



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Jesper Lundborg

Ändrade förhållanden i internationella avtal

Om force majeure, hardship och möjligheterna att undgå skadeståndsansvar vid
fullgörelsehinder

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin för examen: Period 1 VT2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 BAKGRUND	5
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	6
1.3 METOD OCH MATERIAL	7
1.4 AVGRÄNSNINGAR.....	10
1.5 NÅGRA CENTRALA BEGREPP	11
1.6 UPPSATSENS DISPOSITION.....	12
2 ÄNDRADE FÖRHÅLLANDEN	14
2.1 ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER.....	14
2.1.1 <i>Non-performance</i>	14
2.1.2 <i>Pacta sunt servanda vs. clausula rebus sic stantibus</i>	14
2.1.3 <i>Artikel 79 CISG och 27 § KöpL</i>	15
2.1.4 <i>Förväxling mellan force majeure och hardship</i>	18
2.1.4.1 Principerna.....	18
2.1.4.2 Klausulerna	20
2.1.4.3 Artikel 79 CISG och hardship	21
2.2 FORCE MAJEURE	24
2.2.1 <i>Utveckling nationellt</i>	24
2.2.2 <i>UNIDROIT Principles</i>	26
2.2.3 <i>Framträdande rekvisit</i>	27
2.2.3.1 Bakgrund.....	27
2.2.3.2 Oförutsebarhetsrekvisitet	28
2.2.3.3 Hinder och kontrollrekvisitet.....	30
2.2.3.4 Kausalitetsrekvisitet	31
2.2.3.5 Aktivitetsrekvisitet.....	32
2.3 HARDSHIP.....	33
2.3.1 <i>Utveckling nationellt</i>	33
2.3.2 <i>UNIDROIT Principles</i>	35
2.3.3 <i>Framträdande rekvisit</i>	36
2.3.3.1 Bakgrund.....	36
2.3.3.2 Toleranspunkten.....	37
2.3.3.3 Hardship – en allmän avtalsrättslig princip?	39
3 AVTALSTOLKNING	42
3.1 INTRODUKTION.....	42
3.2 ALLMÄNT OM ANSVARSBEGRÄNSNINGS- OCH FRISKRIVNINGSKLAUSULER	42
3.3 AVTALSTOLKNING ENLIGT SVENSK RÄTT	44
3.4 SÄRSKILT OM TOLKNING AV FORCE MAJEURE OCH HARDSHIPKLAUSULER.....	46
3.4.1 <i>Bakgrund</i>	46
3.4.2 <i>CISG och UNIDROIT Principles</i>	47
3.4.3 <i>Tillämpning av allmänna avtalsrättsliga principer</i>	50
4 RISKFÖRDELNING	54
4.1 INTRODUKTION.....	54
4.2 FORCE MAJEUREKLAUSULER	55

4.2.1	<i>Bakgrund</i>	55
4.2.2	<i>Huvudproblemen</i>	55
4.2.3	<i>Klausulens relation till dispositiv rätt</i>	58
4.3	HARDSHIPKLAUSULER	59
4.4	ICC:S MODELLKLAUSULER	62
4.4.1	<i>Bakgrund</i>	62
4.4.2	<i>ICC:s Force Majeureklausul (2020)</i>	63
4.4.3	<i>ICC:s Hardshipklausul (2020)</i>	64
5	SÄRSKILT OM COVID-19	66
5.1	INTRODUKTION	66
5.2	REGLERING GENOM FORCE MAJEURE OCH HARDSHIPKLAUSULER	66
5.3	NÄR REGLERING SAKNAS	68
5.4	RELATION TILL REKVISITEN FÖR FORCE MAJEURE OCH HARDSHIP	70
6	ANALYS	73
6.1	INTRODUKTION	73
6.2	FÖRHÅLLET MELLAN FORCE MAJEURE OCH HARDSHIP	73
6.3	BETYDELSEN AV AVTALSTOLKNING	75
6.4	MÖJLIGHETER ATT UNDGÅ SKADESTÅNDSANSVAR	77
6.4.1	<i>Force majeure och hardshipklausuler</i>	77
6.4.2	<i>Lagstiftning</i>	79
6.4.3	<i>Allmänna avtalsrättsliga principer</i>	80
6.5	AVSLUTNING	81
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	83
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	90

Summary

International commercial contracts involve a greater risk of change of circumstances affecting the parties' possibility to perform. This thesis mainly examines how the seller can avoid liability to pay damages because of non-performance, especially in relation to the Covid-19 pandemic. Focus is on domestic rules and the force majeure and hardship excuses. A legal dogmatic method with a comparative perspective is used throughout the thesis.

The control liability in article 79 CISG is considered to express the principle of force majeure and at the same time cover hardship situations, which creates confusion. Based on solutions in different domestic legal systems and the UPICC, the salient features of the force majeure and hardship excuses are presented and applied in the context of Covid-19. The hardship principle constitutes a narrower version of force majeure, but with more flexible legal effects. The thesis demonstrates that primarily force majeure, but also hardship to a certain extent, constitute a general contract principle.

International commercial contracts often contain force majeure or hardship clauses to manage change of circumstances. Those clauses should be construed narrowly. If a dispute arises, rules from the applicable law, commercial trade and general contract principles are deciding factors for the courts when interpreting or supplementing the contract. These factors also provide guidance for the parties when designing clauses and points at the issues they must address. For the clauses to be effective, this thesis suggest that parties must specify them in certain aspects.

The thesis conclude that the parties should not rely on legislation to avoid liability to pay damages. The general contract principles can only be applied to a limited extent, although the salient features of force majeure should be met in relation to the pandemic. Instead, the best option for the parties is to address the issue initially, through well-drafted and well-balanced contractual clauses.

Sammanfattning

Internationella kommersiella avtal medför en ökad risk för att ändrade förhållanden påverkar parternas möjligheter till fullgörelse. Uppsatsen undersöker främst säljarens möjligheter att undgå skadeståndsansvar vid fullgörelsehinder, särskilt mot bakgrund av Covid-19 pandemin. Fokus i uppsatsen ligger på tillämpliga lagregler, principerna om force majeure och hardship samt force majeure och hardshipklausuler. Uppsatsen utgår från en rättsdogmatisk metod med ett komparativt perspektiv.

Kontrollansvaret i artikel 79 CISG anses ge uttryck för principen om force majeure och samtidigt omfatta hardship-situationer, vilket skapar förvirring. Mot bakgrund av lösningar i olika inhemska rättsordningar och UPICC presenteras de framträdande dragen för principerna om force majeure och hardship, som även testas utifrån Covid-19 pandemin. Principen om hardship utgör en snävare version av force majeure men med mer flexibla rättsföljder. Undersökningen påvisar att framförallt force majeure, men till viss del även hardship, utgör en allmän avtalsrättslig princip.

Internationella kommersiella avtal innehåller ofta force majeure och hardshipklausuler för att hantera ändrade förhållanden. Sådana klausuler ska tolkas snävt. Vid tvist ligger bland annat dispositiv rätt, handelsbruk och allmänna avtalsrättsliga principer till grund för domstolens tolkning och utfyllning av avtalet. Dessa faktorer hjälper parterna att utforma klausuler och belyser vilka frågor de har att ta ställning till. För att inte riskera att klausulerna blir ineffektiva visar undersökningen att parterna behöver precisera klausulerna i vissa avseenden.

Uppsatsen föreslår att parterna inte bör förlita sig på lagstiftning för att undgå skadeståndsansvar. De allmänna avtalsrättsliga principerna kan tillämpas i begränsad omfattning, även om effekterna av Covid-19 bör uppfylla rekvisiten för force majeure. Det bästa alternativet för parterna är istället att redan från början reglera risken för ändrade förhållanden genom välavvägda och välformulerade avtalsklausuler.

Förord

Juridikstudierna i Lund närmar sig sitt slut – det har varit en lång men otroligt rolig resa. Med anledning av en global pandemi har resan dessvärre kommit att mot slutet präglas av hemstudier. Jag har inte mycket gott att säga om pandemin eller situationen som uppstod på grund av den, mer än att den var en inspirationskälla för ämnesvalet till detta examensarbete.

Jag vill rikta ett särskilt tack till min handledare Eva Lindell-Frantz för stort engagemang, givande samtal och värdefulla insatser. Jag vill såklart även tacka min familj som, förutom att ha korrekturläst många och långa uppsatser under åren, har stöttat mig helhjärtat genom hela studieperioden.

Det är med känsla av nostalgi jag sätter punkt för mina 4,5 år i Lund. Men jag blickar samtidigt framåt mot nästa kapitel. Förändring, precis som uppsatsen belyser, är en del av livet. Som Heraclitus ska ha sagt: ”Change is the only constant in life”.

I Helsingborg, tisdagen den 25 maj 2021

Jesper Lundborg

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
EU	Europeiska unionen
ICC	Internationella handelskammaren (International Chamber of Commerce)
ICJ	International Court of Justice
IKL	Lag (1987:822) om internationella köp
KöpL	Köplag (1990:931)
PECL	Principles of European Contract Law
UPICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016)
WHO	World Health Organization

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I dagens digitaliserade samhälle har kommersiella avtal genomgått en tydlig internationalisering.¹ En rapport från Business Sweden visar exempelvis att svenska små och medelstora företag i stor utsträckning är internationellt aktiva på alla kontinenter.² Internationella kommersiella avtal exponeras generellt för fler risker, exempelvis i form av olika hinder vid längre transporter eller tvingande myndighetsbeslut från andra länder. Därmed är sannolikheten att en oväntad förändring av omständigheterna påverkar en parts möjlighet till fullgörelse mycket högre i internationella kommersiella transaktioner. Inom internationell handel, framförallt i långtidsavtal, är ändrade förhållanden ett av de största problemen parterna stöter på. Force majeure och hardship är viktiga verktyg för att hantera ändrade förhållanden och åberopas ofta när oförutsedda händelser inträffar.³

Mot bakgrund av de potentiella problem som kan uppstå vid internationell handel är det intressant att studera hur en part som har åtagit sig en särskild förpliktelse, på grund av ett fullgörelsehinder, kan befrias från ansvar.

Covid-19 pandemin har knappast undgått någon och har fått stora konsekvenser för internationella och kommersiella avtalsrelationer. En fråga som uppstår rör hur ändrade förhållanden kan få betydelse för redan ingångna avtal, men också hur avtalsskrivaren ska förhålla sig till den uppkomna situationen framöver.⁴

En avtalsmässig metod för att hantera de problem som kan uppstå är klausuler som särskilt reglerar ändrade förhållanden, exempelvis force majeure- och hardshipklausuler. Nästintill alla större internationella

¹ Bexhed (1996), s. 43; Edlund (2001), s. 172.

² Business Sweden (2015), ”*Internationalisering genom digitalisering*”, s. 8.

³ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 3; Schwenger (2009), s. 709.

⁴ Gorton i: Karlsson Tuula, Persson & Lindskoug (red.) (2020), s. 208.

kommersiella avtal innehåller en force majeureklausul. Klausulernas utformning bidrar emellertid ofta till oklarheter kring klausulens omfattning, rättsliga kriterier och relationen till andra lösningar från den inhemska rätten som är tillämplig på avtalet.⁵ När väl ett fullgörelsehinder föreligger söker gäldenären efter möjligheter att bli befriad från det skadeståndsansvar som annars följer av avtalsbrottet. Det uppstår inte sällan tvist om innebörden av force majeure- och hardshipklausuler eller parts åberopande av andra befrielsegrunder. Att utforska hur domstolar och skiljenämnder tolkar och fyller ut internationella kommersiella avtal i sådana situationer är således av intresse.

I sammanhanget aktualiseras även i vilken utsträckning parterna kan åberopa den dispositiva rätten eller principer om force majeure och hardship som försvar. Covid-19 pandemin har beskrivits som mänsklighetens mörkaste tid sedan andra världskriget och har återigen gjort dessa principer högaktuella inom internationell avtalsrätt.⁶ I svensk rätt finns befrielse regler i köplagen och lag (1987:822) om internationella köp (IKL), som utgör gällande rätt för utomnordiska köp.⁷ IKL är mer eller mindre en direkt implementering av 1980 års FN-konvention om internationella köp (CISG).

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats fokuserar på internationella kommersiella avtal och hanteringen av ändrande förhållande. Det övergripande syftet med uppsatsen är att undersöka möjligheterna att befrias från skadeståndsansvar vid fullgörelsehinder, med särskilt fokus på Covid-19 pandemin. Detta utreds framförallt utifrån principerna om force majeure och hardship, genom att undersöka principernas utveckling internationellt, olika principalsamlingar och bestämmelser i CISG. Dessutom analyseras parternas riskfördelning i

⁵ Berger i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 137 f.

⁶ Berger & Behn (2019–2020), s. 79.

⁷ Jfr. 5 § KöpL och 2 § IKL.

avtalet och hur de, med hjälp av olika klausuler, kan ta ändrade förhållanden i beaktan. Vid en sådan diskussion är det av betydelse att även behandla hur domstolen tolkar force majeure och hardshipklausuler och fyller ut eventuella luckor i avtalet, när ett fullgörelsehinder uppstår.

För att uppfylla uppsatsens syfte ska följande frågeställningar besvaras:

- Hur förhåller sig principerna om force majeure och hardship till varandra?
- Hur tolkas force majeure och hardshipklausuler i samband med fullgörelsehinder?
- Vilka möjligheter har parterna till internationella kommersiella avtal att undgå skadeståndsansvar till följd av ändrade förhållanden i allmänhet, och Covid-19 pandemin i synnerhet?

1.3 Metod och material

Uppsatsen behandlar huvudsakligen principerna om force majeure och hardship. Därutöver kommenteras hur force majeure och hardshipklausuler kan användas som riskfördelning mellan avtalsparter och hur domstolarna tolkar sådana bestämmelser i internationella kommersiella avtal. Utifrån det angivna syftet har arbetet genomförts med utgångspunkt i den rättsdogmatiska metoden, där de allmänt accepterade rättskällorna används för att söka svar på konkreta problem.⁸ Den rättsdogmatiska metoden handlar generellt om tolkning, systematisering och analysering av gällande rätt med ett vetenskapligt syfte.⁹

Valet av material är nära sammankopplat med den rättsdogmatiska metoden och utgår från rättskällorna för internationella avtal. En sådan rättskälla är avtalstexten och tolkning av den.¹⁰ Andra kompletterande rättskällor kan vara rättspraxis, handelsbruk eller utländska rättsregler. En enskild rättskälla

⁸ Kleineman i: Nääv och Zamboni (red.) (2018), s. 21.

⁹ Kleineman i: Nääv och Zamboni (red.) (2018), s. 21 ff.

¹⁰ Se kapitel 3 nedan.

ger sällan tillräckligt stöd, medan flera rättskällor som pekar i samma riktning kan ha stor betydelse.¹¹ Eftersom många kommersiella avtal innehåller skiljeklausuler är rättspraxis på området något begränsat. Syftet med att lyfta fram den praxis som finns är att få en inblick i hur både svenska och utländska domstolar och skiljenämnder resonerar kring och tolkar de befrielsegrunder som är föremål för uppsatsen. Praxis har identifierats med hjälp av doktrin och egna sökningar, exempelvis mot bakgrund av artikel 79 CISG.

Som en del av den rättsdogmatiska metoden används även komparativa undersökningar och arbetet får därmed inslag av en komparativ juridisk metod. Syftet är att belysa hur ändrade förhållanden hanteras i olika rättssystem. Utländsk rätt kan användas för att komplettera och ge inspiration till svensk rätt och lösningar på samma problem utomlands kan utgöra en lämplig rättskälla.¹² När det är svårt att avgöra vad som gäller enligt svensk rätt, kan en hänvisning till utländska rättsordningar bekräfta att en viss lösning är lämplig. Möjligheten att beakta utländsk rätt är även större på avtalsrättens område jämfört med andra rättsområden.¹³ Därutöver är det idag inte ovanligt att Högsta domstolen hänvisar till utländsk praxis och doktrin. Kunskap om utländska rättsordningar har därför fått ökad betydelse som ändamålsargument inom rättsdogmatiken.¹⁴ Den komparativa metoden går ut på att jämföra olika rättssystem och belysa skillnader och likheter. Metoden kan således fungera som en kulturell brygga genom att titta på samma problem ur ett internationellt perspektiv.¹⁵

Det har skett en relativt omfattande kartläggning av vilka gemensamma regler som finns inom internationell avtalsrätt. Därför är det relevant att titta på internationella organisationers rättsregler och principer som behandlar ändrade förhållanden, till exempel i *UNIDROIT Principles of International*

¹¹ Ramberg & Ramberg (2019), s. 19 ff.

¹² Hultmark i JT 1995/96, s. 655 f.

¹³ Ramberg & Ramberg (2019), s. 28.

¹⁴ Kleineman i: Nääv och Zamboni (red.) (2018), s. 41 f.

¹⁵ Valguarnera i: Nääv och Zamboni (red.) (2018), s. 143 ff.

Commercial Contracts (UPICC) och *Principles of European Contract Law* (PECL). Principssamlingarna utgör idag rättskällor i svensk rätt eftersom HD kontinuerligt hänvisar till dem.¹⁶ Även *International Chamber of Commerce* (ICC) har utarbetat modellklausuler som erbjuder vägledning i denna fråga. I uppsatsen ligger fokus främst på UPICC, en principssamling utarbetad av en stab med akademiskt verksamma, rättslärdade personer och även en del verksamma jurister över hela världen.¹⁷ UPICC har däremot utsatts för kritik på grund av att principssamlingen inte tillhandahåller tillräckliga källor. Tyngden som ska ges åt principssamlingen får istället avgöras av auktoriteten och sammansättningen av UNIDROIT Working Group.¹⁸

I internationell doktrin beskrivs metoden ”*the general principles of law*” som en pragmatisk variation av den komparativa juridiska metoden och är till viss del beroende av soft law. Syftet med metoden är framförallt att ta hänsyn till internationella avtals särdrag och erbjuda principer som stämmer överens med parternas förväntningar. Metoden har i praktiken fått ökad betydelse genom de utarbetade reglerna och principerna i CISG och UPICC, som har bidragit till en unifiering av avtalsrätten och kan användas som bevis för förekomsten av allmänna avtalsrättsliga principer. Parterna till internationella avtal förväntar sig som regel en hög förutsebarhet och att det tas hänsyn till transaktionens internationella karaktär. En analys av force majeure och hardship som allmänna avtalsrättsliga principer kan bemöta denna problematik. Metoden har beskrivits som ett bra hjälpmedel för skiljenämnder att komma fram till beslut som är allmänt accepterade av affärsvärlden som helhet.¹⁹

När det saknas lagstiftning på ett visst område kan sådana luckor i lagen fyllas ut med allmänna avtalsrättsliga principer. Vad som kännetecknar en sådan princip är oklart. För att klassificeras som en allmän internationell avtalsrättslig princip bör en regel vara erkänd i många, men inte

¹⁶ Ramberg & Ramberg (2019), s. 27 f.

¹⁷ Hultmark i JT 1995/96, s. 657 ff.

¹⁸ Brunner (2009), s. 20; Hultmark i JT 1995/96, s. 659.

¹⁹ Brunner (2009), s. 4 ff.

nödvändigtvis alla, rättssystem inom internationell handel. Erkännandet av en regel i internationella instrument (konventioner, soft law-kodifieringar) är vidare ett tydligt tecken på en allmän acceptans från jurister på en internationell nivå.²⁰ Principsamlingarna UPICC och PECL anses ge uttryck för allmänna avtalsrättsliga principer och visar på att många grundläggande avtalsrättsliga principer, i alla fall i de västerländska rättssystemen, har många gemensamma drag.²¹ Vid fastställande av innehållet i en allmän avtalsrättslig princip är dess ursprung och historiska utveckling viktig.²²

Uppsatsen bearbetar även juridisk litteratur och juridiska tidskrifter, innehållande tolkningar och analyser av etablerade författare för att belysa den rådande uppfattningen på området. De författare som har kommenterat den aktuella frågeställningen i Sverige är bland andra Jan och Christina Ramberg och Lars Gorton. De författare som har behandlat och sammanställt frågeställningen ur ett internationellt perspektiv är främst Christoph Brunner, Fabio Bortolotti, Dorothy Ufot, Marcel Fontaine och Giuditta Cordero-Moss.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen fokuserar på kommersiella avtalsförhållanden, vilket innebär att konsumenträttsliga förhållanden inte berörs. Syftet med uppsatsen är att undersöka möjligheterna att befrias från skadeståndsansvar vid ändrade förhållanden, andra rättsföljder berörs endast översiktligt. Därutöver omfattas inte processrättsliga aspekter eller IP-rättsliga frågor av uppsatsens begränsade omfång. Syftet med att behandla utländsk rätt är inte att ge en djupgående jämförelse eller analys, utan snarare att ge läsaren en uppfattning om hur ändrade förhållanden hanteras i några för oss viktiga rättsordningar.

²⁰ Brunner (2009), s. 14 f.

²¹ Ramberg & Ramberg (2019), s. 32 f.

²² Hultmark i JT 1995/96, s. 666 f.

En part som blir förhindrad att fullgöra sin förpliktelse kan i viss mån åberopa alternativ till *force majeure* och *hardship* för att bli befriad. I svensk rätt används främst 36 § AvtL och förutsättningsläran för att hantera och pröva betydelsen av ändrade förhållanden.²³ För att inte göra uppsatsen alltför omfattande lämnas de utan avseende, även om 36 § AvtL berörs översiktligt i förhållande till senare inträffade förhållanden och domstolars möjligheter att jämka avtalet i samband med *hardship*.

Avtalstolkning är vidare en viktig fråga i förhållande till principerna och klausulerna om *force majeure* och *hardship*, för att belysa hur de tillämpas och tolkas i praktiken. De avsnitt i uppsatsen som berör avtalstolkning gör det däremot övergripande och syftar inte till en djupgående analys av avtalstolkning varken i svensk eller utländsk rätt.

1.5 Några centrala begrepp

För att underlätta för läsaren och för att kunna tillgodose syftet med uppsatsen på ett effektivt sätt, kommer jag att redogöra för innebörden av några viktiga och återkommande terminologiska begrepp.

Begreppet *ändrade förhållanden* syftar till problem som kan uppstå efter avtalsslutet och under pågående avtalsrelation. Det handlar om situationer som påverkar parternas möjligheter till fullgörelse, där avtalet ska tillämpas under omständigheter som inte förutsetts av parterna vid avtalsslutet.²⁴ I uppsatsens används ändrade förhållanden som ett samlingsbegrepp för *force majeure* och *hardship*.

Det moderna begreppet *force majeure* härstammar från den franska Code Civil.²⁵ *Force majeure* liknas ibland vid de rättshistoriska uttrycken ”Act of

²³ Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz (2016), s. 329 f.

²⁴ Adlercreutz & Gorton (2010), s. 154; Ramberg & Ramberg (2019), s. 220 ff.

²⁵ Artikel 1218 Code Civil; Christou (2015), s. 158 ff.

God” på engelska eller ”högre hand” på svenska.²⁶ Rohde har definierat force majeure som ”*en utifrån kommande, omfattande och sällan inträffande händelse, som medför oöverstigliga hinder för prestation*”.²⁷ Begreppet force majeure har i svensk och tysk rätt haft till syfte att fastställa vissa typer av händelser som bör medföra ansvarsfrihet.²⁸

Engelskan har blivit en slags latin för internationell handel. Eftersom språket spelar en viktig roll när man upprättar internationella avtal, kommer även några centrala engelska begrepp att definieras.²⁹

Begreppet *hardship* är en nära besläktad princip till force majeure som också reglerar vad som ska gälla vid ändrande förhållande. Hardship behandlar situationer där det inte är omöjligt att prestera, men där prestation bara kan ske med väsentliga svårigheter som inte förutsågs när avtalet slöts.³⁰

I engelsk litteratur används ofta termen *obligor* för att beskriva den part som åberopar en befrielsegrund eller som inte kan fullgöra sina åtaganden på grund av ett fullgörelsehinder. I uppsatsen används termen *gäldenär* med samma innebörd och hänvisar till den förpliktigade parten, även om termen kan ha andra betydelser i andra sammanhang.

1.6 Uppsatsens disposition

Efter uppsatsens inledande kapitel beskrivs i kapitel 2 hur principerna om force majeure och hardship har utvecklats internationellt och genom olika principalsamlingar, framförallt UPICC. Därefter beskrivs de framträdande rekvisiten som kan utläsas av föregående avsnitt, samt möjligheten att

²⁶ Berger & Behn (2019–2020), s. 90; Svernlöv (red.) (2013), s. 159 ff.

²⁷ Rodhe (1986), s. 165.

²⁸ Hellner & Ramberg (1991), s. 143.

²⁹ Svernlöv (2019), s. 17 f.

³⁰ Berger & Behn (2019–2020), s. 115.

kategorisera force majeure och hardship som allmänna avtalsrättsliga principer.

I kapitel 3 redogörs för principer om avtalstolkning, vilket aktualiseras när väl ett fullgörelsehinder har inträffat och parternas avtal behöver tolkas eller tydas. Avtalstolkning är av särskild betydelse när avtalet har lämnat frågan oreglerad eller om den inträffade händelsen inte omfattas av en force majeure eller hardshipklausul.

Därefter, i kapitel 4, behandlas parternas riskfördelning i avtalet och vilka frågor de har att ta ställning till för att kunna utforma så välformulerade och välavvägda klausuler som möjligt.

I kapitel 5 berörs Covid-19 pandemin och dess effekter särskilt, mot bakgrund av vad som förekommit i de föregående kapitlen.

Slutligen, i kapitel 6, görs en analys av arbetet utifrån uppsatsens frågeställningar och syfte.

2 Ändrade förhållanden

2.1 Allmänna utgångspunkter

2.1.1 Non-performance

En startpunkt för uppsatsen, och för att sätta olika befrielsegrunder i perspektiv, är det internationella konceptet om *non-performance*, som har fått stor betydelse genom sitt erkännande och utveckling i CISG.³¹ Konceptet kom senare även att omnämnas i UPICC.³² *Non-performance* definieras som en underlåtenhet att fullgöra någon av sina skyldigheter enligt avtalet. Begreppen ”underlåtenhet att prestera” och ”avtalsbrott” används ofta synonymt i dessa sammanhang. *Non-performance* innefattar både ursäktade och icke-ursäktade avtalsbrott, och är förenat med ett strikt ansvar. Som ett resultat av det strikta ansvaret har ett koncept för undantag avseende gäldenärens ansvar vid avtalsbrott vuxit fram. Avtalsbrott kan bli ursäktade om underlåtenheten att prestera exempelvis kan härledas till *force majeure* eller *hardship* – närmare bestämt de undantag som är föremål för uppsatsen.³³

2.1.2 Pacta sunt servanda vs. clausula rebus sic stantibus

För att komma till rätta med problemen om ändrade förhållanden i allmänhet, och *force majeure* och *hardship* i synnerhet, kan det på ett teoretiskt plan tänkas två ytterlighetslösningar. Den ena ytterligheten är att avtalet ska hållas till varje pris (*pacta sunt servanda*). Principen och dess begränsningar har exempelvis kommit till uttryck i CISG.³⁴ Parterna ska

³¹ Se exempelvis artikel 25 CISG.

³² Artikel 7.3.1 UPICC.

³³ Brunner (2009), s. 57 ff.; Se även Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 289 f.; Gorton & Lindell-Frantz (2013), s. 78.

³⁴ Jfr. artikel 71–73 och 79 CISG.

kunna lita på att avtalet skapar en situation som rättsligt binder dem och att deras åtaganden är verkställbara. Principen är däremot inte absolut.³⁵

Den andra ytterligheten är att varje avtal anses innehålla ett förbehåll om oförändrade förhållanden, dvs. möjligheten att inte tillämpa ett avtal när det har skett grundläggande förändring av omständigheterna (*clausula rebus sic stantibus*). Principerna om force majeure och hardship bygger på en avvägning mellan dessa två ytterligheter.³⁶ Internationellt har force majeure och hardship som undantag från principen *pacta sunt servanda* sedan länge varit accepterat och undantagen har utvecklats från olika nationella rättssystem till att bli en del av den internationella avtalsrätten.³⁷

2.1.3 Artikel 79 CISG och 27 § KöpL

I Sverige utgör CISG gällande rätt vid utomnordiska köp.³⁸ Mot bakgrund av att konventionen idag har ratificerats av 94 länder är en diskussion angående befrielsegrunden i artikel 79 CISG central för framställningen av både principerna om force majeure och hardship.³⁹ CISG anses idag utgöra en gemensam grund för många rättssystem och är framförallt användbar när principerna analyseras på ett internationellt plan. De särskilda omständigheter som ursäktar gäldenären från skadeståndsansvar beskrivs i artikel 79 CISG under rubriken ”befrielsegrunder”, men trots det anses bestämmelsen ge uttryck för principen om force majeure. Termerna ”force majeure”, ”omöjlighet” eller ”frustration” används inte i CISG eftersom man velat undvika att använda termer som kan uppfattas olika i olika rättssystem.⁴⁰

³⁵ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 14 f.

³⁶ Fontaine & De Ly (2006), s. 453; Adlercreutz & Gorton (2010), s. 154 f.

³⁷ Berger & Behn (2019–2020), s. 87 f.; Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 35.

³⁸ 1–2 §§ IKL.

³⁹ Överblick över stater som har ratificerat CISG

https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status.

⁴⁰ Brunner (2009), s. 17 f.; Fontaine & De Ly (2006), s. 451.

Skadeståndsansvaret i CISG är strikt (*no fault*), men det finns alltså vissa ansvarsbefriande omständigheter som regleras i artikel 79 CISG. Artikeln bygger inte på vårdslöshet utan istället på ett kontrollansvar, vilket framgår av artikel 79(1) CISG. Artikeln föreskriver att en part inte är ansvarig för underlåtenhet att fullgöra någon av sina skyldigheter, förutsatt att fyra rekvisit är uppfyllda. Part ska visa att underlåtenheten berodde på (1) ett hinder (2) utanför dennes kontroll och (3) att hen inte skäligen kunde förväntas ha räknat med hindret vid avtalsslut, eller (4) ha undvikit eller övervunnit hindret eller dess följder.⁴¹ Artikeln befriar enbart den förhindrade parten från det skadeståndsansvar som annars skulle funnits gentemot motparten och hindrar inte motparten att utöva någon annan rätt, dvs. artikeln har inga andra rättsverkningar.⁴² Artikeln anses enligt doktrin vara tillämplig på situationer där fullgörelsehindret uppstår såväl före som efter avtalsslut.⁴³

Det råder osäkerhet kring innebörden av uttrycket kontrollansvar, vilket illustreras av att den engelska och franska texten i artikel 79 CISG är språkligt olika. Dessutom framstår kontrollrekvisitet som det dominerande rekvisitet i kontrollansvaret, trots att exempelvis förutsebarhetsrekvisitet också spelar en viktig roll.⁴⁴ Avgörande för kontrollrekvisitet i artikel 79 CISG är att bestämma säljarens kontrollsfär och se om det inträffade hindret faller inom denna sfär, vilket inte är helt självklart. Enligt artikel 79 CISG är krig, uppror, omfattande strejker och liknande händelser utanför gäldenärens kontrollsfär. Huruvida andra omständigheter omfattas av gäldenärens kontrollsfär, till exempel olika myndighetsåtgärder, är fortsatt relativt osäkert.⁴⁵

⁴¹ Artikel 79(1) CISG; Se även Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 16; Hellner & Ramberg (1991), s. 300.

⁴² Se artikel 79(5) CISG.

⁴³ Brunner (2009), s. 232 f.

⁴⁴ Gorton & Lindell-Frantz (2013), s. 99 ff.; Hellner & Ramberg (1991), s. 141 f.

⁴⁵ Hellner & Ramberg (1991), s. 300 f.; Se vidare Schwenzer & Schlechtriem (2016), s. 1128 ff.

Gäldenärens kontrollsfär utökas även mot bakgrund av artikel 79(2) CISG till att innehålla en tredje parts kontrollsfär, när en sådan anlitas för att fullgöra hela eller delar av avtalet.⁴⁶ Det brukar kallas för ”dubbel force majeure” eller ”dubbelt kontrollansvar”.⁴⁷ Det är såldes gäldenären som bär risken när en tredje part anlitas för att fullgöra avtalet.⁴⁸

Ur ett svenskt perspektiv kan man anta att svenska domstolar i viss mån även skulle beakta 27 § KöpL när de bedömer olika force majeureklausuler i internationella kommersiella avtal. Paragrafen hade artikel 79 CISG som förebild.⁴⁹ En skillnad mellan 27 § KöpL och artikel 79 CISG är att köplagen bara tillämpar kontrollansvaret vid ersättning för direkta förluster,⁵⁰ en uppdelning som inte görs i CISG utan all förutsebar skada bedöms enligt kontrollansvaret.⁵¹

Kontrollansvaret enligt 27 § KöpL medför också ett strikt ansvar. Köparen har alltså rätt till ersättning för den skada hen lider genom säljarens dröjsmål, om inte säljaren visar att dröjsmålet beror på ett hinder utanför dennes kontroll som hen inte skäligen kunde förväntats ha räknat med vid köpet. Dessutom krävs att följderna av hindret inte skäligen kunde ha undvikits eller övervunnits. Kontrollansvaret medger inte ansvarsfrihet för hinder som typiskt sett anses möjliga att kontrollera, om hindret har haft nära samband med gäldenärens verksamhet. Det finns ett starkt samband mellan de olika rekvisiten, varför det ska göras en samlad bedömning av hela situationen. Kontrollansvaret i 27 § KöpL stämmer till viss del överens med de traditionella rekvisiten för force majeure, framförallt i förhållande till kravet att hindret ska orsakas av en ”yttre omständighet” eller vara ”utifrån kommande”.⁵²

⁴⁶ Jfr. 27 § 2st KöpL innehållande några skillnader, se Hellner & Ramberg (1991), s. 153 ff.

⁴⁷ Hellner & Ramberg (1991), s. 155 f.

⁴⁸ Brunner (2009), s. 185 ff.

⁴⁹ Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 291.

⁵⁰ Se 27 § 3st KöpL.

⁵¹ Jfr. artikel 74 CISG; Se även Herre (2019), s. 217.

⁵² Det kan även nämnas att 24 § i 1905 års köplag delvis byggde på den allmänna avtalsrättsliga principen om force majeure, se Hellner & Ramberg (1991), s. 140 ff.

Det kan i praktiken visa sig svårt att undgå ett kontrollansvar. Det räcker alltså som regel inte att gäldenären visar att hen har gjort så gott denne har kunnat. Vad som sker i det egna företaget anses normalt vara kontrollerbart för gäldenären, även om händelseförloppet i det enskilda fallet inte kunde kontrolleras.⁵³ De framträdande rekvisiten för force majeure, som till stor del liknar det kontrollansvar som framgår av artikel 79 CISG och 27 § KöpL, berörs mer ingående i avsnitt 2.2.3.

2.1.4 Förväxling mellan force majeure och hardship

2.1.4.1 Principerna

Det finns i praktiken anledning att skilja mellan å ena sidan principerna om force majeure och hardship, och force majeure- och hardshipklausuler å andra sidan. Det finns inledningsvis en allmän förväxling mellan principerna om force majeure och hardship. Principerna har liknande syfte, dvs. att ursäkta en part när en händelse hindrar fullgörelse enligt avtalet.⁵⁴ Händelsen bör i båda fallen vara oförutsebar och oundviklig. Däremot gör ett force majeure-hinder fullgörelse omöjlig, medan ett hardship-hinder gör det avsevärt svårare att fullgöra en avtalsskyldighet eller gör att avtalets jämvikt förändras väsentligt, även om fullgörelse fortfarande är möjligt.⁵⁵

Skillnaden mellan force majeure och hardship illustreras även av att hardship införts under rubriken ”performance” i kapitel 6 UPICC, medan force majeure återfinns i kapitel 7 UPICC under rubriken ”non-performance”. Genom att placera hardship i kapitel 6 pekar författarna av UPICC på att fullgörelse av avtalet fortfarande är möjligt i dessa situationer, genom mer flexibla rättsföljder och anpassade villkor, till skillnad mot force majeure, som används för att reglera rättsföljder av *non-performance*

⁵³ Gorton & Lindell-Frantz (2013), s. 99 ff.

⁵⁴ Samuelsson (2011), s. 164; Berger & Behn (2019–2020), s. 129 f.

⁵⁵ Fontaine & De Ly (2006), s. 443.

(avtalsbrott).⁵⁶ Författarna till UPICC påpekar emellertid att artikel 6.2.2 och 7.1.7 UPICC måste läsas tillsammans.⁵⁷

Frågan huruvida fall av ekonomisk omöjlighet eller hardship omfattas av force majeure är viktig för att skilja de två principerna åt.⁵⁸ Var linjen ska dras mellan fall av force majeure och hardship får avgöras från fall till fall genom att ta alla relevanta omständigheter i beaktan, framförallt gäldenärens riskåtaganden.⁵⁹ För svenskt vidkommande blir distinktionen inte lättare av att det generellt sett inte finns något undantag vid hardship-situationer, men att ekonomisk force majeure (ekonomisk omöjlighet) kan tas i beaktan.⁶⁰

Den största skillnaden mellan force majeure och hardship ligger i rättsföljden. Föreligger force majeure handlar det om att inledningsvis pausa skyldigheten som följer av avtalet, om omöjligheten är temporär. Visar det sig att omöjligheten att prestera är permanent blir hävning aktuellt. Det är först vid längre perioder av omöjlighet som omförhandling blir aktuellt vid force majeure-situationer.⁶¹ Force majeure befriar gäldenären från skyldigheten att prestera och att betala skadestånd på grund av utebliven prestation, medan hardship tillåter domstolar att justera avtalet med syfte att återställa dess jämvikt, alternativt säga upp avtalet.⁶² Vid situationer som samtidigt utgör fall av force majeure och hardship ska den drabbade parten ha möjlighet att välja vilka rättsföljder som ska tillämpas, utifrån principerna i UPICC.⁶³

Generellt kan sägas att fall där värdet av en prestation minskar uteslutande regleras av principen om hardship, eftersom det inte föreligger något faktisk fullgörelsehinder, vilket är ett krav för force majeure. Fall där kostnaden för fullgörelse ökar bör i princip också regleras av hardship. I dessa fall bör

⁵⁶ Brunner (2009), s. 400; Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 17.

⁵⁷ Artikel 7.1.7 UPICC, kommentar 3.

⁵⁸ Brunner (2009), s. 108 ff.

⁵⁹ Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 90.

⁶⁰ Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 301; Jfr. även Samuelsson (2011), s. 304 f.

⁶¹ Fontaine & De Ly (2006), s. 444 ff.

⁶² Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 8; Brunner (2009), s. 221 ff.

⁶³ Artikel 6.2.2 UPICC, kommentar 6.

alltså rättsföljderna för befrielsegrunden hardship äga företräde framför rättsföljderna för force majeure. Det finns ett undantag till en sådan tillämpning, i fall där hindret inte påverkar mottagarens värde av prestationen men samtidigt resulterar i en oproportionerligt stor kostnadsökning för gäldenären vid fullgörande. I det fallet kan gäldenären bli befriad från fullgörelseplikten, men skadeståndsansvaret bedöms fortfarande utifrån reglerna om force majeure.⁶⁴

2.1.4.2 Klausulerna

Klausulerna som förekommer i olika internationella avtal har i praktiken utvecklats till att bli svåra att skilja åt. Common law-traditioner har haft stor inverkan på internationell avtalsskrivning och i engelsk avtalsrättslig litteratur brukar exempelvis hardshipklausuler nämnas tillsammans med force majeure.⁶⁵ Även om de fyra kumulativa rekvisiten för force majeure⁶⁶ ger vägledning när det gäller att avgöra vilken av principerna som åsyftas, kvarstår den centrala frågan hur force majeure- och hardshipklausuler förhåller sig till varandra. Det är framförallt när klausulerna förekommer i samma avtal som de överlappar varandra och ofta kan antas fungera på samma sätt. Istället för att bidra till rättssäkerheten, skapar det problem vid avtalstolkningen.⁶⁷

Det krävs att klausulerna är väl avvägda och att deras förhållande till varandra är väldigt precist angivna, framförallt om kriterierna i force majeure-klausulen är mindre stränga i förhållande till omöjligheten att prestera. Genom att avtalsvägen lätta på kriterierna för force majeure bidrar parterna till att sudda ut den linje som normalt sett dras mellan force majeure och hardship. I praktiken innebär det att klausulerna reglerar liknande situationer men med olika rättsföljder.⁶⁸ Många internationella avtal utvidgar force majeureklausulens tillämpningsområde till att omfatta

⁶⁴ Jfr. artikel 79 CISG och artikel 7.1.7 UPICC; Se även Brunner (2009), s. 221 ff.

⁶⁵ Samuelsson (2011), s. 164; Berger & Behn (2019–2020), s. 129 f.

⁶⁶ Se kapitel 2.2.3.

⁶⁷ Berger & Behn (2019–2020), s. 113.

⁶⁸ Fontaine & De Ly (2006), s. 443 ff. & 456.

allt fler händelser, ofta som ett resultat av att olika skiljenämnder är mer villiga att acceptera force majeureklausuler än hardshipklausuler.⁶⁹

2.1.4.3 Artikel 79 CISG och hardship

Det har visat sig svårt att presentera en tydlig och allmänt accepterad gräns mellan vad som avses med force majeure och hardship. En av de största orsakerna till förväxlingen är att CISG inte erbjuder någon uttrycklig bestämmelse om hardship. Artikel 79 CISG, som förknippas med force majeure, bjuder emellertid in till en diskussion huruvida även hardship omfattas av artikeln eller inte.⁷⁰ I vilken utsträckning hardship-situationer omfattas av artikel 79 är inte helt självklart.⁷¹

Termen ”hinder” som används i artikel 79 CISG kan anses tillräckligt opreciserad för att även kunna tillämpas på hardship-situationer.⁷² En viktig utveckling i frågan kom 2007, genom ett yttrande från ”*the CISG Advisory Council*”.⁷³ I yttrandet konstateras att sådana ändrade förhållanden, som part inte skäligen kan förväntas ha räknat med och som gör fullgörelseplikten alltför betungande, kan utgöra ett ”hinder” enligt artikel 79(1) CISG. Enligt ordalydelsen gör artikel 79 CISG inte skillnad på när ett hinder gör fullgörelse omöjligt eller när hindret enbart medför att fullgörelse blir alltför ekonomiskt betungande, vilket innebär att principen om force majeure delvis är sammanflätat med principen om hardship.⁷⁴

Idag finns det mer eller mindre en samstämmig acceptans i domar, skiljedomar och doktrin att artikel 79 CISG går att tillämpa på hardship-situationer.⁷⁵ Artikel 79 CISG och förhållandet till hardship har nyligen kommenterats i ”*CISG Advisory Council Opinion No. 20*”. I yttrandet

⁶⁹ Konarski (2003), s. 425.

⁷⁰ Brunner (2009), s. 108 ff.

⁷¹ Brunner (2009), s. 213 ff.; Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 90.

⁷² Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 16; Yasutoshi (2018), s. 363.

⁷³ CISG-AC Opinion No. 7 (2007); *CISG Advisory Council* är en privat rådgivande nämnd med syfte att främja en enhetlig tolkning av CISG. Se mer på <https://www.cisgac.com/>.

⁷⁴ CISG-AC Opinion No. 7 (2007), s. 7 ff.; Se även Yasutoshi (2018), s. 381 f.

⁷⁵ Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 291 f.; Schwenzer (2009), s. 713.

framhävs återigen att artikel 79 CISG omfattar fall av ekonomiska hinder (hardship).⁷⁶ Ekonomisk omöjlighet eller ekonomiska hinder kan således utgöra ett fullgörelsehinder enligt artikel 79 CISG, vilket skulle innebära att bestämmelsen kan åberopas vid hardship.⁷⁷ Om ett fall av ekonomisk omöjlighet ska bedömas utifrån befrielsegrunden force majeure, bör samma toleranspunkt användas som för hardship.⁷⁸

Mot bakgrund av artikel 79 CISG föreligger hardship när ändrade förhållanden, bortom en parts kontroll, gör fullgörelse alltför betungande, förutsatt att den parten inte skäligen kunde förväntas att ta de ändrade förhållandena i beaktan eller ha undvikit eller överkommit hindret eller dess konsekvenser.⁷⁹ Vid hardship under artikel 79 CISG finns ingen skyldighet till omförhandling och domstolen tillåts inte justera eller säga upp avtalet. Istället är det samma rättsföljder som vid en force majeure-situation, nämligen att gäldenären blir befriad från fullgörelseplikten och skadeståndsansvaret.⁸⁰

I majoriteten av de rättsfall som behandlar artikel 79 CISG i samband med hardship, har hardship ansetts utgöra ett hinder som kan omfattas av artikel 79 CISG.⁸¹ Däremot är det svårare att nå framgång genom att åberopa hardship. Det finns ett sällsynt exempel från Kassationsdomstolen (Högsta domstolen) i Belgien. Fallet handlade om ett internationellt avtal om försäljning av ståltuber, där priset på stål hade ökat med 70 %. Det fanns ingen klausul i avtalet som reglerade prisförändringar, trots det höjde säljaren priset. Köparen vägrade betala och stämde sedan säljaren, varpå köparen åberopade artikel 79 CISG.⁸² Förändringar i pris utgör normalt sett inte hardship eftersom det anses förutsebart av de flesta domstolar.⁸³ I fallet

⁷⁶ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 6 ff.

⁷⁷ Berger & Behn (2019–2020), s. 90; Brunner (2009), s. 76 f.

⁷⁸ Angående toleranspunkten, se avsnitt 2.3.3.2; Brunner (2009), s. 221 ff.

⁷⁹ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 15 ff.

⁸⁰ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 33 ff.

⁸¹ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 7.

⁸² *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S (C.07.0289.N)*. För sammanfattning på engelska, se <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7880>.

⁸³ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 24.

ansåg däremot domstolen att kraven för hardship var uppfyllda och motiverar det mot bakgrund av artikel 7 CISG, som tillåter luckor i konventionen att fyllas ut med allmänna principer inom internationell handel, exempelvis principen om hardship i artikel 6.2.2 UPICC. Det resulterade i att den åberopande parten tilläts begära omförhandling av avtalet.

Domen från Belgien har fått utså kritik för att UPICC tillämpades för att fylla ut en lucka i CISG som, enligt *CISG Advisory Council*, inte finns.⁸⁴ Det är även problematiskt eftersom rättsföljderna i artikel 79 CISG inte är anpassade för hardship-situationer, som vanligtvis föreskriver omförhandling.⁸⁵ Det finns däremot stöd för ståndpunkten att UPICC tillhandahåller ett antal ytterligare allmänna principer jämfört med de som behandlas i CISG, och att UPICC därför kan användas för att tolka och komplettera konventionen. Relationen mellan UPICC och CISG blir särskilt intressant i förhållande till hardship, eftersom hardship behandlas uttryckligen i artikel 6.2.2 UPICC.⁸⁶ Författarna av UPICC anser att det finns situationer som samtidigt kan utgöra fall av hardship och force majeure.⁸⁷ Rekvisiten i artikel 79 CISG är dessutom i princip identiska med de i artikel 6.2.2 UPICC om hardship.⁸⁸ Ytterligare en bidragande faktor till den allmänna förväxlingen mellan force majeure och hardship är att formuleringarna i CISG och UPICC inte grundar sig på omöjlighet.⁸⁹

Ett annat fall hämtat från tysk domstol handlande om en köpare från Storbritannien och en säljare från Tyskland. Marknadspriset på kinesiskt järn-molybden hade stigit med 300 %, vilket påverkade säljarens möjlighet till fullgörelse enligt avtalet. Domstolen menade att i en handelssektor med väldigt spekulativa drag, bör toleranspunkten för hardship höjas. I avtal av väldigt spekulativ natur så presumeras den part som åberopar hardship ha

⁸⁴ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 24 f.; Se även Yasutoshi (2018), s. 373 f.

⁸⁵ Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 17.

⁸⁶ Brunner (2009), s. 41 f.

⁸⁷ Artikel 6.2.2; UPICC (2016), kommentar nummer 6.

⁸⁸ Brunner (2009), s. 218 f.

⁸⁹ Berger & Behn (2019–2020), s. 108 f.

åtagit sig de risker som transaktionen medför. Säljaren lyckades inte framgångsrikt åberopa artikel 79 CISG och hardship ansågs inte föreligga, trots att det var en prisökning på ungefär 300 %.⁹⁰ De två angivna fallen illustrerar att det inte finns någon objektiv standard för tillämpning av artikel 79 CISG vid hardship.

2.2 Force majeure

2.2.1 Utveckling nationellt

Force majeure har sitt ursprung i romersk rätt och förekommer idag i någon utformning i nästan i alla världens jurisdiktioner.⁹¹ På inhemsk nivå kan det urskiljas tre versioner av force majeure, som på engelska benämns *impossibility* (omöjlighetsläran), *frustration* och *impracticability*.⁹² Den nationella utvecklingen av dessa läror, med sina likheter och skillnader, bidrar till att erkänna force majeure som en allmän avtalsrättslig princip internationellt.⁹³

Omöjlighetsläran är vanligt förekommande världen över, men framförallt inom civil law. Omöjlighetsläran gör skillnad mellan omöjlighet som fanns innan avtalet utformades (*initial impossibility*) och omöjlighet som utvecklas senare (*subsequent impossibility*).⁹⁴ Den tidigare omöjligheten grundas på principen att det inte finns en legal skyldighet att göra det omöjliga. Den senare ursäktar gäldenären när fullgörelse blivit absolut omöjlig på grund av en oförutsebar och oundviklig händelse utanför parternas kontroll, som inträffar efter avtalsslut.⁹⁵ Omöjligheten att prestera kan därutöver vara antingen tillfällig eller permanent. En tillfällig omöjlighet att prestera övergår till en permanent omöjlighet om det när

⁹⁰ *Iron molybdenum case* (1 U 167/95). För sammanfattning på engelska, se <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6235>.

⁹¹ Fontaine & De Ly (2006), s. 401; Berger & Behn (2019–2020), s. 93.

⁹² Berger & Behn (2019–2020), s. 96 ff.

⁹³ Brunner (2009), s. 77 ff.

⁹⁴ Brunner (2009), s. 88; Fontaine & De Ly (2006), s. 439 f.

⁹⁵ Berger & Behn (2019–2020), s. 88 ff.

hindret inträffar inte går att förutse om eller när hindret kommer att försvinna.⁹⁶ Omöjlighetsläran är i praktiken relativt lik den allmänna avtalsrättsliga principen om force majeure, så som den används idag.⁹⁷

Läran om *frustration* etablerades i common law genom fallet *Taylor v. Caldwell* år 1863.⁹⁸ I England erkändes tidigare bara *initial impossibility* och inte *subsequent impossibility* som prestationsbefriande (vilket även är anledningen till att England aldrig utvecklade en egen princip om hardship). Läran om frustration befriar numera en avtalspart från att prestera när grunden eller det bakomliggande syftet med avtalet förändras eller blir värdelöst.⁹⁹ Frustration tillämpas alltså enbart i förhållande till händelser som inträffar efter avtalsslut.¹⁰⁰

Det finns två versioner av läran om frustration, nämligen *frustration of contract* och *frustration of purpose*. En av de största skillnaderna är att den tidigare i princip inte omfattar situationer av ekonomisk omöjlighet eller oskälighet. Den senare diskuteras i samband med hardship. Enligt *frustration of contract* kan ett avtal lämnas utan avseende när någonting händer efter avtalsslut som gör det fysiskt eller kommersiellt omöjligt att fullfölja avtalet, eller som gör skyldigheten att prestera till något annat än vad parterna kom överens om. Flera av aspekterna som beaktas inom *frustration* är även relevanta för den allmänna avtalsrättsliga principen om force majeure. Den tydligaste skillnaden ligger i de rättsliga effekterna, där resultatet av tillämpning av frustration ofta leder till att avtalet automatiskt hävs. Effekterna av principen om force majeure är mindre drastiska än dem i *frustration of contract*.¹⁰¹

⁹⁶ Brunner (2009), s. 252 f.

⁹⁷ Brunner (2009), s. 88.

⁹⁸ *Taylor v. Caldwell* (1863).

⁹⁹ Berger & Behn (2019–2020), s. 98 f.

¹⁰⁰ Brunner (2009), s. 232.

¹⁰¹ Brunner (2009), s. 89 ff.; Gorton i: Karlsson Tuula, Persson & Lindskoug (red.) (2020), s. 212 ff.

Läran om *impracticability* har utvecklats i USA och kom till för att hantera situationer där grunden för avtalet förändras och gör avtalet ogenomförbart.¹⁰² Läran utgår från frågan om det var en grundläggande förutsättning för avtalets tillkomst att ett hinder inte uppstår. Ett avgörande ställningstagandet är således vilken part som åtagit sig att bära den aktuella risken. Termen ”impracticability” har medvetet valts framför ”impossibility”, eftersom det behövdes ett begrepp som beskrev vilka krav som ställs på fullgörelsehindret och att det inte var begränsat till absolut omöjlighet. Det görs därför en generell distinktion mellan situationer som gör prestationen mer betungande och situationer som gör det alltför betungande för gäldenären att fullfölja avtalet.¹⁰³

2.2.2 UNIDROIT Principles

Force majeure som befrielsegrund kan hittas i liknande utformning i exempelvis CISG, UPICC, PECL och ICC:s modellklausuler. I artikel 7.1.7 UPICC används begreppet ”force majeure” som rubrik, vilket är ett tecken på principens breda tillämpningsområde och den allmänna förståelsen för begreppets innebörd som finns inom internationell handel. Syftet med att uttryckligen använda sig av ”force majeure” i UPICC var att koppla bort begreppet från inhemska rättssystem.¹⁰⁴

Artikel 7.1.2 UPICC föreskriver att en part som har åtagit sig risken för ett hinder inte kan åberopa force majeure som befrielsegrund. Det framgår inte uttryckligen av artikel 7.1.7 UPICC eller artikel 79 CISG men är allmänt accepterat.¹⁰⁵ Vid utformningen av artikel 7.1.7 UPICC utgick författarna till UPICC i övrigt från artikel 79 CISG, vilket gör att sättet att tolka rekvisiten bör vara detsamma som för artikel 79 CISG.¹⁰⁶ När artikel 7.1.7 UPICC är tillämplig, befriar den primärt gäldenären från skadeståndsansvar

¹⁰² Berger & Behn (2019–2020), s. 103 ff.

¹⁰³ Brunner (2009), s. 95 ff. & 156 ff.

¹⁰⁴ Brunner (2009), s. 4 & 75.

¹⁰⁵ Brunner (2009), s. 76 & 112.

¹⁰⁶ Eftersom UPICC tillhandahåller en nästintill identisk version av artikel 79 CISG berörs den endast översiktligt här; Se även Brunner (2009), s. 103 ff.

till följd av avtalsbrott. Vid ett tillfälligt hinder får artikeln istället effekten av att ge extra tid åt fullgörelse.¹⁰⁷

Berger & Behn menar att framförallt CISG och UPICC har lyckats hantera de skillnader som förekommer i nationella rättssystem genom att återspegla principen om force majeure och de avgörande rekvisiten på ett bra sätt.¹⁰⁸ Det finns idag en intensiv strävan efter harmonisering som har vuxit fram på grund av den internationella handelns krav på enhetliga regler och förutsebarhet.¹⁰⁹ Sammanfattningsvis kan det konstateras att CISG, med motsvarande bestämmelser i UPICC och även PECL, har bidragit till att force majeure klassas som en allmän avtalsrättslig princip genom att sammanställa och jämna ut skillnader från olika rättssystem.¹¹⁰

2.2.3 Framträdande rekvisit

2.2.3.1 Bakgrund

Med tanke på vad som förekommit i de föregående avsnitten finns det anledning att sammanfatta och kategorisera de rekvisit som principen om force majeure bygger på. Principen om force majeure har blivit allmänt accepterad internationellt och anses vara en allmän avtalsrättslig princip. Force majeureklausuler i många kommersiella avtal innehåller likartade rekvisit, vilket är ett ytterligare tecken på principens framgång.¹¹¹

Befrielsegrunden force majeure, både som allmän avtalsrättslig princip och avtalsklausul, är enligt Brunner baserad på fyra kumulativa rekvisit, nämligen att:

¹⁰⁷ Artikel 7.1.7 UPICC, kommentar 2.

¹⁰⁸ Berger & Behn (2019–2020), s. 107 f.; Se även Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 85.

¹⁰⁹ Hultmark i JT 1995/96, s. 656 f.

¹¹⁰ Brunner (2009), s. 75.

¹¹¹ Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 85.

1. Gälldenären inte åtagit sig risken för det inträffande hindret och hen kunde inte skäligen förväntas ha räknat med hindret vid avtalsslut; och
2. Hindret var utanför gälldenärens (typiska) kontrollsfär; och
3. Den uteblivna prestationen orsakades av hindret; och
4. Hindret eller dess konsekvenser inte skäligen kunde undvikas eller övervinnas.¹¹²

Det är som utgångspunkt gälldenärens uppgift att bevisa att de fyra rekvisiten är uppfyllda.¹¹³ Resultatet av att framgångsrikt åberopa force majeure blir att motparten inte kan kräva fullgörelse eller skadestånd av gälldenären. Motparten kan däremot fortfarande vara berättigad till att exempelvis säga upp avtalet eller hålla inne sin egen prestation.¹¹⁴

Det kan dras några tydliga paralleller mellan kontrollansvaret i artikel 79 CISG och 27 § KöpL och dessa rekvisit för force majeure. Frågan om den traditionella uppfattningen av force majeure sammanfaller med rekvisiten i kontrollansvaret är inte självklar.¹¹⁵ Mot bakgrund av att artikel 79 CISG avser att frångå traditionella begrepp som ”force majeure” och ”omöjlighet”, är det ändå lämpligt att behandla de framträdande rekvisiten för force majeure separat.¹¹⁶ I det följande belyser jag framförallt de skillnader som förekommer i förhållande till kontrollansvaret.

2.2.3.2 Oförutsebarhetsrekvisitet

Det första rekvisitet och utgångspunkten för bedömningen av huruvida kriterierna för force majeure är uppfyllda, är att genom avtalstolkning fastställa parternas riskfördelning i avtalet. Eftersom force majeure som befrielsegrund inte är tvingande, kan parterna åta sig eller friskriva sig från

¹¹² Brunner (2009), s. 111 f.; Angående framträdande rekvisit för force majeure, se även Gorton & Lindell-Frantz (2013), s. 99 f.; Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 161 f.

¹¹³ Brunner (2009), s. 382 f.

¹¹⁴ Brunner (2009), s. 57 ff.

¹¹⁵ Hellner & Ramberg (1991), s. 141 f.

¹¹⁶ För kontrollansvaret och dess rekvisit, se avsnitt 2.1.3.

risker som annars ryms inom deras kontrollsfär. Enbart när parterna inte har fördelat risken i avtalet faller man tillbaka på principen om force majeure, som en sorts standardiserad riskfördelning.¹¹⁷ Trots detta kan övergången mellan en avtalsmässig riskfördelning och tillämpligheten av force majeure som allmän avtalsrättslig princip vara flytande.¹¹⁸ Riskfördelningen i avtalet är en central del av befrielsegrunden force majeure och kommer diskuteras mer ingående i kapitel 4.

Den andra delen av det första rekvisitet är beroende av om gäldenären inte skäligen kunde förväntas ha räknat med hindret vid avtalsslut, dvs. att hindret var oförutsebart. Oförutsebarhetsrekvisitet framgår uttryckligen av både artikel 79 CISG och artikel 7.1.7 UPICC. Utifrån allmänna avtalsrättsliga principer anses gäldenären ha tagit hänsyn till hindret (och presumeras då bära risken för dess inträffande) om det vid avtalsslutet var tillräckligt förutsebart för att ha omfattats av de risker som var föremål för förhandling. Det är en händelse som är så osannolik att parterna inte såg något behov av att fördela risken för dess inträffande, men samtidigt var den potentiella påverkan som händelsen skulle ha haft på avtalet så pass stor att parterna skulle förhandlat om den, om risken för dess inträffande var mer sannolik. Bedömningen görs på objektiva grunder utifrån hur en förnuftig person i en liknande position skulle ha agerat. Däremot är en speciell expertis angående hindrets förutsebarhet hos den part som åberopar force majeure en viktig omständighet att beakta.¹¹⁹

Detta kan illustreras av fallet *El Niño*. En amerikansk distributör krävde skadestånd på grund av att den mexikanska odlaren inte levererade den avtalade mängden gurkor och squash. Odlaren menade att skörden hade blivit förstörd på grund av extraordinära regnskurar och översvämningar, orsakade av ett meteorologiskt fenomen känt som El Niño. Odlaren åberopade force majeure och/eller hardship. Skiljenämnden menade att

¹¹⁷ Fontaine & De Ly (2006), s. 441.

¹¹⁸ Brunner (2009), s. 112 ff.

¹¹⁹ Brunner (2009), s. 156 ff.

regnskurarna och översvämningarna inte mötte kriteriet i artikel 7.1.7(1) UPICC om förutsebarhet. Odlaren hade varit verksam i området under en längre period och råkat ut för liknande händelser flera gånger tidigare, vilket innebar att väderförhållandena inte ansågs oförutsebara för odlaren vid avtalsslut.¹²⁰

2.2.3.3 Hinder och kontrollrekvisitet

Det andra rekvisitet som ska vara uppfyllt för att force majeure ska anses föreligga avser frågan om hindret var utanför gäldenärens typiska kontroll.

Den första delen av rekvisitetet fokuserar på själva hindret. Många länders nationella lagstiftning innehåller föreskrifter om vad som utgör en force majeure-omständighet.¹²¹ En mängd omständigheter är därutöver allmänt accepterade och anses vara bortom gäldenärens kontroll, exempelvis krig, terrorism, epidemier eller olika naturkatastrofer.¹²² Även rättsliga hinder, så som export och importrestriktioner, embargon eller andra myndighetsåtgärder spelar stor roll i praktiken.¹²³

Utöver vad som redan anförts görs det också en distinktion mellan olika sorters fullgörelsehinder. Hinder som finns redan när parterna sluter avtalet kallas för *initial impediments*, medan hinder som framkommer efter avtalsslut kallas för *subsequent impediments*.¹²⁴ Därutöver kan ett hinder vara tillfälligt. Förutsatt att mottagaren inte har hävt avtalet, anses gäldenären som utgångspunkt skyldig att prestera när ett tillfälligt hinder försvinner. Ett undantag är vid situationer där ett tillfälligt hinder förväntas vara en längre period eller där det likställs med ett permanent hinder. De flesta rättssystem erkänner att tillfälliga hinder kan likställas med permanenta när det skäligen framgår att hindret kommer vara under hela

¹²⁰ Skiljedom från Centro de Arbitraje de México (CAM) den 30 november 2006. För sammanfattning av fallet, se Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 94.

¹²¹ Svernlöv (red.) (2013), s. 159.

¹²² Berger & Behn (2019–2020), s. 90 f.

¹²³ Brunner (2009), s. 263 ff.

¹²⁴ Brunner (2009), s. 232 f.

avtalsperioden eller så lång tid att det väsentligen förstör syftet med avtalet.¹²⁵

Den andra delen av det andra rekvisitetet fokuserar på att hindret är utanför gäldenärens typiska kontroll. Hinder som beror på hur gäldenärens egen verksamhet drivs ligger som regel inom kontrollsfären.¹²⁶ Gäldenären kan enbart bli ursäktad av yttre omständigheter som hen inte har något inflytande över. Det innebär att gäldenären måste organisera sin inre verksamhet på ett sedvanligt sätt, men kan ursäktas om en extraordinär yttre omständighet orsakar sjukdom eller dödsfall hos de anställda, exempelvis en pandemi som drabbar hela personalen.¹²⁷ Händelser som gör fullgörande av avtalet mer betungande men som inte når upp till kraven för hardship, omfattas av gäldenärens typiska kontrollsfär.¹²⁸

2.2.3.4 Kausalitetsrekvisitet

Det tredje rekvisitetet som ska vara uppfyllt för att gäldenären ska vara befriad från ansvar är att det ska föreligga ett samband mellan det åberopade hindret och den uteblivna prestationen. Det innebär att fullgörande skulle ägt rum, om inte hindret hade inträffat och förutsatt att gäldenären inte skäligen kunde ha undvikit den uteblivna prestationen. Det föreligger inget samband mellan hindret och den uteblivna prestationen om hindret inte förelåg vid tidpunkten då prestationen skulle ägt rum. Detta krav på orsakssamband mellan den uteblivna prestationen och hindret föreskrivs i både artikel 79 CISG och artikel 7.1.7 UPICC. Hindret måste dessutom vara den exklusiva orsaken till utebliven fullgörande.¹²⁹

¹²⁵ Jfr. artikel 79(3) CISG; Se även Brunner (2009), s. 256 ff.; Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 98.

¹²⁶ Jfr. prop. 1988/89:76, s. 109.

¹²⁷ Brunner (2009), s. 167 ff.; Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 86.

¹²⁸ Brunner (2009), s. 117.

¹²⁹ Brunner (2009), s. 340 f.

2.2.3.5 Aktivitetsrekvisitet

Det fjärde och sista rekvisitet för att force majeure ska anses föreligga handlar om att hindret eller dess konsekvenser inte skäligen kunde undvikas eller övervinnas.¹³⁰ Skyldigheten att undvika ett hinder ses ofta som en särskild del av att bedöma gäldenärens kontrollsfär, och bygger på en rimlighetsbedömning. Gäldenären anses bryta mot sin skyldighet att undvika ett hinder som påverkar företagets vanliga funktion, om hen inte agerar och organiserar sin verksamhet på ett sedvanligt sätt. Skyldigheten att övervinna ett hinder kan innebära att gäldenären behöver vidta rimliga åtgärder för att erbjuda kommersiellt godtagbara alternativa lösningar, exempelvis andra generiska produkter med marginell skillnad, annan förpackning eller annan transport/leverans.¹³¹

Ett exempel på åtgärder som kan behöva vidtas för att överkomma ett hinder är en samling fall som kopplar till att Suezkanalen i Egypten inte kunde användas. Förutom fartygsolyckan som ägde rum i mars 2021 och som blockerade kanalen, var kanalen stängd under perioder både 1956 och 1967. Säljare som exempelvis hade åtagit sig Incoterms CIF-villkor var vid tillfället tvungna att använda den längre ruten runt Sydafrikas kust, som alternativ fullgörelse. Kostnadsökningen som den längre ruten medförde har inte ansetts utgöra hardship.¹³²

Avslutningsvis har gäldenären en skyldighet att meddela motparten om hindret så fort som möjligt, detta för att möjliggöra för motparten att vidta åtgärder för att minska sina förluster. Skyldigheten framgår av bland annat artikel 79(4) CISG och artikel 7.1.7(3) UPICC och innebär att gäldenären måste specificera vilken typ av hinder det rör sig om och om hindret är tillfälligt eller permanent. Misslyckas gäldenären att meddela motparten inom en skälig tid från det tillfälle gäldenären kände till eller borde känt till hindret, är motparten berättigad till skadestånd för sådan förlust som är ett

¹³⁰ Jfr. artikel 79(1) CISG och artikel 7.1.7(1) UPICC.

¹³¹ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 22; Brunner (2009), s. 342 ff.

¹³² Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), 95 f.; Hellner & Ramberg (1991), s. 149 f.

resultat av gäldenärens sena meddelande. En period på 14 dagar efter tillfället gäldenären fick eller borde fått kännedom om hindret anses vara tillräckligt.¹³³ Detta hänger ihop med tanken att gäldenären är skyldig att försöka begränsa effekten av ett hinder, framförallt att minska den tid som en omständighet hindrar gäldenären från fullgörelse.¹³⁴

2.3 Hardship

2.3.1 Utveckling nationellt

Inom civil law används principen om *clausula rebus sic stantibus* för att hantera ändrade förhållanden.¹³⁵ Hardship som en befrielsegrund har accepterats inom en del civil law-system genom olika lagstadgade regler¹³⁶ och praxis.¹³⁷ I civil law tillämpas hardship framförallt när fullgörelse blir alltför betungande, men även med ett bredare tillämpningsområde, dvs. när grunden för transaktionen har blivit förstörd eller väsentligen förändrad. Det senare tillämpningsområdet placerar hardship närmare principen om force majeure.¹³⁸

Frankrike har genom historien varit väldigt motvilliga till att erkänna principen om hardship. Franska domstolar var oroliga för att hardship skulle åberopas som ett verktyg för att undkomma avtalsskyldigheter, även om den ståndpunkten sakta förändras.¹³⁹ Frankrike tillämpar den snävare versionen av hardship, alltså när fullgörelse blir allt för betungande.¹⁴⁰ Det ges väldigt stor tyngd till principen om *pacta sunt servanda*, vilket innebär att en part kan bli bunden till skyldigheter som blir outhärdliga eller till ett avtal som

¹³³ Fontaine & De Ly (2006), s. 429; Brunner (2009), s. 342 ff.

¹³⁴ Fontaine & De Ly (2006), s. 428.

¹³⁵ Jfr. Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 278 f.

¹³⁶ Se exempelvis Tyskland 313 § BGB och artikel 1467 Italienska Codice Civile 1942; Se även Fontaine & De Ly (2006), s. 453 f.

¹³⁷ Exempelvis Österrike, Spanien och Skandinavien. I Sverige har 36 § AvtL tillämpats för att jämka långtidsavtal, se till exempel NJA 1983 s. 385 och NJA 1994 s. 359; Se även Brunner (2009), s. 403.

¹³⁸ Berger & Behn (2019–2020), s. 117 ff.

¹³⁹ Brunner (2009), s. 405.

¹⁴⁰ Jfr. artikel 1195 Code Civil.

har tappat sitt ekonomiska syfte.¹⁴¹ Det är i dessa sammanhang som hardshipklausuler har framkommit.¹⁴² Utgångspunkten är att parterna får acceptera risken att de rådande omständigheterna vid avtalsslutet kan förändras. Det innebär att domstolarna tillämpar hardship väldigt restriktivt inom civil law. I den tyska BGB och i andra civil law jurisdiktioner tillämpas en kostnadsökning på åtminstone 110 % för att det ska anses alltför betungande att fullgöra avtalet.¹⁴³

Inom common law accepteras inte hardship i samma utsträckning som inom civil law. Utgångspunkten är istället att hinder som inte leder till omöjlighet inte befriar från fullgörelseplikten.¹⁴⁴ Däremot erkänns läran om *frustration of purpose* i engelsk rätt. Den särskiljs från både omöjlighetsläran i civil law och principen om *impracticability* i common law som tar sikte på gäldenärens kostnadsökningar. *Frustration of purpose* handlar istället om fall där värdet av en prestation minskat avsevärt för mottagaren. När *frustration of purpose* tillämpas går gränsen för vad som anses alltför betungande vid en förlust för mottagaren motsvarande ungefär 100 % av det avtalade priset, om mottagaren måste fullgöra avtalet.¹⁴⁵

Det mest berömda och illustrativa exemplen av *frustration of purpose* är de engelska kröningsfallen, framförallt *Krell v. Henry*.¹⁴⁶ Fallet handlade om uthyrning av en lägenhet i London. Syftet var att personerna som hyrde lägenheterna skulle kunna följa kröningen av Kung Edward VII från lägenheten. När kungen sedermera blev sjuk och kröningen sköts upp föll hela syftet med avtalet, varpå domstolen hävde avtalet på grund av *frustration of purpose*. Det krävs att *frustration of purpose* är nästintill totalt, dvs. att syftet med avtalet helt försvinner.¹⁴⁷

¹⁴¹ Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 30.

¹⁴² Fontaine & De Ly (2006), s. 455.

¹⁴³ 313 § BGB; Se även Berger & Behn (2019–2020), s. 124; Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 291; Brunner (2009), s. 430.

¹⁴⁴ Berger & Behn (2019–2020), s. 115 ff.

¹⁴⁵ Fontaine & De Ly (2006), s. 454; Brunner (2009), s. 411 ff.

¹⁴⁶ *Krell v. Henry* (1903).

¹⁴⁷ Brunner (2009), s. 474.

2.3.2 UNIDROIT Principles

Principsamlingar som kartlägger internationell avtalsrätts gemensamma regler innehåller vanligtvis bestämmelser om hardship och artikel 6.2.2 UPICC ger exempelvis uttryckligt stöd för principen. Rubriken till kapitlet om ändrade förhållanden (sektion 6.2) är ”hardship” inte bara i den engelska versionen, utan även de franska, italienska och spanska versionerna. Begreppet förekommer även frekvent i internationella avtal skrivna på olika språk.¹⁴⁸

Principen om hardship i sektion 6.2 UPICC har inspirerat flera uppdateringar av länders nationella lagstiftning. Ordalydelsen i artikel 6.2.1 UPICC framhäver principen om *pacta sunt servanda* och avtalets bindande karaktär, vilket tyder på den mer snäva tillämpningen av hardship som enbart används i sällsynta undantagsfall.¹⁴⁹ Den oskälighetsbedömning som sker vid ändrade förhållanden genom artiklarna 6.2.1 och 6.2.2 stämmer även väl överens med svenska rättsprinciper.¹⁵⁰

I artikel 6.2.2 UPICC definieras hardship. Här anges att hardship förekommer när en omständighet inträffar som väsentligen förändrar jämvikten i avtalet, antingen på grund av att kostnaden för en parts prestation har ökat eller på grund av att värdet av prestationen har minskat för mottagaren. Detta förutsätter att omständigheten når upp till rekvisiten som framgår av styckena (a) till (d), som också bygger på ett kontrollansvar. Definitionen i UPICC har vidare blivit inspirerad av artikel 79 CISG och flera vetenskapliga texter i relation till den artikeln.¹⁵¹ Detta innebär att skillnader och likheter mellan UPICC och CISG ger viktig information om vad författarna till UPICC ansåg att CISG saknade.¹⁵² Farnsworth, en medlem i UNIDROIT Working Group, anser att sektion 6.2 UPICC

¹⁴⁸ Fontaine & De Ly (2006), s. 456; Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 15 ff.

¹⁴⁹ Berger & Behn (2019–2020), s. 127 ff.; Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 18 ff.

¹⁵⁰ Ramberg & Ramberg (2019), s. 221.

¹⁵¹ Brunner (2009), s. 398.

¹⁵² Brunner (2009), s. 20; Hultmark i JT 1995/96, s. 659.

återspeglar en egen lösning som inte finns i något inhemskt eller internationellt rättssystem och som istället är inspirerat av kommersiell handel.¹⁵³ Sektion 6.2 UPICC har vidare framhållits som en innovativ lösning i frågan om en internationell princip om hardship genom att bemöta de behov som fanns inom den internationella handeln.¹⁵⁴

Vad gäller rättsföljderna så tillgodoser artikel 6.2.3 UPICC de förväntningarna hos många praktiker om att det första steget, om hardship föreligger, ska vara omförhandling mellan parterna.¹⁵⁵ Artikel 6.2.3.4 UPICC tillhandahåller två alternativ för tillfällena då omförhandling misslyckas, nämligen att domstolen säger upp avtalet vid lämplig tidpunkt eller att domstolen justerar avtalet för att återskapa dess balans.

2.3.3 Framträdande rekvisit

2.3.3.1 Bakgrund

Huvudregeln är alltså att parterna får acceptera risken att de rådande omständigheterna vid avtalsslutet kan förändras.¹⁵⁶ Det finns däremot undantag, eftersom det inte anses rimligt att alla avtalslöften måste hållas oavsett vad som senare inträffar.¹⁵⁷ Ett undantag är principen om hardship, som kan tillämpas i situationer där fullgörelse inte är möjlig, men där fullgörelse bara kan ske med väsentliga svårigheter som inte förutsågs när avtalet slöts.¹⁵⁸ För principen om hardship är det inte bara relevant om det föreligger ett hinder som gör att uppfyllelse av en avtalsförpliktelse har blivit alltför betungande, utan även i vilken grad parterna ska stå risken för det inträffade.¹⁵⁹ Det är alltså fråga om en oskälighetsbedömning.¹⁶⁰ Några

¹⁵³ Farnsworth (1992), s. 701.

¹⁵⁴ Bonell (1992), s. 622 ff.

¹⁵⁵ Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 18.

¹⁵⁶ Jfr. artikel 6.2.1 UPICC.

¹⁵⁷ Jfr. avsnitt 2.1.2.

¹⁵⁸ Berger & Behn (2019–2020), s. 115.

¹⁵⁹ Samuelsson (2011), s. 164; Brunner (2009), s. 391 ff.

¹⁶⁰ Ramberg & Ramberg (2019), s. 221.

klassiska exempel på förhållanden som kan beaktas i sammanhanget är en ekonomisk kris, politiska spänningar eller mycket svåra väderförhållande.¹⁶¹

De kumulativa rekvisiten i artikel 6.2.2 UPICC ger vägledning vad gäller oskälighetsbedömningen i samband med ändrade förhållanden, när avtalets jämnvikt väsentligen förändras. De individuella rekvisiten för hardship som befrielsegrund är mer eller mindre desamma som rekvisiten för force majeure.¹⁶² Hardship har inga ytterligare kriterier, utan är bara mer specifik och med ett snävare tillämpningsområde jämfört med force majeure. Av dessa anledningar beskrivs hardship ofta som en särskild variant av force majeure, men med mer flexibla rättsföljder.¹⁶³ Effekterna av hardship är det som särskiljer den från andra befrielsegrunder. Föreligger hardship har den drabbade parten rätt att begära omförhandling av avtalet. Vid misslyckad omförhandling kan sedan en domstol antingen säga upp avtalet eller justera det i syfte att återställa jämnvikten.¹⁶⁴ Utöver vad som redan anförts ger principen om hardship upphov till ett par särskilda frågor som berörs i de två kommande avsnitten.

2.3.3.2 Toleranspunkten

Ett nödvändigt ställningstagande för att hardship ska tillämpas är att avgöra när en omständighet väsentligen förändrar jämnvikten i avtalet¹⁶⁵ eller gör fullgörelse alltför betungande.¹⁶⁶ Det kan vara en svår avvägning att göra, varför det har vuxit fram ett behov av en gemensam måttstock. Det talas ofta om en toleranspunkt som ska passeras, vilken inte alltid är lätt att fastställa.¹⁶⁷

¹⁶¹ Brunner (2009), s. 391 ff.

¹⁶² Se avsnitt 2.2.3; Se även Ramberg & Ramberg (2019), s. 220 ff.

¹⁶³ Berger & Behn (2019–2020), s. 115.

¹⁶⁴ Jfr. artikel 6.2.3 UPICC; Brunner (2009), s. 479 ff.; För svenskt vidkommande aktualiseras 36 § AvtL och kan under vissa omständigheter användas för att jämka avtal vid hardship. 36 § AvtL torde främst ha betydelse som incitament till omförhandling. Se Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 292 ff.; Adlercreutz & Gorton (2010), s. 156 ff.

¹⁶⁵ Se artikel 6.2.2 UPICC.

¹⁶⁶ Se artikel 6:111(2) PECL & ICC:s Hardshipklausul (2020), paragraf 2(a).

¹⁶⁷ Schwenzler (2009), s. 715 f.; I svensk doktrin används ofta uttrycket ”offergräns”, se Hellner & Ramberg (1991), s. 147 f.

Några författare har argumenterat för att en toleranspunkt, i form av en procentsats, kan vara ett bra praktiskt hjälpmedel. Mot bakgrund av en komparativ analys föreslår Brunner att en generell utgångspunkt bör vara en kostnadsökning eller minskat värde av mottagen prestation på minst 100 % för att fullgörelse ska anses alltför betungande.¹⁶⁸ Schwenzer anser att 150–200 % är att rekommendera.¹⁶⁹ Som vi såg tidigare visar de flesta domar i förhållande till artikel 79 CISG och hardship att det inte finns någon objektiv standard för att tillämpa bestämmelsen vid hardship.¹⁷⁰ Det ska istället avgöras i varje enskilt fall vilken förändring på avtalet som krävs för att hardship ska vara tillämplig. *CISG Advisory Council* framhäver några allmänna faktorer som bör beaktas. Det kan exempelvis röra sig om att någon av parterna har åtagit sig risken för ändrade förhållanden, om avtalet är av en spekulativ natur, om och i vilken utsträckning det tidigare har förekommit förändringar på marknaden samt avtalets varaktighet.¹⁷¹ Huruvida metoden med en toleranspunkt är tillämplig i det enskilda fallet får avgöras genom avtalstolkning.¹⁷²

En för hardship särskilt relevant fråga är vad som gäller vid långtidsavtal där avtalstiden sträcker sig över flera år. Långtidsavtal innebär att mycket kan hända under den löpande avtalstiden och att omständigheterna kan förändras.¹⁷³ Utgångspunkten är att samma standard för hardship ska gälla, men komplexa långtidsavtal berättigar ofta särskild eftertanke och kan därför medföra en högre toleranspunkt för hardship. Det är framförallt den spekulativa naturen av långvariga avtal som används som motargument för att tillämpa hardship i sådana situationer.¹⁷⁴ Vid exempelvis entreprenader, som ofta pågår under lång tid, är det viktigt att tidpunkten för avtalets ingående och omständigheter i anslutning till den tidpunkten är utgångspunkten för att bedöma risken.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Brunner (2009), s. 428 ff.

¹⁶⁹ Schwenzer (2009), s. 716.

¹⁷⁰ Se avsnitt 2.1.4.3; CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 20 ff.

¹⁷¹ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 20 ff.

¹⁷² Brunner (2009), s. 426 ff.

¹⁷³ Fontaine & De Ly (2006), s. 453.

¹⁷⁴ Jfr. *Iron molybdenum case* (1 U 167/95); Se även Brunner (2009), s. 438 ff.

¹⁷⁵ Samuelsson (2011), s. 304.

Att fastställa en exakt procentsats som är tillämplig på alla sorterade transaktioner har visat sig väldigt svårt, om ens möjligt.¹⁷⁶ Ett alternativ som har presenterats är den så kallade "Eisenberg-formeln", som används för att avgöra vad som är en skälig förutsebar kostnadsökning i det enskilda fallet och baseras på tidigare förhållanden på marknaden. Formeln identifierar den högsta procentuella kostnadsökningen på marknaden de senaste 10–20 åren. Om ökningen i det enskilda fallet understiger den högsta nivån, är säljaren inte ursäktad. Om däremot kostnadsökningen i det enskilda fallet överstiger denna högsta nivå, är säljaren ursäktad – men säljaren är skyldig att överkomma hindret genom att stå för kostnaderna upp till den angivna procentsatsen.¹⁷⁷

2.3.3.3 Hardship – en allmän avtalsrättslig princip?

Som tidigare framgått kan force majeure anses utgöra en allmänt accepterad avtalsrättslig princip såväl nationellt som internationellt. Att karakterisera hardship som en allmänt accepterad avtalsrättslig princip är däremot inte lika självklart. Det finns olika omständigheter som talar mot att så skulle vara fallet.

För det första, artikel 79 CISG ger uttryck för force majeure som befrielsegrund utan att bemöta hardship. Bestämmelsens, och hela konventionens, förhållande till hardship är viktig för huruvida hardship bör erkännas som en allmän avtalsrättslig princip. Att hardship omfattas av artikel 79 CISG går inte att läsa direkt ur artikelns ordalydelse, men som vi såg tidigare i avsnitt 2.1.4.3, anses det idag allmänt accepterat. Mot bakgrund av konventionens breda tillämpningsområde bör bestämmelser däri utgöra bevis för förekomsten av allmänna avtalsrättsliga principer.¹⁷⁸ Det uttryckliga erkännandet som principen om hardship har fått i UPICC

¹⁷⁶ Yasutoshi (2018), s. 373 f.

¹⁷⁷ Eisenberg (2009), s. 245.

¹⁷⁸ Brunner (2009), s. 18.

och PECL anses dessutom kompensera för avsaknaden av en uttrycklig reglering i CISG.¹⁷⁹

För det andra, mot bakgrund av den komparativa rätten finns det exempel på inhemska regler som inte erkänner principen om hardship. Därutöver är det kontroversiellt huruvida det finns tillräckligt med stöd för att ge domstolarna befogenhet att justera avtalet i syfte att återställa jämvikten, så som det framgår av artikel 6.2.3(4)(b) UPICC. Frågan om hardship ska erkännas som allmän avtalsrättslig princip bör således besvaras mot bakgrund av lösningar i olika rättssystem.¹⁸⁰

Frågan om hardship ska erkännas som allmän avtalsrättslig princip har berörts i några skiljedomar. En särskild skiljenämnd, *Iran-United States Claims Tribunal*, har i en dom uttryckligen erkänt hardship som en allmän avtalsrättslig princip. I skiljedom *Questech* från 1985 motiverades det med att läran om ändrade förhållanden (*clausula rebus sic stantibus*) har inkorporerats i så pass många rättssystem att den kan anses utgöra en allmän avtalsrättslig princip.¹⁸¹ Flera andra skiljedomar har på liknande vis erkänt principen om ändrade förhållanden, särskilt principen om hardship, men det betonas att den ska tillämpas restriktivt.¹⁸² Även om hardship ofta erkänns som en allmän avtalsrättslig princip när den part som åberopar hardship sällan någon framgång, eftersom skiljenämnder tillämpar principen med stor försiktighet. Rädslan för att hardship ska användas som ett verktyg för att ta sig ur avtalet är således inte alltid berättigad.¹⁸³

Sammanfattningsvis har vi sett att principen om hardship är mindre etablerad än principen om force majeure. Ur ett komparativt perspektiv, kan

¹⁷⁹ Se avsnitt 2.1.4.3 angående huruvida artikel 79 CISG går att tillämpa vid hardship; Se även Brunner (2009), s. 401; Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 15.

¹⁸⁰ Brunner (2009), s. 401.

¹⁸¹ *Questech, Inc v. The Ministry of National Defense of Iran* (IUSCT Case No. 59), s. 122; Jfr. resonemang i ICC International Court of Arbitration, Paris (Nr. 7365 från 1997).

¹⁸² Se exempelvis dom från ICC (Nr. 1512 från 1971), s. 129.

¹⁸³ Brunner (2009), s. 417 ff.; Jfr. ICC International Court of Arbitration, Bulletin (Nr. 11265 från 2009), s. 108, där skiljenämnden kommenterade att den åberopade hardship-bestämmelsen inte ska ge en part möjlighet att undkomma en ekonomisk missberäkning.

den position som intas av engelsk rätt, dvs. att inte erkänna principen om hardship, ses som ett undantagsfall. Att hardship på olika sätt kommer till uttryck i flera rättssystem och lagregler bidrar istället till att kategorisera hardship som en allmän avtalsrättslig princip.¹⁸⁴ Utifrån en genomgång av praxis och så som principen kommer till uttryck i UPICC och CISG (indirekt), finns det alltså stöd för att principen om hardship ska anses vara en allmänt accepterad avtalsrättslig princip, framförallt i civil law-system.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Berger & Behn (2019–2020), s. 125 ff.; Brunner (2009), s. 403 ff.

¹⁸⁵ Brunner (2009), s. 418.

3 Avtalstolkning

3.1 Introduktion

Vilken innebörd som avtalet har och vilka rättsverkningar som följer av det är inte alltid självklart. Avtalsklausuler kan i många fall vara tvetydiga eller vaga och leda till oklarheter kring hur det ska tydas. Är parterna oense om hur risken ska fördelas uppstår en tvist, där det är upp till en domstol eller skiljenämnd att avgöra vilken av parterna som ligger närmast att bära risken för det inträffade.¹⁸⁶ Tolkning av kommersiella avtal är i praktiken ett av de viktigaste områdena.¹⁸⁷ Utifrån domstolens tolkningsverksamhet får parterna en förståelse för vad som gäller om frågan inte regleras fullt ut i avtalet och kastar på så vis även ljus över de frågor parterna har att ta ställning till vid utformning av avtalsklausuler. Det är således nödvändigt att känna till och reflektera över principerna om avtalstolkning i svensk rätt samt hur de förhåller sig till andra rättssystem, särskilt vad gäller force majeure- och hardshipklausuler.¹⁸⁸

Detta kapitel inleds med en redogörelse för friskrivningsklausuler och ansvarsbegränsningar och hur de tolkas, för att sedan övergå till att beskriva de svenska tolkningsprinciperna översiktligt. Avslutningsvis behandlas tolkning av force majeure och hardshipklausuler särskilt.

3.2 Allmänt om ansvarsbegränsnings- och friskrivningsklausuler

Friskrivningar och ansvarsbegränsningar är något som ofta förekommer som standardvillkor, ibland även i form av force majeure-klausuler. Klausultypen ger uttryck för parternas riskfördelning och kan vara föremål för de begränsningar som förekommer i den lag som är tillämplig på avtalet. Den

¹⁸⁶ Lehrberg (2020), s. 18; Bernitz (2018), s. 40.

¹⁸⁷ Brunner (2009), s. 29.

¹⁸⁸ Rosengren (2010), s. 1.

generella giltigheten av friskrivningsklausuler och ansvarsbegränsningar i olika rättsordningar kommer inte beröras ingående här, utan bara det mest centrala delarna i förhållande till force majeure och hardshipklausuler.¹⁸⁹

Det är ofta den dispositiva rätten som parterna friskriver sig ifrån med hjälp av force majeure- och hardshipklausuler. Bakgrundsrätten anses generellt ge uttryck för vad som är en skälig regel.¹⁹⁰ I svensk rätt ska friskrivningsklausuler i allmänhet tolkas snävt.¹⁹¹ Syftet med en snäv tolkning av en sådan bestämmelse är att skydda den part som klausulen görs gällande mot. Det är också frågan om en dispositiv regel om skadestånd eller annan påföljd som ska åsidosättas av en klausul som i många fall är vag och generell till sin utformning. Friskrivningsklausuler förutsätter således ett krav på precisering.¹⁹² Vid osäkerhet om klausulen ifråga är tillämplig på den inträffade händelsen bör klausuler som avviker från riskfördelningen enligt dispositiv rätt, mot bakgrund av relevanta omständigheter, tolkas restriktivt.¹⁹³ I svensk rätt skulle det generella uttrycket ”omständigheter utom kontroll” troligen tolkas snävt, bland annat med stöd i dispositiv rätt och definitionen i 27 § KöpL.¹⁹⁴ Det kan konstateras att en force majeureklausul som har för brett tillämpningsområde (för lätta kriterier) riskerar att bli ineffektiv när den åberopas som befrielsegrund.¹⁹⁵

Friskrivningsklausuler kan åsidosättas såsom oskäligen enligt 36 § AvtL när svensk rätt är tillämplig på avtalet, även om paragrafen givits restriktiv tillämpning i kommersiella förhållanden.¹⁹⁶ Av förarbetena till 36 § AvtL framgår att det finns möjlighet att tillämpa bestämmelsen på ”villkor som ger den ena avtalsparten ensam beslutanderätt i viss fråga”. Det skulle kunna

¹⁸⁹ Se Brunner (2009), s. 151 ff.; Fontaine & De Ly (2006), s. 381 ff.; Ramberg & Ramberg (2019), s. 277 ff.

¹⁹⁰ Bernitz (2018), s. 231 f.; Ramberg & Ramberg (2019), s. 184 ff.

¹⁹¹ Adlercreutz & Gorton (2010), s. 116; Svernlöv (red.) (2013), s. 150 ff.

¹⁹² Bernitz (2018), s. 112 ff.

¹⁹³ Brunner (2009), s. 122.

¹⁹⁴ Ramberg & Ramberg (2019), s. 227.

¹⁹⁵ Fontaine & De Ly (2006), s. 446.

¹⁹⁶ Samuelsson (2011), s. 163.

vara en force majeureklausul som ger den ena parten möjligheten att vid permanent force majeure bestämma själv om hen vill stå kvar vid avtalet eller häva det.¹⁹⁷

Force majeureklausuler används idag ofta som ansvarsbegränsningar för sådant som normalt inte omfattas av force majeure, vilket kan komma som en överraskning för en ouppmärksam köpare.¹⁹⁸ Vid tolkning av friskrivningsklausuler bör det finnas utrymme för att ta hänsyn till balansen mellan parternas åtaganden som helhet och att skadeståndsansvar enligt dispositiv rätt kan vara mycket betungande. Att undgå skadeståndsansvar är emellertid ett av de övergripande syftena med en force majeureklausul.¹⁹⁹

3.3 Avtalstolkning enligt svensk rätt

Ett avtal kan sällan ge svar på alla frågor som uppstår vid tillämpningen av det, eftersom det är omöjligt att förutse och reglera alla problem som kan uppstå i framtiden. Domstolen måste i sådana fall fastställa vad som ska gälla mellan parterna även där avtalet inte ger besked. Genom en *traditionell tolkning* fastställer domstolen avtalsinnehållet och genom *utfyllning* kompletteras avtalet vid behov utöver det uttryckliga avtalsinnehållet (gap-filling).²⁰⁰ Det saknas i svensk rätt allmänt tillämpliga lagregler om tolkning av avtal. De principer som tillämpas är tagna från den rättsvetenskapliga litteraturen och domstolarnas rättstillämpning.²⁰¹ Avtalstolkning är ett stort ämne, varför bara huvuddragen kommer beröras i det följande.

Utgångspunkten för avtalstolkning är en partsinriktad tolkning, dvs. vad parterna gemenast har åsyftat vid tidpunkten för avtalsslutet (gemensamma partsavsikten).²⁰² Det är vanligt att domstolen inte kan nå fram till en

¹⁹⁷ Prop. 1975/76:81, s. 118.

¹⁹⁸ Svernlöv (red.) (2013), s. 160.

¹⁹⁹ Bernitz (2018), s. 114.

²⁰⁰ Lehrberg (2020), s. 28 ff.

²⁰¹ Lehrberg (2020), s. 19; Bernitz (2018), s. 88 ff.

²⁰² Bernitz (2018), s. 88 ff.

gemensam partsavsikt – det är nästintill normalfallet vid tolkning av standardavtal. Vid avsaknad av gemensam partsavsikt ska tolkningen istället bygga på objektiva grunder,²⁰³ en metod som brukar kallas för objektiverad tolkning.²⁰⁴

Vid den objektiverade tolkningen eftersträvar domstolarna bland annat att hitta lösningar som ger en rimlig balans mellan parternas åtaganden. Vid fastställande av avtalets innehåll enligt en objektiverad tolkning är ordalydelsen utgångspunkten. Skriftliga avtalsdokument har stor betydelse och utgör ofta självständigt underlag för att fastställa avtalets innehåll.²⁰⁵ Om inte ordalydelsen ger något besked, tittar domstolen på avtalets systematik och tolkar villkoret i ljuset av dispositiv rätt. Därefter görs en övergripande rimlighetsbedömning, där det finns anledning att beakta underförstådda villkor, parts- och handelsbruk, avtalets ändamål och skälighet.²⁰⁶ Finns det fasta och etablerade normer för avtalstypen är det även naturligt att låta dessa inverka på tolkningen av avtalet.²⁰⁷

Ofta är båda parternas ståndpunkter i tolkningsfrågan rimliga och någorlunda förenliga med ordalydelsen. Trots detta är domstolen eller skiljenämnden tvungen att nå fram till en lösning, där svenska domstolar letar efter lösningen inom ramen för en friare tolkning mot bakgrund av situationen som helhet. I svensk rätt är karakteristiskt för en sådan bedömning att, med utgångspunkt i ordalydelsen, låta alla relevanta avtalsmoment komma in i bilden för att nå fram till vad som typiskt sett är en rimlig och förnuftig tolkning. Här finns även anledning att beakta andra normer, till exempel handelsbruk, branschpraxis, vad som kan anses vara underförstått och läget enligt dispositiv rätt.²⁰⁸

²⁰³ Jfr. NJA 2014 s. 960, punkt 20 och 21.

²⁰⁴ Se exempelvis Svensson i: Gorton, Heuman, Persson & Sjöberg (red.) (2019), s. 601.

²⁰⁵ Ramberg & Ramberg (2019), s. 179 ff.; Adlercreutz & Gorton (2010), s. 167.

²⁰⁶ Angående metod för att fastställa avtalets innehåll, se Ramberg & Ramberg (2019), s. 208 och Bernitz (2018), s. 92 ff.

²⁰⁷ Ramberg & Ramberg (2019), s. 179 ff.

²⁰⁸ Ramberg & Ramberg (2019), s. 186; Bernitz (2018), s. 95 ff.

Enligt HD innebär utfyllning att ofullständiga viljeförklaringar kompletteras enligt allmänna normer, vanligen genom användande av dispositiva rättsregler.²⁰⁹ Svenska domstolar tenderar till att tolka avtal mot bakgrund av dispositiva rättsregler, både lagfästa och rättspraxis. Det görs dels genom tolkningen av oklara avtalsbestämmelser, dels som kompletterande rätt som fyller ut luckor i parternas avtal. Det är svårt att dra en tydlig gräns mellan dessa tillvägagångssätt.²¹⁰ Lehrberg anser att utfyllning ska användas när avtalet inte innehåller något svar på den aktuella frågan. Om däremot avtalet reglerar frågan, men det är oklart vad svaret är, ska frågan lösas genom tolkning.²¹¹ Vid en objektiviserad tolkning fyller således dispositiva rättsregler en viktig funktion och får indirekt genomslagskraft, genom att användas för att fylla ut ”luckorna” i avtalet.²¹²

3.4 Särskilt om tolkning av force majeure och hardshipklausuler

3.4.1 Bakgrund

Flera av de problemen som uppstår vid ändrade förhållanden kan också förstås som avtalstolkningsproblem. Frågan om gäldenären ska bära hela risken för det inträffade avgörs huvudsakligen med hjälp av avtalstolkning. Eftersom det inte alltid är säkert hur parterna har placerat risken för den inträffade händelsen (partsavsikten) är det som regel nödvändigt att använda sig av en objektiv tolkningsmetod.²¹³ Är en force majeureklausul opreciserad i förhållande till definitionen av force majeure eller dess rättsföljder, kommer stöd hämtas från handelsbruk eller branschpraxis. Ger inte det någon vägledning fastställs avtalsinnehållet ofta i enlighet med den dispositiva rätten.²¹⁴ Svenska domstolar anses ha rätt att självständigt pröva

²⁰⁹ NJA 1999 s. 629; Se även Bernitz (2018), s. 97.

²¹⁰ Rosengren (2010), s. 15 f.

²¹¹ Lehrberg (2020), s. 295.

²¹² Bernitz (2018), s. 96 f.; Ramberg & Ramberg (2019), s. 184 ff.

²¹³ Brunner (2009), s. 393 ff.

²¹⁴ Ramberg & Ramberg (2019), s. 226 ff.

om handelsbruk bör tillämpas istället för dispositiv rätt.²¹⁵ För avtal som styrs av svensk rätt skulle 27 § KöpL kunna vara tillämplig, vilket i sin tur innebär att säljaren åläggs ett kontrollansvar för direkta förluster.²¹⁶ Vid internationella köp, som uppsatsen fokuserar på, blir istället artikel 79 CISG aktuell, där all förutsebar skada bedöms enligt kontrollansvaret. Genom välformulerade klausuler kan parterna klargöra om det är både direkta och indirekta förluster som avses.²¹⁷

3.4.2 CISG och UNIDROIT Principles

CISG är juridiskt bindande i de stater som har ratificerat konventionen, och gäller genom IKL som svenska lag. Den ger i ett antal allmänna bestämmelser vägledning om hur konventionen ska tolkas och tillämpas.²¹⁸ Artikel 8 är en lagregel som gäller för avtalstolkning som avser internationella köp av varor utanför Norden.²¹⁹ Enligt artikeln är avtalets ordalydelse utgångspunkten för bedömningen huruvida hardship föreligger och vilka konsekvenser det ska få.²²⁰ Artikel 8(3) CISG anger att normer som etableras genom handelsbruk eller branschpraxis kan fylla luckor i avtalet.²²¹

Partsbruk och internationellt handelsbruk kan enligt artikel 9 CISG även fylla ut luckor i avtalet, till exempel i förhållande till toleranspunkten för hardship.²²² Enligt artikel 9(2) CISG har handelsbruk betydelse genom att parterna anses underförstått kommit överens om att bete sig på ett vanligt förekommande sätt när de avtalar med varandra. Det ställs relativt låga krav på handelsbrukets utbredning och stadga för att det ska få betydelse vid fastställandet av avtalets innehåll. För internationella avtal är handelsbruk

²¹⁵ Bernitz (2018), s. 44.

²¹⁶ 27 § 3st KöpL, med vidare hänvisning till 67 § 2st KöpL.

²¹⁷ Christou (2015), s. 158 ff.; Svernlöv (red.) (2013), s. 150 ff.

²¹⁸ Artiklar 7–11 CISG.

²¹⁹ Bernitz (2018), s. 88 ff.

²²⁰ CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 9.

²²¹ Artikel 8(3) CISG; Se även Ramberg & Ramberg (2019), s. 186.

²²² CISG-AC Opinion No. 20 (2020), s. 9.

särskilt viktigt, eftersom parterna ofta önskar att vara oberoende av rättsregler från den andra partens land. Genom att hänvisa till regler och principer från internationella organ, till exempel ICC eller UPICC kan parterna begränsa betydelsen av nationell rätt.²²³

UPICC och de principer som förekommer där kan i viss mån anses ge uttryck för internationellt handelsbruk (*lex mercatoria*) och kan vara ett effektivt hjälpmedel för att precisera en allmän avtalsrättslig princip.²²⁴ I nordisk civilrätt tillmäts handelsbruk och annan sedvänja stor rättslig betydelse och erkänns som en självständig rättskälla på handelsrättens område.²²⁵

I svensk rätt är HD inte främmande för att låta utländsk rätt få inflytande på avtalstolkning, vilket bland annat framgår av NJA 1954 s. 574 och NJA 1971 s. 474.²²⁶ Utländsk rätt kan dessutom komplettera och ge inspiration till den svenska rätten. På avtalsrättens område är möjligheten att beakta utländsk rätt större än på andra rättsområden, genom exempelvis UPICC och PECL. Principsamlingarna utgör numera rättskällor i svensk rätt med tanke på att HD kontinuerligt hänvisar till dem.²²⁷ UPICC kan användas som stöd vid avtalstolkningen av sådana klausuler som behandlas i principsamlingen, vilket både force majeure och hardship gör.²²⁸

I ett ICC-fall (No. 8873) hade skiljenämnden att ta ställning till relationen mellan olika rättskällor och tolkning av en force majeureklausul. Under avtalstiden möttes gäldenären av ett antal oförutsedda hinder. Gäldenären åberopade force majeureklausulen i avtalet som vid avtalsslutet var ämnad att vara självständig och avgörande, och hänvisade dessutom till den tillämpliga spanska lagen, handelsbruk, allmänna avtalsrättsliga principer och UPICC. I fallet nämner skiljenämnden att UPICC är tillämpligt om

²²³ Ramberg & Ramberg (2019), s. 29 f.

²²⁴ Hultmark i JT 1995/96, s. 657 ff.; Ramberg & Ramberg (2019), s. 29 ff.

²²⁵ Jfr. 3 § KöpL; Se även Bernitz (2018), s. 41 f.

²²⁶ Se även Hultmark i JT 1995/96, s. 666 ff.

²²⁷ Ramberg & Ramberg (2019), s. 27 f.

²²⁸ Hultmark i JT 1995/96, s. 661 f.

parterna har hänvisat till principalsamlingen, men kan även vara tillämpligt i den mån UPICC ger uttryck för redan existerande handelsbruk. När det gäller principen om hardship säger skiljenämnden däremot att det är omöjligt att beakta hardship i UPICC som handelsbruk, eftersom det är en exceptionell princip som generellt bara accepteras i särskilda klausuler i kommersiella avtal.²²⁹

Fallet ovan belyser att handelsbruk kan aktualiseras som stöd för tolkning av otydlig lagtext eller när det saknas lagtext och rättspraxis.²³⁰ Det bör innebära att principen om hardship i UPICC kan användas som stöd för tolkningen av lagtexten i artikel 79 CISG, som kan anses otydlig eftersom den inte uttryckligen bemöter hardship. Andra skiljenämnder anser att UPICC bara ska tillämpas i den utsträckning den återger allmänt accepterade principer och att skiljenämnder inte bör komplettera den tillämpliga inhemska rätten i för hög utsträckning med principerna från UPICC förklädda till handelsbruk.²³¹ Det finns argument för att principen om hardship ännu inte utgör handelsbruk när det kommer till domstolars eller skiljenämnders möjlighet att justera avtalet.²³²

I ett fall från ICC:s skiljenämnd (*Swiss Buyer v. Kosovo seller*) ansågs inte force majeureklausulen i avtalet tillämplig. Avtalet fastställde flera leveranser och inköpspris baserades på en särskild prisformel. Den tillämpliga lagen för avtalet var schweizisk rätt, där CISG tillämpas som en del av gällande rätt. En knapp månad efter att kontraktet signerades sjönk priset på varan drastiskt. Skiljenämnden ansåg att den dispositiva rätten (artikel 79 CISG) borde tillämpas som utfyllning och tolkas i ljuset av regler om hardship i artikel 6.2.2 UPICC. Skiljenämnden ansåg att kriterierna för hardship var uppfyllda och att risken för det inträffade borde delas mellan parterna.²³³

²²⁹ *French claimant v. Spanish respondent*, ICC International Court of Arbitration, Paris (Nr. 8873 från 1997).

²³⁰ Se även Ramberg & Ramberg (2019), s. 29 ff.

²³¹ Berger i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 149 ff.; Brunner (2009), s. 386 f.

²³² Lorfing i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 71.

²³³ ICC International Court of Arbitration, Zurich (Nr. 16369 från 2011).

3.4.3 Tillämpning av allmänna avtalsrättsliga principer

Som framgått i kapitel 2 av denna uppsats bör framförallt *force majeure*, men även *hardship* i viss utsträckning, anses utgöra en allmän avtalsrättslig princip. En av anledningarna är att båda principerna kommer till uttryck i UPICC. Majoriteten av nationella domar som hänvisar till UPICC använder principalsamlingen för tolkning och komplettering av den inhemska rätten, vilket illustrerar betydelsen av allmänna avtalsrättsliga principer för just detta ändamål.²³⁴ En skiljenämnd bör också kunna använda allmänna avtalsrättsliga principer för att tolka och komplettera internationella kommersiella avtal.²³⁵ Det ger parterna anledning att tydligt klargöra om en annan ansvarsfördelning eftersträvas vid utformning av sina avtal.²³⁶

När domaren ska fastställa parternas intention i förhållande till en enskild klausul, kan det finnas situationer där det är mer lämpligt att iaktta allmänna avtalsrättsliga principer istället för regler eller principer från den inhemska rätten som inte är anpassade för internationella transaktioner. Vikten som ska fästas vid dessa principer för tolkning och utfyllning av avtalsklausuler varierar från fall till fall.²³⁷ Att använda allmänna avtalsrättsliga principer för att tolka och fylla ut avtal är bara en av många metoder för avtalstolkning. Men mot bakgrund av internationella avtals särskilda drag och parternas rimliga förväntningar att den inhemska rättens ska tillämpas i en internationell kontext²³⁸ är det lämpligt att ge allmänna avtalsrättsliga principer en viss tyngd vid avtalstolkningen för att komplettera den inhemska rätten.²³⁹

²³⁴ Jfr. punkt 6 i ingressen till UPICC (2016).

²³⁵ Brunner (2009), s. 28 ff.

²³⁶ Hultmark i JT 1995/96, s. 668.

²³⁷ Brunner (2009), s. 29 ff.

²³⁸ I engelsk litteratur talar man om att tillämpa den inhemska rätten med en ”broader brush”-metod.

²³⁹ Brunner (2009), s. 38.

Det finns två rättsliga grunder som en tillämpning av allmänna avtalsrättsliga principer vid tolkning och utfyllning stödjer sig på. Den första rättsliga grunden är ifall den inhemska rätten som är tillämplig på avtalet tillåter domstolen att beakta allmänna avtalsrättsliga principer genom en komparativ metod. En sådan metod är inte begränsad till utländsk nationell rätt utan kan även falla tillbaka på soft law, särskilt UPICC och PECL. Som konstaterades tidigare är HD inte främmande för att låta utländsk rätt få inflytande på avtalstolkningen och UPICC anses idag utgöra en egen rättskälla i svensk rätt.²⁴⁰ Den andra rättsliga grunden baseras på den särskilda naturen av internationella kommersiella transaktioner, dvs. att tolkning av internationella avtal kräver att domstolen iakttar det gränsöverskridande sammanhang som transaktionen gjordes i. Allmänna avtalsrättsliga principer kan således vara ett bra verktyg vid avtalstolkningen och för att tillämpa den inhemska rätten i en internationell kontext.²⁴¹

När det är lämpligt, mot bakgrund av villkoren i force majeure eller hardshipklausulen och den tillämpliga lagen, bör alltså en force majeure eller hardshipklausul tolkas i enlighet med motsvarande allmänna avtalsrättsliga princip.²⁴² Några exempel får illustrera detta. Om en force majeureklausul inte innehåller någon definition av force majeure, så är det rimligt att tolka klausulen mot bakgrund av den definition som finns för den allmänna avtalsrättsliga principen om force majeure. Om en force majeureklausul innehåller en uppräkningslista med omständigheter är den som regel icke-uttömmande och ämnad åt att illustrera den allmänna definitionen. Om en särskild händelse omfattas av uppräkningslistan kan den presumeras lätta gäldenärens bevisbörda.²⁴³ Därutöver kan vägledning hämtas från principen om force majeure när en force majeureklausul inte nämner några särskilda kriterier som behöver uppfyllas eller vad som händer om parterna inte har reglerat exempelvis rättsföljderna, orsakssamband

²⁴⁰ Se avsnitt 3.4.2.

²⁴¹ Brunner (2009), s. 31 ff.

²⁴² Jfr. kapitel 2 ovan.

²⁴³ Brunner (2009), s. 23 ff.

mellan hinder och utebliven fullgörelse eller konsekvenser av misslyckad underrättelseskyldighet.²⁴⁴

Bestämmelser om force majeure och hardship tenderar till att formuleras väldigt opreciserat och flexibelt, vilket innebär att allmänna avtalsrättsliga principer har stor praktisk betydelse vid tolkningen av sådana regler och klausuler.²⁴⁵ För att uppnå en högre förutsebarhet kan force majeureklausuler tolkas på ett sätt som är förenligt med force majeure som allmän avtalsrättslig princip. Nuförtiden är till exempel det klassiska oförutsebarhetsrekvisitet inte alltid självklart i force majeureklausuler. Det bör däremot vara underförstått enligt force majeure som allmän avtalsrättslig princip om klausulen inte uttryckligen nämner något annat.²⁴⁶

ICC lägger stor vikt vid force majeureklausulens betydelse i internationella kommersiella avtal. Utgångspunkten vid tolkningen av en force majeureklausul är dess ordalydelse, för att bestämma klausulens innebörd, räckvidd och rättsföljder. Skiljenämnden ska försöka slå fast force majeureklausulens ”ordinary/plain meaning”. Särskilt i detta sammanhang får force majeure som allmän avtalsrättslig princip påverka på skiljenämndens tolkningsuppgift.²⁴⁷

Hardshipklausuler bör också tolkas i ljuset av principen om hardship, så länge inte klausulen anger något annat. Vid tolkningen av en hardshipklausul bör särskilt beaktas om definitionen av hardship är densamma som för den allmänna avtalsrättsliga principen om hardship, eller om klausulen ger uttryck för en mindre sträng tillämpning, vilket görs utifrån en bedömning av parternas riskfördelning. Vägledning av vad som gäller vid misslyckad omförhandling kan hämtas från principen om hardship, i den mån parterna inte har reglerat detta och i den mån den tillämpliga lagen tillåter det. Det anses exempelvis underförstått att parterna

²⁴⁴ Brunner (2009), s. 387 ff.

²⁴⁵ Brunner (2009), s. 39 f.

²⁴⁶ Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 83.

²⁴⁷ Berger i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 154 f.

ger domstolen behörighet att fylla ut avtalet i de fall parterna inte når en överenskommelse vid omförhandling, med syfte att återställa avtalets jämvikt.²⁴⁸ Principen om hardship tillämpas huvudsakligen som en sista utväg när avtalet inte har fördelat risken på ett tillfredställande sätt.²⁴⁹

²⁴⁸ Brunner (2009), s. 514 ff.

²⁴⁹ Brunner (2009), s. 418 ff.

4 Riskfördelning

4.1 Introduktion

I kapitel 2 har innebörden av force majeure och hardship presenterats som en typ av standardiserad riskfördelning. Riskfördelningen i avtal, exempelvis genom force majeure och hardshipklausuler, används bland annat för att jämna ut skillnader mellan olika rättsordningar och på så vis skapa en större förutsebarhet för parterna. Parternas riskfördelning i avtalet äger nämligen företräde framför de allmänna principerna om force majeure eller hardship, som alltså inte är av tvingande karaktär.²⁵⁰ Som vi såg i kapitel 3 finns det olika frågor som parterna bör ta ställning till vid utformningen av klausuler som reglerar ändrande förhållande. När en oförsedd händelse inträffar är parternas riskfördelning i avtalet central.²⁵¹

En part som vill ha bättre och mera förutsebart skydd vid ändrade förhållanden av olika slag bör se till att avtalet innehåller bestämmelser som är tillräckligt preciserade.²⁵² Avtalsskrivaren bör reglera problemet på ett sätt som möter parternas faktiska behov, genom att exempelvis avvika från inhemska dispositiva rätt i de fall lösningar där inte är tillräckligt tillfredsställande.²⁵³ En force majeure eller hardshipklausul som är välskriven och anpassad till riskerna i det enskilda fallet kan erbjuda större förutsebarhet jämfört med vad som följer av den inhemska rätten.²⁵⁴ Att utforma en väl avvägd klausul har däremot visat sig inte alltid vara varken möjligt, praktiskt eller rimligt. Parterna anser ofta att det är enklare och mer givande att förhandla om andra frågor än vad som gäller när någonting går fel. Den första och viktigaste delen av både force majeure och hardship är alltså riskfördelningen.²⁵⁵

²⁵⁰ Brunner (2009), s. 421 ff.; Jfr. även artikel 6.2.1 UPICC.

²⁵¹ Adlercreutz & Gorton (2010), s. 167.

²⁵² Gorton i: Karlsson Tuula, Persson & Lindskoug (red.) (2020), s. 219.

²⁵³ Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 8; Fontaine i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 15 ff.

²⁵⁴ Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 82 f.

²⁵⁵ Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 212; Maskow (1992), s. 657.

I detta kapitel berörs inledningsvis parternas avtalsmässiga riskfördelning i fråga om force majeure och hardshipklausuler och olika viktiga frågor som parterna har att ta ställning till i samband med avtalets ingående.

Avslutningsvis kommer modellklausulerna från ICC att kommenteras eftersom de illustrerar hur en välavvägd klausul kan se ut och vad en sådan klausul ska innehålla.

4.2 Force majeureklausuler

4.2.1 Bakgrund

Avtal innehåller ofta klausuler som reglerar vad som ska gälla vid ändrade förhållanden och nästan alla större kommersiella avtal innehåller en force majeureklausul.²⁵⁶ De ingår ofta i en lång rad avtalsbestämmelser som inte närmare förhandlas eller justeras, så kallade boilerplate-klausuler.²⁵⁷ Force majeureklausuler skyddar normalt sett bara naturagäldenären (typiskt sett säljaren), eftersom säljaren oftast är den part som får problem med att utföra sin prestation. Köparen kan som regel betala och ta emot leveransen. Syftet med force majeureklausuler är att befria en part från skyldigheten att prestera på avtalad tid eller från skadeståndsansvar på grund av dröjsmål.²⁵⁸

4.2.2 Huvudproblemen

Vid utformning av force majeureklausuler är det viktigt att närmare precisera dels vad som menas med force majeure, dels klargöra vilken rättsföljd force majeure ska få. Ramberg & Ramberg menar att parterna bör ta ställning till fyra huvudproblem vid utformningen av en force majeureklausul:

²⁵⁶ Berger i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 137.

²⁵⁷ Gorton i: Karlsson Tuula, Persson & Lindskoug (red.) (2020), s. 209; Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 276 ff.

²⁵⁸ Ramberg & Ramberg (2019), s. 226 ff.

1. Vilka *händelser* ska ha inträffat (klausulhändelserna),
2. Vilka krav ska ställas när det gäller möjligheterna att *förtuse* klausulhändelserna,
3. Hur en klausulhändelse för att bli relevant ska *påverka* avtalsparterna, och
4. *Rättsföljden* av en relevant klausulhändelse.²⁵⁹

Inledningsvis, vad gäller vilka händelser som ska ha inträffat, är det idag vanligt att en force majeureklausul räknar upp ett antal händelser som ansvarsbefriande och sedan avslutar med en ”catch-all”-formulering. Uppräkningen av klausulhändelser gör det enklare att avgöra om force majeure föreligger, när en av de uppräknade klausulhändelserna inträffar. Den används ofta för att illustrera betydelsen av en tidigare uttryckt definition av force majeure. När det som inträffar inte räknas upp i listan av klausulhändelser aktualiseras istället betydelsen av den mer generella, ”catch-all”-formuleringen, och hur den ska tolkas.²⁶⁰

För att undvika att uppräknningen tolkas som att den utesluter andra händelser eller typer av händelser, bör parterna ange att uppräknningen avser att ange exempel och inte är en uttömmande beskrivning av alla tänkbara händelser. Det ligger i köparens intresse att begränsa klausulhändelserna, medan det ligger i säljarens intresse att definitionen av klausulhändelser görs väldigt bred.²⁶¹

Förhållandet mellan klausulens allmänna definition av force majeure och uppräknningen av klausulhändelser kan vara problematiskt, även om uppräknningen som utgångspunkt enbart anger exempel.²⁶² Det kan vara svårt att avgöra om en sådan klausulhändelse automatiskt befriar gäldenären från ansvar, eller bara om händelsen också når upp till kriterierna i den mer

²⁵⁹ Ramberg & Ramberg (2019), s. 226 ff.; Se även Konarski (2003), s. 408 och Gorton i: Karlsson Tuula, Persson & Lindskoug (red.) (2020), s. 219.

²⁶⁰ Ramberg & Ramberg (2019), s. 226 ff.

²⁶¹ Svernlöv (red.) (2013), s. 159 f.

²⁶² Konarski (2003), s. 412.

allmänna definitionen – till exempel oberoende om det ligger innanför eller utanför gäldenärens kontrollsfär. Därför är det ofta lämpligt att uttryckligen nämna detta i klausulen. Vill parterna att de uppräknade händelserna också ska vara föremål för kriterierna i den allmänna definitionen krävs det en mer precis formulering av klausulen. En tvetydig formulering riskerar således att skapa stora problem vid avtalstolkningen. Ett alternativ är att de uppräknade händelserna presumeras ligga utom partens kontroll.²⁶³

Angående vilka krav som ska ställas på möjligheterna att förutse händelserna och hur en klausulhändelse för att bli relevant ska påverka avtalsparterna (punkt 2 och 3), hänvisas till de fyra rekvisiten för principen om force majeure som redogjordes för i avsnitt 2.2.3. Dessa rekvisit kan användas som måttstock även för force majeureklausuler.²⁶⁴ Ett kriterium som ofta används för att bedöma force majeure är uttrycket ”bortom parternas kontroll”. Vissa menar att ett sådant uttryck reflekterar parternas vilja av att lätta på de framträdande rekvisiten för force majeure, framförallt när termen ”skäligen” läggs till.²⁶⁵

Rättsföljderna av en relevant klausulhändelse regleras ofta genom force majeureklausuler vid internationella kommersiella transaktioner, eftersom klausulerna äger företräde framför inhemsk rätt (till exempel lärorna om *frustration*, *impossibility* eller *impracticability*).²⁶⁶ En analys av internationella kommersiella avtal visar att rättsföljden av force majeure i första hand är att ursäkta gäldenären från ansvar genom att prestationsskyldigheten blir pausad, istället för att den helt försvinner. Detta mot bakgrund av att det ofta finns ett gemensamt intresse av att avtalet överlever. Force majeureklausuler ska inte användas för att undgå skyldigheter, utan snarare för att ge parterna en möjlighet att vid ett senare tillfälle kunna återuppta sina normala relationer.²⁶⁷ Flera force

²⁶³ Jfr. paragraf 3 i ICC:s Force Majeure-klausul (2020); Se även Ramberg & Ramberg (2019), s. 226 ff.; Fontaine & De Ly (2006), s. 414 f.

²⁶⁴ Berger & Behn (2019–2020), s. 113 f.

²⁶⁵ Fontaine & De Ly (2006), s. 405.

²⁶⁶ Brunner i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 107.

²⁶⁷ Fontaine & De Ly (2006), s. 441 ff.

majeureklausuler anger fasta tidsramar för när ett tillfälligt hinder automatiskt ska anses vara permanent, med en möjlighet för parterna att då omförhandla eller säga upp avtalet. Det är även vanligt att parterna i en sådan klausul anger att omförhandlingar ska äga rum med syfte att justera avtalet. Först om inte omförhandling fungerar sägs avtalet upp.²⁶⁸

Force majeureklausuler anger som regel även en underrättelseplikt när en force majeurehändelse inträffar, vilket i praktiken är en viktig del av force majeure. I samband med en sådan bestämmelse är det viktigt att reglera vad som händer om parten försummar sin underrättelseplikt, vilket många klausuler saknar. Att en part förlorar rätten att åberopa force majeure kan vara ett strängt alternativ.²⁶⁹ Några mindre allvarliga påföljder kan vara en skyldighet att ersätta den skada som vållats motparten på grund av försummad underrättelse enligt avtalet,²⁷⁰ eller att force majeureklausulen befriar gäldenären först från och med tidpunkten för underrättelsen.²⁷¹

4.2.3 Klausulens relation till dispositiv rätt

Den ökade populariteten av force majeureklausuler har gjort dem mer sofistikerade och detaljerade, men trots detta förorsakar de fortfarande en del problem.²⁷² Vid utformning av klausuler ska det bäras i åtanke att internationella avtal styrs av den lag som är tillämplig på avtalet, antingen genom en lagvalsklausul eller enligt IP-rättsliga regler.²⁷³ I praktiken har klausuler om ändrade förhållanden gemensamt att de som regel inte nämner någonting om klausulens relation till liknande försvar i den dispositiva rätten. Det uppstår då en viktig fråga, nämligen huruvida klausulerna är ämnade att vara självständiga, genom att ersätta reglerna i den dispositiva

²⁶⁸ Fontaine & De Ly (2006), s. 430 ff.; Konarski (2003), s. 417.

²⁶⁹ Se *Global Tungsten v. Largo*, ICC New York (Nr. 19566 från 2014) och *General Dynamics v. State of Libya*, ICC Genève (Nr. 19222 från 2016).

²⁷⁰ Jfr. 79(4) CISG och 28 § KöpL.

²⁷¹ Ramberg & Ramberg (2019), s. 228; Fontaine & De Ly (2006), s. 418 ff.

²⁷² Berger i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 137; Konarski (2003), s. 407.

²⁷³ Konarski (2003), s. 407.

rätten, eller om klausulen bara ska användas som ett komplement till dessa regler.²⁷⁴

I en dom från ICC hade ett amerikanskt företag (*Sun Oil*) åtagit sig, gentemot *National Oil Corporation* (ett statligt företag i Libyen), att finansiera och genomföra ett program för att utforska möjligheterna att utvinna olja i Libyen. Något år senare förklarade USA amerikanska pass ogiltiga för resa till Libyen och införde dessutom exportrestriktioner, varpå det amerikanska företaget fick problem med att utföra sina åtagande och åberopade force majeureklausulen i avtalet. Klausulen skiljde sig från den tillämpliga libyska civilrätten. Ordalydelsen av klausulen gjorde det oklart om parterna hade exkluderat kraven på oförutsebarhet och omöjlighet, som framgick av den libyska lagen. Skiljenämnden konstaterade att parterna uttryckligen måste reglera frågan i klausulen för att göra ett undantag till omöjlighetsläran i den tillämpliga lagen, dvs. att sådana undantag inte kan antas eller vara underförstådda.²⁷⁵

Andra skiljenämnder intar motsatt ställning och menar att skiljenämnder ska skydda de legitima förväntningarna hos parterna, genom att inte tillämpa den inhemska rätten i för stor utsträckning i de fall relationen inte berörs i klausulen. Däremot bör parter som avser att isolera force majeureklausulen från den tillämpliga dispositiva rätten vidta försiktighetsåtgärder vid utformande av klausulen, genom att uttryckligen klargöra deras förhållande till varandra.²⁷⁶

4.3 Hardshipklausuler

Hardshipklausuler fick sitt stora genombrott under 1970-talet och tillåter parterna att redan från början själva bestämma över hur hardship ska

²⁷⁴ Berger i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 137.

²⁷⁵ *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company*, ICC International Court of Arbitration, Paris (Nr. 4462 från 1991).

²⁷⁶ Berger i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 154 f.

hanteras och vilka effekter det ska få, vilket kan vara en förklaring till dess framgång.²⁷⁷ Om en speciell risk är reglerad i avtalet innebär det som regel att den riskfördelningen är uttömmande och att den allmänna avtalsrättsliga principen om hardship inte är tillämplig.²⁷⁸

Hardshipklausulen förekommer framförallt i långtidsavtal, där prestationsskyldigheten sträcker sig över en lång tidsperiod och är känslig för ändrade förhållanden. I sådana avtal spelar hardshipklausuler en avgörande roll genom att undvika en strikt tillämpning av principen *pacta sunt servanda* som leder till ohållbara konsekvenser. Om ingenting händer är parterna fortsatt bundna av sina åtaganden (*rebus sic stantibus*). Däremot innebär principen om *pacta sunt servanda* att avtalsskyldigheter bara kan bli ursäktade om de ändrade förhållandena är betydande och väsentligen förändrar parternas respektive situation. Internationell avtalsskrivning visar också på en större medvetenhet om långtidsavtalets särskilda problem och de risker som just denna typ av avtal kan ge upphov till.²⁷⁹ Huruvida toleranspunkten för hardship höjs vid långtidsavtal bör, med tanke på vilka risker parterna implicit och explicit antar, bedömas mot bakgrund av villkoren i avtalet och andra relevanta omständigheter.²⁸⁰

Intresset för hardshipklausuler kommer naturligt när den inhemska rätten som är tillämplig på avtalet har en restriktiv inställning till ändrade förhållanden. I praktiken förekommer däremot hardshipklausuler lika frekvent i avtal som styrs av rättssystem som tar ändrade förhållanden i beaktan. Det beror på att rättsföljderna anses vara otillräckliga, framförallt om de inhemska rättssystemen föreskriver hävning. Parterna vill som utgångspunkt bevara sin affärsrelation.²⁸¹ Hardshipklausuler används därför delvis för att överkomma den osäkerhet som finns i den inhemska rätten och för att kunna anpassa klausulen efter parternas behov.²⁸²

²⁷⁷ Fontaine & De Ly (2006), s. 489; Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 9.

²⁷⁸ Brunner (2009), s. 418 ff.

²⁷⁹ Fontaine & De Ly (2006), s. 458 f. & 487 f.; Brunner (2009), s. 513.

²⁸⁰ Brunner (2009), s. 438 ff.

²⁸¹ Fontaine & De Ly (2006), s. 489; Konarski (2003), s. 419.

²⁸² Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 9.

Hardshipklausuler kan skydda båda parterna, men reglerar situationer där det ekonomiska utfallet blivit ofördelaktigt för en av parterna. Klausulen föreskriver ofta att en part kan begära omförhandling²⁸³ i hopp om att få till stånd en frivillig lösning.²⁸⁴ Hardship-situationer medför en viss grad av osäkerhet som är svår att på ett heltäckande sätt reglera i hardshipklausuler, även om parterna strävar efter att reglera sådana situationer så detaljerat som möjligt för att öka förutsebarheten. Många hardshipklausuler saknar dessutom en reglering av vad som händer vid misslyckade omförhandlingar, vilket skapar problem för parterna.²⁸⁵

Exempel på konsekvenser av att omförhandlingen inte leder fram till en överenskommelse kan vara att avtalet upphör, att parterna ges rätt att säga upp avtalet i förtid, att domstol eller skiljenämnd har rätt att justera avtalet eller att avtalet gäller i sin ursprungliga lydelse.²⁸⁶ Även om den tillämpliga lagen tillåter en domare att justera avtalet anser parterna ofta att domaren inte är den mest kvalificerade personen att genomföra en sådan justering. Vissa anser till och med att det är en oacceptabel risk att låta en domare justera avtalet.²⁸⁷

En hardshipklausul kan delas in i två huvuddelar. Den första delen beskriver när klausulen är tillämplig och består dels av specifika omständigheter, dels av de preciserade konsekvenserna händelsen ska orsaka på parternas avtal. I praktiken förekommer en stor variation angående vilka omständigheter som beaktas vid hardshipklausuler. Det rör sig framförallt om att närmre reglera vilken typ av förändring det rör sig om och oförutsebarhetrekvisitet i relation till parternas kontrollsfär.²⁸⁸ Det är viktigt för parterna att precisera vilka omständigheter som ska föreligga för att omförhandling ska vara

²⁸³ Giltigheten av ett sådant åtagande i olika länder, medling och processrättsliga aspekter hamnar utanför uppsatsens omfattning.

²⁸⁴ Gorton i: Cordero-Moss (red.) (2011), s. 292; Ramberg & Ramberg (2019), s. 228 f.

²⁸⁵ Fontaine & De Ly (2006), s. 489 f.

²⁸⁶ Ramberg & Ramberg (2019), s. 228 f.

²⁸⁷ Fontaine & De Ly (2006), s. 489; Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 9.

²⁸⁸ Fontaine & De Ly (2006), s. 460 ff.; Konarski (2003), s. 420.

aktuellt. En vanlig metod som används för att avgöra vilka konsekvenser en händelse ska ha på avtalet, och för att hardshipklausulen ska vara tillämplig, är att ange en toleranspunkt och att rätten till omförhandling inträder när denna punkt passerats.²⁸⁹ Sådana kriterier bör utformas så objektiva som möjligt i förhållande till konsekvenserna.²⁹⁰

Den andra delen av en hardshipklausul beskriver den praktiska processen av att en hardship-situation uppstår och att klausulen tillämpas. Det handlar om att reglera till exempel parternas underrättelseplikt, hur omförhandling ska ske och uppsägning av avtalet.²⁹¹

4.4 ICC:s modellklausuler

4.4.1 Bakgrund

International Chamber of Commerce (ICC) har utarbetat ett stort antal internationella modellavtal och modellklausuler, däribland klausuler om force majeure och hardship.²⁹² I mars 2020 uppdaterade ICC sina force majeure och hardshipklausuler för att hjälpa företag att utforma avtal som är anpassningsbara till oförutsedda händelser, som till exempel Covid-19 pandemin.²⁹³ Med de nya klausulerna har ICC beaktat utvecklingen inom internationell handel och introducerar några uppdateringar och förbättringar i förhållande till 2003 års versioner.²⁹⁴ Syftet med ICC Force Majeure och Hardship-klausulerna (2020) är att erbjuda balanserade och effektiva standardklausuler som kan inkorporeras i internationella kommersiella avtal, alternativt som en grund för att kunna skraddarsy egna klausuler.²⁹⁵

²⁸⁹ Ramberg & Ramberg (2019), s. 228 f.

²⁹⁰ Fontaine & De Ly (2006), s. 470 ff.

²⁹¹ Fontaine & De Ly (2006), s. 460 ff.

²⁹² Bernitz (2018), s. 39.

²⁹³ Se ICC (2020), *Introductory note and commentary*. Tillgänglig på <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/> (hämtad 24-03-2020).

²⁹⁴ Erdem i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 129.

²⁹⁵ ICC (2020), *Introductory note and commentary*, s. 1 ff.

4.4.2 ICC:s Force Majeureklausul (2020)

ICC:s Force Majeureklausul (2020) innehåller några strukturella förändringar jämfört med tidigare versioner. Den största skillnaden mellan 2003 års och 2020 års version är att det nu även finns en kortare version, utöver den ordinarie versionen. ICC ville utforma en kortare klausul som ska vara enklare att förstå och använda, framförallt för små- och medelstora företag. En annan anledning är att det på grund av klausulens längd och komplexitet ofta hänvisades till den i avtal istället för att den inkorporerades. Den nya kortare klausulen täcker de mest centrala problemen, men är inte lika fullständig som den ordinarie.²⁹⁶

ICC:s Force Majeureklausul (2020) är tillämplig om den antas av parterna explicit eller implicit. Formuleringen är baserad på artikel 79(1) CISG, men med en skillnad i att ICC:s klausul föreskriver att hindret ska vara bortom *skälig* kontroll, vilket artikel 79(1) CISG inte gör. Bortsett från det kan vägledning hämtas från artikel 79 CISG, med tillhörande praxis och doktrin, för hur klausulen ska tolkas och tillämpas.²⁹⁷

ICC:s Force Majeure klausul (2020) utgår från en generell definition av force majeure i paragraf 1, som innehåller tre kumulativa rekvisit. För det första måste det uppkomna hindret vara utom skälig kontroll. För det andra ska hindret inte skäligen kunna ha förutsetts vid avtalsslut. För det tredje ska effekten av hindret inte skäligen kunna ha undvikts eller övervunnits av den drabbade parten.²⁹⁸ Det dubbla kontrollansvaret (dubbel force majeure) framgår också av ICC:s Force Majeure-klausul (2020) i paragraf 2, som är utformad i enlighet med artikel 79(2) CISG.

ICC:s lista med ”Presumed Force Majeure Events” i paragraf 3 har förenklats och den omnämner exempelvis både pest och epidemier.²⁹⁹ En

²⁹⁶ ICC (2020), *Introductory note and commentary*, s. 2; Erdem i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 123 ff.

²⁹⁷ De Ly i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 115 ff.

²⁹⁸ ICC (2020), *Introductory note and commentary*, s. 2 f.

²⁹⁹ Erdem i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 129.

part som åberopar en av de omständigheter som specifikt listas i paragraf 3 får lättad bevisbörda i förhållande till den allmänna beskrivningen av force majeure i paragraf 1. De två första rekvisiten i paragraf 1 presumeras även vara uppfyllda om den inträffade händelsen är uttryckligen uppräknad i paragraf 3. En händelse som inte listas kan utgöra en force majeure-händelse, men det förutsätter att alla kriterier i paragraf 1 är uppfyllda. ICC:s arbetsgrupp anser att lösningen med en generell definition av force majeure följt av en lista med typiska force majeure-händelser är en rimlig kompromiss mellan hur klausulerna normalt sett utformas i civil- respektive common law.³⁰⁰

Underrättelseplikten har också fått en egen paragraf 4 för att inte dölja dess betydelse. Paragraf 5 reglerar konsekvenserna av force majeure och föreskriver att den drabbade parten inte är skadeståndsskyldig för hinder som omfattas av force majeure-definitionen.³⁰¹

I majoriteten av force majeure-situationer är fullgörelsehindret temporärt, vilket innebär att avtalet kan återupptas så fort hindret har försvunnit. Detta regleras i paragraf 6, följt av en skyldighet att vidta rimliga åtgärder för att begränsa effekten av hindret i paragraf 7. När hindrets varaktighet är för långt har båda parterna rätt att säga upp avtalet, vilket framgår av paragraf 8. Nytt för 2020 års versionen är en fixerad tid på 120 dagar för hindrets varaktighet innan avtalet kan sägas upp, detta i syfte att öka förutsebarheten. Tidsperioden kan justeras utefter parternas behov.³⁰²

4.4.3 ICC:s Hardshipklausul (2020)

ICC:s hardshipklausul (2020) är baserad på artikel 6.2.2 UPICC³⁰³ och har genomgått en stor förändring i och med att man valt att introducera justering

³⁰⁰ ICC (2020), *Introductory note and commentary*, s. 4.

³⁰¹ ICC (2020), *Introductory note and commentary*, s. 5 f.

³⁰² Erdem i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 126; ICC (2020), *Introductory note and commentary*, s. 6.

³⁰³ Brunner (2009), s. 397; Fontaine & De Ly (2006), s. 488.

av avtalet som en ny rättsföljd, som ett alternativ till att säga upp avtalet. Klausulen följer trenden att låta avtalet överleva så långt som möjligt. Paragraf 1 ger uttryck för principen *pacta sunt servanda* och att parterna är bundna av avtalet, även om det blivit mer betungande. Enligt paragraf 2 ska parterna omförhandla avtalet om den åberopande parten visar att fortsatt fullgörelse av avtalet är alltför betungande, på grund av en händelse som var bortom parts skäligen kontroll och som inte skäligen kan ha förväntats att ta i beaktan vid avtalsslut, samt att hindret eller dess konsekvenser inte skäligen kunde undvikts eller övervunnits.³⁰⁴

Vid hardship är första steget i flera rättssystem att parterna ska försöka omförhandla avtalet. Problem uppstår emellertid när parterna inte når fram till en gemensam lösning vid sådana omförhandlingar. I 2020 års version har ICC:s arbetsgrupp valt att inkludera tre alternativa rättsföljder i paragraf 3, som hanterar situationer där parterna inte kommer överens vid omförhandling.³⁰⁵ Den mest intressanta bestämmelsen i ICC:s hardship-klausul (2020) är paragraf 3B, som ger parterna möjlighet att låta en domstol eller skiljenämnd justera avtalet. Vid utformning av den nya hardship-klausulen beaktade ICC:s arbetsgrupp framförallt UPICC och utvecklingen i nationell rätt. Arbetsgruppen argumenterade för att rätten till att låta en domare eller skiljenämnd justera avtalet skulle innebära att parterna får incitament till att själva komma överens om alternativa lösningar.³⁰⁶

³⁰⁴ Paragraf 1 och 2, ICC:s Hardshipklausul (2020).

³⁰⁵ Se paragraf 3 ICC:s Hardshipklausul (2020).

³⁰⁶ Ramberg & Ramberg (2019), s. 228 f.; Erdem i: Bortolotti & Ufot (red.) (2018), s. 129.

5 Särskilt om Covid-19

5.1 Introduktion

Covid-19 pandemin har på nytt aktualiserat den del av avtalsrätten som reglerar konsekvenserna av ändrade förhållanden, situationer där fullgörande av avtalet antingen blir fysiskt omöjlig eller alltför betungande. Pandemin kan vara det största testet för principerna om force majeure och hardship i modern tid, både nationellt och internationellt.³⁰⁷

Effekterna av pandemin kommer ha stor påverkan på internationella avtal. Den part som på grund av pandemin inte kan fullgöra sina åtaganden söker efter sätt att bli befriad från ansvar. Det bör inledningsvis göras en distinktion mellan de faktiska och rättsliga effekterna av pandemin. De faktiska effekterna kan vara att personalen blir sjuk eller omkommer, produktionen stängs ned eller försörjningskedjan påverkas. De rättsliga effekterna handlar istället om lockdowns, reserestriktioner eller andra myndighetsbeslut som tas för att minska smittspridningen.³⁰⁸

5.2 Reglering genom force majeure och hardshipklausuler

För de internationella avtal som innehåller en force majeure och/eller hardshipklausul behöver några viktiga aspekter i förhållande till Covid-19 pandemin beaktas. Begreppet epidemi används medicinskt för att beteckna en samling sjukdomsfall inom en avgränsad grupp av personer, där antalet sjukdomsfall är högre än förväntat inom en viss region eller ett samhälle. En epidemi som sprider sig över stora delar av världen kallas istället för

³⁰⁷ Berger & Behn (2019–2020), s. 129.

³⁰⁸ Berger & Behn (2019–2020), s. 90 f.

pandemi.³⁰⁹ Med tanke på att en pandemi är en epidemi av globala proportioner kan en klausul som listar epidemi ändå vara tillämplig på hinder som uppstår på grund av Covid-19 pandemin.³¹⁰ Mängden specifika hänvisningar till pandemier i avtal hänger ofta samman med faktiska händelser i världen, som exempelvis svininfluensan 2009 (H1N1) eller MERS-krisen några år senare.³¹¹

En force majeure-klausul som uttryckligen nämner pandemier som befrielsegrund torde vara tillämplig på fullgörelsehinder som uppstår på grund av Covid-19 pandemin. Men även om avtalet inte nämner pandemier specifikt, kan effekterna av Covid-19 omfattas av en annan omständighet som nämns i klausulen.³¹² Av pedagogiska skäl kan ICC:s Force Majeureklausul (2020) fungera som ett exempel. I paragraf 3 (som innehåller presumerade force majeurehändelser) listas exempelvis epidemi, vilket innebär att både kontrollrekvisitet och förutsebarhetsrekvisitet presumeras vara uppfyllda, förutsatt att åberopande part kan bevisa att effekterna av hindret inte skäligen kunde undvikas eller övervinnas. Paragraf 3(e) innehåller exempelvis också en hänvisning till naturkatastrofer och extrema naturhändelser. Covid-19 pandemin har till exempel kallats för en ”naturkatastrof i slow-motion”.³¹³ Ett ”förlängt hinder till transport” kan även aktualiseras om de avtalade varorna kräver flygtransport och att flygplatserna är stängda på grund av pandemin.³¹⁴

Covid-19 pandemin kan också omfattas av andra ”catch-all”-formuleringar i force majeureklausuler. Detsamma gäller hardshipklausuler som likväl kan täcka olika Covid-19 scenarion utan att specifikt använda sig av ordet ”pandemi”, eftersom sådana klausuler normalt sett innehåller en heltäckande formulering som tar sikte på gäldenärens kontrollansvar istället.³¹⁵

³⁰⁹ Samuelsson (2011), s. 167.

³¹⁰ Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 157.

³¹¹ Jennejohn & Nyarko i: Pistor (2020), s. 145.

³¹² Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 157.

³¹³ Berger & Behn (2019–2020), s. 114.

³¹⁴ Se ICC Force Majeureklausul (2020), paragraf 3(f).

³¹⁵ Berger & Behn (2019–2020), s. 114 f.

En viktig aspekt för force majeure och hardshipklausuler är att fastställa ett orsakssamband mellan den återopade händelsen som utlöser klausulen och parts förmåga att fullgöra avtalet enligt överenskommelse. För att klausulen ska kunna tillämpas måste orsaken till att gäldenären inte kan fullgöra avtalet vara relaterad till Covid-19 pandemin. Social distansering eller andra restriktioner kan i vissa situationer göra fullgörelse omöjlig under tiden dessa restriktioner pågår.³¹⁶

5.3 När reglering saknas

För de avtal som inte innehåller någon force majeure eller hardshipklausul, eller om dessa klausuler är utformade på så vis att de inte omfattar effekterna av Covid-19 pandemin, kan parterna leta efter andra lösningar i den tillämpliga rätten. Majoriteten av fallen som uppstår på grund av pandemin styrs av principen om force majeure och inhemska motsvarigheter. Det kommer däremot att finnas fall där fullgörande av avtalet fortfarande är möjligt men med anpassade villkor, situationer som istället styrs av hardship.³¹⁷

Inhemska rättssystem har, som vi har sett tidigare, olika sätt att angripa Covid-19 pandemin på. Gäldenären kan återropa rättsregler från det landet vars lag styr avtalet.³¹⁸ När avtalet styrs av svensk rätt skulle artikel 79 CISG kunna vara tillämplig.³¹⁹ Flera författare anser emellertid att artikel 79 CISG inte är en framgångsrik bestämmelse för att skydda parter mot skadeståndsansvar i samband med Covid-19 pandemin. Bestämmelsen är som regel inte tillämplig på situationer som uppstår på grund av Covid-

³¹⁶ Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 157 f.

³¹⁷ Berger & Behn (2019–2020), s. 129 f.

³¹⁸ Till exempel § 313 BGB för tysk rätt eller läran om frustration för engelsk rätt, se Berger & Behn (2019–2020), s. 107; Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 158 ff.

³¹⁹ Gorton i: Karlsson Tuula, Persson & Lindskoug (red.) (2020), s. 211.

19.³²⁰ Parterna bör istället skydda sina intressen genom tydliga force majeureklausuler.

Länder har vidtagit olika åtgärder för att hantera och minska spridningen av Covid-19, vilket kan skapa problem vid tillämpningen av artikel 79 CISG. I Australien infördes exempelvis lockdowns och andra omfattande restriktioner, medan Sverige inledningsvis valde att förlita sig på frivilliga riktlinjer om social distansering, genom exempelvis arbete hemifrån och anpassad kollektivtrafik. Av uppenbara skäl påverkar åtgärderna internationella köpavtal i varierande omfattning.³²¹

Fullgörelsehinder som beror på att staten eller myndigheter genom olika beslut eller åtgärder gör fullgörelse omöjligt för en av parterna, kallas för rättsliga hinder³²² och är särskilt relevanta i förhållande till Covid-19 pandemin. Det handlar ofta om tvingande regler som parterna måste följa.³²³ I de fall regeringen eller myndighet exempelvis inför olika karantänsregler för anställda eller förbjuder föreställningar och sportevenemang föreligger det som regel ett rättsligt hinder som gör fullgörelse omöjligt. Omöjligheten varar tills myndigheten bestämmer sig för att dra tillbaka förbudet.³²⁴

I Sverige kom Folkhälsomyndigheten inledningsvis ut med ett antal rekommendationer och allmänna råd, vilket skapade problem för företag genom att de inte kunde åberopa principen om force majeure eller force majeureklausuler i avtalet som tog sikte på rättsliga hinder, olika former av myndighetsbeslut eller myndighetsingripande.³²⁵ I början av 2021 antog emellertid Sverige en tillfällig lag som torde ge de särskilda begränsningarna lagen föreskriver karaktären av rättsliga hinder i större utsträckning.³²⁶

³²⁰ So et. al. (2021), s. 5 ff.

³²¹ So et. al. (2021), s. 1 ff.

³²² *Legal impediments* på engelska.

³²³ Brunner (2009), s. 263 ff.

³²⁴ Torsello & Winkler (2020), s. 398.

³²⁵ Jfr. resonemang Stockholms tingsrätt mål T 7676–20, dom 2021-04-07.

³²⁶ Lag (2021:4) om särskilda begränsningar för att förhindra spridningen av sjukdomen covid-19.

5.4 Relation till rekvisiten för force majeure och hardship

Så som påpekades i avsnitt 2.2 och 2.3 finns det några framträdande rekvisit för principerna om force majeure och hardship som kan hämtas från bland annat inhemsk rätt, internationella konventioner och olika principalsamlingar. Covid-19 pandemin väcker några särskilda problem i förhållande till dessa rekvisit.

Ett återkommande rekvisit för principen om force majeure är att hindret måste ha uppstått efter avtalsslut, eller att gäldenären inte skäligen kan ha förväntats räkna med hindret vid avtalsslut. Covid-19 klassades som en pandemi av WHO den 11 mars 2020, även om viruset var välkänt dessförinnan. Det innebär att det för många avtal som ingicks i mitten på februari 2020 eller senare, kan vara svårt att argumentera för att hindret inträffade efter avtalsslut. Däremot finns det hinder som uppstod senare som inte kunde förutses vid avtalsslut och istället bör ses som separata omständigheter, till exempel reserestriktioner eller social distansering. För avtal som ingicks före december 2019, kan Covid-19 pandemin inte anses förutsebar och principerna om force majeure och hardship blir troligen tillämpliga. Frågan om hindret var förutsebart beror till stor del på precisionsgraden av klausulen och blir även här ytterst en fråga om riskfördelning mellan parterna.³²⁷

Ett annat återkommande rekvisit för principen om force majeure är att hindret och dess konsekvenser inte var förutsebart. Några medicinska experter har betonat en ökad risk för spridning av olika virus mellan djur och människor, som ett resultat av världens ökade population och expansion ut i vildmarker. I teorin innebär det att pandemier har varit mer förutsebara under senare år.³²⁸ I förhållande till Covid-19 pandemin är det viktigt att

³²⁷ Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 161 ff.

³²⁸ Samuelsson (2011), s. 167; Berger & Behn (2019–2020), s. 110 ff.

avgöra vad som ska ha varit förutsebart, om det exempelvis räcker med att en pandemi var möjlig eller om det krävs att pandemin orsakades av just ett coronavirus med spridning över hela världen. Utifrån tidigare pandemier, så som svininfluensan, kan det argumenteras för att pandemier som sådana inte är oförutsebara. Däremot anses Covid-19 pandemin i sig inte vara förutsebar, eftersom man inte kunde förutse när och var pandemin skulle inträffa.³²⁹

I Europa torde pandemin vara oförutsebar, åtminstone för avtal som ingicks före februari 2020. Angående förutsebarhetsrekvisitet för force majeure, så måste Covid-19 pandemin alltså kategoriseras som en händelse som är så osannolik att parterna inte såg något behov av att fördela risken för dess inträffande, men samtidigt var den potentiella påverkan som händelsen skulle ha haft på avtalet så pass stor att parterna skulle förhandlat om den, om risken för dess inträffande var mer sannolik.³³⁰

I förhållande till kravet på oundviklighet, gör de globala konsekvenser som pandemin har fått i form av lockdowns, karantänsregler eller störningar i distributionskedja det enklare för gäldenären att bevisa att det inte gick undvika eller överkomma hindret.³³¹

Vad gäller vilka rättsföljder som bör tillämpas, argumenterar Twigg-Flesner för att Covid-19 pandemin behöver angripas på ett särskilt sätt genom att ”frysa” avtalsskyldigheter under en tidsperiod utan avgifter eller kostnader.³³² När en domare eller skiljenämnd anlitas för att justera ett avtal genom hardshipklausuler, bör de ta hänsyn till att effekterna av Covid-19 är relativt ovanliga och främmande. Weller anser att ingen av parterna ska bära hela risken för konsekvenserna av Covid-19 pandemin när avtalet inte innehåller någon speciell riskfördelning, utan risken ska delas mellan

³²⁹ Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 162; Berger & Behn (2019–2020), s. 110 ff.

³³⁰ Berger & Behn (2019–2020), s. 110 ff.

³³¹ Berger & Behn (2019–2020), s. 112.

³³² Twigg-Flesner i: Pistor (2020), s. 163 f.

parterna. Domarens uppgift blir istället att fördela förlusterna jämnt mellan parterna.³³³

Det kan avslutningsvis konstateras effekterna av Covid-19 eller de vidtagna åtgärder för att förebygga pandemin bör uppfylla de fyra kumulativa rekvisiten för force majeure som redogjordes för i avsnitt 2.2.3. Detta förutsatt att domstolen eller skiljenämnden bekräftar att den situation som orsakades av Covid-19 utgör en force majeure-händelse.³³⁴ Emellertid anser både Stefan Lindskog och Axel Calissendorff att de frågor som Covid-19 pandemin väcker måste regleras i avtal och att parterna inte kan förlita sig på lagstiftning eller force majeure som allmän avtalsrättslig princip för att undkomma skadeståndsansvar till följd av avtalsbrott under Covid-19 pandemin. De förespråkar istället användning av specifika pandemiklausuler för att reglera liknande problem i framtiden.³³⁵

Ett liknande resonemang kan hämtas från energikrisen i Sverige hösten 1973. På grund av betydande höjning av oljepriset på världsmarknaden kunde energikrisen i viss mån förväntas och förutses. I samband med detta ansågs inte säljarna kunna förlita sig på tämligen utförliga force majeureklausuler, utan skulle istället göra ett konkret förbehåll för leveranstiden och direkt hänvisa till den förväntade energikrisen.³³⁶

³³³ Berger & Behn (2019–2020), s. 128.

³³⁴ Berger & Behn (2019–2020), s. 110 ff.

³³⁵ Artikel i Dagens Juridik ”Pandemiklausuler centrala i framtidens avtal” <https://www.dagensjuridik.se/nyheter/pandemiklausuler-centrala-i-framtidens-avtal/> (hämtades 27 april 2021); Se liknande resonemang i Mathew (2020), s. 6 f.

³³⁶ Hellner & Ramberg (1991), s. 152.

6 Analys

6.1 Introduktion

Analysen utgår från uppsatsens disposition och frågeställningar, som har haft till huvudsyfte att undersöka vilka möjligheter parterna till internationella kommersiella avtal har att undgå skadeståndsansvar vid fullgörelsehinder. Frågan ställs på sin spets när någonting oförutsett händer som påverkar parternas möjligheter att fullgöra avtalet. Risker för sådana händelser är generellt större i internationella kommersiella avtal och uppsatsen fäster särskild vikt vid Covid-19 pandemin och dess konsekvenser. Pandemin anses utgöra ett av de största testen för principerna om force majeure och hardship i modern tid. Vid fullgörelsehinder är principerna om force majeure och hardship, såväl som force majeure och hardshipklausuler, viktiga verktyg för att gäldenären ska kunna undkomma det strikta skadeståndsansvar som annars gäller till följd av *non-performance*.

6.2 Förhållandet mellan force majeure och hardship

Principerna om force majeure och hardship tillämpas båda för att hantera ändrade förhållanden. Skillnaden är att force majeure i princip tillämpas när fullgörelse blir omöjlig och hardship när fullgörelse blir avsevärt försvårad, men fortfarande möjlig. Artikel 79 CISG spelar en central roll för förhållandet mellan principerna. Det är allmänt accepterat internationellt att artikel 79 CISG ger uttryck för principen om force majeure, framförallt mot bakgrund av att rekvisiten i kontrollansvaret är snarlika de framträdande rekvisiten för force majeure.

Som noterades i uppsatsen anses artikel 79 CISG även omfatta hardship-situationer, dvs. då ett ekonomiskt hinder gör fullgörelse alltför betungande.

Resonemanget bygger främst på att termen ”hinder” är tillräckligt oprecist för att även omfatta ekonomiska hinder. Distinktionen är av stor betydelse för parterna, eftersom force majeure och hardship har olika rättsföljder. Ett tydligt exempel är att omförhandling och justering av avtalet, som är traditionella rättsföljder för hardship, inte följer av artikel 79 CISG vid hardship-situationer. Istället befrias gäldenären primärt från det annars gällande skadeståndsansvaret. Frågan har även skapat problem i ett antal domar.

Ett av syftena med att återropa hardship är att principen erbjuder mer flexibla rättsföljder, som för övrigt är en av de största och mest avgörande skillnaderna mellan principen om force majeure och hardship. Föreligger hardship och force majeure samtidigt, bör rättsföljderna för hardship generellt äga företräde, särskilt när ett fullgörelsehinder minskar värdet av mottagen prestation eller ökar kostnaden för fullgörelse. Ur ett kritiskt perspektiv kan det därför argumenteras för att det inte är lämpligt att tillämpa artikel 79 CISG på hardship-situationer, eftersom en traditionell rättsföljd för force majeure istället tillämpas (att undgå skadeståndsansvar). Arbetet framhäver att principerna om force majeure och hardship behöver behandlas olika, vilket illustreras inte minst genom att ICC publicerar två separata klausuler och att UPICC behandlar principerna i två separata kapitel. Dessutom anger inte artikel 79 CISG vilka rekvisit som gäller för att bestämmelsen ska kunna tillämpas vid hardship. Istället förväntas parterna läsa ut ur termen ”hinder” i bestämmelsen att den även kan tillämpas på ekonomiska hinder som gör fullgörelseplikten alltför betungande.

Det bör således ifrågasättas om ordalydelsen av artikel 79 CISG verkligen bör omfatta hardship. Eftersom konventionen inte erbjuder någon annan bestämmelse om hardship finns det emellertid en poäng i möjligheten att återropa artikel 79 CISG när fullgörelse inte är omöjlig utan enbart alltför betungande, och därmed vidga bestämmelsens tillämpningsområde. Många hinder idag gör inte fullgörelse faktiskt omöjligt, vilket istället skulle tala för att hantera båda situationerna med samma bestämmelse. En lösning kan

vara att tillåta mer flexibla rättsföljder vid tillämpning av artikel 79 CISG. En annan lösning kan vara att tolka artikel 79 CISG i ljuset av, eller fylla ut innehållet med, principen om hardship i artikel 6.2.2 och 6.2.3 UPICC, en lösning som är omdebatterad i doktrin men har använts i några domar. Utifrån principerna i UPICC bör den drabbade parten själv kunna bestämma vilken av rättsföljderna som ska tillgripas i de fall både force majeure och hardship är tillämpliga, vilket kan vara en bra lösning. Den bästa lösningen torde emellertid vara att formulera avtalsklausuler som tydligt reglerar förhållandet mellan force majeure och hardship.

I den utsträckning ekonomisk omöjlighet omfattas av artikel 79 CISG, bör samma toleranspunkt som för hardship tillämpas, dvs. punkten då fullgörelse anses alltför betungande eller väsentligen förändra avtalets jämvikt. Det visade sig generellt vara svårt att ange en exakt toleranspunkt, varför den så kallade "Eisenberg-formeln" som presenterades i uppsatsen är att föredra. Den tar hänsyn till marknadsfluktuationer ur ett större perspektiv (10–20 år) och bemöter därför även problematiken med långtidsavtal på ett bättre sätt.

6.3 Betydelsen av avtalstolkning

Tolkning av internationella kommersiella avtal är ett av de viktigaste områdena i praktiken, eftersom avtalets innebörd och rättsverkningar inte alltid är självklara. Om parterna är oense är det upp till domstolen att avgöra klausulens omfång. En force majeure eller hardshipklausul innebär i grund och botten att parterna friskriver sig från den dispositiva rätten. Sådana klausuler tolkas restriktivt och förutsätter ett krav på precisering. En klausul med för brett tillämpningsområde (för lätta kriterier) riskerar att bli ineffektiv. Avtalstolkning får således också en betydande roll för utformningen av avtalsklausuler. Parterna kan, genom att veta vad domstolarna tar i beaktan och grundar sin bedömning på, utforma klausuler i förbyggande syfte och på så vis öka den eftersträlvade förutsebarheten.

Bedömningen grundar sig på en balansgång mellan principen om *pacta sunt servanda* och *clausula rebus sic stantibus*. Under en pandemi kan det tänkas att parter i större utsträckning försöker ”utnyttja situationen” och ta sig ur dåliga avtal eller ekonomiska missberäkningar genom att åberopa force majeure eller hardship i någon form. Det är en anledning till att vissa inhemska rättsordningar har implementerat en snäv version av hardship och att de flesta domstolar tolkar principen restriktivt. En sådan inställning är delvis berättigad ur ett bredare samhällsperspektiv, för att inte tillåta parter som enbart har gjort en dålig affär att ta sig ur sådana avtal. Det har således visat sig nödvändigt att vara försiktig med att tillämpa både force majeure och hardship, där de krav som ställs på utformningen och preciseringen av klausulerna spelar en central roll.

Som uppsatsen översiktligt redogjort för är en objektiverad tolkningsmetod utgångspunkten för att hantera oförutsedda händelser i avtal som styrs av svensk rätt, när den gemensamma partsviljan inte går att utreda. Vid en objektiverad tolkning får dispositiva rättsregler (exempelvis artikel 79 CISG) indirekt genomslagskraft genom att de fyller ut luckor i avtalet. HD är inte främmande för att beakta utländsk rätt vid avtalstolkningen och UPICC anses idag utgöra en egen rättskälla. Det får särskild betydelse, eftersom principerna om force majeure och hardship kommer till uttryck i principsamlingen. UPICC kan även i viss mån ge uttryck för handelsbruk i internationell kommersiell handel, vilket också är en norm som domstolen kan beakta vid bedömningen. Det är däremot oklart huruvida principen om hardship i UPICC anses utgöra handelsbruk.

Ett syfte med att kategorisera force majeure och hardship som allmänna avtalsrättsliga principer är att de kan användas för att tolka och komplettera såväl inhemska rätt som avtalsklausuler. Att använda sig av dessa principer är bara en av många metoder för avtalstolkning, men som uppsatsen belyser kan det vara en lämplig metod mot bakgrund av den internationella kontexten av internationella kommersiella avtal. För svenskt vidkommande verkar HD tillåta en komparativ metod framförallt genom att beakta UPICC,

vilket ger tillämpningen av allmänna avtalsrättsliga principer som tolkning och utfyllnad en rättslig grund att stå på. I uppsatsen argumenteras det för att klausuler eller inhemsk rätt bör tolkas i ljuset av allmänna avtalsrättsliga principer när det är lämpligt. Allmänna avtalsrättsliga principer får särskild betydelse när klausuler är tvetydiga eller vagt formulerade, vilket tyvärr ofta verkar vara fallet.

6.4 Möjligheter att undgå skadeståndsansvar

6.4.1 Force majeure och hardshipklausuler

Återkommande genom hela detta arbete är att parterna till internationella kommersiella avtal eftersträvar förutsebarhet. Force majeure och hardshipklausuler kan används för att jämna ut skillnader mellan olika rättssystem och därmed öka just förutsebarheten. Är en force majeureklausul vag eller tvetydig kommer stöd istället hämtas från handelsbruk, branschpraxis eller dispositiv rätt. En sådan lösning gynnar inte förutsebarheten. Därför är det viktigt att klausulerna är välavvägda, anpassade efter parternas behov och bemöter de problem som vanligen uppstår.

För en force majeureklausul gäller det framförallt att precisa en definition av force majeure, samt vilka rättsföljder tillämpning av klausulen ska få. En inträffad händelse kan omfattas av klausulen, även om den inte nämns i uppräknningen av klausulhändelser. I förhållande till Covid-19 pandemin kan slutsatsen dras att parterna inte uttryckligen behöver ha använt sig av ordet ”pandemi” för att effekterna av Covid-19 pandemin ska omfattas av klausulen. Effekterna av pandemin kan eventuellt utgöra ett hinder genom att omfattas av en annan klausulhändelse, till exempel ”naturkatastrof” eller ”epidemi”, även om domstolen troligen tolkar en sådan bestämmelse snävt.

Vad gäller rättsföljderna visar uppsatsen en tydlig tendens mot att parterna har ett gemensamt intresse av att avtalet överlever i så stor utsträckning som möjligt. Det innebär att rättsföljderna som i praktiken används i klausuler skiljer sig till viss del mot de traditionella rättsföljderna för principen om force majeure. Detta gäller särskilt vid effekterna av Covid-19 pandemin, där domare bör ta hänsyn till pandemins exceptionella påverkan på kommersiella avtal och på samhället i stort. Att tillåta en mer suspensiv roll för force majeure är istället ett passande alternativ, genom att under en bestämd tid se pandemin som ett temporärt hinder och låta parterna "frysa" sina avtal. Det ligger även i linje med parternas önskan att låta avtalet och deras relationen överleva i så stor utsträckning som möjligt.

Hardshipklausuler spelar framförallt en avgörande roll i långtidsavtal och används för att erbjuda mer passande rättsföljder för parterna, samt att överkomma den osäkerhet som inhemsk rätt kan medföra. Den mest framträdande rättsföljden är rätten till omförhandling. Det vanligaste problemet med hardshipklausuler är att de saknar en reglering om vad som händer vid misslyckade omförhandlingar. Här erbjuder ICC:s Hardshipklausul (2020) bra vägledning. Paragraf 3B anger att parterna har möjligheten att låta en domstol eller skiljenämnd justera avtalet. Det har visat sig främst fungera som ett incitament för parterna att nå en välvillig lösning vid omförhandlingarna. En hardshipklausul, för att ge ett så bra skydd som möjligt, bör bestå av en del som beskriver när klausulen är tillämplig och vilka konsekvenser den ska ha, och en del som beskriver den praktiska processen som gäller när väl klausulen tillämpas.

ICC:s modellklausuler uppdaterades 2020, bland annat till följd av Covid-19 pandemin. Syftet var att erbjuda balanserade och effektiva villkor som kan inkorporeras i internationella kommersiella avtal eller användas som grund för att kunna skraddarsy egna klausuler. Arbetet belyser att dessa modellklausuler utgör väl avvägda och välskrivna klausuler som framförallt ska fungera som utgångspunkt för parterna vid förhandlingar. Det är

självlklart viktigt att utforma och justera klausulerna efter parternas behov, men ICC:s modellklausuler kan i detta avseende utgöra en bra referensram.

6.4.2 Lagstiftning

I uppsatsen presenterades ståndpunkter om att parterna inte kan förlita sig på lagstiftning eller allmänna avtalsrättsliga principen om force majeure för att undkomma skadeståndsansvar vid avtalsbrott under Covid-19 pandemin.

Jag instämmer med att särskilda pandemiklausuler är att föredra för att reglera Covid-19 pandemin eller framtida pandemiutbrott. Däremot diskuteras frågan här med utgångspunkt i avtal som slöts innan pandemin blev ett faktum och vilka möjligheter till ansvarsfrihet som finns i sådana avtal. För avtal som ingås efter februari 2020, och framförallt för avtal som ingås under pågående pandemi, är det självklart lämpligt att frågan regleras i en klausul med konkret hänvisning till pandemin.

En central bestämmelse för gäldenärens befrielse från skadeståndsansvar i internationella avtal är artikel 79 CISG, som alltså bygger på ett kontrollansvar. Bestämmelsen gäller genom IKL som svensk lag och kan få betydelse som dispositiv rätt när avtalet inte reglerar en särskild fråga. I svensk rätt finns det inga generella undantag för hardship, men fall av ekonomisk force majeure eller ekonomiska omöjlighet kan tas i beaktan. Uppsatsen visar att artikel 79 CISG till viss del är tillämplig på hardship-situationer, vilket ger stöd åt att enligt svensk rätt och i internationella köpeavtal åberopa bestämmelsen vid fullgörelsehinder orsakade av hardship.

Artikel 79 CISG kan i teorin åberopas som befrielsegrund till följd av Covid-19 pandemin, mot bakgrund av att effekterna av pandemin kan utgöra ett ”hinder” i konventionens mening. En sådan lösning har däremot visat sig inte vara optimal, eftersom artikel 79 CISG inte anses vara lämplig för att hantera de situationer som uppstår på grund av Covid-19 pandemin. Länder hanterar pandemin olika, vilket får konsekvenser för parter till

internationella avtal och skapar problem vid tillämpningen av artikel 79 CISG. I länder som har infört mer eller mindre tvingande regler om lockdowns, torde sådana myndighetsåtgärder utgöra ett ”hinder” enligt CISG. I Sverige har folkhälsomyndigheten i många fall gått ut med rekommendationer och allmänna råd, vilket kan skapa problem eftersom parterna inte alltid kan åberopa rekommendationer som ett ”hinder”. Trots att rekommendationerna kan ha omfattande konsekvenser för en parts möjlighet att fullgöra avtalet så anses det troligen inte utgöra ett rättsligt hinder i form av tvingande myndighetsbeslut, vilket ofta förutsätts för att undgå skadeståndsansvar.

Det visar sig alltså svårt för parterna i internationella kommersiella avtal att på ett betryggande sätt förlita sig på den lagstiftning som finns. Utöver tillämplig lagstiftning finns det möjligheten för parterna att åberopa allmänna avtalsrättsliga principer för att undkomma skadeståndsansvar, när frågan inte är reglerad i avtalet.

6.4.3 Allmänna avtalsrättsliga principer

Force majeure har blivit allmänt accepterad internationellt som en allmän avtalsrättslig princip, främst mot bakgrund av att de skillnader som förekommer i inhemska rättssystem har jämnats ut genom artikel 79 CISG och artikel 7.1.7 UPICC. De framträdande rekvisiten för force majeure som presenterades i uppsatsen skiljer sig marginellt från det kontrollansvar som framgår av artikel 79 CISG och 27 § KöpL. Det hade, för tydlighetens skull, varit önskvärt att uttryckligen nämna i artikel 79 CISG och artikel 7.1.7 UPICC att tillämpning av bestämmelsen förutsätter att gäldenären inte åtagit sig den aktuella risken. Covid-19 väcker några särskilda frågor i samband med de framträdande rekvisiten för force majeure. Det rör särskilt om tidpunkten för hindrets inträffade, förutsebarheten och oundvikligheten. Den slutsats som kan dras från arbetet är emellertid att effekterna av pandemin, eller de åtgärder som vidtagits för att motarbeta den, bör uppfylla dessa

rekvisit – framförallt för de avtal som slöts före februari 2020 och förutsatt att situationen bedöms utgöra en force majeure-händelse.

Att hardship utgör en allmän avtalsrättslig princip internationellt är inte lika självklart. Uppsatsen visar att civil law-system är mer benägna att erkänna principen om hardship jämfört med common law. Det verkar ske en utveckling mot att flera inhemska rättsordningar börjar erkänna principen om hardship i någon form. Så sent som 2016 introducerade Frankrike en lagregel i artikel 1195 Code Civil, som tillåter en part att begära omförhandling om fullgörelse blir alltför betungande. Anledningen till att uppsatsen använder en komparativ metod är för att studera hur ändrade förhållanden hanteras i andra rättsordningar och för att kunna hämta inspiration därifrån. Den internationella utvecklingen pekar på att principen om hardship blir alltmer etablerad. Dessutom har vi sett att hardship till viss del omfattas av artikel 79 CISG. Även om så inte skulle vara fallet, anses principens uttryckliga erkännande i UPICC och PECL kompensera för avsaknaden av en reglering i CISG. Slutsatsen kan således dras, att den position som intas av vissa common law-länder i förhållande till hardship, bör ses som ett undantag. Tillsammans med artikel 6.2.2 UPICC och förekomsten av hardship-regler i andra nationella lagar bör hardship kunna klassificeras som en allmän avtalsrättslig princip.

För de fall där effekterna av Covid-19 pandemin inte gör fullgörelse omöjlig utan enbart alltför betungande, kan principen om hardship tillämpas istället för principen om force majeure. Det finns således en viss möjlighet för parterna att förlita sig på de allmänna avtalsrättsliga principerna om force majeure och hardship för att undkomma skadeståndsansvar vid fullgörelsehinder.

6.5 Avslutning

Förhoppningsvis har denna uppsats bidragit till att klargöra innebörden av och skillnaderna mellan force majeure och hardship. Det har visat sig att

möjligheterna till att undgå skadeståndsansvar genom kontrollansvaret i CISG, eller de allmänna avtalsrättsliga principerna om force majeure och hardship, är begränsade. Reglerna tillämpas inte särskilt ofta i praktiken, vilket torde bero på förekomsten av force majeure och hardshipklausuler i många internationella kommersiella avtal.

Lagregler och allmänna avtalsrättsliga principer saknar däremot inte betydelse. Genom att undersöka dessa vet parterna vilka frågor de har att ta ställning till för att kunna utforma en avtalsmässig riskfördelning som angriper de problem som vanligen uppstår. Domstolens tolkningsverksamhet blir särskilt relevant eftersom den belyser betydelsen av lagregler och allmänna avtalsrättsliga principer som utfyllande rätt när parterna inte reglerat frågan i avtalet, och väver på så vis samman uppsatsens frågeställningar. Avslutningsvis finns det alltså vissa möjligheter att undkomma skadeståndsansvar vid fullgörelsehinder till följd av ändrade förhållanden. Det bästa alternativet för parterna är emellertid att redan från början hantera risken för ändrade förhållanden genom välavvägda och välformulerade avtalsklausuler.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1975/76:81

Prop. 1988/89:76

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars (2010). *Avtalsrätt II*. 6 uppl. Lund: Juristförlaget.

Adlercreutz, Axel., Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva (2016). *Avtalsrätt I*. 14 uppl. Lund: Juristförlaget.

Berger, Klaus Peter: "Chapter 6: Force Majeure Clauses and their Relationship with the Applicable Law". I Bortolotti & Ufot (red.) (2018). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 17. Kluwer Law International, s. 137-160.

Bernitz, Ulf (2018). *Standardavtalsrätt*. 9 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Bexhed, Jan-Mikael (1996). *Anglo-amerikansk rättsimperialism och svensk avtalsskrivningstradition – några synpunkter*. Vänbok till Erland Strömbäck. Stockholm: Svenska Försäkringsföreningen, s. 43–54.

Bortolotti, Fabio & Ufot, Dorothy (red.) (2018). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen*

Events in a Changing World. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 17. Kluwer Law International.

Brunner, Christoph (2009). *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, vol 18. Kluwer Law International.

Brunner, Christoph: "Chapter 3: Rules on Force Majeure as Illustrated in Recent Case Law". I Bortolotti & Ufot (red.) (2018). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 17. Kluwer Law International, s. 82-112.

Christou, Richard (2015). Boilerplate: *Practical Clauses*. 7 uppl. London: Sweet & Maxwell.

De Ly, Filip JM: "Chapter 4: Analysing the ICC Force Majeure Clause 2003". I Bortolotti & Ufot (red.) (2018). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 17. Kluwer Law International, s. 113-122.

Erdem, Ercüment: "Chapter 5: Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause". I Bortolotti & Ufot (red.) (2018). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 17. Kluwer Law International, s. 123-136.

Fontaine, Marcel: "Chapter 1: "The Evolution of the Rules on Hardship". I Bortolotti & Ufot (red.) (2018). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a*

Changing World. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 17. Kluwer Law International, s. 11-40.

Fontaine, Marcel & De Ly, Filip (2006). *Drafting International Contracts – An Analysis of Contract Clauses*. New York: Transnational Publishers.

Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva (2013). *Nationell rätt och internationella köpavtal*. 8 uppl. Lund: Studentlitteratur.

Gorton, Lars: "Covidpandemin – "Frustration" och Force Majeure". I Marie Karlsson Tuula, Annina H Persson och Patrik Lindskoug (red.) (2020). *Festskrift till Rolf Dotevall*. Lund: Juristförlaget, s. 207–223.

Gorton, Lars: "The Nordic tradition: application of boilerplate clauses under Swedish law". I Cordero-Moss, Giuditta (red.) (2011). *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*. Cambridge University Press, s. 276-301.

Hellner, Jan & Ramberg, Jan (1991). *Speciell avtalsrätt 1. Köprätt*. 2 uppl. Stockholm: Juristförlaget.

Kleineman, Jan: "Rättdogmatiskt metod". I: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) (2018). *Juridisk metodlära*. 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, s. 21–46.

Lehrberg, Bert (2020). *Avtalstolkning – Tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område*. 9 uppl. Uppsala: Iusté.

Lorring, Pascale Accaoui: "Chapter 2: Adaptation of Contracts by Arbitrators". I Bortolotti & Ufot (red.) (2018). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 17. Kluwer Law International, s. 41-81.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina (2019). *Allmän avtalsrätt*. 11 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Rodhe, Knut (1986). *Lärobok i obligationsrätt*. 6 uppl. Stockholm: Norstedts.

Samuelsson, Per (2011). *Entreprenadavtal – särskilt om ändrade förhållanden*. Stockholm: Karnov Group.

Schwenzer, Ingeborg & Schlechtriem, Peter (2016). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 4 uppl. Oxford: Oxford University Press.

Svensson, Ola: ”Partsinriktad avtalstolkning”. I Lars Gorton, Lars Heuman, Annina H Persson och Gustaf Sjöberg (red.) (2019). *Festskrift till Göran Millqvist*. Stockholm: Jure, s. 601–616.

Svernlöv, Carl (2019). *Juridisk engelska – modern affärsjuridisk kommunikation med praktiska exempel*. 4 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Svernlöv, Carl (red) (2013). *Internationella avtal – i teori och praktik*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Valguarnera, Filippo: ”Komparativ juridisk metod”. I: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) (2018). *Juridisk metodlära*. 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, s. 143–176.

Artiklar

Berger, Klaus Peter & Behn, Daniel (2019–2020). *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: Historical and Comparative Study*. McGill Journal of Dispute Resolution, vol. 6(4), s. 76-130.

Bonell, M. J (1992). *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*. The American Journal of Comparative Law, vol. 40(3), s. 617-633.

CISG-AC Opinion No. 7 (2007). *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*. Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, USA. Antagen av CISG-AC vid sitt 11:e möte i Wuhan, Kina, den 12 oktober 2007.

CISG-AC Opinion No. 20. *Hardship under the CISG*. Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Munoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Antogs av CISG Advisory Council vid sitt 27:e möte i Puerto Vallarta, Mexiko, mellan den 2–5 februari 2020.

Edlund, Lars (2001). *Boilerplate på svenska*. Svensk juristtidning, s. 172–178.

Eisenberg, Melvin. A. (2009). *Impossibility, Impracticability and Frustration*. The Journal of Legal Analysis, 1(1), s. 207-261.

Farnsworth, E. Allan (1992). *Closing Remarks*. The American Journal of Comparative Law, vol. 40(3), s. 699–702. Oxford University Press.

Herre, Johnny (2019). *Direkt och indirekt förlust – var står vi idag?* SvJT, s. 210–224.

Hultmark, Christina (1995/1996). *Internationalisering av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 655–669.

Jennejohn, Matthew & Nyarko, Julian: ”Covid-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions”. I: Pistor, Katharina (2020). *Law in the Time of Covid-19*. Books. 240. Columbia Law School, s. 141-154.

Konarski, Hubert (2003). *Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice*. *International Business Law Journal*, vol. 2003(4), s. 405-428.

Mathew, Renjith (2020). *Force-Majeure under Contract Law in the Context of Covid-19 Pandemic*. Tillgänglig på SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3588338> (hämtad 23 maj 2021).

Maskow, Dietrich (1992). *Hardship and Force Majeure*. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40(3), s. 657-669. Oxford University Press.

Rosengren, Jonas (2010). *Engelsk avtalstolkning i ett svenskt perspektiv*. *SvJT*, s. 1–22.

Schwenzer, Ingeborg (2009). *Force majeure and hardship in international sales contracts*. *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 39(4), s. 709–726.

So, Lok Kan., Sooksripaisarnkit Poomintr., Garimella, Sai Ramani (2021). *COVID-19 in the Context of the CISG: Reconsidering the Concept of Hardship and Force Majeure*. I: *Balkan Yearbook of European and International Law*. Springer, Cham. Doi: https://doi.org/10.1007/16247_2020_15.

Torsello, Marco & Winkler, Matteo M (2020). *Coronavirus – Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis*. *European Journal of Risk Regulation*. Cambridge University Press, vol. 11(2), s. 396–401. Doi: <https://doi.org/10.1017/err.2020.30>.

Twigg-Flesner, Christian: "A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of Covid-19 – Change of Circumstances, Force Majeure, or what? I: Pistor, Katharina (2020). *Law in the Time of Covid-19*. Books. 240. Columbia Law School, s. 155-165.

<https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>

Yasutoshi, Ishida (2018). *CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaption of Contract through Interpretation of Reasonableness – Full of Sound and Fury, but Signifying Something*. *Pace International Law Review*, vol. 30(2), s. 331-382.

Elektroniska källor

Business Sweden (2015). *Internationalisering genom digitalisering*.

Tillgänglig på:

<http://mb.cision.com/Public/1073/9831178/a2a4ba7c1309666e.pdf> (hämtad 23 maj 2021).

Dagens Juridik (2020). "Pandemiklausuler centrala i framtidens avtal".

Publicerad 2 oktober 2020 på:

<https://www.dagensjuridik.se/nyheter/pandemiklausuler-centrala-i-framtidens-avtal/> (besökt 27 april 2021).

International Chamber of Commerce (2020). *Force Majeure and Hardship Clauses 2020 - Introductory note and commentary*. Publicerad i juni 2020.

Tillgänglig på: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/> (hämtad 23 maj 2021).

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1954 s. 574.

NJA 1971 s. 474.

NJA 1983 s. 385.

NJA 1994 s. 359.

NJA 1999 s. 629.

NJA 2014 s. 960.

Tingsrätt

Stockholms tingsrätt, mål T 7676–20. Dom 2021-04-07.

Utländska rättsfall

Taylor v. Caldwell (1863), 3 B & S 826.

Krell v. Henry (1903), 2 K.B. 740 och [1900-3].

Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S (C.07.0289.N.). Dom från *Hof van Cassatie* den 19 juni 2009. CISG-online nummer 1963.

Iron molybdenum case (1 U 167/95.). Dom från *Oberlandesgericht Hamburg* den 28 februari 1997. CISG-online nummer 261.

Skiljedomar

Questech, Inc. v. Respondent the Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran. Dom från Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT) den 25 september 1985. Målnummer 59 (191-59-1). Tillgänglig på <https://www.trans-lex.org/231400>.

El Niño. Skiljedom från Centro de Arbitraje De México (CAM) den 30 november 2006.

Domar från ICC

ICC (Nr. 1512 från 1971). Tillgänglig på: https://www.trans-lex.org/201512/_icc-award-no-1512-yca-1976-at-128-et-seq-/.

ICC (Nr. 4462 från 1991). *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company*. ICC International Court of Arbitration, Paris. Tillgänglig på: <https://www.trans-lex.org/204462>.

ICC (Nr. 7365/FMS från 1997). International Court of Arbitration, Paris. *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc*. Dom den 5 maj 1997.

ICC (Nr. 8873 från 1997). *French claimant v. Spanish respondent*. ICC International Court of Arbitration, Paris.

ICC (Nr. 11265 från 2009), ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 20(2).

ICC (Nr. 16369 från 2011). *Swiss Buyer v. Kosovo Seller*. ICC International Court of Arbitration, Zurich. Tillgänglig på: <https://www.trans-lex.org/216369>.

ICC (Nr. 19566/AGF/RD från 2014). *Global Tungsten & Powders Corp. v. Largo Resources Ltd*. Dom från ICC New York den 24 november 2014.

Tillgänglig på: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-global-tungsten-powders-corp-v-largo-resources-ltd-final-award-monday-24th-november-2014>.

ICC (Nr. 19222/EMT från 2016). *General Dynamics United Kingdom Ltd. v. The State of Libya*. Dom från ICC Genève den 5 januari 2016. Tillgänglig på: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-general-dynamics-united-kingdom-ltd-v-the-state-of-libya-award-tuesday-5th-january-2016>.