § 109 rakendamisele ning on igati vastavuses eeltoodud majanduslike argumentidega.

3.4 Täitmisenõude puudumise tagajärjed

3.4.1 Hüvitise väljaandmise kohustus

Võlgnikku võib "sundida" täitma majanduslikel kaalutlustel, kui selleks vahendiks on mõjus norm, mis täitmisenõudele vastuväidete esitamisel rolli mängivad. Üheks selliseks on võlaõigusliku surrogaadi (*stellvertretendes commodum*) väljaandmise kohustus.⁵⁴⁸

Saksa õiguses juurdunud printsiibi kohaselt on õiglane, et kui täitmine on muutunud võimatuks ja võlgnik võib olla omandanud midagi selle objekti asemel, mille ta pidi tarnima – nt kindlustussumma või nõue kindlustaja või kolmanda isiku vastu, siis tuleb selline hüvitis võlausaldajale üle anda. Selline kohustus - nii vana BGB § 281 kui ka uue § 285⁵⁴⁹ järgi ei sõltu BGB süstemaatika kohaselt võlgniku süüst lepingu rikkumisel nagu see on nõutav kahju hüvitamise nõude puhul.⁵⁵⁰ Kui lisaks tuleb kõne alla kahju hüvitamine, väheneb see saadud hüvitise võrra (§ 285 II).

Vastav säte puudub mõlemates Printsiipides kui ka CISG-i tekstis. CISG-i Saksa päritolu kommentaatorid puuavad seda nende arvates puudust täita lepingu tõlgendamise või CISG art 84 II analoogia kohaldamise abil.⁵⁵¹

Vastav säte sisaldub võlaõigusseaduses, mille § 108 lg 7 kohaselt kui võlgnikult ei või õiguskaitsevahendina § 108 lg 2 alustel täitmist nõuda ja kui võlgnik saab võlgnetava kohustuse eseme asemel hüvitise või omandab sellise hüvitise maksmise nõude (hüvitisnõue), võib võlausaldaja nõuda hüvitise üleandmist või hüvitisnõude loovutamist.

Sõnastuselt sarnase BGB-s ja VÕS-s sisalduva sätte ühesugune kohaldamine ei ole võimalik. Esiteks ei küsi Saksa võlaõigus põhimõtteliselt süü ega ka vabandatavuse järele otsustamaks, millal võib kasutada nn ootushuvile suunatud õiguskaitsevahendeid.

Teoreetiliselt on VÕS kohaselt hüvise väljaandmise nõude olemasoluks vajalik, et võlgnik vastutab rikkumise eest, samas kui BGB kohaselt on see nõue võlausaldaja käsutuses võlgniku vastutusest sõltumatult. Kui järgida vastutuse, st nn garantiivastutuse ja BGB süülise vastutuse piire, siis nähtub, et kuigi VÕS vabandatavus ja selle nõ välja jätmine ei ole praktiline probleem, siis on sätte mõju osas oluline vahe. Kui võlgniku käitumine täitmise takistuse tekitamisel on mittesüüline (aga mitte veel vabandatav) on BGB järgi kohaldatav ainult nõue *stellvertretende commodum* ja mitte (veel) kahju hüvitamise nõue. VÕS kohaselt on sellises olukorras

⁵⁴⁸ Teiste näidetena VÕS § 626, § 1032.

⁵⁴⁹ BGB § 285: Herausgabe des Ersatzes (1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. (2) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

⁵⁵⁰ Medicus, lk 146, äärenr 390.

⁵⁵¹ Zimmermann (2005), lk 60-61; CISG 2005/Stoll/Gruber, art 79, äärenr 44.

võimalikud mõlemad nõuded, mis oluliselt vähendab nõu asendushüvitise väljanõude atraktiivust võrreldes kahju hüvitamisega ja esitab küsitavusi selle vajalikkuse osas.

BGB § 285 I on kohaldatav, kui täitmiskohustus on BGB § 275 I-III alusel ära langenud. Probleemiks on aga § 285 sõnastus, mille kohaselt tuleb välja anda hüvitis, „mille võlgnik on võlgnetava kohustuse eseme asemel saanud” (*für den geschuldeten Gegenstand*). Algse võimatuse korral aga ei teki võlgnetavat kohustust vastavalt §-le 275 I üldse. Arvestades § 275 lg 4 selget viidet §-le 285 ning asjaolu, et § 275 ise ei tee vahet algse või järgneva võimatuse vahel, on § 285 kohaldatava ka algse võimatuse puhul.⁵⁵² Sätet tuleks seega lugeda „... kohustuse või lubaduse esemeks ...” (*für den geschuldeten oder versprochenen Gegenstand*). Seadusandja hinnangul ei ole vastuolu lepingu kehtivusel § 311a I järgi ja § 275 I vahel, mis kohaldub ka algsele võimatusele. Nõuet esmase soorituse osas sel juhul üldse ei teki. Leitakse, et see ei sega tunnustamast lepingu kehtivust, kuivõrd sel juhul tekib leping ilma esmase soorituskohustuseta, mis on juba pikemat aega ka õigusdogmaatika poolt üldiselt tunnustatud kategooria. Sellisena on olemas ka alus tunnustada hüvitise väljaandmise nõuet, aga ka BGB § 311a II reguleeritud kahju hüvitamise nõuet „täitmise asemel”. Kahju hüvitamise nõue positiivse huvi ulatuses on siin põhjendatud mitte § 275 II alusel äralangenud soorituskohustuse asemel vaid § 311a mõttes kehtiva täitmislubaduse mittetäitmise eest. Selline aluste erinevus põhjendab ka vajadust reguleerida algne ja järgnev võimatus eraldi.⁵⁵³

Asendushüvitise nõude maksmapaneku eelduseks on ka võlgnetava kohustuse eseme konkreetsus. Seega ei kuulu kõnealuse regulatsiooni alla juhused, kus soorituse sisuks on pelgalt tegu või tegevusetus.⁵⁵⁴ Seetõttu on raske leida näidet, mil võiks täimisinõude äralangemise aluseks olla VÕS § 108 lg 2 p 4 või BGB § 275 III vastavalt.⁵⁵⁵ Seega tulevad sätte kohaldamisalana kõne alla eelkõige lepingud, mille sisuks on asja või õiguse üleandmine (müügileping, töövõtuleping).

Kolmanda eeldusena sätte kohaldamiseks on vajalik, et võlgnik oleks omandanud esemega kausaalselt seotud hüvise või hüvise nõudeõiguse, milleks on reeglina nõue kindlustussumma osas kindlustusandja või kahju hüvitamise nõue kolmanda isiku vastu. Nii varasema BGB analoogse sätte (§ 281) kui ka uue, täpsustusi mitte lisava § 285 I kommentaatorite hulgas on valitsevaks arvamuseks, et lisaks kuulub sellel alusel välja andmisele võlgnetava kohustuse eseme müügi kaudu saadud müügitulem, nn *commodum ex negotiatione*, kuivõrd kahte tehingut peetakse majanduslikult piisavalt seotuks, et väita kausaalse seose olemasolu saadud müügitulemi ja esialgse lepingu täitmise võimatuks osutumise vahel.⁵⁵⁶ Kui

⁵⁵² Lorenz, lk 51.

⁵⁵³ BT-Drucks, lk 165.

⁵⁵⁴ Hütte/*et al*, lk 301

⁵⁵⁵ Kahtlevalt ka nt AnwKom-BGB-Dauner-Lieb § 285, äärenr 4, pidades seda seadusandja eksituseks.

⁵⁵⁶ AnwKom-BGB-Dauner-Lieb § 285, äärenr 5; BGB § 285 kohta nt Hütte/*et al*, lk 301; Medicus, lk 146, äärenr 390.

individuaaltunnustega eseme osas, mille kolmandale isikule üleandmisega osutub võimatuks täita kohustus ostja ees, on võimatuse vastuväite kasutamine siin vähemalt teoreetiliselt asjakohane, siis VÕS regulatsioonile üle kandes, on küll raske ette kujutada juhust, kui täitmisenõudele vastuväite aluseks on kohustuse täitmisega taotletava tulemuse muul viisil saavutamise tulemus (VÕS § 108 lg 2 p 3) ja oleks kohaldatav ka vaadeldav hüvituskohustus. BGB sellist vastuväidet otse ei tunnista.⁵⁵⁷ Loomulikuks õiguskaitsevahendiks, kui täitmist ei saa nimetatud põhjusel nõuda, kahju hüvitamine. Sellise ebakõla saab kõrvaldada, kui uuesti täpsemalt kontrollida teist eeldust – eseme konkreetsust. Kuni liigitunnusega kaubad pole eraldatud ega valmis pandud, ei ole need kaubad selle eelduse tähenduses konkreetsed. Seega ühele kliendile müügilepingu täitmata jätmisel ei ole sellel õigus nõuda tasu, mida teine klient "samade" kaupade eest maksis.

Nõude maksmapanek, muude eelduste olemasolul, on võlausaldaja valik. Võlausaldaja peab arvestama, et väljaandmisnõude maksmapanekul peab ta täitma ka omapoolsed lepingulised kohustused.

Sätte kohasust kaasaegses lepinguõiguses tuleks hinnata läbi selle eesmärgipärasuse. Saksamaal vastavat sätet kommenteerides leitakse, et kuna võlgnik oli kohustatud nüüd kadunud, hävinud või varastatud asja üleandmiseks, ei saa ta jätta endale ka asja asendavat hüvitust.⁵⁵⁸

Vaatleme lähemalt juhust, kus täitmine osutub võimatuks (§ 275 I, VÕS § 108 lg 2 p 1). Nn mittevabatahtliku rikkumise⁵⁵⁹ puhul, kui unikaalsed kaubad on hävinud või oluliselt kahjustatud ilma võlgniku süüta, on viimasel reeglina õigus kindlustushüvitisele. Sageli tuuakse kahju hüvitamise kui õiguskaitsevahendi puudusena välja kahjude hindamise problemaatika, eriti kui oluline on subjektiivne väärtus nagu see on unikaalsete või passiivse turuga kaupade puhul.⁵⁶⁰ Toodud näite osas võib seevastu öelda, et kroonilise alakompenseerimise probleem saab just käsitletava asendushüvitise kaudu leevendust, kuivõrd on saadav hüvitis tõenäoliselt kõige täpsem peegeldus eseme tegelikust väärtusest - vastupidiselt unikaalsele kauba enda kaubeldavusele on olemas enamasti turg lepingutele nende kaupade kindlustamiseks ja eseme kindlustusväärtus on kujunenud eelduslikult läbirääkimiste käigus mitme konkureeriva kindlustusandjaga. Kahjude täpse hindamise probleem, mis muidu võib olla argumendiks täitmisenõude andmise poolt või vastu ei oma tähendust nõ mittevabatahtliku võimatuse olukorras, kus võlgnikule ega ka võlausaldajale ei jää tegelikku valikut, kas leping täita või mitte. Siiski võib ülaltoodud näite kohaselt anda just kompensatsioonimeetod ostjale piisava

⁵⁵⁷ Vt töö ptk 3.2.3.

⁵⁵⁸ Zimmermann (2005), lk 27.

⁵⁵⁹ Vt töö p 1.4.

⁵⁶⁰ Nt Cooter/Ulen, lk 244.

garantii, et ta saab adekvaatse hüvituse, kui lepingut ei ole võimalik sel põhjusel täita *in natura*. Selline eeldus aga võib saada ümber lükatud, kui tõendamist leiavad hüvitisest suuremad kahjud.

Samade argumentidega aga ei saa kompensatsioonimeetodi toetava järelduseni ei saa jõuda juhul, kui võimaliku hüvitise näol on tegemist on kahjuhüvitusnõudega kolmanda isiku vastu. Ka selle puhul tekivad kahju hindamise raskused, millele tuleks lisada probleemid täitmise võimatuse osutumisega kausaalselt soetud kahjude eristamisel sama kolmanda isiku vastu samast teost tulenevatest muudest kahjudest.

Intrigeerivam selle sätte raames aga on olukord, kus müüja, pärast müügilepingu sõlmimist võtab vastu parema pakkumise ja kannab omandi üle kolmandale isikule, tekitades vabatahtlikult olukorra, kus võimatuse vastuväite tõttu ei saa võlausaldaja täitmist nõuda. BGB alusel on vaieldav, kas sel juhul tuleks kaaluda täitmisenõude vastuväidet § 275 II alusel või tuleks täitmine lugeda absoluutselt võimatuks juba § 275 I alusel.⁵⁶¹ VÕS (ja ka Printsipiide) kohaselt tuleks siin esmalt kõne alla võimatuse vastuväide (VÕS § 108 lg 2 p 1). Potentsiaalselt võib olla tegemist *efektiivse rikkumise* olukorraga.⁵⁶² Nägime, et enamasti arvatakse väljanõutava hüvitise hulka ka tehinguga saadu, st kolmanda isiku poolt makstud ostuhind. Kui tegemist oleks turutehinguga, võiks ostja kahjude hüvitamise nõude asemel, mis baseeruks mõistlikel kulutustel samaväärse asja soetamiseks, nõuda teise tehingu hinda, mis eelduslikult on kõrgem, kui lepingu rikkumise otsustades arvestati efektiivsusprintsipi. Selline nõue ei sõltuks võlgniku süüst topeltmüügi juures ega ka sellest, kas ostjal oleks endal olnud võimalus sarnase leping sõlmida.⁵⁶³ Seega saab esialgne ostja kasu turu ajutisest tasakaalutusest, mis sundis teist ostjat pakkuma kõrgemat hinda, ning võib, oodates turu tasakaalustumist, soetada vajalikud kaubad hiljem odavamalt.

Ka unikaalse kauba puhul garanteerib hüvitise väljaandmise reegel, et tehingu(te) kogutulem on jaotatud soodsamalt esimese ostja jaoks. Reegli rakendumisel on tema positsioon lähedane täitmisenõude olemasolu ja kolmandale isikule viimase poolt pakutud kõrgema hinnaga edasimüügi olukorraga. Öeldut võiks illustreerida töö p 1.4. alustatud näite edasiarendusega.⁵⁶⁴ Vt ka Lisa 1. Olgu müüja A jaoks kinnisasja väärtus 90 000, ostja B jaoks 110 000 ning C kui kolmanda isiku jaoks 126 000. A ja B sõlmivad müügilepingu hinnaga 100 000, C teeb pakkumise hinnaga 118 000. Kokku võimalik positiivne efekt asja liikumisest A omandist C omandisse oleks 36 000. Esimesel juhul (I), kui A otsustaks mitte lepingut rikkuda ja C pakkumist vastu võtta, oleks B-l võimalik teostada edasimüük C-le ning saada kasumina

⁵⁶¹ Vt töö p 3.2.1.

⁵⁶² Vt töö p 1.4.

⁵⁶³ Medicus, lk 146, äärenr 390.

⁵⁶⁴ Vt ka Lisa 1.

makstud hinna ja edasimüügi hinna vahe, s.o. 18 000. Efektiivsuskriteeriumi kohaselt on lubatav A ja B vahelise lepingu rikkumine, kui B kompenseeritakse "nagu ta oleks saanud täitmise". Kui A otsustab, C pakkumise vastu võtta, peab ta olema valmis hüvitama B-le müügihinna ja B poolt asjale omistatud väärtuse vahe, s.o. 10 000 (II). Kui lisandub aga vaatlusalune asendushüvitise väljaandmiskohustus, tuleb A-l C pakkumise vastu võtmisel arvestada, et kahe tehingu hinna vahe, s.o. 118 000 tuleb üle anda B-le.

Sellise mudeli pinnalt võib teha järelduse, et nn kompensatsioonimehhanism säästab tehingukulusid edasimüügile ja vähendab kahjude ebaadekvaatse hindamise riski võrreldes kahjude hüvitamise kasutamisega õiguskaitsevahendina. B-l on kahjudena raske tõendada võimaliku edasimüügi hinda saamata jäänud tuluna, või arvestades, et tegemist on unikaalse kaubaga mõistlike kulutusi uue samaväärse asja soetamiseks (mis peaks ületama C poolt asjale omistatava väärtuse 126 000), mistõttu tuleb tõenäoliselt arvesse vaid tema arvestatud loodetud tulu, mis väljendus esialgses hinnangus asja väärtusele (110 000), mille pinnalt ta ka A-le hinnapakumise tegi.

Arvestades asendushüvitise väljaandmise kohustust ei teki A-l motivatsiooni C pakkumine vastu võtta, kuivõrd see ei too lisakasumit. Olgugi, et üldisele efektiivsusele võiks tulla kasuks kui A müüks otse C-le, kes asjas kõige suuremat väärtust näeb ja kompenseeriks B-d, vähendades sellega edasimüügi tehingukulusid, ei nõustu A sellega, kui temaga ei jagata kokku hoitud tehingukuludega säästetut. Näeme, et selles olukorras A tõenäoliselt täidab lepingu. Ebarahuldavaks teeb selle lahenduse asjaolu, et C-le müügi tehingukulud võivad olla tõkestavad, st A ei pruugi parema pakkumise olemasolust B-le teatada, kuivõrd tal puudub selleks motivatsioon. Turu informatsioonivahetuse arenedes, tõsi, selline risk üha väheneb. Kokkuvõttes kindlustatakse, et unikaalse kauba ostja saab asjaõiguslaadsed õigused, kuivõrd tal on õigus asjast võimalikult suurele kasule, st mitte ainult selles ulatuses, milles ta ise oli asja väärtustanud.

BGB § 275 II sõnastuse kohaselt ei pruugi täitmisenõue ära langeda, kuivõrd siinses näites A-l võib tekkida kohustus osta C-lt tagasi asi C poolt määratud hinnaga (min 126 000, motiveerivana nt 128 000), muidugi juhul, kui C selleks valmis on (IV). Lisaks on raske öelda, kas A peaks tegema nii suuri kulutusi, eelkõige, kas neid tuleks võrrelda B ootushuviga (110 000) või edasimüügi väärtusega C-le (kuni 126 000). Arvestades A õiguslikus mõttes tahtlikku käitumist lepingu rikkumisel, oletagem, et selliste pingutuste tegemine on nõutav. Sellisel juhul kujuneks A tehingu(te) tulem järgmiselt 28 000 (C-le müügi kasum 118 000-90 000) – 26 000 (A-B lepingu täitmise tulem 100 000 hind -128 000 kulud) = 0. B jaoks kujuneb kasum A-B 10 000 (110 000-100 000), ning edasimüügist C-le min 8000, kokku 18 000. C jaoks tekitatakse kunstlik turg – ostab 118 000 (kasum 8 000), müüb 128 000 (kasum 2000), ostab uuesti B-d

müügiks motiveeriva hinnaga nt 118 000 (kasum 8000), kokku tuleb 18 000. Lisaks tuleb arvestada, et tegemist on kolmekordsete tehingukuludega.

Eelöeldust järeldub, et efektiivse lepingurikkumise olukorras ei ole soovitatav seaduses kopeerida majanduslikus mõttes oportunistlikku käitumist ja tekitada mitmekordseid tehingu- ja lõpuks ka menetluskulusid nagu see BGB § 275 II range sisustamise korral juhuks (näide IV). Seega tuleb toetada efektiivset lepingurikkumist, kusjuures tagada efektiivsuse peamisi eeldusi – täielikult kompenseerida kannatanud pool. Kui liigitunnustega kaupade puhul on selle sätte kohaldamise üleüldse kaheldav⁵⁶⁵, siis unikaalse kauba puhul, millel on olemas alternatiivsed pakkumised, sõltub valik näidete I-III vahel sellest, kuidas soovitakse jaotada tehingust saadav kasu, arvestades ka asjaoluga, et täitmisele sundimine (I) tehingukulude poolest kõige ebasobivam.

Praktikas on efektiivse rikkumise saavutamiseks oluline, et võlgnik enne BGB § 275 II (VÕS § 108 lg 2 p 2) kohase vastuväite esitamist arvestaks koheselt sama paragrahvi lg 7 tuleneva asendushüvitise väljaandmiskohustusega või kahju hüvitamise kohustusega võlasaldaja valikul.

3.4.2 Kahju hüvitamise nõue

Täitmisenõude teeb atraktiivseks see, et näiliselt säästab hagejat kahjuhüvitusnõudega kaasnevatest reeglitest, mis konkreetsel juhul oleksid rakendatavad nagu kahjude vähendamise reegel, kahjude hindamise päeva määramine, karistuslike leppetrahvide reeglistik ja teised. Ka siin ilmnevad erinevused kahe käsitletava õiguskaitsevaheni vahel.

Nägime eelnevalt, et mittetäitmise puhul võlasusaldaja käsutuses olevate õiguskaitsevahendite arsenal võib iseenesest olla piisavaks stiimuliks täitmisele. Ehk teisisõnu, teiste argumentide puudumisel, peavad õiguskaitsevahendid olema kujundatud viisil, mil nad toetaksid ühiskonnale efektiivsete valikute, sh valikute, kas täita leping või mitte, tegemist individuaalsete subjektide tasandil. Üheks probleemseks näiteks selle üleande täitmisel on kahju hüvitamise piiramine ettenähtavuse printsiibi kaudu.

Võlaõigusseaduse on vastav reegel sätestatud §-s 127 lg 3. Selle kohaselt peab lepingulist kohustust rikkunud lepingupool hüvitama üksnes kahju, mida ta nägi rikkumise võimaliku tagajärjena ette või pidi ette nägema lepingu sõlmimise ajal, välja arvatud juhul, kui *kahju* tekitati tahtlikult või raske hooletuse tõttu. Võrdlusena on käsitletav PECL art 9:503, mille

⁵⁶⁵ Vt töö p 3.2.2.

kohaselt põhireegel on sama, kuid erand on sõnastatud "/.../v.a. kui *mittetäitmine* oli tahtlik või raske hooletuse tagajärg".⁵⁶⁶

Põhireeglina on tegemist nõ karistusliku dispositiivse normiga, mis peaks suunama lepingueelsele informatsioonivahetusele poolte vahel, et kindlustada optimaalsete usalduskulutuste tegemine ja õiglased tehingu hinnad.⁵⁶⁷ Kui eriomast informatsiooni ei avaldata, siis subjektid, kes kannavad tavalisest suuremat kahju lepingu rikkumisest (suuremate kasutuks osutuvate investeeringute, leppetrahvide vms näol) riskivad võimalusega mitte saada täit hüvitist. Ülemääraste usalduskulude sel viisil ohjamine on igal juhul soovitatav, kuna see hoiab ära ebaefektiivsuse ja ebaõiglase hüvede jaotuse.⁵⁶⁸

Probleemi kujutab endast aga just erand sellest sättest. PECL kommentaarid esitavad näite, mille kohaselt ei ole oluline rikkuja teadmine täiendavatest kuludest ega ka põhjust, miks pool otsustas mitte täita lepingut (nt kas oportunistlikult käitudes või majanduslikult põhjendatud kaalutlustel). Seetõttu tekib kahtlus, et nõ efektiivse rikkumise juhud kvalifitseeruvad tahtlikena ning saavad karistatud läbi kohustuse hüvitada ka ettenähtamatud (kuid siiski mõistlikud?) kulud. Sellist riski aga on raske sisse arvestada rikkumise efektiivsuse üle arvestamisel.

Kui tahtliku rikkumise juhused on üldreeglist välistatud, siis sõltub reeglga soovitud eesmärgi saavutamine küsimusest, kas rikkumised on *tavaliselt* tahtlikud või mitte. Võib öelda, et vähesed rikkumised majanduskäibes ei ole tahtlikud või seotud rikkuja raske hooletusega. Suurima erandi moodustavad rikkujast mittesõltuvad asjaolud, mis teevad täitmise võimatuks ega anna rikkujale tegelikku valikut. Mõistetavalt on ka nõ oportunistliku käitumise ilmingud käsitletavad tahtliku rikkumisena. Kui ülemäärast usalduskulu kandvad lepingupooled tuginevad teadmisele, et ka mitteettenähtavad kahjud saava tavaliselt hüvitatud läbi erandi, siis ei avalda nad enam vajalikku informatsiooni (nt kartuses kaotada sel juhul hinnaläbirääkimistes) ning ettenähtavuse printsiip ei toimi soovitud eesmärgi päraselt.

Et printsiibi efektiivust säilitada, tuleks eristada reegli kohaldumist oportunistlike rikkumiste ja majanduslikel põhjustel rikkumise puhul, mida tuleks pidada mittetahtlikeks majandusliku sunni tõttu.⁵⁶⁹ Näiteks Prantsuse CC art 1150 eristab selles kontekstis rikkumist heas usu ja rikkumist halvas usus. Halvas usus käitumine omaks laiemat tähendust kui *dol* (pettuslik käitumine), hõlmates pahatahtliku rikkumise kõrval ka hea usu puudumise olukorda, eelkõige juhul, kui rikkuv pool teadis täiendavatest kahjudest, kuid rikkus siiski.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ PECL Art 9:503: The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.

⁵⁶⁷ Posner, E.A.(2000), lk 163-169.

⁵⁶⁸ Posner, E.A.(2000), lk 163-169; Cooter/Ulen, lk 247-248.

⁵⁶⁹ Cooter/Ulen, lk 247-248.

⁵⁷⁰ Treitel (1997), lk 144-149.

Siit edasi on loogiline järeldus, et VÕS sõnastus, mis viitab tahtlikkust *kahjude* osas on vajalik edasiarendus PECL ebamäärasest sõnastusest. Võiks öelda, et VÕS mõtte kohaselt peab erandi kohaldamiseks olema tõestatud tahtlus või raske hooletus nii rikkumise kui kahjude tekitamise osas. Viimane eeldab kahjude osas teadmist või teadma pidamist; selline teadmine peab olema saabunud pärast lepingu sõlmimist, kuid enne rikkumise otsustamist. Põhimõtteliselt on oluline, et rikkumise üle otsustaja saaks võtta arvesse ka ilmnenu täiendavad kulud – teadmine nende olemasolust võtab ära võimaluse põhireeglile tugineda mistahes põhjusel rikkumise korral. On tõsi, et sellise lahenduse korral ei kohelda eraldi karmimalt oportunistlikku rikkujat ja väheneb pisut teise poole motiiv vaid optimaalsel määral usalduskulude tegemiseks, kuivõrd on võimalik kuludest teavitamisega panna teine pool kahjude osas teadmise positsiooni ka pärast lepingu sõlmimist.

Kuivõrd tegemist on õiguslikus mõttes tahtliku (kuigi majanduslikus mõttes mitte-oportunistliku) rikkumisega, siis arvestades kahjude hüvitamisel ettenähtavuse printsiibi võimalikku mittekohaldumist, tuleks hinnata hea usu vastaseks käitumiseks, kui ostja ei avalda teisele poolele oma spetsiifilised, lepingu sõlmimisel mitte-ettenähtavad kulud, võimaldamaks viimasel teha otsus lepingu rikkumiseks kõiki efektiivsust mõjutavaid aspekte arvesse.⁵⁷¹

Kokkuvõttes säilib ettenähtavuse printsiibi oodatud mõju kõige suuremal määral juhul kui erand sellest puudutab vaid pettuslikke rikkumisi või kui need on tehtud teadmise teise poole poolt tegelikult kantavatest kahjudest. Ülemääraselt lepingule tuginemist peaks tõkestama ka üldine, vaid *mõistlike* kulude hüvitamise põhimõte (VÕS § 128 lg 3).

⁵⁷¹ Vt töö p 1.4.

4 Täitmisenõude menetluslikud aspektid

4.1 Mitterahalise kohustuse sissenõudmine

Võlausaldajal on täitmisenõudest vähe kasu, kui õigussüsteem ei võimalda selle efektiivset täitmist. Järgnevalt uurime, millised meetodid on riigi käsutuses materiaalsooiguseliku täitmisenõude otsuse elluviimiseks.

Teades Saksa õiguse põhimõttelist toetust täitmisenõudele materiaalsooiguse pinnalt, on sobiv alustada Saksa tsiviilprotsessikodeksi hoolikalt erinevate kohustuste liikide järgi süstematiseeritud täitemenetluse meetmete ülevaatega, kõrvutades seda TMS vastava regulatsiooniga.

Eelkõige lähtutakse Rooma traditsioonilisest vaheteost ühelt poolt *dare* ja teiselt poolt *facere/non facere* kohustuste vahel. Esimesel juhul tuleb eelkõige arvestada ZPO §-dega 883-886. Kui tegemist on kostja valduses oleva vallasvaraga, võib täitur korraldada selle vara üleandmise õigustatud isikule. Samuti võib toimida kinnisasjade ning laevade suhtes valduse üleandmisel õigustatud isikule. Kui valduse üleandmisega on seotud ka omandi ülekandmine, loetakse vastavalt ZPO §-le 897 (1) see tagajärg saabunuks koos täituri poolt asja ülevõtmisega. Samasuguse korra näevad ette ka TMS §-d 178, 180, 181 ja 185.

Kohustuste puhul *midagi teha*, eristatakse ühelt poolt kohustusi, mida võlgnik saab teha ainult isiklikult ning teiselt poolt kohustusi, mida võlgnik ei pea tegema isiklikult. Kui täitmisenõude sisuks olev sooritus on asendatav (*vertretbar*, ZPO § 887), st mida võlgnik ei pea tegema isiklikult (nt ehitusleping, raamatu kirjastamine) on ainsaks meetodiks kreditori jaoks, et ta protsessikohtuniku loal laseb võlgniku arvel soorituse teha kolmandal isikul, kui see on mõistlikult võimalik.⁵⁷² Sel juhul on tulemus põhimõtteliselt sama kui võlausaldaja oleks valinud juba nõudena kahju hüvitamise, mis oleks baseerunud kolmanda isiku täitmisele tehtud kuludel. Määravaks praktiliseks vaheks on siiski aeg, *millal* asendustehing tehakse ja sellega seonduvad hinnakõikumised turul. Sama põhimõtte kehtestatakse TMS §-ga 182.

Kui asendustehing ei ole *mõistlikult* võimalik või kui kohustuse sisuks on sooritus, mille täitjat ei saa põhimõtteliselt asendada ja sooritus sõltub eksklusiivselt võlgniku tahtest, kohaldatakse ZPO § 888 sätteid. Täitmisele sundimiseks kasutatakse siis võlgniku ähvardamist trahvi (*Zwangsgeld*) või arestiga (*Zwangshaft*). Karistuse ähvardust ei saa rakendada siiski nõudele taastada abielulisi suhteid ega nõudele teha tööd.

Tuleb rõhutada, et kohustused, mille puhul soorituse käik *ei sõltu eksklusiivselt sooritaja tahtest*, ei allu täitmise sunnile ühegi eelpooltoodud meetodiga. Näiteks ei saa sundida loovisikut või teadlast tööks, mis nõuab tema eripärase talendi kasutamist. Selline täitemenetluse reeglite „puudumine“ ei ole täpses kooskõlas BGB § 275 III sätestatud võimaliku

⁵⁷² Baumbach/Hartmann § 887, äärenr 22-43 koos näidetega asendatavuse kohta; Beale/*et al*, lk 677.

vastuväiteõigusega isiklike teenuste osas. Ilmneb, et isiklikult täidetavate teenuste osas on võimalik küll materiaalõigusel põhinev kohtuotsus, kuid selle elluviimine ei ole vastavate ZPO reeglite puudumise tõttu siiski võimalik. Sisuliselt on tegemist BGB puuduste kompensatsiooniga, kuivõrd isiklike teenuste osas vastuväiteõigus peaks ka sisuliselt olema laiem kui seda pakub BGB § 275 III, võrreldes eeskätt Printsipiide ja ka VÕS vastavaid sätteid⁵⁷³, mis katavad materiaalõiguslikult need küsimused, mis Saksa õigus jätab täitemenetluse lahendada.

TMS § 183, milline sätestab juhised puhuks, kui võlgnik ei tee tähtjaks toimingut, mida viimane saab teha üksnes ise (asendamatu toiming) või kui ta ei teata asja asukohta (TMS § 178 lg 3) ei tee vahet, kas toiming on täielikult tahtest sõltuv või mitte. Selles osas kaitseb isikuvabadusi VÕS § 108 lg p 4. Sissenõudja avalduse alusel võib kohtutäitur esitada kohtule ettepaneku võlgnikule riigieelarvesse kantava trahvi määramiseks. Enne trahvimise otsustamist kuulab kohus võlgniku võimaluse korral ära. Alates 04. veebruarist 2006 asendab seda nõuet kohustus teha enne trahvimise otsustamist tuleb võlgnikule trahvihoiatus.⁵⁷⁴ Teistkordse trahvi määramise asemel võib määrata võlgnikule aresti. Juhtudeks, mil nimetatud sanktsioonid ei motiveeri võlgnikku piisavalt oma kohustusi täitma, on Karistusseadustiku 18. peatükki alates 1.01.2006⁵⁷⁵ täiendatud (taasleitnud vana) §-ga 331¹, mis määratleb kuriteona kohtulahendi täitmata jätmise mitterahalise kohustuse osas. Sätte kohaselt tsiviilasjas tehtud kohtulahendi, millega kohustatakse isikut välja andma lapse või asja või tegema asendamatu toimingut või hoiduma toimingu tegemisest, täitmata jätmise eest, kui isikut on selle eest täitemenetluses trahvitud või kui tema suhtes on selle eest täitemenetluses kohaldatud aresti, – karistatakse rahalise karistuse või kuni üheaastase vangistusega.⁵⁷⁶ Eelkõige on see aktuaalne lapsega suhtlemist puudutavates küsimustes.

Kohustuste puhul hoiduda teatud teo tegemisest või taluda kellelgi teise tegevust võib kohus võlgnikupoolse kohustuse rikkumisel võlausaldaja avalduse alusel kohaldada aresti või trahvida riigi kasuks (ZPO § 890). Sellised rikkumise võimalikud tagajärjed peavad olema võlgnikule kohtuotsusega teatavaks tehtud.⁵⁷⁷ Selline regulatsioon on erinev CC art 1143⁵⁷⁸, millega antakse poolele ise õigus lepingulise keelu rikkumisega teostatu hävitada rikkuja arvel. On

⁵⁷³ Vt töö p 3.2.4.

⁵⁷⁴ Tsiviilkohtumenetluse seadustiku, täitemenetluse seadustiku ja nendega seonduvate teiste seaduste muutmise seadus.- RTI, 03.02.2006, 7, 42.

⁵⁷⁵ Tsiviilkohtumenetluse seadustiku ja täitemenetluse seadustiku rakendamise seadus.- RTI, 11.07.2005, 39, 308

⁵⁷⁶ Sarnaselt Šveits, kus isegi isiklike teenuste osas lubatakse tämist kriminaalsanktsioonide ähvardusel. Treitel (1991), lk 55.

⁵⁷⁷ Zweigert/Kötz, lk 474.

⁵⁷⁸ Aga ka Sveitsi CO art 98 (3). Treitel (1991), lk 54.

avaldatud arvamust, et kui hageja seda siiski teeks, tekiks tal õigus vastavad kulud käsundita asjaajamise sätete järgi kohustatud isikult välja nõudma.⁵⁷⁹

Eriregulatsioon on ette nähtud juhuks, mil võlgniku poolt sooritatav tegu kujutab endast tahteavalduse tegemist või nõusoleku andmist. Sellisel puhul kohaldub ZPO § 894, mille kohaselt koos kohtuotsuse jõustumisega loetakse vastavad avaldused tehtuks. Sarnane põhimõte ka TSM § 184.

Kuigi Prantsuse õigus üldiselt tunnustab täitmisenõudeid, lubatakse neid täita väga vastumeelselt. Prantsuse õiguse kohta näib eriti ilmekalt kehtivat *ubi remedium, ibi ius* põhimõte, kuivõrd teiste õiguskordades nähtud protsessireeglid kajastuvad juba CC sätetes. Määratletud kaupade üleandmise kohustuse täitmine ei ole problemaatiline. Mitteisiklike tegude puhul on CC art 1144 alusel võlgnikul ise teha või lasta teha võlgnetav sooritus võlgniku arvel. Puhtisiklike tegude osas puuduvad selged juhised täitmisenõuete sissenõudmiseks, kuid need nõuded on täidetakse trahvi ähvardusel, millest allpool.⁵⁸⁰

Töös varem käsitletud õiguskordade kõrvale sobib siinkohal erandlikuna teha kõrvalmärkus Taani osas, kus lepinguõigus annab küll laiaulatusliku õiguse nõuda täitmist, kuid tsiviilprotsessi normid praktiliselt välistavad täitmisenõuded, mis puudutavad kohustust tegutseda (vastandina kohustusele midagi anda, nt tootmine, parandamine, täiendamine).⁵⁸¹ Täituri menetluses muutub selline nõue, välja arvatud konkreetsete erandite osas, rahaliseks kahju hüvitamise nõudeks (§ 533). Erandid kehtivad järgmist liiki nõuete osas: 1) olemasoleva objekti üleandmine või juurde pääsu võimaldamine kinnisasjale. 2) kaupade puhul võib lasta toota kolmanda isiku poolt võlgniku arvel, mitemaksmisel meetmena vara arestimine 3) dokumendi allkirjastamisel asendatakse see täituri allkirjaga 4) pandi seadmine vara arestimise kaudu 5) teost hoidumise nõuded (§-d 528-532)⁵⁸². Erandi alt jäävad välja ja kuuluvad seega "täitmisele" kahju hüvitamise kaudu kohustused, mis on võrreldavad ZPO §-i 888 ja TSM §-i 183 reguleerimisalas olevatega, mille puhul viidatud seadused võimaldavad rangeid meetmeid trahvi ja aresti näol.

Seega ei saa kohtu või täituri algatusel võlgnikku trahvi või aresti ähvardusel millekski sundida, sellekohane reegel Taani tsiviilprotsessiseaduses muudeti 1916. aastal. Muudatuse ajendiks oli arusaam, et äritehingute puhul on lepingu rikkumise eest sellisel viisil karistamine ülemäärane ja ebaproportsionaalne riigipoolne sekkumine, mistõttu sobimatu kaasaegse õiguspõhjustamisega. Ka arvestati senise süsteemi kulukusega võrreldes kahjuhüvitusnõuete haldamisega; neid kulusid ei nähtud olevat õigustatud arvestades võimalikke täitmisenõude

⁵⁷⁹ Treitel (1991), lk 55.

⁵⁸⁰ Vt töö p 4.2.

⁵⁸¹ Lando, H., lk 5.

⁵⁸² Lando, H., lk 15.

eeliseid. Kui 1989-ndal aastal teema uuesti arutlusele võeti, tõdeti, et kuigi trahvisüsteem ilma arestita võiks tulla kõne alla, ei ole selle kuluka süsteemi taaselustamine õiguskäibes osalejate vähese huvi tõttu vajalik.⁵⁸³ Huvi puuduse põhjustena võib eelkõige välja tuua asendusostu eelist võrreldes täitmise võlgnikult nõudmisega ning täitmisnõude menetlemise ja sissenõudmisega kaasnevat ajalist kulu, mis omakorda õigustamatult paneb rikkuja eelistatud olukorda.

Teema edasiarendusena tuleks küsida, kas kohtud tunnustavad täitmisnõudeid, hoolimata tegelikust võimatusest neid sisse nõuda? Viiekümneaastase perioodi 1950 - 2000 Taani kohtupraktikat uurides jõuti järeldusele, et ärilepingutes on täitmist *in specie* nõutud üksikutel juhtudel, kuid ühelgi juhul ei ole kohus sellist nõuet rahuldanud, viidates ühel juhul otseselt tsiviilprotsessiseaduse §-st 533 tulenevale võimatusele täitmine reaalselt sisse nõuda.⁵⁸⁴ Erinevad on empiirilised andmed tarbijalepingute osas, kus täitmisnõue on tavaline, kuigi ka nende osas on reaalne täitmine sissenõudmine võimatu. Siin motiveerib müüjat pigem oma kohust täitma perspektiivis suuremad rahalised kaotused - hinna vähendamise, asendustehingu või koguni tarbijapoolse lepingust taganemisega seonduvate kulude ja saamata jäänud tulu tõttu. Teiselt poolt on piiratud ka ostja õigus kahju hüvitamisele, kui ta pole lubanud teostada parandamist, kui see oleks olnud mõistlik. Seega töötab siin samuti kahjude vähendamise kohustuse stiimul, nagu see toimib üldine õiguse põhimõttena.⁵⁸⁵ Kokkuvõttes väidab Lando, et kohustuse puhul millegi tegemiseks ei ole tegelikult kasutatav õiguskaitsevahend, või kui on, nagu tarbijalepingu näite puhul, siis saavutatakse selle tegelik täitmine läbi kahjuhüvitusreeglite mõju.

Niisiis võib kokkuvõtteks öelda, et kuigi enamasti toimub täitmine võlgniku vara suhtes, kuid ei ole mõningane isiku tasandil mõjutamine siiski, vähemalt Saksa, Prantsuse ja Eesti näitel, välistatud.⁵⁸⁶ On tähelepanuväärne, et kuigi materiaaõiguse tasandil põhimõtteliselt alati täitmisnõuet tunnustav, ei saa Saksa süstemaatika *summa summarum* läbi ilma kohustuse liigitamiseta⁵⁸⁷, nagu Prantsuse õigus teeb täitmisnõude küsimuses tsiviilkoodeksi tasandil ja nagu tegid juristid ka enne suuri kodifikatsioone.⁵⁸⁸ Ehk mitte tuntavat praktilist väljundit aga kindlasti mõtlemisainet annab asjaolu, et kuigi materiaaõiguse süstemaatika ja täitmisnõudesse suhtumise poolest erineval positsioonil, on täitemenetlus Eestis üldjoontes järgimas Saksa

⁵⁸³ Lando, H., lk 17.

⁵⁸⁴ Lando, H., lk 8.

⁵⁸⁵ Lando, H., lk 9.

⁵⁸⁶ Treitel (1991), lk 54.

⁵⁸⁷ Sama põhimõtteliselt ka nt Soome. Kui täitmist saab teostada ka keegi teine, lubab täitur seda võlgniku arvel. Seega, kuigi täitmisnõue kui selline on *pacta sunt servanda* väljundina lepinguõiguse fundamentaalseks põhimõtteks ega ole seetõttu isegi sõnaselgelt kodifitseeritud, ei ole rangelt võttes tegemist täitmisnõudega, vaid selle sujuv ümberkujundamine kahju hüvituseks asendustehingu hinnas, mille ostja oleks võinud teha koheselt käsikäes vastava kahjuhüvitusnõudega. Kus kohustuste osas, mida üksnes võlgnik saab täita, võib täitur võlgniku täitmisele sundida trahvi ähvardusel. Koskinen, lk 27, 33.

⁵⁸⁸ Vt töö p 1.1.

läbiproovitud meetmeid. Arvestades asjaolu, et täitemenetlusega kaasneb täiendavaid kulusid, oleks selgelt praktilisem jõuda lõplikus nõudes selgusele vähemalt kohtumenetluse staadiumis. Eelkõige võib selline, pigem küll näiline konflikt tekkida § 108 lg 2 p 3 ja TSM § 182 vahel, samuti § 108 lg 2 p 4 ja TSM § 183 vahel. Tuleb küll arvestada asjaoluga, et TSM sätetega on kaetud ka muul alusel tekkinud nõuete sissenõudmise korraldus. Kui Eestis võib mitteesendatavate kohustuste osas *midagi teha*, leida kaitset materiaaloigusest, siis Taani puhul toimib süsteem nõ otse – täitmisenõue on au sees materiaaloiguse tasandil, kuid "jõustamisel" toetutakse turuosaliste mõistlikkusele ja mitte niivõrd karmidele sissenõudemeetoditele.

Materiaal- ja täitemenetluse kooskõla küsimuses on teejuhiseks ka PICC art 7.2.2. b), mille kohaselt on lisaks võlgniku vastuväitele täitmise ülemäärase koormavuse osas kohtul võimalik arvestada täitmisenõudest keeldumise alusena ka täitemenetluse enda (*enforcement*) koormavust või kulukust. Et PICC regulatsioon ei ole täitmisenõude osas diskretsiooniline (puudub CISG art-ga 28 analoogne üldise õiguse kohtutele enam vabadust andev säte), siis on just see lisand (võrreldes nt PECL ja VÕS sõnastusega) abiks üldise õiguse kohtutele, kus kohtuotsuse sissenõudmise järelevalve on kohtute käes.⁵⁸⁹ Eelkõige võib see aluseks olla keeldumiseks täitmisenõudest kehtustulepingute puhul, kus järelevalve kulud ületavad täitmisenõude positiivse efekti. Kõnealune PICC säte näitab ilmekalt et üldiselt on soovitatav täitmisenõude küsimused lahendada juba materiaaloiguse tasandil. Selgusetuks jääb siiski, kas kohus, erinevalt üldpõhimõttele⁵⁹⁰, et täitmisenõude piirangu asjaolud peab esile tooma võlausaldaja, võiks täitemenetluse kulukuse asjaolusid ise arvesse võtta. Samuti võiks tõstatada küsimuse, kas juhul, kui pooled on lepingule kohalduva õigusena määratlenud või muul moel lepingu tingimuseks seadnud PICC sätete kohaldamise, peaks Eesti kohus arvesse võtma ka täiendavaid täitemenetluse kulusid, mis langevad võlgniku kanda. Viimased on ilmselt suuremad nt asja üle andmise või tegevuse puhul võrreldes rahalise kohustuse sissenõudmisega, samuti kui lisakulusid tekitavad kehtustulepingute raames sooritusteks sundimine.

Üldise õiguse puhul võib muidu adekvaatsustesti läbinud täitmisenõue sattuda kollisiooniolukorda kohtu järelevalve problemaatikaga. Kohus kontrollib, et täitmisenõue oleks selge ja koheselt täidetav ning ei rahulda nõuet kui sooritus, mida võlgnik peaks tegema on nii ebamäärane on raske täita kohtuotsust.⁵⁹¹ Keeldumise aluseks võis olla täitmisenõude ebapraktilisus, eelkõige juhul, kui täitmiseks on vajalik võlgniku koostöö, kohtul on raskusi täita otsuse täitmise järelevalvekohustust, või on kohustus liiga ebamäärase sisuga (nt ehituslepingud).

⁵⁸⁹ PICC art 7.2.2, komm. 3 b.

⁵⁹⁰ Vt töö p 3.1.

⁵⁹¹ Zweigert/Kötz, lk 481.

Täitmisnõude andmise määramise lahutamatuks küsimuseks on selle täidetavus – üldise õiguse maades kuni määrani, et kui pole põhimõtteliselt võimalik täita, siis pole mõtet ka illusoorset täitmisnõuet määrata. Võlgniku mõjutamiseks käsitleti kohtu korraldusele mitteallumist kohtu solvamisena (*contempt of court*), mille eest võis saada karistatud arestiga.⁵⁹² Seda peeti siiski võlgnikule äärmiselt koormavaks ning see töötas täitmisnõude määramise vastu. Teiselt ei ole see veenev argument selliste kohustuste puhul, mille täitmises ei pea võlgnik isiklikult osalema ning täitmise võib saavutada ilma vangistusega, kasutades vara hagejale üleandmist, formaalse dokumendi koostamist kohtuametnike poolt jm sarnaste vahendite kasutades. Ähvardus sanktsioonideks on kohane vaid siis, kui leping nõuab personaalset täitmist kostja isiklikult. Sissenõutavuse probleemide selline piiritlemine toetab täitmisnõude kasutusala laienemist.⁵⁹³

Kaks küsimust, mis eelöelduga seonduvalt teravamalt tõusetusid, on täitmise asendamine kolmanda isiku sooritusega ja trahvi kui mõjutusvahendi kasutamine täitmisnõude elluviimisel. Töö järgmistes osades leiavad need küsimused lähemat käsitlemist.

4.2 Täitmine võlgniku arvel

Tsiviilõiguse maades hõlmatakse täitmisnõude mõistega nii võlgniku täitmiseks kohustamist kui võlausaldaja õigust saada täitmine kolmanda isiku abil võlgniku arvel.⁵⁹⁴ Erineb õiguskordades aga see, kelle pädevuses on vastav valik teha ja millises menetluse staadiumis.

Esmalt võib võlausaldaja õigus pöörduda kolmanda isiku poole tuleneda materiaalõigusest. Võlaõigusseadus järgib Printsipiide ja CISG-i struktuuri, kus õigus asendustehinguks võlgniku arvel ei ole käsitletav täitmisnõudena. Hinnavahe hüvitamine (VÕS § 135, PECL art-d 9:506, 9:507, PICC art-d 7.4.5, 7.4.6, CISG art-d 75, 76) seondub *täitmise asemel* nõutud kahju hüvitamise nõude suuruse arvestamisega. Seevastu on õigustamatult asja parandamisest või asendamisest keeldunud müüja või õigustamatult töö lepingutingimustega vastavusse viimisest keeldunud töövõtja vastu õigus kasutada omaabi (vastavalt VÕS § 222 lg 5 ja § 646 lg 5). Võlausaldaja võib nõutu ise teha või lasta teha ning nõuda võlgnikult seeläbi tekkinud kulude hüvitamist. Omaabi rakendamise eelduseks on seega, et võlgnikule oleks pakutud võimalust asi parandada või asendada või töö lepingutingimustega vastavusse viia ja, teiseks, ta on sellest *õigustamatult* keeldunud. Juhtudel, kus on tegemist professionaalse müüjaga, on parandamise kulud müüja jaoks reeglina alati palju väiksemad, kui need kulud, mis tekiksid ostjal. Võlausaldaja saab nõuda vaid *mõistlike* kulutuste hüvitamist. See ei tähenda, et ostja peaks enne parandada laskmist ulatusliku turu-uuringu läbi viima, ostja ei riku mõistlikkuse põhimõtet, kui

⁵⁹² Treitel (1989), lk 351.

⁵⁹³ Treitel/Chitty (1989), lk 1201.

⁵⁹⁴ Beale/*et al* (2002), lk 675; Treitel (1991), lk 46.

läheb suvalisse remonditöökotta ja laseb selle ära parandada. CISG puhul on nõude aluseks üldine kahju hüvitamise nõudeõigus.⁵⁹⁵

BGB §-d 634 II ja 637 kohaselt on omaabi ja vastav kulutuste hüvitamise nõue puudustega täitmise puhul ette nähtud vaid töövõtulepingute raames.⁵⁹⁶ Tegemist on vormiliselt iseseisva õiguskaitsevahendiga⁵⁹⁷, kuid et kohaldamise eelduseks on täitmisenõudest õigustamatu keeldumine, siis tuleb arvestada esmalt ka täitmisenõude kohaldamise eeldusi ja ühtlasi piiranguid. Kulude hüvitamise nõue, nagu ka täitmisenõue üldse Saksa õiguses, ei sõltu vastutusest, mistõttu on sellel õiguskaitsevahendil teatud eeliseid. Müügilepingute puhul aga selline säte puudub; kohaldatav ei ole ka § 637 analoogia⁵⁹⁸ Valitseva arvamuse kohaselt kustub täitmisenõue (ja kulude nõudmise õigus ühes sellega), muutudes võimatuks § 275 I mõttes, kui ostja kõrvaldab puudused, ilma et oleks täitmisenõuet esitanud.⁵⁹⁹ Seega jääb ostja õiguskaitsevahendiks kahju hüvitamise nõue, mille kohaldamisel tuleb aga arvestada teistsugust vastutuse režiimi.

Ka Prantsuse kontseptsioon *exécution en nature* ei ole piiratud täitmise nõudega konkreetselt võlgnikult, kuid kolmanda isiku täitmine ei ole üksi võlausaldaja valik. Prantsuse CC art 1144 näol oli aga tegemist reeglga, mis lubab teostada täitmise kolmandate isikute abil võlgniku arvel alles kohtu loal. Ühtlasi võib kohus määrata võlgnikule kohustuseks maksta vastava rahasumma ettemaksuna.

Saksa ja Taani näited illustreerisid olukorda, kus materiaalõiguslikult küll tunnustatud, lahustub täitmisenõue täitemenetluses sisuliselt kahjuhüvitusnõudeks, olgu siis, et arvestatuna asendustehingu kulude alusel. Sama tuleb öelda ka TSM § 182 kohta.

Seevastu üldise õiguse maades käsitletakse *specific performance* all mitterahalise kohustuse täitmist võlgniku enda poolt, kuivõrd asendustehing ei toimu võlgniku arvel täitmisenõude realiseerimiseks, vaid on aluseks kahju hüvitamise nõude suuruse määramisele.⁶⁰⁰

Nii võib kokkuvõttes öelda, et asendatavate toimingute osas on range fassaadi taga tsiviilõiguse maades tegelik lahendus lähedane tulemusele, mis üldises õiguses saavutatakse täitmisenõude piiramisega läbi adekvaatsustesti. Eesti, võtnud ühelt poolt omaks materiaalõiguses Printsipi mudeli järgib täitemenetluses Saksa mudelit, mis kokkuvõttes annab tulemuse, et asendatava tegevuse osas on võlgnik kaitstud nii materiaallõiguse kui täitemenetlusõiguse tasandil. Teisiti on see aga *dare*- kohustuste puhul, kus need on

⁵⁹⁵ CISG/Huber, art 46, äärenr 67.

⁵⁹⁶ Seda sätet reformi käigus põhijoontes ei muudetud. AnwKom-BGB-Büdenbender, § 439, äärenr 14.

⁵⁹⁷ Schlechtriem (2003), lk 175-176; AnwKom-BGB-Raab, § 637; Wenzel/*et al*, lk 205-209.

⁵⁹⁸ AnwKom-BGB-Büdenbender, § 439, äärenr 14.

⁵⁹⁹ Palandt/*Putzo*, § 437, äärenr 4a.

⁶⁰⁰ Treitel (1991), lk 46.

täitemenetluse tasemel sissenõutavad nii Saksa kui Eesti menetlusõiguse järgi, kuid Eestis peab võlausaldaja selleks ületama VÕS §-ga 108 lg 2 p 3 seatud takistuse.

4.3 Täiendavad sanktsioonid täitmisenõude menetlemisel

Prantsuse kohtud on alates 19. sajandist kasutanud täitmisenõude tagamise tehnikat, mida nimetatakse „*astreinte*“. Tegemist on kohtuotsusega määratud rahasummaga, mille võlgnik on kohustatud maksma kreditorile iga päeva eest, mil nimetatud kohustus on täitmata. Kohtul on valida kahe reguleerimisviisi vahel. *Astreinte provisoire* puhul ei ole kohus hilisema lõpliku summa määramisel esialgselt „ähvardatud“ summa suurusega seotud. Kui ajaperiood, mille kohta vastav summa on määratud lõpeb, kuid võlgnik pole siiski kohustust täitnud, võib kohtult nõuda uue summa määramist. *Astreinte definitive* puhul on esialgne otsus lõplik, mis puudutab maksmisele kuuluvat summat päevas, nädalas või kuus. Hilisema menetluse käigus toimub ainult lihtne aritmeetika kogusumma määramiseks vastavalt ajaühikutele, mille jooksul võlgnik ei ole kohustust täitnud vastu kohtuotsust.

Astreinte meetodit ei kasutata mitte üksnes siis, kui seadusest tulenevad täitmise meetodeid ei ole võimalik kohaldada või need on ebapraktilised, vaid näiteks ka müügilepingu objekti üleandmise „motiveerimiseks“ või rentniku sundimiseks rendipinnalt lahkuma pärast rendisuhete lõppu, kuigi sellisteks olukordadeks oli otsene täitmise meetod *huissier* näol ette nähtud.⁶⁰¹ Kohtud rakendavad mõnikord *astreinte* ka rahalise kohustuse sisse nõudmiseks, nt kaasustes, kus võlausaldaja CC art 1144 kohaselt on kasutanud asendustehingu võimalust, st korraldanud täitmise kolmandate isikute kaudu võlgniku arvel.⁶⁰² Kuivõrd rahaliste kohustuste täitmisele sundimiseks on ka nõ tavalisi vahendeid, ei ole *astreinte* kasutamine rahaliste kohustuste puhul aktuaalne.

Liigitunnustega kauba välja mõistmist *astreinte* ähvardusel tuleb samuti harva ette. Praktelistel kaalutlustel eelistab ostja võimalusel asendusostu sooritamist ning tal puudub reeglina huvi lepingut rikkunud müüjaga isiklikult tehing lõpule viia. Prantsuse õigus asendatavuse pinnalt täitmisenõudele vastuväite esitamise õigust ette ei näe ning loodab turuosalejate loomulikule intelligentsile. Teisiti otsustatakse kaubadefitsiidi olukorras, kus ostjal on ilmselt huvitatud müüja sooritusest *in natura*, olgu siis *astreinte* ähvardusel. *Astreinte* annab siiski suurima efekti olukorras, kus puudub seaduse regulatsioon otsuste täitmiseks, mis seisnevad milleski muus kui raha maksmises või kauba üle andmises, seega eelkõige kohustuste

⁶⁰¹ Võis kasutada *huissieri* abi rentniku väljatõstmiseks, vajadusel kaasates vajalikke riigiorganeid. Kuna aga peale II maailmasõda peeti kodutust suureks probleemiks ning riigiorganid ei soovinud väljatõstmisotsuste täitmisele kaasa aidata, kasutati sunnimeetodina *astreinte*. 1949 aastal täpsustas seadusandja, et sellist laadi otsustes tohib sätestada vaid *astreinte provisoires*, mida täpsustatakse pärast rentnikupoolset otsuse täitmist ning mille summa kokkuvõttes ei saa olla suurem kui omaniku tegelikud kahjud. Zweigert/Kötz, lk 476.

⁶⁰² Näiteks kui naabril paluti nihutada piirirajatist (Civ.7 April 1965, Bull.civ. 1965. I. 192), müüjal demonteerida tarnitud puudustega seade (Civ.20 Jan. 1913, S.1913. I. 386). Zweigert/Kötz, lk 476.

osas *midagi teha*, mida ei saa asendada kolmanda isiku tegevusega.⁶⁰³ Tegevusest hoidumise korral arvutatakse *astreinte* summa kordadega, millal võlgnik on keeldu rikkunud.

Saksa tsiviilprotsessikoodeksis §§ 888 ja 890 ette nähtud trahvi ja *astreinte* süsteemi olulisim erinevus seisneb selles, et kui viimane määratakse kreditori kasuks, siis Saksa vastav rahaline trahv, nagu ka Eestis⁶⁰⁴, tasutakse riigile.

Trahvi võlausaldajale maksmise traditsiooni taga on *astreinte* instituudi ajalugu. Nimelt arendasid kohtud selle *extra legem* reageeringuna olukorrale, kus seaduse regulatsioon oli täitmisenõuete sissenõudmiseks ebapiisav ning ainuke võimalus nende täitmist tõhustada, oli võlgniku ähvardamine rahalise karistusega.⁶⁰⁵ Isegi kui Prantsuse kohtud kaalusid *astreinte* vahendeid suunata riigi kasuks oleks see vastava seaduse puudumisel olnud ebatõenäoline kehtestada. Prantsuse kohtute lähtekohaks oli, et lihtsam on *astreinte* käsitleda kui sunni ja kahjuhüvitise määramise erivormina ning siduda teda sellisena eraõiguses tuntud instituudiga. Sellest tekkinud probleemistik on kahe-suunaline. Esiteks, kui *astreinte* muutub kahjuhüvitise ekvivalendiks (kui *astreinte* lõppsumma määramisel lähtub kohtunik kreditori tõendatud majanduslikust kahjust), kaotab ta oma sunnijõu. Prantsuse õiguskirjandus nõustub, et ei ole mõtet kohtuniku ähvardusel suurteks *astreinte*-summadeks kui võlgnik alati teab, et kokkuvõttes ei pea ta maksma rohkem kui tavalise kahjuhüvitise. Pärast kõhkclusi on Kassatsioonikohus⁶⁰⁶ siiski öelnud, et *astreinte* ei ole midagi ühist kahjuhüvitisega ning see peab olema enamasti seotud võlgniku süüga lepingu rikkumisel ning tema majandusliku olukorraga. Sellisena antakse instituudile karistuslik iseloom - see ei ole enam kahjuhüvitise erivorm vaid ähvardus eraõiguslikuks karistuseks.⁶⁰⁷ Teisalt, mida enam kohtud rakendavad selle instituudi karistuslikku sunnifunktsiooni, seda enam tekib küsimus, miks peaks kreditor, lisaks kahjuhüvitisele saama ka *astreinte* summa, mis on määratud murdma võlgniku tõrksust soorituse täitmisel, eriti kui *astreinte* summa on seotud võlgniku süü astmega kohustuse mittetäitmisel ning tema majandusliku olukorraga. Diskussiooni tulemusena arutati 1971. aastal *astreinte*' seadustava eelnõuga seoses ettepanekut, mille kohaselt pool summast võiks minna

⁶⁰³ Selliste näidetena toovad Zweigert/Kötz olukorrad, kus kohustatakse andma välja tõendit töölepinguliste suhete kohta (Soc. 29 June 1966, Bull. Civ. 1966. IV. 534) või muutma ettevõtte asukohta (Com. 6 Oct. 1966, Bull. Civ. 1966. III. 424); Viidatud Zweigert/Kötz, lk 477 kaudu.

⁶⁰⁴ TMS § 183 lg 1 2. lause.

⁶⁰⁵ Zweigert/Kötz, lk 477.

⁶⁰⁶ Olulisemas kaasuses (Civ. 20 Oct. 1959, D. 1959, 537 noted by Holleaux) oli kostjaks energiafirma, kes pidi sooritama teatud tööd naabri krundil. Määrati *astreinte*, kuid töid ei tehtud ning perioodi lõpul määrati kreditorile *astreinte* alusel kahjusumma ning uue kolmekuulise perioodi jaoks uus *astreinte*. Sooritust ei toimunud ning võlgniku kasuks määrati kahjusumma ning uue kolmekuulise perioodi jaoks uus *astreinte* 10 000 franki päevas. Alles kui järgmise perioodi jaoks määrati *astreinte*, motiveeris see kostjat tegutsema. Kostja oli seisukohal, et lõpliku kahjusumma määramisel tuleks lähtuda hageja tegelikelt kahjust, kuid kassatsioonikohus ei olnud sellega nõus öeldes, et *astreinte* ei ole seotud tegeliku kahjuga vaid selle funktsiooniks on ergutada karistuse ähvardusel võlgnikku tegema nõutud tegu. Zweigert/Kötz, lk 478.

⁶⁰⁷ Zweigert/Kötz, lk 478.

riigile ja pool kreditorile. Ettepanekut ei rakendatud ning kehtestatud seadus⁶⁰⁸ suunab vahendid täies ulatuses kreditori kasuks ning rõhutab, et pigem on tegemist sunnivahendi kui kahju hüvitamise viisiga. *Astreinte* on iseenesest küll mõistetav ja ilmselt möödapääsmatu arvestades Prantsuse õiguse ajaloolist ja süstemaatilist arengut ning asjaolu, et CC § 1143-4⁶⁰⁹ sätestatud täitmise tagamise vahendid olid ilmselt ebapiisavad.

Objektiivset hinnangut andes peavad Kötz/Zweigert *astreinte* instituuti siiski "kahtlase väärtusega rakenduseks".⁶¹⁰ Asjaolu, et raha liigub kreditori taskusse annab sellele instituudile kord kahjuhüvitusliku, kord eraõigusliku karistuse mõõtme, jättes ta segasesse staatusesse ja positsiooni hallil alal kahe instituudi vahel. Mida rohkem *astreinte* läheneb kahjuhüvitusele, seda väiksem on selle jõud sunnivahendina. Mida rohkem see võtab karistusliku kuju, nagu seda toetab praegune regulatsioon, tõusetub küsimus, miks kreditor peab lisaks kahjudele saama ka ekstra kasu. Prantsuse õiguse seisukoht, et kreditori selline alusetu rikastumine on vähem halb kui mitte omada efektiivset jõudu täitmisenõuete täitmisele sundimiseks võib olla õigustatud ja nagu allpool PICC regulatsioonist näha, ka toetust leidnud. Prantsuse *astreinte*'ga sarnane instituut on kehtestatud Hollandis, Belgias ja Luksemburgis⁶¹¹, aga ka Kreekas⁶¹² ning Poolas⁶¹³.

Niisiis on Prantsuse õiguse *astreinte* liikumas teises suunas kui Saksamaa või üldise õiguse maad. Eelistatuna näeksid Zweigert/Kötz lahendust, kus trahve kohaldataks vaid olukorras, kus nõude täitmine ei ole muul moel võimalik, nagu see on Saksamaal ning et need trahvid makstakse riigile nagu see on nii Saksamaal kui üldise õiguse maades.⁶¹⁴ Nägime töö punktis 4.1. Taani näitel, kuidas trahvidest on ka teadlikult loobutud.

Kohtuliku trahvi taaselustab aga PICC art 7.2.4, mille lõike 1 kohaselt võib kohus, kohustades võlgnikku täitmiseks, määrata ühtlasi trahvi puhuks, kui vastavat otsust ei täideta. Sama artikli lõike 2 kohaselt kuulub trahv maksmisele kannatanud poolele, kui mitte foorumi asukoha kohustuslikud sätted ei määra teisiti. Küll ei välista trahvi maksmine kannatanud poole nõuet kahju hüvitamiseks.

PICC poolt aktsepteeritud kohtuliku trahvi meetod on enim sarnane Prantsuse *astreinte* instituudile. PICC koostajate arvates on selline kohtulik trahv mitmete õiguskordade kogemuse põhjal osutunud kõige efektiivsemaks meetodiks tagamaks täitmisenõude andnud kohtu otsuse täitmist. Mõnede õiguskordade hinnangul on igasugused sanktsioonid selliste juhtudel liigne isikuõiguste piiramine. PICC-i sõnastus määratleb mõnes mõttes kesktee, lubades rahalise trahvi

⁶⁰⁸ Art. 33 ff. Law no 91-650 of 9 July 1991, from Law of 5 July 1972; Viidatud Zweigert/Kötz, lk 478 kaudu.

⁶⁰⁹ Võlausaldaja omaabiõigus võlgniku arvel, kui on rikutud kohustust midagi teha võimidagi tegemata jätta.

⁶¹⁰ Zweigert/Kötz, lk 485.

⁶¹¹ Benelux Convention on a Uniform Law of Monetary Penalties.

⁶¹² Code of Civil Procedure, art. 946 f.

⁶¹³ Code of Civil Procedure, art. 1050 f.

⁶¹⁴ Zweigert/Kötz, lk 485.

ja mitte muus vormis sanktsioonide kohaldamise igasuguste täitmisenõuete, sh rahaliste kohustuste täitmise nõuetele.⁶¹⁵ Oluline on tähele panna, et sellisel viisil trahvi määramine on kohtu diskretsioonialas – ta võib, kuid ei pea trahvi määrama. Otsustuse aluseks peaks olema täitmisele kuuluva kohustuse iseloom. Kohustuste puhul, mille täitmise saab korraldada tavalisi täitemeetmeid kasutades – rahalise kohustuse täitmine, kauba üleandmine, peaks rahatrahvi olema erandlik. Seevastu kohustuste puhul midagi teha või midagi tegemata jätta, veel enam selliste puhul, mida ei saa täita mõistlikult kolmas isik võlgniku asemel võib rahatrahvi kohaldamine osutuda otstarbekaimaks vahendiks.⁶¹⁶

PICC ei toeta argumenti, mille kohaselt trahvi maksmine kannatanule on viimasele õigustamatuks lisahüveks, mis oleks vastuolus avaliku huviga ning kehtestab reeglina trahvi soodustatud isikuks kannatanu nagu see on ka Prantsusmaa *astreinte* korral. Siiski jäetakse vabadus järgida foorumi asukoha kohustuslikke sätteid kui need suunavad trahvi maksmiseks mõnele teisele isikule.⁶¹⁷ Nagu eespool nägime, võib täitmise tagamiseks kehtestatud trahv olla määratud maksmiseks ka riigile (nt Saksamaal, Eestis) või jaotatuna nii riigile kui kannatanule (nt Portugal⁶¹⁸).

Piiritlemisprobleemidena tuleb käsitleda trahvi eristamist kahju hüvitamise ja leppetrahvi tasumise nõudest. PICC-is sätestatud kujul nähakse trahvi maksmises kompensatsiooni negatiivsete mõjude eest, mida ei saa tavalise kahju hüvitamise käigus arvesse võtta. Samas nähakse võimalust, et kuna kahjutasude maksmine on tavaliselt hilisem kui trahvi maksmine, siis võivad kohud mingil määral arvestada kahjuhüvise määramisel ka tasutud trahvi osas. Selline ebamäärasus tõstab aga taas aktuaalseks *astreinte* kohta käiva kriitika selle olemuse ebamäärasuse kohta (vt ülalpool).

Leppetrahvi ja kohtuliku trahvi funktsioonid on lähedased. Sellest lähtuvalt suunavad PICC kommentaarid kohtuid kaaluma, kas leppetrahv, milline on kehtestatud lepingu mittetäitmise puhuks juba ei ole piisav stiimul, mistõttu kohtulikku trahvi ei peaks määrama.⁶¹⁹ Arvatavasti on siiski otstarbekam vahet teha lepingu rikkumiseks ette nähtud leppetrahvil ja konkreetse kohtuotsuse mittetäitmisele järgneval trahvil, sest kui leppetrahv juba kord ei stimuleerinud täitma, siis ei mõju see eraldi ka kohtuotsuse täitmisele sundimisel, kui rikkumisega kaasnenud leppetrahv nii ehk nii maksmisele kuulub. Selles osas on probleem sarnane eelpool käsitletud kahju hüvitamise ja trahvi eristamise küsimusele. Olulisemaks tuleks ehk pidada leppetrahvi suuruse kontrolli, et säiliks stiimul täita võrreldes väljavaatega majanduslikult laostuda.

⁶¹⁵ PICC art 7.2.4. komm nr 1.

⁶¹⁶ PICC art 7.2.4. komm nr 2.

⁶¹⁷ PICC art 7.2.4. komm nr 3.

⁶¹⁸ Zweigert/Kötz, lk 478; Bar/Drobnig, lk 130.

⁶¹⁹ PICC art 7.2.4. komm nr 4.

Mõneti puudutab see küsimus võimude lahususe printsiipi – kohtuvõimu roll on kaitsta üksikisiku õigusi ja vabadusi, mh täitevõimu kuritarvituste eest. Tuleks säilitada süsteemisisene ühtsus, mitte riskida sellega, et kohtusüsteem jätab kaitseta isiku isegi juhul, kui täitesüsteemis põhimõtteliselt on sekkumise piirangud ette nähtud. Teisiti, mida enam on oht trahvi ähvardusel sissenõudmisele, seda kaalukamad peaksid olema piirangud materiaalõiguses.

Kokkuvõte

Käesoleva töö raames seati eesmärgiks uurida, millised valitud vahendid täitmisenõude reguleerimisel annavad tulemuseks efektiivse õigusliku regulatsiooni, arvestades ühiskonna ootusi.

Eri õiguskordades tähistatakse täitmisenõuet sarnaste terminitega, kuid ei saa siiski kokkuvõttes öelda, et saksa *Naturalherstellung*, prantsuse *exécution* ja anglo-ameerika *specific performance* oleksid sisult samastatavad. Anglo-ameerika käsitlustes ei ole mõistega hõlmatud lepingutasu nõue, samuti täitmine kolmanda isiku poolt võlgniku arvel. Tsiviilõiguse maade täitmisenõude käsitus seevastu hõlmab ka rikkumine heastamise kolmandate isikute abil võlgniku arvel. Nii ei ole eri õiguskordade seadused otseselt võrreldavad, mistõttu oligi vajalik vaadelda süsteemi laiemalt. Üldistatult võib täitmisenõuet käsitleda kui õiguslikku abinõu, millega loodetakse võlausaldaja panna esmase kohustuse täitmisele võimalikult lähedasse olukorda.

Täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi eesmärkide kujundajateks on ühiskonnakorra arusaamine lepingu täitmise kohustuslikkusest ning õigusteooria ja ideoloogiliste kontseptsioonide põhistused, miks peaks riik sekkuma poolte kujundatud õigussuhtesse. Põhjendatud on Eestis nn reaktiivsete riikide lähenemise tunnustamine, mille kohaselt on lepinguõigus määratud toetama isikute huve, kuid tehingukulude kokkuvõtteid ja majanduse üldine efektiivsus on primaarsed eesmärgid, eeldusel, et iga üksikul juhul on isiku huvid kaitstud.

Tänapäevases majanduslikult integreeritud ühiskonnas on õiguskaitsevahendid enam mõjutatud praktilistest kaalutlustest. Riikide majandussüsteemi osas on toimunud üldine nihe turumajanduse suunas ning vastavalt peab neid eesmarke toetama ka õiguskord. Saksa õigusteaduses siiski alles vaieldakse, kas võlaõiguse reformiga kaasnes selliseid olulisi muudatusi materiaalsoiguses, mis majanduslikku efektiivsust silmas pidades vähendasid fundamentaalsena tundunud vahet võrreldes üldise õiguse maade lähenemisega täitmisenõude küsimusele. BGB reformi diskussioon reedab, et mööndakse küll lepinguõiguse majanduslike eesmärkide olemasolu, kuid ei suudeta siiski lahti öelda ka vanast dogmaatikast ja täitmisenõude esimese käsitlestest, kartes sellega ohustada *pacta sunt servanda* põhimõtet. Niisiis ei ole üldine suund majanduslikule efektiivsusele vähendanud õigustraditsioonidest tulenevaid erisusi suhtumises täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi lubatavusse.

Üksiku õiguskorra puhul avaldavad täitmisenõude rakendatavuse lõpptulemusele mõju nii materiaalsoiguse kujunemine ja selle struktuur, kui ka kohtu- ja täitemenetluse roll selle küsimuse lahendamisel.

Võlaõigusseaduse ülesehitus ei võimalda piisava selgusega eristada täitmist kui poole lepingust tulenevat kohustust, mille puhul on õigustatud ka range *pacta sunt servanda* põhimõtte järgimine, mistõttu tekib probleeme ka täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi paigutamise üldisse õiguskaitsevahendite süsteemi.

Töös on jõutud järeldusele, et mida rangemaks seatakse vastutuse standard ja seeläbi tehakse kättesaadavamaks kahju hüvitamise nõue, seda vähem on vajalik tagada piiranguteta täitmisenõude rahuldamine. Nimetatud reegel jälgitav ka Eesti võlaõiguse arengus.

Täitmisenõude erisuste avamiseks on vajalik eristada *dare* ja *facere* kohustusi. Kuivõrd saab asja valduse ja omandi üleandmise nõudeõigust pidada asjaõigusele lähedaseks, sõltub suhtumisest abstraktsiooniprintsiipi ja täitmisenõude kui kaudselt õigus *in rem* tunnustamisest. Täitmisenõude rahuldamisele suunatud *hankimiskohustuse* hindamisel ilmneb raskus selle olemuse selgitamisel, ning seeläbi ka vastutuse standardi määramisel. Nimetatud raskuste vältimiseks tuleks müügilepinguid eristada vastavalt sellele, kas müügiese on müüja valduses ja kohustus on kergesti täidetav nn *dare*-kohustus või tuleb ese alles *hankida*. Samavõrd on abistavaks kriteeriumiks täitmisenõude lubatavuse hindamisel lepingute liigitamine äri- ja tarbijalepinguteks.

Majanduslik analüüs täitmisenõude kui efektiivse õiguskaitsevahendi osas ühtsete järeldusteni ei jõua, olulise kriteeriumina tulevad aga arvesse mitte üksnes tehingukulud poolte vahel, vaid ka edasised menetluskulud. Samuti on kohane kompensatsioon just ootushuvi ulatuses, mistõttu muutub täitmise väärtuse määramine ja seeläbi ka küsimus kohustuse asendatavusest äärmiselt oluliseks.

Võlaõigusseadust hinnates võib öelda, et valik täitmisenõude ja kahju hüvitamise nõude vahel on reeglina võlausaldaja kätes ning juhtudel, kui efektiivne rikkumine on potentsiaalselt võimalik, annab seadus võlgnikule ka valikuõiguse leping täita või seda rikkuda. Täiendavalt aga suunavad võlgniku käitumist teised seaduse ettekirjutused nagu kompensatsioonimeetod, ettenähtavuse printsiibi jms. Hea usu põhimõte, mõistlikkuse põhimõte ja kohustus kahjude vähendamiseks (tõsi, kitsa kohaldamisalaga) toetavad ja täiendavad vajadusel konkreetseid sätteid.

Printsiipide ja seega üldiselt võlaõigusseaduse täitmisenõude regulatsiooni võib mõneti kritiseerida selle lakoonilisuse pärast. Kuid BGB detailsete sätetega kõrvuti analüüsidest sai selgeks, et laiem sõnastus lubab sätete kohaldamisel mõistlikkust üles näidata, st kaaluda enam ka majanduslikke argumente.

Õigussüsteemides, kus pearõhk on täitemenetluse efektiivsusel, eelistatakse asenduslikke õiguskaitsevahendeid nagu kahju hüvitamine, mille puhul ei ole vajalik kulukas järelevalve täitmise üle. Efektiivseks aga ei saa pidada õigussüsteemi kus, kohtuotsusega määratakse

täitmisenõue, kuid puuduvad meetmed kohtuotsuse efektiivseks täideviimiseks. Viimasel juhul ei saa rääkida kohtu- ja täitemenetlussüsteemi ühtsusest, mille kõikide osade tegevus peaks olema kantud ühtsest ideoloogiast.

Täitmisenõude kui õiguskaitsevahendi positsiooni selgitab seega küsimus – millises ulatuses hõlmab vastutus ka kohustust alluda täitmisenõudele *in natura*. Mida enam on vastutus samastatav täitmisenõudega, seda enam nihkub lepingu siduvust väljendava maksimi „leping on lepingupoolele täitmiseks kohustuslik“ sisustamine rõhuasetuselt „kohustuslik“ ja seega vastutust kaasa toov, „täitmise“ kui lepinguga lubatu teostamisele *in natura*.

Materiaal- ja protsessiõiguse koosmõjul toimiva nõ täitmisenõude õigus kujuneb kompromissina erinevas kindlusastmes järgitava *pacta sunt servanda* ja efektiivsuse põhimõtte vahel, otsides seeläbi kohaseid proportsioone rikutava õiguse ja seda kaitsva õiguskaitsevahendi sunduslikkuse vahel.

Eeltoodust lähtudes tuleks eelistada täitmisenõudeks materiaalõiguslikke aluseid, mis aga arvestaksid otsuse täitmise reaalsete võimalustega ega osutu pelgalt deklaratiivseteks. Sellest järeldub, et täitmisenõude küsimus ei ole „lahendatav“ vaid materiaalõiguse normidega. Heaks mudeliks on üldise õiguse adekvaatsustest, mis suunab kohtu kaaluma võlausaldaja õigusi samaaegselt võimalustega neid ka reaalselt ellu viia. Võimalus jõuda täitemenetluseni võib eksitada käibes osalejaid käitumast mõistlikult ja tegemast asendustehing esimesel võimalusel. Teisiti öeldes, käitumisnormide tasandil on kohane rõhutada *leping on täitmiseks kohustuslik*, kuivõrd otsustusnormide tasemel tuleks valida võlgnikule ja ühiskonnale kõige vähem koormavad vahendid. Viimast muidugi eeldusel, et võlausaldaja huvid on kaitstud.

Kokkuvõttes tuleb nõustuda Eric Clive'ga⁶²⁰, kes leiab, et praegune Euroopa lepinguõiguse ühtlustamine on pigem olnud funktsionaalne - kergem on olnud kokku leppida konkreetsetes sätetes kui ühtlustada õiguse aluspõhimõtteid. Funktsionalistliku lähenemise tulemuseks on vajadus teha korrektiive vastavates regulatsioonides täitmisenõude positsioneerimisel keskteest enam eemaldunud õiguskordades, mis on ühtlasi samm edasi ka täitmisenõude eesmärkide ja aluspõhimõtte ühtlustamise suunas.

⁶²⁰ Clive, lk 15-16.

Summary

Specific Performance as a Remedy for Breach of Contract

Specific performance as a remedy appeared to be the most topical question in the course of drafting the CISG, which resulted in the article 28, which says that if one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by Convention. This reveals that no uniform concept was agreed due to the opposite standpoints which are one of the civil law countries where performance *in natura* is by any means primary remedy, whereas in common law tradition the primary remedy is the right to claim damages.

Current research was dedicated to the question, what would be the most efficient way to regulate specific performance as a remedy taking into account the goals and needs of the society.

For this purpose first the structural questions of law of obligation was analyzed. It turned out that despite of the fact that historical roots form different platform, the obligation as the central term is more or less similarly understood. The major problem occurs with placing it into the structure of the private law. We can describe obligation as a „property”, which needs protection as does proprietary right commonly. Putting it next to the property *rights*, the inner characteristic of obligation becomes apparent – its relativity. This duality influences also the understanding of specific performance as a remedy.

The influence of historical and ideological aspects had to be acknowledged. The analysis confirmed that even in civil law countries the priority of the specific performance has not always been so obvious, while the Roman principle *omnis condemnation pecuniaria* was previously prevailing. The history of the performance *in natura* is driven from the ideas of personal freedom from one side and the *pacta sunt servanda* from the other. At the end it seems that the old Roman law division between *dare* and *facere* obligations is useful also for structuring the contemporary law..

As to the ideology, it is obvious that the state intervention into private relationships may vary according to the ideological goals, with the most colorful illustration of soviet ideology, where contracts served the public planning economy. At the other end of the spectrum are free market economy countries who's behavior may be described as reactive – interference is justified only if there is a danger harming one's rights. The latter approach is generally in conformity with the principles of economic analysis, where it is of utmost importance that all

external costs will be internalized. In the context of current topic it means mainly compensating the other party in the level of expectation interest. The basic considerations of economic analysis of law, such as transaction costs and internalizing of external costs were applied in order to evaluate the material and procedural rules.

Second and third chapter of the thesis are devoted to the substantive law of the international instruments such as CISG, PICC, PECL as well Estonian law that concerns right to require performance. First it should be noted that the instruments referred adopted the general civil law approach as starting point.

As to the German comparison, dogmatically the non-performance is not prerequisite for the right to require performance, because this right rises directly from the contract. Thus, as long as the right to require performance is retained, there is no breach and the procedure is considered to be the enforcement of the very thing promised. The major exemption to the right to require performance is the impossibility argument. The fault question is not considered on this level. This is, however not the case in Estonian law (as well as PICC and PECL), where the non-performance and right to require performance as a remedy directed to the performance interest is exempted due to the *force majeure* situation and the "pure" impossibility being considered only on the level of the remedies. The practical result of the mentioned different in structure is not significant, although it rises the difficulties in comparing the respective rights.

Thus, due to the numerous exemptions, the ultimate result will closely resemble with that of the common law. The most important characteristic deciding the applicability of the right to require performance is possibility to obtain performance from another source. This argument itself resembles with the economic argument that if the performance value cannot be clearly estimated, the specific performance is probably the best remedy, otherwise the damages will fully compensate the creditor. Taking into account the economic aspect, it could be concluded that where reasonable, Principles as well as Law of Obligations Act support efficient breach. Following the model of PICC and PECL, the right to require the actual performance is limited in the situations, where the efficient breach is possible. All exemptions, however, should be interpreted in a narrow way.

As to the right to require performance of the monetary obligation, the Estonian Law of Obligations Act does not explicitly allow any exemptions. However, from the general acceptance of the good faith and reasonability principles, it could be inferred that the Estonian law could be interpreted in line with the PECL art 9:101 (2), which gives the debtor right to raise counter argument where the creditor has not yet performed its obligation and it is clear that the debtor will be unwilling to receive performance and creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense, or performance would be

unreasonable in the circumstances (e.g. long-term contracts). Although the duty to mitigate the damages is not as influential as it is in common law tradition where it directly affects the right to require performance, here it can be used as supporting the above conclusion.

The analysis revealed that for the special form of right to require remedy – right to repair or substitute is sometimes difficult to reconcile with the overall structure of remedies as found in general part of codes. For example, as the liability standard is usually stricter in case of defective goods, the need for *lex specialis* is obvious, but the actual result of that matter could be achieved also by narrow interpretation of exemption clause in the general part of law of obligations. Furthermore, the factor - possibility to obtain performance from another source – should not play any role, at least in the consumer transactions.

In fourth chapter of the current thesis it has been discovered, that the procedural law usually compensates strict rules in material level. It becomes apparent that whenever it is possible for the third person to perform, it will be supported either by material law or through procedural rules. The results differ as to the personal services where the penalty is sometimes used to support the enforcement but sometimes denied due to priority of the personal right over the interests of the creditor.

The coherence in the material and procedural level would be advisable, moreover, it would be better for legal certainty and overall efficiency if major matters solved already at material level. However, this conclusion may not be acceptable for the civil law systems (e.g. Germany), where the right to require performance is considered to be the essence of the contract and therefore the correspondent procedural right cannot be separated from it. It should be added, that also in this question the German legal literature differs according to the mentality of the author; the authors favoring harmonization in European level do not hesitate to define right to require performance as a remedy also in the context of German law.

It should be noticed that in order to achieve the balanced result the functional harmonization is advisable, although it should be acknowledged that the countries differ as to the methods to achieve the result. Therefore, it is not so important to achieve the ultimate harmonization in specific rules, but to generate the general understanding of the goals and function of the right to require performance as a remedy.

The *pacta sunt servanda* principle should find its proper place as being important as the *ex ante* rule. As to the rules for decision *ex post*, i.e. remedies, the choice of the Principles and Estonian law should be favoured, as the starting point is clearly supportive for specific performance, but the exemptions support efficient breach.

Kasutatud kirjandus

A more coherent European contract law - An action plan. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (OJ C 063, 15/03/2003, P. 0001 – 0044). Viidatud: An action plan 2003.

Ananjeva, J. , et al ENSV tsiviilkoodeksi kommenteeritud väljaanne. Tallinn 1969, 608 lk.

Annus, A., Kolk, K., Puhvel, J., Päll, J. Muinasaja seaduskogumike antoloogia. Tallinn: Varrak, 2001, 299 lk. Viidatud: Annus/*et al*.

Atiyah, P. S. An Introduction to the Law of Contract. 5th edn. Oxford: Clarendon Press, 1995, 479 lk. Viidatud: Atiyah (1995).

Atiyah, P. S. Essays on Contract. Oxford: Clarendon Press, 1986, 396 lk. Viidatud: Atiyah (1986).

Atiyah, P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. Clarendon Press, 1979, 792 lk. Viidatud: Atiyah (1979).

Bar, v. C., Drobnig, U. Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law. Submitted to the European Commission – Health and Consumer Protection Directorate-General- SANCO B5-1000/02/000574, 505 lk. Arvutivõrgus kättesaadav::

http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf (30. aug. 2005). Viidatud: Bar/Drobnig.

Baumbach, A., Hopt, K. J. Handelsgesetzbuch. Beck'sche Kurz-Kommentare. 60., neubearbeitete und erweiterte Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2006, 2135 lk. Viidatud: Baumbach/Hopt/*autor*.

Baumbach, A., Lauterbach, W., Albers, J., Hartmann, P. Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und andere Nebengesetzen. Beck'sche Kurz-Kommentare. 59., neubearbeitete Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2001, 2794 lk. Viidatud: Baumbach/*autor*.

Beale, H. G., Bishop, W. D., Furmston, M. P. Contract: Cases and Materials. Oxford: Oxford University Press, 2005, 1256 lk. Viidatud: Beale/Bishop/Furmston

Beale, H., Hartkamp, A., Kötz, H., Tallon, D. Contract Law. Casebooks on the Common Law of Europe. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002, 993 lk. Viidatud: Beale/ *et al* (2002).

Beatson, J. Anson's Law of Contract. 28th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, 737 lk.

Bejesky, R. The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States. Ind. Int'l & Comp. L.Rev 13, 2003.

Bell, J., Boyron, S., Whittaker, S. Principles of French Law. Oxford: Oxford University Press, 1998, 517 lk. Viidatud: Bell/*et al.*

Bernstein, H., Lookofsky, J. Understanding the CISG in Europe. Hague: Kluwer Law International, 1997, 207 lk. Viidatud: Bernstein/Lookofsky.

Brox, H., Walker, W.-D. Allgemeines Schuldrecht. 30., aktualisierte Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2004, 444 lk. Viidatud: Brox/Walker (AS, 2004).

Brox, H., Walker, W.-D. Besonderes Schuldrecht. 30., aktualisierte und überarbeitete Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2005, 642 lk. Viidatud: Brox/Walker (BS, 2005).

Burrows, A. Remedies for Torts and Breach of Contract. 2nd ed. Butterworth 1994, 483 lk.

Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2003, 2198 lk. Viidatud: Hk-BGB/*autor.*

Canaris, C.-W. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen.- Juristenzeitung, 10, 2001, lk 499-523.

Clive, E. PECL III – an overview and assessment. – Vaquer, A. (ed). The Principles of European Contract Law Part III. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Clive, E., Hutchison, D. Breach of Contract.- Zimmermann, R., Visser, D., Reid, K. (eds.) Mixed Legal Systems in Comparative Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2004, 871 lk. Viidatud: Clive/Hutchison.

Code Napoleon; or , The French Civil Code. Claitor's Book Store, 1960 Reprint.

Cooter, R. Ulen, T. Law and Economics. 4th ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004, 533 lk. Viidatud: Cooter/Ulen.

Craswell, R. Contract Law: General Theories.- Bouckaert, B., De Geest, G. (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, 1205 lk. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://encyclo.findlaw.com/4000book.pdf> (21. mai 2006).

Curran, V. G. Cross-references and editorial analysis. Article 46. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-46.html> (10. jaanuar 2006). Viidatud: Curran.

Dalhuisen, J. H. Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law. 2nd ed. Oxford; Portland (Oreg.): Hart, 2004, 1150 lk. Viidatud: Dalhuisen.

Dauner-Lieb, B., Heidel, Th., et al, (hrsg). Schuldrecht: Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht. Anwaltkommentar. Bonn: Anwaltverlag 2002, 1031 lk.. Viidatud: AnwKom-BGB-*autor.*

Elliott, C., Quinn, F. Contract Law. 3rd ed. Longman. 2001, lk 255. Viidatud: Elliott/Quinn.

Eörsi, G. Contractual Remedies in Socialist Legal Systems.- Contracts in General. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. VII, Ch. 16. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck); Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1976.

Farnsworth, E. A. Contracts. 2nd ed, Little, Brown and Company 1990, 1089 lk.

Friedmann, D. Rights and Remedies.- N. Cohen, E. McKendrik (eds.). Comparative Remedies for Breach of Contract.. Oxford; Portland (Oreg.): Hart Publishing , 2005, 326 lk.

Fuller, L. L., Perdue, W. R. Jr. The Reliance Interest in Contract Damages. Yale Law Journal 46 (1936), lk 52-96. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html> (15. mai 2006)

Furmston, M. P., Simpson, A. W. B. Cheshire, Fitfoot and Furmston's Law of Contract, 13th ed. London, Edinburgh, Dublin: Butterworth, 1996, 691 lk. Viidatud Furmston/Simpson.

Guhl, T., Koller, A., Druey, J. N. Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts. 8. Aufl. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, 953 lk. Viidatud: Gyhl/*et al.*

Haas, L., Medicus, D., Rolland, W., Schäfer, C., Wendtland, H. Das neue Schuldrecht. München: Verlag C. H. Beck, 2002, 393 lk. Viidatud: Haas/*et al.*

Hallik, L. Tahteavaldus tsiviilõiguses. Magistritöö. Tartu: 2005, 121 lk.

Hattenhauer, H. Euroopa õiguse ajalugu. 1. raamat. Tartu: Fontes Iuris, 1995, 255 lk.

Hesselink, M. Non-Mandatory rules in European Contract Law. ERCL 1/2005, lk 74-86.

Huber, P., Faust, F. Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002, 529 lk. Viidatud: Huber/Faust/*autor.*

Hütte, F., Helbron, M., Wenzel, H. Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. Am Aufbau von Klausuren orientierte Studienliteratur in Bürgerlichen Recht. Grasberg bei Bremen: Rolf Schmidt Verlag, 2003, 489 lk. Viidatud: Hütte/*et al.*

Ibbetson, D. A. Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford: Oxford University Press, 2001, 307 lk. Viidatud: Ibbetson.

Ikla, I., Johanson, H., et al. Lepingud. Näidised ja kommentaarid. Tallinn: OÜ Käsiraamatute Kirjastus, 2002/2005, 936 lk. Viidatud: Lepingud/*autor.*

Ilus, E. Rooma eraõiguse alused. Tallinn: Ilo, 2000, 206 lk.

Jones, G. H., Schlechtriem, P. Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance). - Contracts in General. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. VII, Ch. 15. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck); Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. Viidatud: Jones/Slechtriem.

Justinian's Institutiones. Birks, P., McLeod, G. (tõlge ja eessõna). London: Duckworth, 1987. Eessõna viidatud: Birks.

Kaser, M., Knütel, R. Römisches Privatrecht. 17., wesentlich überarbeitete und ergänzte Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2003, 530 lk. Viidatud: Kaser/Knütel.

Koskinen, J. CISG, Specific Performance and Finnish Law. Turku, 1999. Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private lawpublication series B:47. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.law.utu.fi/xcisg/koskinen.pdf> (28. mai 2006).

Kreitner, R. Multiplicity in Contract Remedies, in: N. Cohen, E. McKendrik (eds.). Comparative Remedies for Breach of Contract. Oxford; Portland (Oreg.): Hart Publishing, 2005, 326 lk.

Kull, I. Hea usu põhimõte kaasaegses lepinguõiguses. Dissertationes Iuridicae Universitatis Tartuensis 8. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2002, 233 lk.

Kull, I. Lepinguõigus I. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1999, 136 lk.

Kull, I., Käerdi, M., Kõve, V. Võlaõigus I. Üldosa. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2004, 468 lk. Viidatud: Kull/Käerdi/Kõve.

Kõve, V. Lepingu ühepoolse lõpetamisega seotud küsimused võlaõigusseaduses.- Juridica, 4, 2003, lk 225-235.

Köhler, H. BGB Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 26., völlig neubearbeitete Auf. München: Verlag C. H. Beck, 2002, 364 lk.

Laithier, Y. M. Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract.- N. Cohen, E. McKendrik (eds.). Comparative Remedies for Breach of Contract. Oxford; Portland (Oreg.): Hart Publishing, 2005, 326 lk.

Lando, H. The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries. American Law & Economics Association Annual Meetings 2004, paper 15. Arvutivõrgus kättesaadav (20. detsember 2005): <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=alea> Viidatud: Lando, H.

Lando, O., Beale, H. (eds.). Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised. Prepared by the Commission on European Contract Law. The Hague: Kluwer Law International, 2000, 561 lk. Viidatud: Lando/Beale

Lorenz, S. Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002. – Lorenz, E. (Hsrg.) Karlsruher Forum 2005. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/index.htm>, (26.jaanuar 2006).

Mahoney, P. G. Contract Remedies: General.- Bouckaert, B., De Geest, G. (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, 1205 lk. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://encyclo.findlaw.com/4600book.pdf> (21.detsember 2005).

Medicus, D. Schuldrecht I, Allgemeine Teil. 16., neu bearbeitete Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2005, 482 lk.

Nicholas, B. The Frech Law of Contract, 2nd ed. Oxford. Clarendon Press, 1996, 254 lk.

Palandt, O. Bürgerliches Gesetzbuch. Beck'sche Kurz-Kommentare. 58. Aufl. München: Beck, 1999. Viidatud: Palandt (1999)/autor.

Palandt, O. Bürgerliches Gesetzbuch. Beck'sche Kurz-Kommentare. 65. Aufl. München: Beck, 2006. Viidatud: Palandt/autor.

Pisuke, H. Retsensioon Irene Kulli väitekirja „Hea usu põhimõtte kaasaegses lepinguõiguses“ *doctor iuris* kraadi taotlemiseks. Tartu, 2002.

Posner, R. A. Economic Analysis of Law. 5th ed. New York: Aspen Law & Business, 1998, 802 lk. Viidatud: Posner, R. A..

Schapp, J. Empfiehlt sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts? – Juristenzeitung, 11, 2001, lk 583-589.

Schlechtriem, P. (ed.) Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG). Oxford: Oxford University Press, 1998, 803 lk. Viidatud: CISG/autor.

Schlechtriem, P. Schuldrecht. Besonderer Teil. 6., weitgehend neubearbeitete Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2003, 461 lk. Viidatud: Schlechtriem (2003).

Schlechtriem, P. The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe (2002) Oxford U Comparative L Forum 2. Arvutivõrgus kättesaadav:: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml> (15. dets. 2005). Viidatud: Schlechtriem (2002).

Schlechtriem, P., Schmidt-Kessel, M. Schuldrecht. Allgemeine Teil. 6., neubearbeitete Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, 431 lk. Viidatud: Schlechtriem/Schmidt-Kessel.

Schlechtriem, P., Schwenger, I. (eds.) Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG). 2nd (English) ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, 1149 lk. Viidatud: CISG 2005/autor.

Schulze, R., Ebers, M. Streitfragen im neuen Schuldrecht.- Juristische Schulung, April 2004, Heft 4, lk 265-272.

Schwab, M., Witt, C.-H. Einführung in das neue Schuldrecht. München: Verlag C. H. Beck, 2002, 260 lk. Viidatud: Schwab/Witt/autor.

Sein, K. Mis on vääramatü jõud? - Juridica, 8, 2004, lk 511-519.

Sepp, J. Institutsiooniökonomika. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 1997, 174 lk.

Sivesand, H. The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or Restrictions Necessary? München: Sellier European Law Publishers, 2005, 264 lk.

Smith, L. Understanding Specific Performance.- N. Cohen, E. McKendrick (eds.). Comparative Remedies for Breach of Contract. Oxford; Portland (Oreg.): Hart Publishing, 2005, 326 lk. Viidatud: Smith, L.

Smith, S. A. Contract Theory. Oxford: Oxford University Press, 2004, 450 lk. Viidatud: Smith, S. A.

Staudinger, J. von., Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts. Berlin: Sellier- de Gruyter, 2005. Viidatud: Staudinger/Eckpfeiler/*autor*.

Stoll, H. Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungstörungen.- Juristenzeitung, 11, 2001, lk 589-597.

Zimmermann, R. Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today. Oxford: Oxford University Press, 2001, 197 lk. Viidatud: Zimmermann (2001).

Zimmermann, R. The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition. Cape Town: Juta; Deventer; Boston: Kluwer, 1992, 1241 lk. Viidatud: Zimmermann (1992).

Zimmermann, R. The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2005, 240 lk. Viidatud: Zimmermann (2005).

Zweigert, K., Kötz, H. Introduction to comparative law. 3rd revised ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, 714 lk. Viidatud: Zweigert/Kötz.

Treitel, G. H. An Outline of The Law of Contract. 4th ed. London: Butterworths, 1989, 381 lk. Viidatud: Treitel (1989).

Treitel, G. H. Remedies of Breach of Contract, A Comparative Account.- Contracts in General. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. VII, Ch. 16. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck); Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1976. Viidatud: Treitel (1976).

Treitel, G. H. Remedies of Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press. 1991, 409 lk. Viidatud: Treitel (1991).

Treitel, G. H. Specific Performance and Injunction.- Chitty on Contracts. 26th ed. Vol I General Principles. A.G. Guest (general editor). London: Sweet & Maxwell, 1989. Viidatud: Treitel/Chitty.

Treitel, G. H. The Law of Contract. 11th ed. London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2003, 1117 lk. Viidatud: Treitel (2003).

Wenzel, H. Hütte, F., Helbron, M. Schuldrecht Besonderer Teil I. Vertragliche Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Am Aufbau von Klausuren orientierte Studienliteratur in Bürgerlichen Recht. Grasberg bei Bremen: Rolf Schmidt Verlag, 2003, 424 lk. Viidatud: Wenzel/*et al.*

Werro, F., Belser, E. M. Switzerland.- Bonell, M. J. (ed.). A new approach to international commercial contracts: the UNIDROIT principles of international commercial contracts: XVth International Congress of Comparative Law, Bristol, 26 July-1 August 1998/International Academy of Comparative Law. The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 1999, 444 lk. Viidatud: Werro/Belser.

Wheeler, S., Shaw, J. Contract Law. Cases, Materials and Commentary. Oxford: Clarendon Press, 1995, 919 lk. Viidatud: Wheeler/Shaw.

Kasutatud normatiivmaterjal

Eesti NSV Tsiviilkoodeks. Tekst koos kommentaaridega toodud Ananjeva, J. , *et al* ENSV tsiviilkoodeksi kommenteeritud väljaanne. Tallinn 1969, 608 lk.

Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv 1999/44/EÜ, 25. mai 1999, tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta (Directive of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (OJ L 171, 7.7.1999, p 12).

Karistusseadustik. 6. 06. 2001. a .- RT I 2001, 61, 364, viimati muudetud: 7. 12. 2005 (RT I 2005, 68, 529).

Prantsuse tsiviilkoodeks. Kättesaadav: <http://www.legifrance.gouv.fr/html/index.html> (<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=22&r=350>), (21. mai 2006)

Principles of European Contract Law. Tekst toodud väljanades: Radley-Gardner, O., Beale, H., Zimmermann, R., Schulze, R. (eds.). Fundamental texts on European private law. Oxford; Portland (Oreg.): Hart, 2003, 524 lk.

Principles of International Commercial Contracts. Rome: UNIDROIT, 2004. Viidatud: PICC.

Saksa Liitvabariigi kaubandusseadustik. Tekst koos kommentaaridega toodud: Baumbach, A., Hopt, K. J. Handelsgesetzbuch. Beck'sche Kurz-Kommentare. 60., neubearbeitete und erweiterte Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2006, 2135 lk.

Saksa Liitvabariigi tsiviilprotsessiseadustik. Tekst koos kommentaaridega toodud: Baumbach, A., Lauterbach, W., Albers, J., Hartmann, P. Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und andere Nebengesetzen. Beck'sche Kurz-Kommentare. 59., neubearbeitete Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2001, 2794 lk.

Saksa Liitvabariigi tsiviilseadustik. Tekst koos kommentaaridega toodud: Palandt, O. Bürgerliches Gesetzbuch. Beck'sche Kurz-Kommentare. 65. Aufl. München: Beck, 2006.

Study Group on a European Civil Code (SGECC, Euroopa Tsiviilkoodeksi Uurimisgrupp). Projekt kaupade müügi lepingu reguleerimiseks Euroopa Liidus. Seisuga detsember 2004. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm (21. mai, 2006). Viidatud: SGECC/sales.

Study Group on a European Civil Code (SGECC, Euroopa Tsiviilkoodeksi Uurimisgrupp). Projekt teenuse osutamise lepingute reguleerimiseks Euroopa Liidus. Seisuga oktoober 2005.

Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm (21. mai, 2006). Viidatud: SGECC/services.

Tsiviilkohtumenetluse seadustiku ka täitemenetluse seadustiku rakendamise seadus. 15. juunil 2005. a. - RTI, 11.07.2005, 39, 308; viimati muudetud: 26. 01. 2006 (RT I 2006, 7, 42)

Tsiviilkohtumenetluse seadustiku, täitemenetluse seadustiku ja nendega seonduvate teiste seaduste muutmise seadus.- RTI, 03.02.2006, 7, 42.

Tsiviilseadustiku üldosa seadus. 27.03.2002.a. – RT I 2002, 35, 216; viimati muudetud 15. 06. 2005 (RT I 2005, 39, 308)

Võlaõigusseadus. 26.09.2001.a. – RT I 2002, 81, 487; viimati muudetud: 9. 10. 2005 (RT I 2005, 61, 473)

Muud allikad

Regierungsentwurf. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. Drucks 14/6040. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf> (16. jaan. 2006).

Kasutatud kohtupraktika

District Court Besançon (*Flippe Christian v. Douet Sport Collections*) 19.01.1998, kättesaadav <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html>,

U.S. Federal District Court [Louisiana] *Magellan International v. Salzgitter Handel* 7.12.1999, CLOUT case No. 417, kättesaadav <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>

Riigikohtu 16. septembri 2004. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-91-04. - RTIII, 02.11.2004, 26, 281.

Oberlandesgericht Hamburg 4.07.1997 [1 U 143/95 and 410 O 21/95], kättesaadav <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>

BGH, 24.03.1999, CISG-online 396, VIII ZR 121/98, kättesaadav <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/396.htm> (06.06.2006)

Handelsgericht Bern, 22.12.2004 [HG 02 8934/STH/STC], kättesaadav <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/1192.pdf> (06.06.2006)

Kasutatud lühendite loetelu

ABGB	- Austria tsiviilkoodeks
BGB - KE	- Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch (Saksa tsiviilkoodeks)
BGH	- Bundesgerichtshof (Saksa Liitvabariigi ülemkohus)
BGHZ	– Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
CC	- Code Civil (Prantsuse tsiviilkoodeks)
CISG	- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
HGB	- Handelsgesetzbuch (Saksa kaubandusseadustik)
NJW	-Neue Juristische Wochenschrift
OJ -	-Official Journal
OR	– Obligationenrecht (Šveitsi võlaõigusseadus)
PECL	- Principles of European Contract Law
PICC	- Principles of International Commercial Contracts
RT	- Riigi Teataja
ZPO	- Zivilprozeßordnung (Saksa tsiviilprotsessikoodeks)
TsK	- Eesti NSV tsiviilkoodeks
TsPK	- Eesti NSV tsiviilprotsessikoodeks
TsÜS	- Tsiviilseadustiku üldosa seadus
UCC	-Uniform Commercial Code
VÕS	- Võlaõigusseadus

LISA 1

Tabel 1 Kasumi jaotus unikaalse kauba müügil, arvestades asendushüvitise väljanõudeõigust⁶²¹

	Hinna- pakkumine	Asja subjektiiv- ne väärtus isiku jaoks	(I) Kasumi jaotus täitmis- nõude puhul	(II) Kasumi jaotus kahju hüvitamine ootushuvi määras	(III) Kasumi jaotus asendus- hüvitise rakendamisel	(IV) BGB § 275 II rakendumisel
Isik A		90 000	10 000	18 000	10 000	0
Isik B	100 000	110 000	18 000	10 000	18 000	18 000
Isik C	118 000	126 000	8 000	8 000	8 000	18 000
Kokku kasum		36 000	36 000	36 000	36 000	36 000
Tehingu- kulud (A...C)			2 x X	1 x X	1 x X	3 x X

⁶²¹ Baseerub joonisel 7.4. Cooter/Ulen, lk 258.